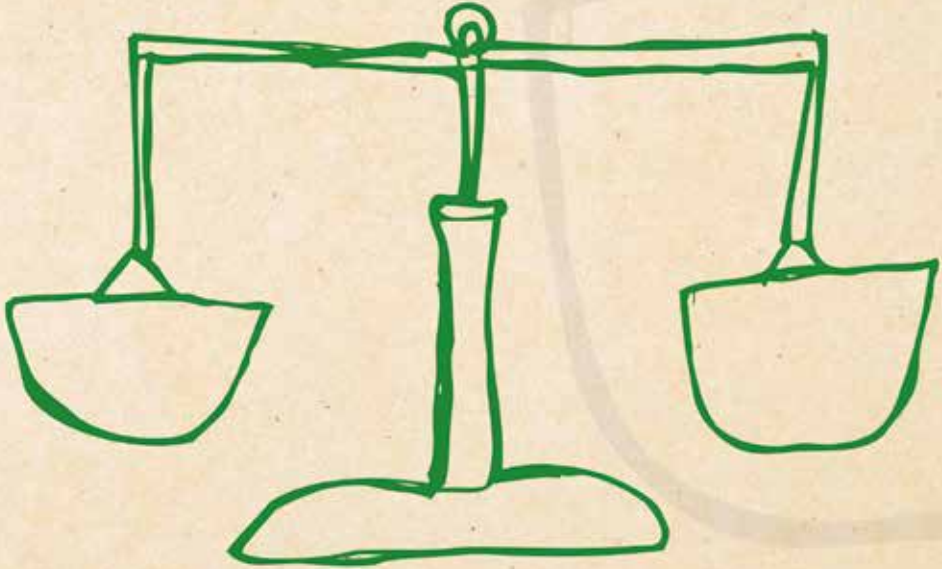




unicef 

ÇOCUK HAKLARINA YÖNELİK GÜNCEL YARGI KARARLARI

Cilt-2
YARGITAY & DANIŞTAY



ÇOCUK HAKLARINA YÖNELİK GÜNCEL YARGI KARARLARI

Cilt-2 YARGITAY & DANIŞTAY

Derleyen ve Yayına Hazırlayanlar

Doç. Dr. Fahri Gökçen Taner, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Dr. Pınar Çağlayan Aksoy, Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Dr. Serdar Yılmaz, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Av. Burcu Düzen, Mersin Barosu, TBB Çocuk Hakları Kurulu Üyesi

Av. İdil Burcu Polat, Eskişehir Barosu, TBB Çocuk Hakları Kurulu Üyesi

Av. Özge Üstün, Giresun Barosu, TBB Çocuk Hakları Kurulu Üyesi

Katkıda Bulunanlar (alfabetik sırayla)

Dr. Ersoy Kontacı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Av. Hatice Kaynak, Ankara Barosu, TBB Çocuk Hakları Kurulu Başkanı
Av. Neslihan Aktosun, Bursa Barosu, TBB Çocuk Hakları Kurulu Üyesi
Av. Şadan Tutumlu, Ankara Barosu, TBB Çocuk Hakları Kurulu Üyesi

Birinci Basım: EMSAL Matbaa Tanıtım Hiz. San. ve Tic. Ltd. Şti.

Tarih: Nisan 2021/Ankara

ISBN: 978-605-7848-45-1

Bu kitap, Türkiye Barolar Birliği ve BM Çocuklara Yardım Fonu (UNICEF) işbirliğinde hazırlanmış olup raporda yer alan ifadeler yazarların kendi görüşlerini yansıtmakta, paydaş kurumların görüşünü temsil etmemektedir.

© Eserin yayın hakları Türkiye Barolar Birliği ve UNICEF'e aittir.

İÇİNDEKİLER

BÖLÜM I

YARGITAY'IN CEZA VE CEZA MUHALEMESİ HUKUKUNA İLİŞKİN GÜNCEL KARARLARI

CEZA VE CEZA MUHALEMESİYLE İLGİLİ KARARLAR

HAKKINDA DEĞERLENDİRME11

ÇOCUĞUN ÜSTÜN YARARINA İLİŞKİN KARARLAR17

Yargıtay 6. Ceza Dairesi E. 2012/13431 K. 2015/4240318

Yargıtay 19. Ceza Dairesi E. 2015/16 K. 2015/667521

ŞİKAYET HAKKI VE DAVAYA KATILMAYA

İLİŞKİN KARARLAR.....25

Yargıtay 14. Ceza Dairesi E. 2014/8243 K. 2017/375026

Yargıtay 14. Ceza Dairesi E. 2015/5321 K. 2019/971227

Yargıtay 14. Ceza Dairesi E. 2016/1027 K. 2019/1107728

Yargıtay 6. Ceza Dairesi E. 2016/6863 K. 2019/440329

Yargıtay 12. Ceza Dairesi E. 2015/2129 K. 2015/1472831

Yargıtay 12. Ceza Dairesi E. 2015/2129 K. 2015/1472833

Yargıtay Ceza Genel Kurulu E. 2014/14-499 K. 2017/43034

Yargıtay İÇtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu E. 2019/6 K. 2019/7.....48

Yargıtay 14. Ceza Dairesi E. 2016/6891 K. 2020/57101

Yargıtay 6. Ceza Dairesi E. 2017/3974 K. 2018/1642103

ETKİLİ SORUŞTURMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ VE ÇOCUĞUN

DİNLENMESİNE İLİŞKİN KARARLAR.....105

Yargıtay 3. Ceza Dairesi E. 2019/10850 K. 2019/20498106

Yargıtay 4. Ceza Dairesi E. 2019/108 K. 2019/5448.....109

ZORUNLU VEKİL, ZORUNLU MÜDAFİ VE KANUN YOLU BAŞVURULARINA İLİŞKİN KARARLAR.....	117
Yargıtay 2. Ceza Dairesi E. 2018/6751 K. 2019/1151	118
Yargıtay 4. Ceza Dairesi E. 2017/1563 K. 2018/16572	122
Yargıtay 13. Ceza Dairesi E. 2016/7119 K. 2017/14509	124
Yargıtay 22. Ceza Dairesi E. 2015/1801 K. 2015/2008	126

ADLİ GÖRÜŞME RAPORU, SOSYAL İNCELEME RAPORU VE YARGILAMA GİDERLERİNE İLİŞKİN KARARLAR.....	129
Yargıtay 17. Ceza Dairesi E.2019/12227 K. 2019/16786	130
Yargıtay 17. Ceza Dairesi E. 2020/9221 K. 2020/7065	132
Yargıtay 14. Ceza Dairesi E. 2016/9920 K. 2016/8366	135
Yargıtay Ceza Genel Kurulu E. 2016/986 K. 2018/554.....	137
Yargıtay 14. Ceza Dairesi E. 2020/2252 K. 2020/2566	148

UZLAŞTIRMA, ETKİN PİŞMANLIK, ZARARIN GİDERİLMESİNE İLİŞKİN KARARLAR.....	151
Yargıtay 13. Ceza Dairesi E. 2015/2032 K. 2016/3593	152
Yargıtay 13. Ceza Dairesi E. 2015/2032 K. 2016/3593	155
Yargıtay 2. Ceza Dairesi E. 2016/476 K. 2018/6311	158

BÖLÜM II

YARGITAY'IN AİLE HUKUKUNA İLİŞKİN GÜNCEL KARARLARI

YARGITAY KARARLARININ ÇOCUK HAKLARI PERSPEKTİFİNDEN DEĞERLENDİRİLMESİ: ÖZEL HUKUK GÖZÜNDEN BİR İNCELEME.....	163
---	------------

ÇOCUĞUN GÖRÜŞÜNÜN ALINMASINA İLİŞKİN KARARLAR	169
Yargıtay Hukuk Genel Kurulu E. 2017/3117 K. 2018/1278.....	170
Yargıtay 2. Hukuk Dairesi E. 2016/17073 K. 2018/6023	176
Yargıtay 2. Hukuk Dairesi E. 2016/22078 K. 2018/9779	179
Yargıtay Hukuk Genel Kurulu E.2017/2066 K. 2019/15.....	181
Yargıtay Hukuk Genel Kurulu E. 2018/1072 K. 2019/185.....	190
Yargıtay 2. Hukuk Dairesi E. 2020/28 K. 2020/1504	197

KİŞİSEL İLİŞKİ KURULMASINA İLİŞKİN KARARLAR.....199

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu E. 2014/533 K. 2016/331.....	200
Yargıtay 2. Hukuk Dairesi E. 2016/8571 K. 2017/15157	202
Yargıtay 2. Hukuk Dairesi E. 2018/2039 K. 2018/4860	204
Yargıtay 2. Hukuk Dairesi E. 2018/471 K. 2018/12909	206
Yargıtay 2. Hukuk Dairesi E. 2016/25602 K. 2018/11354	209
Yargıtay 2. Hukuk Dairesi E. 2018/1473 K. 2019/1626	211
Yargıtay 2. Hukuk Dairesi E. 2019/7366 K. 2019/11496	213
Yargıtay 2. Hukuk Dairesi E. 2019/7264 K. 2019/11589	216
Yargıtay 2. Hukuk Dairesi E. 2020/812 K. 2020/1921	218

ÇOCUĞUN SOYADINA İLİŞKİN KARARLAR.....221

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi E. 2018/4362 K. 2018/12515	222
Yargıtay 2. Hukuk Dairesi E. 2017/1097 K. 2018/12772	227
Yargıtay 2. Hukuk Dairesi E. 2019/6722 K. 2019/10404	232

TEMSİL KAYYIMLIĞINA İLİŞKİN KARARLAR.....237

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu E. 2017/1894 K. 2019/918.....	238
Yargıtay Hukuk Genel Kurulu E. 2017/1895 K. 2019/630.....	248

UZMAN RAPORLARINA İLİŞKİN KARARLAR255

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu E. 2017/2486 K. 2018/1148.....	256
Yargıtay Hukuk Genel Kurulu E. 2017/1587 K. 2018/1147.....	266
Yargıtay 2. Hukuk Dairesi E. 2016/24299 K. 2017/302	279
Yargıtay 2. Hukuk Dairesi E. 2017/6555 K. 2018/1861	281
Yargıtay Hukuk Genel Kurulu E. 2017/1575 K. 2018/672	284
Yargıtay 2. Hukuk Dairesi E. 2017/4354 K. 2018/14859	291
Yargıtay 2. Hukuk Dairesi E. 2018/7999 K. 2019/49	294
Yargıtay 2. Hukuk Dairesi E. 2018/6932 K. 2019/303	296
Yargıtay 2. Hukuk Dairesi E. 2019/2098 K. 2019/5616	298
Yargıtay 2. Hukuk Dairesi E. 2018/7095 K. 2019/6838	300
Yargıtay 2. Hukuk Dairesi E. 2019/1389 K. 2019/7066	302
Yargıtay 2. Hukuk Dairesi E. 2020/2201 K. 2020/3373	304

VELAYETİN DÜZENLENMESİNE İLİŞKİN KARARLAR	307
Yargıtay 2. Hukuk Dairesi E. 2016/3160 K. 2017/8818	308
Yargıtay Hukuk Genel Kurulu E. 2017/2419 K. 2018/1099.....	310
Yargıtay Hukuk Genel Kurulu E. 2017/2448 K. 2018/1131.....	316
Yargıtay 2. Hukuk Dairesi E. 2016/17662 K. 2018/7967	322
Yargıtay 2. Hukuk Dairesi E. 2019/906 K. 2019/1745	325
MANEVİ TAZMİNATA İLİŞKİN KARAR	329
Yargıtay 4. Hukuk Dairesi E. 2016/9024 K. 2018/6595	330

BÖLÜM III

DANIŞTAY'IN ÇOCUK HAKLARINA İLİŞKİN GÜNCEL KARARLARI

DANIŞTAY'IN "ÇOCUK HAKLARI"NA İLİŞKİN GÜNCEL KARARLARINA GENEL BİR BAKIŞ.....	335
--	------------

SUÇA SÜRÜKLENEN ÇOCUĞUN KAMU HİZMETLERİNE GİRME HAKKI İLE ÇALIŞMA VE SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜNE İLİŞKİN KARARLAR.....	345
Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu E. 2018/4265 K. 2019/4012	346
Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu E. 2018/1379 K. 2019/6314.....	358
Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu E. 2017/2396 K. 2019/4011.....	364
Danıştay 8. Daire E. 2019/3389 K. 2019/6351	375
Danıştay 12. Daire E. 2019/3372 K. 2019/9303	383

ÇOCUĞUN EĞİTİM VE ÖĞRENİM HAKKI İLE DİN VE VİCDAN HÜRRİYETİNE İLİŞKİN KARARLAR.....	391
Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu E. 2016/3012 K. 2019/4009	392
Danıştay 8. Daire E. 2018/5026 K. 2019/8831	403
Danıştay 8. Daire E. 2014/6591 K. 2018/6772	430
Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu E. 2016/3051 K. 2018/4817.....	463
Danıştay 8. Daire E. 2019/9234	466
Danıştay 2. Daire E. 2016/14354 K. 2020/1153	477

ÇOCUK HAKLARI BAĞLAMINDA YARGILAMA USULÜNE

İLİŞKİN KARARLAR: EHLİYET VE GÖREV481

Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu E. 2018/1040 K. 2018/2410.....	482
Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu E. 2017/2931 K. 2017/4533.....	487
Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu E. 2015/981 K. 2015/3942.....	491

ÇOCUK İSTİSMARININ ÖNLENMESİNE, ÇOCUĞUN YAYIN VE İNTERNET ORTAMINDA KORUNMASINA

İLİŞKİN KARARLAR.....499

Danıştay 13. Daire E. 2017/3082 K. 2018/966	500
Danıştay 13. Daire E. 2014/4449 K. 2018/608	507
Danıştay 13. Daire E. 2017/1906 K. 2020/1651	513
Danıştay 10. Daire E. 2016/12975 K. 2020/3048	533
Danıştay 16. Daire E. 2015/12766 K. 2015/2482	546

ÇOCUĞUN ANNE VE BABASIYLA DOĞRUDAN KİŞİSEL İLİŞKİ KURMA HAKKINA İLİŞKİN KARARLAR.....553

Danıştay 2. Daire E. 2016/682 K. 2019/7515	554
Danıştay 2. Daire E. 2016/7252 K. 2018/5677	561
Danıştay 10. Daire E. 2016/1132 K. 2020/84	577
Danıştay 10. Daire E. 2014/1924 K. 2019/6322	584
Danıştay 10. Daire E.2013/4842 K.2016/2476	587
Danıştay 10. Daire E. 2013/6352 K. 2016/2694	591
Danıştay 10. Daire E. 2016/3517 K. 2016/3851	594
Danıştay 10. Daire E. 2016/3510 K. 2017/3472	601
Danıştay 10. Daire E. 2016/14150 K. 2018/2883	605

ÇOCUK HAKLARINA İLİŞKİN DİĞER KARARLAR.....609

Danıştay 12. Daire E. 2017/96 K. 2019/4129	610
Danıştay 10. Daire E. 2019/6133 K. 2019/6464	616

ÇOCUĞUN SAĞLIK HAKKINA İLİŞKİN BÖLGE İDARE MAHKEMESİ VE İDARE MAHKEMESİ KARARLARI	627
Ankara Bölge İdare Mahkemesi 11. İdari Dava Dairesi E. 2019/7004	
K. 2020/2256.....	628
Ankara 9. İdare Mahkemesi E. 2018/2377 K. 2019/1832.....	630
Ankara Bölge İdare Mahkemesi 7. İdari Dava Dairesi	
Y. D. İtiraz No. 2020/345.....	637
Ankara 11. İdare Mahkemesi E. 2020/1726.....	640

BÖLÜM I

YARGITAY'IN CEZA VE CEZA MUHAKEMESİ HUKUKUNA İLİŞKİN GÜNCEL KARARLARI

CEZA VE CEZA MUHAKEMESİYLE İLGİLİ KARARLAR HAKKINDA DEĞERLENDİRME

Derlemede yer alan kararlar aşağıda görüleceği üzere altı ana başlığa bölünmüştür. Bu kararların tespit edilmesinde, yargitay.gov. tr web sitesi çeşitli anahtar kelimelerle taranmış ve tespit edilen kararlar seçici kurulun takdirine sunulmuştur. Kurul tarafından yayımlanmasında fayda olduğu tespit edilen kararlar, kararların okunmasını ve önemli noktaların fark edilmesini kolaylaştırmak amacıyla, bu değerlendirme yazısıyla birlikte sunulmaktadır.

1. Çocuğun üstün yararı (1 ve 2 numaralı kararlar)

Çocuğun üstün yararı, çocukla ilgili yapılacak her türlü işlemde ve hukuk normlarının yorumlanmasında gözetilmesi gereken temel bir ilkedir. Bu bağlamda 1 numaralı kararda, yargılamanın kapalı yapılmasından dolayı verilen bozma kararı ve bu bağlamda yazılan karşı oy yer almaktadır. Karara konu olan olay, Türk hukuk sisteminde çocuklar ve yetişkinlerin birlikte yargılanması söz konusu olduğunda, çocukların yetişkinlerin muhakeme usulüne tabi olmasının, çocuğun üstün yararına uygun olup olmadığını tartışmak bakımından değerlidir.

2. karar, kanuni temsilcilerin çocuk üzerinde haklarını kullanırken keyfi davranamayacağını ve onların da çocuğun üstün yararını gözetmeleri gerekliliğini ortaya koymaktadır. Bu karar, Anayasa Mahkemesi'nin Türkiye'de zorunlu aşya ilişkin yasal bir dayanağın olmadığını belirttiği kararlarla birlikte okunmalıdır.¹

2. Şikayet hakkı (3-7 numaralı kararlar) davaya katılma (8-12 numaralı kararlar)

Şikayet hakkı ve davaya katılma konuları çoğunlukla birlikte ele alınsa da, bu iki konunun, her zaman aynı hukuki esaslara tabi olmadığı ve

¹ Halime Sare Aysel başvurusu (Genel Kurul), 11.11.2015. Aynı yönde bölüm kararları Esmâ Fatıma Kızılsu ve Rukiyye Erva Kızılsu başvurusu, 23.03.2016; Muhammet Ali Bayram başvurusu, 29.06.2016; Salih Gökâl Sezer başvurusu, 21.11.2017.

farklı amaçlara hizmet ettikleri unutulmamalıdır. Her suç bakımından şikayet hakkının sahibi, suçla korunan hukuki menfaate göre belirlenir.² Çocuğun kendisine karşı işlenen suçlarda şikayet hakkı, çocuğa aittir. Yerleşik içtihat uyarınca çocuk 15 yaşından büyükse ve hakkında koruma kararı gibi kısıtlayıcı bir durum yoksa³ bu hakkını tek başına kullanabilir; 15 yaşından küçük çocuklar içinse, kanuni temsilci bu hakka sahiptir.⁴ Çocuğun 15 yaşından büyük olması halinde, davaya katılmaya yönelik karar da çocuğun kendisine aittir ve kanuni temsilcinin iradesinin çocukla çatışmasının bir önemli yoktur⁵ Bu noktada şikayetin konusunun fiil olduğunu, şikayetin bölünmezliği ilkesini,⁶ ve şikayetten vazgeçildikten sonra yeninden şikayetçi olunamayacağını⁷ hatırlatmak gerekir.

Bilindiği üzere hukuki işlem ehliyeti, yapılacak işlemin türüne göre belirlenir. Davaya katılma bakımından hukuki işlem ehliyetinin konusu, dava açma ve sonuç doğuran usul işlemleri yapılmasıdır. Dolayısıyla davaya katılmaya yönelik kararı veren çocuk, muhakeme sırasında yapılacak işlemleri takip etmek açısından yetersiz kalabilir. Her ne kadar mağdur çocuğa CMK'nın 234/2. maddesi uyarınca zorunlu vekil atanmaktaysa da, burada vekilin görevinin hukuki yardım vermekle sınırlı olduğu unutulmamalıdır. Dolayısıyla zorunlu vekilin iradesinin, mağdurun veya kanuni temsilcinin iradesinin yerine geçmesi mümkün değildir.⁸

Davaya katılma konusunda en önemli gelişmelerden biri, Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu'nun Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı'nın (ASPB),⁹ 6284 sayılı Kanun kapsamına giren suçlarla ilgili olarak açılan ceza davalarında, davadan haberdar edilmesinin zorunlu olmadığına karar verilmiş olmasıdır. Bu bağlamda kanun yolunda katılma mümkün olmadığından, ASPB'nin ilk derece mahkemesinde

2 3 numaralı karar.

3 4 numaralı karar.

4 5 numaralı karar.

5 6 numaralı karar.

6 7 numaralı karar.

7 8 numaralı karar.

8 9 numaralı karar.

9 10 numaralı karar.

katılmadığı davalara ilişkin verilen hükümler bakımından, kanun yolunda herhangi bir işlem yapması mümkün değildir.¹⁰

6284 sayılı Kanun'un 20/2. maddesinde, ASPB'nin gerekli görmesi hâlinde; kadın, çocuk ve aile bireylerine yönelik olarak uygulanan şiddet veya şiddet tehlikesi dolayısıyla açılan ceza davalarının yanı sıra idari, hukuki her tür davaya ve çekişmesiz yargıya katılabileceği düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye karşın, 12 numaralı kararda, 6. Ceza Dairesi'nin, çocuğun yasal temsilcisi ve zorunlu vekilin var olduğu ve bu durum karşısında, Bakanlığın davaya katılamayacağına karar vermiş olması dikkat çekicidir.¹¹ Tüm bu gelişmeler, Bakanlığın mağdurun rızası olmaksızın davaya katılmasını esasına dayanan düzenlemenin yerindeliğinin sorgulanmasını gerekli kılmaktadır.

3. Etkili soruşturma yükümlülüğü ve çocuğun dinlenmesi (11,13 ve 14 numaralı kararlar)

Çocuğun dinlenmesi sırasında CMK'nın 236/3. maddesi *uyarınca* "psikoloji, psikiyatri, tıp veya eğitim alanında uzman bir kişi" bulundurulması zorunludur. Ancak uzun süren yargılama sonucu, zaman zaman çocukların kanun yolu incelemesi sırasında 18 yaşını geçmesi, bu nedenle bozma kararı verilmesini olanaksız kılmaktadır. Zira bozma kararı verilse dahi, ortaya çıkan hukuka aykırılığın telafi edilmesi mümkün değildir.¹²

Mağdur çocuğun beyanında geçen ifadeler ve kişiler etkili soruşturma yükümlülüğü kapsamında araştırılmalı, çocuğun beyanının güvenilirliği denetlenmeli, eksik soruşturma yapılarak kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilmemelidir. Buna uyulmadan verilen soruşturmaya veya kovuşturmaya yer olmadığı kararları, kanun yarına bozma kanun yoluna götürülebilir.¹³

4. Zorunlu vekil, zorunlu müdafî ve kanun yolu başvuruları (15-18 numaralı kararlar)

Kendisine zorunlu müdafî atandığından haberi olmayan sanığın/suçta

10 11 numaralı karar.

11 12 numaralı karar.

12 13 ve 14 numaralı kararlar.

13 11 ve 14 numaralı kararlar.

sürüklenen çocuğun müdafiiine yapılan tebligat, sanık bakımından süre aşımı nedeniyle hak kaybına yol açmaz. Bu durumda mutlaka sanığa yeniden tebligat yapılması gereklidir, aksi halde verilen kararın kesinleşmesi mümkün değildir.¹⁴ Buna ek olarak zorunlu vekilin de kanun yoluna başvurabilmesi için, hak sahiplerinin katılmadan vazgeçmemiş olması gerekir.¹⁵

Müdafiiin varlığının bilindiği durumlarda, müdafiiie karar tefhim veya tebliğ edilse dahi, ayrıca kanuni temsilciye de tebliği gerekir. Bu noktada 13. ve 22. Ceza daireleri arasında bir içtihat farklılığı olduğu görülmektedir.¹⁶

5. Adli görüşme raporu, sosyal inceleme raporu ve yargılama giderleri (20-23 numaralı kararlar)

Zorunlu müdafii için yapılan masrafın sanığa ve dolayısıyla örnek davada suça sürüklenen çocuğa yüklenmesi mümkün değildir. Ayrıca iştirak halinde suç işleyen sanıklardan her birinin sebebiyet verdiği yargılama giderlerinin ayrı ayrı, ortak yargılama giderlerinden ise paylarına düşen oranların belirlenerek karar verilmesi gerekir.¹⁷ Benzer şekilde sosyal inceleme raporu için yapılan giderler de, zorunlu kamu masrafı niteliğinde olup sanıktan istenemez.¹⁸

Adli görüşme raporu dosyaya eklenmeden karar verilmesi, bir bozma nedenidir.¹⁹ 15-18 yaş arasındaki çocuklar için sosyal inceleme raporu alınması zorunlu değildir. Ancak bu rapor alınmıyorsa gerekçesinin gösterilmesi zorunludur ve kararın bu açıdan gerekçesiz olması bir hukuka mutlak aykırılık halidir.²⁰

Ayrıca ASPB davaya kamu adına katıldığı için, mahkûm olan sanık aleyhine ve Bakanlık vekilleri lehine vekalet ücretine hükmedilmesi de hukuka aykırıdır.²¹

14 15 numaralı karar.

15 16 numaralı karar.

16 Karşılaştırınız 17 ve 18 numaralı kararlar.

17 19 numaralı karar.

18 20 numaralı karar.

19 21 numaralı karar.

20 22 numaralı karar.

21 23 numaralı karar.

6. Uzlaştırma, etkin pişmanlık, zararın giderilmesi (24-26 numaralı kararlar)

Yaşı fark etmeksizin tüm çocuklar bakımından uzlaştırmanın çocuğa değil, kanuni temsilciye teklif edilmesi gerekir. Çocuk kanun yolu incelemesi sırasında 18 yaşını geğtiyse, bozma üzerine yapılacak yargılamada uzlaştırma teklifi çocuğa yapılmalıdır.²²

Suça sürüklenen çocuk suçlamayı reddetse ve aktif bir pişmanlık göstermese dahi, çocuğun kanuni temsilcisinin suça sürüklenen çocuk adına suçtan doğan zararın bir kısmını giderme hususundaki gayreti suça sürüklenen çocuk lehine yorumlanmalıdır.²³

Suç sürüklenen çocuğun, yakalandığı sırada çaldığı malların bir kısmını henüz müracaatı bulunmayan mağdura iadesi sağladığı durumda geręekleşen kısmî iade nedeniyle katılandan suça sürüklenen çocuk hakkında etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanmasına rızası bulunup bulunmadığı sorulmalıdır.²⁴

Doç. Dr. Fahri Gökçen TANER

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı
taner@law.ankara.edu.tr

22 24 numaralı karar.

23 25 numaralı karar.

24 26 numaralı karar.

Çocuğun Üstün Yararına İlişkin Kararlar

-
- *Karar No 1: Yargıtay 6. Ceza Dairesi E. 2012/13431, K. 2015/42403*
 - *Karar No 2: Yargıtay 19. Ceza Dairesi E. 2015/16, K. 2015/6675*
-

YARGITAY 6. CEZA DAİRESİ

E. 2012/13431

K. 2015/42403

T. 16.06.2015

Yerel Mahkemece verilen hüküm temyiz edilmekle; başvurunun nitelik, ceza türü, süresi ve suç tarihine göre dosya görüşüldü:

Gerekçeli karar başlığında yanlış yazılan karar tarihinin, 25.11.2010 olarak yerinde düzeltilmesi, olanaklı kabul edilmiştir.

Dosya ve duruşma tutanakları içeriğine, toplanıp karar yerinde incelenerek tartışılan hukuken geçerli ve elverişli kanıtlara, gerekçeye ve Hakimler Kurulunun takdirine göre; suçun sanıklar tarafından işlendiğini kabulde ve nitelendirmede usul ve yasaya aykırılık bulunmadığından, diğer temyiz itirazları yerinde görülmemiştir.

Ancak;

1-) Sanık ...'ın hakkında yaş düzeltilmesine karar verilmeden önce yaşının 18'den küçük olması nedeniyle yargılamasının, 18 yaşından büyük sanıklar ile birlikte yapılması nedeniyle büyüklerin yargılaması usulüne tabi olacağı gözetilmeden; sanıkların savunmalarının tespit edildiği 10.02.2009 ve 20.03.2009 tarihli oturumların açık yerine kapalı yapılması suretiyle aleniyet ilkesine aykırı davranılması,

Kabule göre de;

2-) Sanık .. hakkında 6136 sayılı Yasaya muhalefet suçundan kurulan hükümden, sanık hakkında hükmolunan adli para cezasına esas alınan birim gün sayısının TCK'nın 52. maddesi gereğince adli para cezasına çevrilmemesi,

3-) Sanık savunmasının 29.12.2010 günlü hükmün açıklandığı oturumda, sanık hakkında lehe hükümlerin uygulanması isteminin, 5237 sayılı TCK'nın 50. maddesini kapsamı karşısında; bu konuda olumlu veya olumsuz bir karar verilmemesi,

4-) 5237 sayılı TCK.nın 53. maddesinin 2. fıkrası uyarınca hapis cezasının infazı tamamlanıncaya kadar aynı maddenin 1. fıkrasında öngörülen hakları kullanmaktan yoksun kılınmalarına, aynı maddenin 3. fıkrası uyarınca da kendi alt soyları üzerindeki velayet, vesayet ve kayımlık yetkileri açısından, söz konusu yasaklamanın koşullu salıverilen sanıklar hakkında uygulanmamasına, karar verilmesi gerekirken, sanıklar hakkında yağma suçunda yazılı biçimde hüküm kurulması,

5-) Sanık... hakkında 6136 sayılı Yasaya muhalefet suçunda kurulan hükümden mahkumiyetin doğal sonucu olarak sanık hakkında 5237 sayılı TCK.nın 53.maddesinin uygulanmaması,

bozmayı gerektirmiş, sanıklar... ve savunmanlarının temyiz itirazları bu bakımdan yerinde görülüş olduğundan, (1) nolu bozmada .. .'un muhalefeti ile oyçokluğu ile diğer bozma nedenleri yönünden ise oybirliği ile hükmün açıklanan nedenle tebliğnameye kısmen aykırı olarak BOZULMASINA, 16.06.2015 tarihinde karar verildi.

KARŞI OY:

...., yaş düzeltme kararı kesinleşene kadar suça sürüklenen çocuk; daha sonra ise, onsekiz yaşını aştığından sanık statüsündedir. Adı geçenin, 29.9.1993 olan doğum tarihi, 24.11.2009 tarihinde kesinleşen yaş düzeltme kararına göre, 29.9.1990 olarak düzeltilmiştir.

Suç tarihi 19.12.2008'dir. Yaş düzeltme kararı kesinleşmeden önce getirtilen nüfus kayıtlarında 29.9.1993 doğumlu olarak görünen, suç tarihi itibarıyla onsekiz yaşından küçüktür. Nüfus kayıtları aksi sabit olana kadar geçerlidir. Yasada suça sürüklenen çocukların yargılamalarında zorunlu gizlilik ilkesi kabul edilmiştir. Bu ilke gereğince diğer sanıkların büyük olmaları, yargılamanın açık yapılmasını gerektirmez. Bu durumda CMK'nın 185. maddesi uyarınca, 10.2.2009 ve 20.3.2009 tarihli oturumların kapalı yapılması gerekmekte olup, mahalli mahkeme de bu duruşmaları gizli yapmıştır. Çocuklarla, büyüklerin bir arada yargılanmaları durumunda; çocukların büyüklerin yargılama usulüne değil, aksine büyüklerin çocukların yargılama usulüne tâbi olması gerekmektedir.

Burada, istisnanın ana kurala tabi olması kuralı değil, çocuğun yüksek yararı/ çıkarı/menfaati söz konusudur.

Birleşmiş Milletler (BM) Çocuk Hakları Bildirgesinin 2 ve BM Çocuk Hakları

Karar Numarası: 1

Sözleşmesinin 3. maddeleri, çocuğun yüksek yararının; Çocuk Haklarına İlişkin Avrupa Sözleşmesi'nin 1. maddesi, çocuğun yüksek çıkarının esas alınacağını öngörmektedir. Bu bildirge ve sözleşmeler, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 90/5. maddesi hükmüne göre, iç hukuk hükmünde olup, çatışma hâlinde bunların esas alınması gerekmektedir. Kaldı ki, Çocuk Koruma Kanunu da, bu esası benimsemiş (ÇKK'nın 4, 8, 22, 31, 41.maddeleri); aynı kural diğer ilgili mevzuatımızda da yer almıştır.

Yargıtay CGK'nın 17.3.1986 tarih, 7/131 ve 8.10.2002 gün, 2002/222-342 Esas ve Karar sayılı kararları da bu doğrultudadır.

Açıklanan nedenlerle, karardaki (1) numaralı bozmaya katılmıyorum.

YARGITAY 19. CEZA DAİRESİ

E. 2015/16

K. 2015/6675

T. 05.11.2015

5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu'nun 5/1-d maddesi gereğince C. ve Ş. B.'dan olma 10/05/2011 doğumlu M.. B.. hakkında 5395 sayılı Kanun uyarınca sağlık tedbiri uygulanması kapsamında, çocuğun bağışıklama programında yer alan aşılarının yapılarak sağlığının korunmasına dair Mersin 2. Çocuk Mahkemesinin 31/08/2012 tarihli ve 2012/266 değişik iş sayılı kararına yapılan itirazın reddine dair Mersin 3. Çocuk Mahkemesinin 10/02/2014 tarihli ve 2014/23 değişik iş sayılı kararı aleyhine Adalet Bakanlığının 20/05/2014 gün ve 34252 sayılı kanun yararına bozma istemini içeren dava dosyası Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının 30/05/2014 gün ve KYB.2014-194353 sayılı ihbarnamesi ile daireye verilmekle okundu.

Anılan ihbarnamede;

Mersin 2. Çocuk Mahkemesince, 5395 sayılı Yasa uyarınca sağlık tedbiri uygulanması kapsamında, çocuğun bağışıklama programında yer alan aşılardan yapılması kararı anılan yasanın tedbirler kısmında düzenlenmiş olup, söz konusu aşılardan yapılmasını zorunlu kılan yasal bir kural olmadığı gibi söz konusu aşılardan koruyucu tedavi niteliğinde bir tıbbi müdahale olduğu, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası 17/2. maddesi, Türk Medeni Kanunu'nun 24. maddesi, Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 70. maddesi, Umumi Hıfzısıhha Kanunu'nun 72. maddesi, Hasta Hakları yönetmeliğinin 5, 22, 24, 25, 26. maddeleri de incelendiğinde, aşının tıbbi bir zorunluluk olduğuna, velinin rızası olmaksızın yapılmasının salgın hastalıklar haricinde mecburi olacağına dair yasal bir düzenleme olmadığı ve somut olayda çocuğun velisi olan anne ve babanın çocuklarına aşı yapılmasına rıza göstermemelerine rağmen, itirazın kabulüne karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde itirazın reddine karar verilmesinde isabet görülmediği gerekçesiyle 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 309.maddesi uyarınca anılan kararların kanun yararına bozulması isteminde

bulunulmakla gereği görüülüp düşünüldü;

Yargıtay 7. Ceza Dairesinin 2014/19974-20148 E.K sayılı kararında belirtildiği üzere,

5395 sayılı Kanun'un 2. maddesi ve aynı Kanun'a dayanılarak çıkarılan Koruyucu ve Destekleyici Tedbir Kararlarının Uygulanması Hakkında Yönetmeliğin 4. maddesi kapsamında; Sağlık Bakanlığı düzenlemelerine aykırı olarak, topuk kanı alınması ve aşı uygulamalarının reddedilmesi suretiyle bedensel ve zihinsel gelişimi tehlikeye düşebilecek olan çocuğun korunmaya ihtiyacı olan çocuk olarak değerlendirilmesinin gerektiği, 5395 sayılı Kanun ve ilgili yönetmelik hükümleri uyarınca Çocuk Mahkemelerinin koruma tedbirine karar vereceği,

Yine Yargıtay 2. HD'nin 2014/26980 E, 2015/6339 K sayılı, 2014/22611 E, 2015/9162 K sayılı, 2015/1170 E, 2015/9552 K sayılı ve 2014/28082 E, 2015/10714 K sayılı ilamlarında ise,

"Türkiye'nin taraf olduğu "Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi"nde, tıbbi müdahalenin ilgili kişinin bu müdahaleye özgürce ve bilgilendirilmiş bir şekilde muvafakat etmesinden sonra yapılabileceği, muvafakat verme yeteneği olmayan bir kimse üzerinde ise, tıbbi müdahalenin sadece onun doğrudan yararı için yapılabileceğine değinildikten sonra, müdahaleye muvafakat verme yeteneği bulunmayan küçüğe veya akıl hastalığı ve benzeri herhangi bir sebepten dolayı muvafakat verme yeteneği bulunmayan bir yetiškine sadece yasal temsilcisinin veya kanun tarafından belirlenen bir kişi veya makam ve kuruluşun izni ile müdahalede bulunulabileceği belirtilmiştir (Söz. m. 6). Bu halde dahi, bu kişi, makam veya kuruluşa, müdahalenin amacı, niteliği ile sonuçları ve müdahale edilmemesi halinde doğabilecek tehlikeleri hakkında uygun bilgi verilmesi zorunludur.

Buna göre, küçüğe yapılacak tıbbi bir müdahalenin kural olarak ancak yasal temsilcisinin izniyle yapılabileceğinde duraksama yoktur. Sorun, tıbbi müdahalenin amacı, niteliği, sonuçları ve müdahale edilmemesi halinde, ortaya çıkabilecek tehlikeleri hakkında ana ve baba aydınlatıldığı halde rıza göstermemeleri halinde nasıl hareket edilmesi gerektiğindedir. Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi, çocukla ilgili her türlü kararlarda onun üstün yararının esas olduğunu öngörmektedir. Diğer yandan Türk Medeni Kanunu da yukarıdaki uluslararası sözleşme hükümlerine paralel olarak ana ve babanın velayetleri altındaki çocukların bakım, bedensel, zihinsel, ruhsal ve toplumsal

gelişmeleri konusunda onların menfaatini göz önünde tutarak, gerekli kararları alacaklarını ve uygulayacaklarını kabul etmiştir (TMK md. 339/1, 340/1). Şu halde ana babanın çocuklarla ilgili karar alırken onların menfaatlerini ve üstün yararlarını göz önünde tutmaları asıldır. Buna aykırı bir tutum haklı görülemez. Küçüğe yapılacak müdahalenin amacı, niteliği ve sonuçları ile yapılmaması halinde ortaya çıkabilecek tehlikeler konusunda aydınlatıldıkları halde ana ve babanın haklı bir sebep göstermeksizin müdahaleye karşı çıkmaları durumunda çocuğun üstün yararı esas alınarak müdahalenin gerekli olup olmadığına karar verilmelidir.

Somut olayda çocuğa uygulanacak aşının, gelecekteki hastalıklardan çocuğu birey olarak korumak ve toplum sağlığı açısından gerekli olan Sağlık Bakanlığınca belirlenen “genişletilmiş bağışıklık programı” uyarınca yapılması zorunlu aşılarından olduğu görülmektedir. Böyle bir durumda çocuğun yasal temsilcileri uygulanacak aşı ile ilgili olarak aydınlatıldıkları halde, hiç bir haklı sebep ileri sürmeksizin buna rıza göstermiyorlarsa çocuğun menfaatine aykırı olan bu tavra hukuki sonuç bağlanamaz. Diğer bir ifadeyle ana ve babanın rıza göstermemeleri, çocuğun üstün yararına açıkça aykırı ise artık rıza aranmaz. Olayda ana baba çocuğa aşı uygulanmasına karşı çıkmışlar, buna rızalarının bulunmadığını ifade etmişlerdir. Ne var ki; bu beyanlarını haklı gösterecek bir sebep ve delil göstermedikleri gibi dosyada da, yapılması istenilen aşının çocuğun üstün yararına aykırı olacağına ilişkin bir bulgu ve olgu da bulunmamaktadır. Aşının, çocuğun gelecekteki bireysel sağlığı yanında, toplum sağlığı açısından da yapılması zorunlu olduğu anlaşıldığına göre, isteğin kabulüne karar verilmesi gerekirken salt ana ve babanın rıza göstermedikleri gerekçesine dayanılarak talebin reddi usul ve yasaya aykırı bulunmuştur.” şeklindeki gerekçelerle 5395 sayılı Kanun kapsamında Aile Mahkemeleri tarafından aşı uygulanmasına ilişkin koruma tedbirlerinin usul ve yasaya uygun olduğu belirtilmiştir.

Bu açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, ana ve babanın aşı uygulamasına rıza göstermemeleri halinde, çocuğun üstün yararına açıkça aykırı olan bu durumda ana babanın rızasının aranmayacağı, somut olayda ana ve babanın haklı bir sebep ve delil göstermeksizin çocuklarına aşı uygulanmasına karşı çıktıkları, yapılması istenilen aşının çocuğun üstün yararına aykırı olacağına ilişkin bir bulgu ve olgunun bulunmadığı gibi aşının, çocuğun gelecekteki bireysel sağlığı yanında, toplum sağlığı açısından da yapılmasının zorunlu olduğunun anlaşılması karşısında, mahkeme uygulamasının usul ve yasaya uygun bulunması nedeniyle Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının yerinde görülmeyen kanun yararına bozma isteminin REDDİNE, 05/11/2015 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

Şikayet Hakkı ve Davaya Katılmaya İlişkin Kararlar

-
- *Karar No 3: Yargıtay 14. Ceza Dairesi, E. 2014/8243 K. 2017/3750*
 - *Karar No 4: Yargıtay 14. Ceza Dairesi E. 2015/5321 K. 2019/9712*
 - *Karar No 5: Yargıtay 14. Ceza Dairesi E. 2016/1027 K. 2019/11077*
 - *Karar No 6: Yargıtay 6. Ceza Dairesi E. 2016/6863 K. 2019/4403*
 - *Karar No 7: Yargıtay 12. Ceza Dairesi E. 2015/2129 K. 2015/14728*
 - *Karar No 8: Yargıtay 12. Ceza Dairesi E. 2015/2129 K. 2015/14728*
 - *Karar No 9: Yargıtay Ceza Genel Kurulu E. 2014/14-499 K. 2017/430*
 - *Karar No 10: Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu E. 2019/6 K. 2019/7*
 - *Karar No 11: Yargıtay 14. Ceza Dairesi E. 2016/6891 K. 2020/57*
 - *Karar No 12: Yargıtay 6. Ceza Dairesi E. 2017/397 K. 2018/1642*
-

YARGITAY 14. CEZA DAİRESİ

E. 2014/8243

K. 2017/3750

T. 06.07.2017

İlk derece mahkemesince verilen hüküm temyiz edilmekle dosya incelendi

Avukat ... , müşteki ... ile mağdure ... vekili olarak da hükmü temyiz etmiş ise de müşteki ...'nin yokluğunda verilir 04.09.2012 tarihinde kendisine tebliğ edilen hüküm vekilin 1412 sayılı CMUK'nın 310/1. maddesinde düzenlenen bir haftalık kanuni süresinden sonra 19.12.2012 havale tarihli dilekçeyle temyiz ettiği anlaşıldığından, çocuğun kaçırılması ve alıkonulması suçunda korunan hukuki yarar velinin aile hukukundan kaynaklanan velayet hakkı olup, 5237 sayılı TCK'nın 234/3. maddesinde düzenlenen suçun mağdurunun kaçırılan ya da alıkonulan çocuğun kanuni temsilcisi olması nedeniyle vekilin yaşı küçük mağdure adına da davaya katılma ve hükmü temyize hakkı bulunmadığından, vâki temyiz isteminin 5320 sayılı Kanunun 8/1. maddesi gözetilerek CMUK'nın 317. maddesi uyarınca Reddiyle, incelemenin O Yer Cumhuriyet Savcısı ile Avukat ... 'ın müşteki ... vekili sıfatıyla yaptığı temyizlerle sınırlı olarak yapılmasına karar verildikten sonra gereği düşünüldü:

5237 sayılı TCK'nın 234/3. maddesinde yer alan çocuğun kaçırılması ve alıkonulması suçunda korunan hukuki yararın velinin aile hukukundan kaynaklanan velâyet hakkı olduğu ve şikayet hakkının da mağdurenin annesi ... ile babası ...'e ait olup adı geçenlerin alınan beyanlarında şikayetçi olduklarını ifade etmeleri karşısında, duruşma yapılarak tüm deliller toplandıktan sonra suça sürüklenen çocuğun hukuki durumunun tayin ve takdiri gerekirken, şikayet hakkı bulunmayan mağdurenin şikayetinden vazgeçtiği gerekçesiyle duruşma yapılmadan yazılı şekilde kamu davasının düşmesine karar verilmesi,

Kanuna aykırı, O Yer Cumhuriyet Savcısı ile müşteki ... vekilinin temyiz itirazları bu itibarla yerinde görüldüğünden, hükmün 5320 sayılı Kanunun 8/1. maddesi gözetilerek 1412 sayılı CMUK'nın 321. maddesi uyarınca BOZULMASINA, 06.07.2017 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 14. CEZA DAİRESİ

E. 2015/5321

K. 2019/9712

T. 13.05.2019

İlk derece mahkemesince verilen hükümler temyiz edilmekle dosya incelenerek gereği düşünöldü:

Sanık hakkında reşit olmayanla cinsel ilişki ve kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçlarından kurulan hükümlerin incelenmesinde;

Delilleri takdir ve gerekçesi gösterilmek suretiyle verilen beraat ve düşme hükümleri usul ve kanuna uygun olduğundan sanık müdafisi ile katılan Bakanlık vekilinin yerinde görölmeyen temyiz itirazlarının reddiyle hükümlerin ONANMASINA,

Sanık hakkında çocuğun kaçırılması ve alıkonulması suçundan kurulan hükmün temyiz incelemesine gelince;

Suç tarihinde koruma kararına istinaden katılan Bakanlığa bağılı Eskişehir Kız Yetiştirme Yurdunda kalan mağdure ...'in yurttan kaçmasının ardından yanında kaldığı sanık hakkında müsnet suçtan açılan kamu davasına bakan mahkemece duruşmada dinlenen katılan Bakanlık vekilinin şikayetçi olduğu gözetilerek sanığın müsnet suçtan mahkumiyeti yerine şikayet hakkı bulunmayan yaşı küçük ...'in bozmadan sonra alınan ifadesinde şikayetçi olmadığı gerekçesiyle kamu davasının düşmesine karar verilmesi,

Kanuna aykırı, sanık müdafisi ile katılan Bakanlık vekilinin temyiz itirazları bu itibarla yerinde göröldüğünden, hükmün ... sayılı Kanunun 8/1. maddesi gözetilerek ... sayılı CMUK'nın 321. maddesi gereğince BOZULMASINA, 13.05.2019 tarihinde oy birliğiyle karar verildi.

YARGITAY 14. CEZA DAİRESİ

E. 2016/1027

K. 2019/11077

T. 25.09.2019

İlk derece mahkemesince verilen hüküm temyiz edilmekle başvurunun muhtevası ve inceleme tarihine kadar getirilen kanuni düzenlemeler nazara alınarak dosya tetkik edildi, gereği görüldü:

Yapılan yargılamaya, toplanıp karar yerinde gösterilen delillere, ilk derece mahkemesinin soruşturma ve kovuşturma sonuçlarına uygun olarak oluşan kanaat ve takdirine incelenen dosya içeriğine göre yerinde görülmeyen sair temyiz itirazlarının reddine,

Ancak;

Olay tarihinde on beş yaşını bitiren mağdure ...'ün şikayet hakkının kendisinde, on dört yaşında olan mağdure...'nın şikayet hakkının ise velayet hakkına sahip babası müşteki ...'da olduğu ve müştekinin ise soruşturma evresinde sanıktan şikayetçi olmadığını beyan ettiği, her ne kadar kovuşturma evresinde tekrar şikayetçi olduğunu belirtmiş ise de şikayetten vazgeçmeden vazgeçmenin de mümkün olmadığı anlaşılmalı, sanık hakkında mağdure...'ya yönelik eylemi yönünden kovuşturma koşulunun gerçekleşmediği gözetilmeden, her iki mağdureye karşı zincirleme işlediği cinsel taciz suçundan dolayı 5237 sayılı TCK'nın 105/1. maddesi ile belirlenen temel cezanın koşulları oluşmadığı halde aynı Kanunun 43/2. maddesi ile artırılması suretiyle fazla tayini, kanuna aykırı, sanığın temyiz itirazları bu itibarla yerinde görüldüğünden, hükmün 5320 sayılı Kanunun 8/1. maddesi gözetilerek 1412 sayılı CMUK'nın 321. maddesi uyarınca BOZULMASINA, 25.09.2019 tarihinde oy birliğiyle karar verildi.

YARGITAY 6. CEZA DAİRESİ

E. 2016/6863

K. 2019/4403

T. 16.9.2019

5271 Sayılı CMK'nin 234/2-239/2. maddelerine göre mağdur veya katılanın 18 yaşını doldurmamış, sağır veya dilsiz ya da meramını ifade edemeyecek derecede malul olur ve bir vekili de bulunmazsa, istemi aranmaksızın bir vekil görevlendirilecektir.

Katılma hususunda asıl hak sahibi olan kişi suçun mağduru ve suçtan zarar görenin bizzat kendisidir. Katılmanın niteliği itibarıyla şahsa sıkı suretle bağlı haklardan olması ve Türk Medeni Kanunu'nun anılan hükümleri ile birlikte değerlendirildiğinde; suçun mağduru olan küçük veya kısıtlı, ayırt etme gücüne sahip ise davaya katılma veya katılmama yönünde iradesine bakılacak kişi mağdurun bizzat kendisi olup, gerek kanuni temsilcisi gerek görevlendirilen vekilin bu yönde beyanının bir önemi olmayacaktır. Küçük kısıtlı veya ayırt etme gücüne sahip değilse katılma yönünde hakları onun yerine kanuni temsilcisi kullanacaktır. 15.04.1992 gün ve 14/9 Sayılı İçtihadı Birleştirme kararı ve Ceza Genel Kurulu'nun bu yöndeki kararlarında; "Ayırt etme gücüne sahip (sezgin) küçüklerin doğrudan doğruya kişiliklerine karşı işlenmiş bulunan suçlardan dolayı dava ve şikayet hakkına sahip oldukları" sonucuna ulaşılmıştır.

Ceza muhakemesinde davaya katılma yönünden ayırt etme gücü; kişinin kamu davasına katılma veya katılmamanın doğuracağı hukuki sonuçları algılayıp, makul bir seçimde bulunabilmesidir. Mağdurun yaşı ve ayırt etme gücüne etki eden kişisel durumu kadar, mağdura karşı işlendiği iddia olunan suçun özellik ve niteliği ile de ilgilidir.

Herhangi bir malullüğü bulunmayan çocukların mağdur oldukları suçlara ilişkin beyanda buldukları tarihte 15 yaşından büyük olmaları halinde bu yeteneğe sahip olduğu kabul edilmelidir.

Mağdur vekilinin mağdur adına kanun yoluna müracaat edebilmesi ancak mağdurun katılan sıfatı almasına bağlıdır.

CMK'nin 261.maddesinde avukatın, müdafiliğini veya vekilliğini üstlendiği kişilerin açık arzusuna aykırı olmamak koşuluyla kanun yollarına başvurabileceği belirtilmiştir. Bu mağdurlara Baro tarafından görevlendirilen avukatı da kapsar. Kanuni temsilci asil olup, vekilin yetkileri asilden fazla olamayacaktır.

Bu açıklamalar ışığında; mağdurlar ... ve ... zorunlu vekillerinin açtıkları temyiz davalarına gelince;

Ayırt etme gücüne sahip mağdur ... ve yaşı küçük mağdurun yasal temsilcisi annesi ...'in 20/01/2015 tarihli oturumda şikayetçi olmadıklarını beyan ettikleri dikkate alındığında mağdur ... zorunlu vekilleri Av. ...t, Av. ...'nın;

Ayırt etme gücüne sahip 15-18 yaş grubunda bulunan mağdur ...'in talimat yolu ile dinlendiği 08/05/2015 tarihli oturumda Av. huzurunda açıkca şikayetçi olmadığını bildirip, davaya katılma yönünde bir irade ortaya koymadığı, zorunlu vekili Av. ...'in 10/11/2015 tarihli oturumda mağdur adına davaya katılma talebinde bulunduğu, mağdurun annesi ...'in talimat yolu ile dinlendiği 06/07/2015 tarihli oturumda şikayetçi olup davaya katılma iradesini yansıttığı, gerekçeli kararın tebliğ olunmasına karşın temyiz davası açmadığı, herhangi bir kısıtlılığı bulunmayan 15-18 yaş grubundaki mağdurun kendine sıkı bir şekilde bağlı hakkı kullanmadığına yönelik beyanı birlikte değerlendirildiğinde mağdur ... zorunlu vekili Av. ...'in;

Yukarıda açıklanan nedenlerle hükmü temyiz yetkileri bulunmadığından, mağdurlar ... ve ... zorunlu vekillerinin vaki temyiz istemlerinin CMK'nin 298 (CMUK'un 317) maddesi gereğince kısmen tebliğnameye uygun olarak REDDİNE, 16/09/2019 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 12. CEZA DAİRESİ

E. 2015/2129

K. 2015/14728

T. 7.10.2015

Suçta sürüklenen çocukların özel hayatın gizliliğini ihlal suçundan dolayı TCK'nın 134/1. maddesi gereğince cezalandırılmalarının talep edildiği 20.12.2013 tarihli iddianame içeriğine ve dosya kapsamına göre; doğumlu olup, suç tarihi itibarıyla 15 yaşını tamamlamış olan mağdur T. ile mağdurun sevgilisi olan suçta sürüklenen çocuk H. ve her ikisinin arkadaşı olan diğer suçta sürüklenen çocuk A'nın, 2013 yılı Ağustos ayında, bir parkta buluşarak, yanyana oturup, mağdurla sevgilisinin öpüşmeye başlamasının ardından suçta sürüklenen çocuk H'nin, diğer suçta sürüklenen çocuk A, "Biz öpüşürken, görüntülerimizi cep telefonuna kaydet." demesi üzerine, suçta sürüklenen çocuk A'nın , mağdurun ve sevgilisinin bilgisi dahilinde, kendi cep telefonu ile onların öpüştükleri ana ilişkin görüntülerini kaydettiği olayda,

Tek oturumda tamamlanan 20.03.2014 tarihli duruşmada, suç tarihi itibarıyla 15 yaşını tamamlamış olan mağdur T'nin ; suçta sürüklenen çocuk Adan şikayetçi olmayıp, suçta sürüklenen çocuk Hasan'dan şikayetçi olduğunu ve davaya katılmak istediğini, mağdurun yasal temsilcisi olan annesi C'nin; her iki suçta sürüklenen çocuğa yönelik soruşturma evresindeki şikayetinden vazgeçtiğini ve davaya katılmak istemediğini, mağdura baro tarafından atanan vekilinin; davaya katılmak istediklerini ifade ettikleri ve mahkemece mağdur hakkında katılma kararı verildiği anlaşılmakta ise de,

Suçta sürüklenen çocukların üzerlerine atılı özel hayatın gizliliğini ihlal suçunu iştirak halinde işledikleri iddia edilmiş olup, mağdur T'nin , suçta sürüklenen çocuk A'ya yönelik şikayetinden vazgeçtiğini beyan etmesi ve şikayetten vazgeçmenin TCK'nın 73/5. maddesindeki, "İştirak halinde suç işlemiş sanıklardan biri hakkındaki şikayetten vazgeçme, diğerlerini de kapsar." hükmü gereğince diğer suçta sürüklenen çocuk Hasan'ı da kapsayacağı nazara alındığında, mağdurun her iki suçta sürüklenen çocuk yönünden davaya katılma hakkı bulunmadığı

Karar Numarası: 7

gözetilmeden katılmasına karar verilmiş olmasının hukuki değerden yoksun olduğu anlaşılmalı, hükümleri temyiz etme hakkı bulunmayan mağdur adına vekilinin temyiz isteminin, 5320 sayılı Kanununun 8. maddesi uyarınca halen uygulanmakta olan 1412 sayılı CMUK'un 317. maddesi gereğince isteme aykırı olarak REDDİNE, 07.10.2015 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 14. CEZA DAİRESİ

E. 2016/1027

K. 2019/11077

T. 25.09.2019

İlk derece mahkemesince verilen hüküm temyiz edilmekle başvurunun muhtevası ve inceleme tarihine kadar getirilen kanuni düzenlemeler nazara alınarak dosya tetkik edildi, gereği görüldü:

Yapılan yargılamaya, toplanıp karar yerinde gösterilen delillere, ilk derece mahkemesinin soruşturma ve kovuşturma sonuçlarına uygun olarak oluşan kanaat ve takdirine incelenen dosya içeriğine göre yerinde görülmeyen sair temyiz itirazlarının reddine,

Ancak;

Olay tarihinde on beş yaşını bitiren mağdure ...'ün şikayet hakkının kendisinde, on dört yaşında olan mağdure...nın şikayet hakkının ise velayet hakkına sahip babası müşteki ...'da olduğu ve müştekinin ise soruşturma evresinde sanıktan şikayetçi olmadığını beyan ettiği, her ne kadar kovuşturma evresinde tekrar şikayetçi olduğunu belirtmiş ise de şikayetten vazgeçmeden vazgeçmenin de mümkün olmadığı anlaşılmalı, sanık hakkında mağdure...ya yönelik eylemi yönünden kovuşturma koşulunun gerçekleşmediği gözetilmeden, her iki mağdureye karşı zincirleme işlediği cinsel taciz suçundan dolayı 5237 sayılı TCK'nın 105/1. maddesi ile belirlenen temel cezanın koşulları oluşmadığı halde aynı Kanunun 43/2. maddesi ile arttırılması suretiyle fazla tayini, Kanuna aykırı, sanığın temyiz itirazları bu itibarla yerinde görüldüğünden, hükmün 5320 sayılı Kanunun 8/1. maddesi gözetilerek 1412 sayılı CMUK'nın 321. maddesi uyarınca BOZULMASINA, 25.09.2019 tarihinde oy birliğiyle karar verildi.

YARGITAY CEZA GENEL KURULU

E. 2014/14-499

K. 2017/430

T. 24.10.2017

Çocuğun cinsel istismarı suçundan sanık ...'nın beraatine ilişkin, Alaşehir 1. Asliye Ceza Mahkemesince verilen 23.03.2010 gün ve 180-121 Sayılı hükmün, mağdure vekili tarafından temyiz edilmesi üzerine dosyayı inceleyen Yargıtay 14. Ceza Dairesince 20.11.2013 gün ve 22509-11887 sayı ile;

“Suç tarihi itibarıyla nüfus kaydına göre 11 yaş içinde olan mağdurenin annesi ...'in 12.06.2009 tarihli duruşmada, sanıktan şikâyetçi olmadığını beyan ettiğinin anlaşılması karşısında, mağdure vekilinin hükmü temyize hakkı bulunmadığından, temyiz isteğinin 5320 Sayılı Kanun'un 8/1. maddesi gözetilerek CMUK'nın 317. maddesi uyarınca reddine” karar verilmiştir.

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı ise 09.02.2014 gün ve 150301 sayı ile;

“İtirazlarımız mağdure zorunlu vekilinin sanık ... hakkında verilen beraat kararını temyize hakkı bulunup bulunmadığına ilişkindir.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasasınının 36. maddesiyle 'Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılama hakkına sahiptir.' ve yine aynı Kanun'un 141/4. maddesiyle de 'Davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması, yargının görevidir.' hükümlerini haizdir.

5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda çocukların cinsel istismarı suçları TCK'nun 2. kitap, 6. bölümünde vücut dokunulmazlığına yönelik suçlar içerisinde düzenlenmiştir. 765 Sayılı Türk Ceza Kanununda ise genel ahlak ve aile düzeni aleyhine işlenen suçlar içinde düzenlenmişti. Bu suçlarda korunan hukuki yarar yeni yaşamızdaki sisteme göre kişinin 'vücut dokunulmazlığı' olup kişiye sıkı sıkıya bağlı olan haklardandır. 4721 Sayılı Türk Medeni Kanununun 16. maddesi gereğince 'ayırt etme gücüne sahip küçükler ve kısıtlılar yasal temsilcilerinin rızası

olmadıkça kendi işlemleriyle borç altına giremezler. Karşılıksız kazanmadan ve kişiye sıkı sıkıya bağlı hakları kullanmada bu rıza gerekli değildir.' Yüksek Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulunun 15.04.1992 gün ve 14/9 Sayılı kararında; 'Sezgin küçükler, doğrudan doğruya kişiliklerine karşı işlenmiş olan suçlardan dolayı dava ve şikâyet hakkına sahiptirler' görüşü kabul edilmiştir.

5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu sisteminde çocukların cinsel istismarı suçunda rıza yaşı 15 yaş olarak belirlenmiştir. 15 yaşını bitirmemiş küçüklerin suçun oluşması açısından rızaları etkili değildir. Ancak şikâyeti kullanma açısından ayırt etme gücüne sahip bulunan küçüklerin, kişiye sıkı surette bağlı bulunan bu hakkı kullanmasına da Medeni Kanun ve yukarıda açıklanan içtihadı birleştirme kararına göre bir engel söz konusu değildir.

Diğer taraftan küçüklerin haklarını Medeni Kanunun gereğince anne ve babanın koruma ve kollama görevleri bulunmaktadır. Bu doğrultuda anne ve baba kendi adlarına davaya katılarak, kendilerine de vekil görevlendirmesi yapılarak çocuğun haklarını koruma yoluna gidebilecekleri gibi, şikâyet haklarını kullanmamaları veya açılan kamu davasına katılmamaları da mümkündür.

Ceza Muhakemesi Kanununun 234. maddesi mağdur ile şikâyetçinin haklarını sayarken, kamu davasına katılma ve davaya katılma şartıyla davayı sonuçlandıran kararlara karşı kanun yoluna başvurma haklarını belirtmiş, bu hakların mağdur ve şikâyetçiye anlatılarak tutanağa geçirilmesi gerektiğini işaret etmiş anılan maddenin ikinci fıkrası ise 'Mağdur, onsekiz yaşını doldurmamış, sağır veya dilsiz ya da meramını ifade edemeyecek derecede malûl olur ve bir vekili de bulunmazsa, istemi aranmaksızın bir vekil görevlendirilir.' şeklinde düzenlenmiştir.

Yine Ceza Muhakemesi Kanununun 237. maddesi, kamu davasına katılmayı 'Mağdur, suçtan zarar gören gerçek ve tüzel kişiler ile malen sorumlu olanlar, ilk derece mahkemesindeki kovuşturma evresinin her aşamasında hüküm verilinceye kadar şikâyetçi olduklarını bildirerek kamu davasına katılabilirler. Kanun yolu muhakemesinde davaya katılma isteğinde bulunulamaz. Ancak, ilk derece mahkemesinde ileri sürülüp reddolunan veya karara bağlanmayan katılma istekleri, kanun yolu başvurusunda açıkça belirtilmişse incelenip karara bağlanır.' hükmü ile aynı Kanun'un 238. maddesi ise katılma usulünü 'Katılma, kamu davasının açılmasından sonra mahkemeye dilekçe verilmesi veya katılma istemini içeren sözlü başvurunun tutanağa geçirilmesi suretiyle olur' şeklinde hüküm altına almıştır.

CMK'nun 260. maddesi kanun yoluna başvurma hakkına sahip kimseleri Cumhuriyet savcısı, şüpheli, sanık ve katılan sıfatı almış olanlar ile katılma istemi karara bağlanmamış, reddedilmiş veya katılan sıfatı alabilecek surette suçtan zarar görmüş bulunanlar olarak saymıştır.

Somut olayda;

Suç tarihi olan 24.12.2008 tarihi itibarıyla 11 yaş içerisinde olması sebebiyle mağdureye Baro tarafından tayin edilen vekili davayı takip ederek şikâyetçi olmasını müteakip katılan sıfatı da almıştır. Velâyet hakkını Medeni Kanun hükümleri gereğince birlikte kullanması gereken baba duruşmalara hiç katılmamış, annesi Server ise 12.06.2009 tarihli duruşmada sanıktan şikâyetçi olmadığını beyan etmiştir. Bu beyanı müstakilen velâyet hakkından kaynaklanan davaya müdahale yetkisini kullanmadığı anlamına gelecektir. Bu durum sezgin olmayan, bu sebeple de şikâyetçi olma ya da şikâyetten vazgeçme ehliyeti bulunmayan mağdureye Baro tarafından tayin edilen zorunlu vekilin davaya katılma veya temyiz hakkını kullanmasına engel olmaz. Bu bağlamda; CMK'nun 234, 237, 238 ve 260. maddeleri çerçevesinde, suçtan açıkça ve doğrudan zarar gören ve katılma iradesini ortaya koyarak Mahkemece usul ve yasaya uygun olarak katılan olarak kabul edilen mağdure vekilinin, süresi içinde yapmış olduğu temyiz talebinin kabulüyle davanın esasına girilerek bir karar verilmesi gerekmektedir" görüşüyle itiraz kanun yoluna başvurmuştur.

CMK'nun 308. maddesi uyarınca inceleme yapan Yargıtay 14. Ceza Dairesince 17.04.2014 gün ve 2170-5310 sayı ile; "Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi (UYAP) aracılığıyla alınan nüfus kayıt örneklerine göre mağdurenin anne-babasının evli olmadıkları ve soybağının babası ile tanıma suretiyle kurulduğu, 4721 Sayılı TMK'nın 337/1. maddesine göre anne-babanın evli olmaması halinde velâyet hakkının anneye ait olduğu, dosya kapsamına göre mağdurenin suç tarihi itibarıyla 10 yaş 9 aylık olduğu, mağdurenin kovuşturma aşamasında beyanlarının tespit edildiği 12.06.2009 tarihli celsede ise 11 yaş 3 aylık olduğu, mağdurenin bu tarihte alınan duruşma beyanında sanıktan şikâyetçi olduğunu ve davaya katılmak istediğini ifade ettiği, mağdureye yaşı sebebiyle atanan zorunlu vekilin de mağdurenin beyanlarını tekrar ettiğini ifade ederek davaya katılma talebinde bulunduğu anlaşıldığı, ancak mağdurenin beyanlarının tespit edildiği tarihte 15 yaşından küçük olması sebebiyle şikâyete ve kamu davasına katılmaya dair beyanlarının hukuken geçerli kabul edilemeyeceği, zira mağdurenin 15 yaşından küçük olması sebebiyle TMK'nın 339 vd. maddeleri uyarınca mağdurenin menfaatlerini korumakla yükümlü olup velâyet hakkı kapsamında mağdure adına

şikâyette bulunma ve kamu davasına katılma hususunda mağdurenin velisi konumundaki annesinin beyanda bulunmasının mümkün olduğu, ayrıca şikâyet ve kamu davasına katılma hususunda mağdure veya mağdureye yaşı sebebiyle atanan zorunlu vekilin iradesi ile mağdurenin velisinin beyanları arasında çatışma halinde velinin beyanlarına üstünlük tanınması gerektiği anlaşılmıştır” gerekçesiyle itiraz nedenleri yerinde görülmemiş,

“CMK’nın ‘Mağdur İle Şikâyetçinin Hakları’ başlıklı 234. maddesinin 2. fıkrasında ‘Mağdur, on sekiz yaşını doldurmamış, sağır veya dilsiz ya da meramını ifade edemeyecek derecede malul olur ve bir vekili de bulunmazsa, istemi aranmaksızın bir vekil görevlendirilir’ hükmüne yer verilmiştir. Yine aynı maddenin 1-b/5. maddesinde ‘vekili bulunmaması halinde, cinsel saldırı suçu ile alt sınırı beş yıldan fazla hapis cezasını gerektiren suçlarda, baro tarafından kendisine avukat görevlendirilmesini isteme’ hakkının da bulunduğu vurgulanmıştır.

Bu düzenleme ile ceza yargılamasında, CMK’nın 234/3. maddesindeki şartlarda istem halinde ya da zorunlu olarak bir vekil görevlendirileceği emredici bir norm haline getirilmiştir.

CMK 150/2’ye göre sanığa atanan zorunlu müdafii ile sanık arasında yasa yollarına başvurma konusunda irade çelişmesi olması halinde CMK’nın 266. maddesinde bir düzenleme bulunmaktadır. CMK’nın 266/3. maddesine göre, sanıklara atanan zorunlu müdafiler, müvekkileri lehine yasa yollarına başvurur ve bu konuda sanık ile iradeleri çelişirse, yasa yollarına başvurma yönünden müdafii iradesine üstünlük tanınmaktadır. Ancak, yasa yollarına başvurma konusunda, mağdurlara atanan zorunlu vekillerle mağdurların iradelerinin çelişmesi halinde hangisinin iradesine üstünlük tanınacağına dair yasada herhangi bir düzenleme yoktur. Bu sebeple sorunun hali için kıyas yoluna başvurmakta hiçbir sakınca bulunmamaktadır. Zira kıyas yapılacak konu maddi ceza hukukuna ait bir konu olmayıp usul hukukuna ait bir konudur. Usul hukukunda ise kıyas mümkündür. Bu sebeple nasıl ki sanığa zorunlu müdafii ataması gerekli olan durumlarda zorunlu müdafii temyizi sanığa rağmen geçerli ise, sanık haklarına kıyasen CMK’nın 234/2. maddesine göre atanan çocuk mağdurelere atanan zorunlu vekilin temyizi de küçük mağdureye rağmen geçerli sayılmalıdır. Esasen bu pozitif bir koruyuculuk sağlaması sebebiyle hükmün düzenleniş amacına da uygundur. Kaldı ki korunmanın ihtiyaç ve derecesine göre rızasının geçerli olmadığı 15 yaşından küçük mağdureler ve şikâyete tabi olmayan suçlar için zorunlu vekilin temyizini geçerli saymanın gerekliliği daha fazladır.

Somut olayda, mağdure 11 yaşındadır. Mağdurenin yasal temsilcisi olan katılan konumundaki annesi müşteki kovuşturma aşamasında sanıktan şikâyetçi olmadığını beyan etmiştir. Sayın çoğunluk görüşü küçük çocuğun yasal temsilcisinin anne ve babası olduğu, ana-babada katılma ve temyiz haklarını kullanmadıkları için davaya katılma ve temyiz haklarının bulunmadığını, bu sebeple zorunlu vekilin de davaya katılma ve temyiz hakkının bulunmadığını kabul etmektedirler. Ancak, bu isabetli bir görüş değildir. Çünkü, çocuk mağdurenin yasal temsilcilerinin katılma hakkını kullanmamaları veya çıkan kararı temyiz etmemeleri kendileri için bağlayıcıdır. Yasa gereği CMK'nın 234. maddesine göre atanan zorunlu vekiller ana ve babanın değil korunmaya muhtaç çocukların zorunlu vekilleridir. CMK 266/3'de, CMK 150/2'ye göre atanan zorunlu sanık müdafinin temyiz iradesinin üstünlüğüne kıyasen, mağdureler için atanan zorunlu vekillerde, yasa yollarına başvurmayı temin edecek kadar ve bununla sınırlı olmak üzere davaya katılma ve çıkan kararı temyiz hakkını kullanabilirler. Zorunlu vekillerin bu hakkı küçük mağdurenin yanında ve onlara paralel olarak mevcuttur. Bu durum mümeyyiz küçüklerin veya yasal temsilcilerinin şahsa bağlı haklarının ve şikâyet haklarının ellerinden alınması değildir. Zorunlu vekile tanınan yetki, şikâyetin sonuç doğurduğu hakları kullanmak olmayıp sadece çıkan kararları, küçükler yararına temyiz merciin yargısal denetimine taşımaktır. Katılmanın kendilerine külfet getireceğini düşünen mağdureler kimi zaman bu haklarından feragat etmekte ve şikâyetçi olmayabilmektedirler. Keza küçük çocuğun menfaatine uygun olmayan şekilde yasal temsilcileri çeşitli düşüncelerle bu hakları kullanmayabilmektedirler. Yasa koyucuda küçüklerin daha korumaya muhtaç olduklarını gözeterek yasal temsilciler yanında ve onlara paralel olarak pozitif koruyucu hükümler getirmektedir. Bu gibi durumlarda saniğe tanınan koruyucu hükümlerin kıyasen mağdur hakkında da uygulanması gerekir. Küçük veya akıl hastası mağdurelerin veya yasal temsilcilerinin, hukuku bilmemek veya değişik sosyal saik ve etkilerle katılma ve temyiz hakkını kullanmadığı durumlarda, onları korumak için atanan zorunlu vekillerin, çocuklar aleyhine çıkacak kararları, onların menfaatine olarak temyiz merciin önüne getiremeyeceklerini kabul edilirse, atanmalarının pratik bir faydası olmayacaktır. Nitekim olayımızda 11 yaşlarında olan mağdurenin cinsel istismara maruz kaldığı iddiaları ile ilgili sanık beraat etmiş, ancak zorunlu vekilin temyizi kabul edilmediği için, kararın doğru olup olmadığı üst yargı merci önüne getirilememektedir. Kanun'un zorunlu vekilliği getirmesindeki amaç bu olmasa gerektir.

Yukarı da açıklanan sebeplerle zorunlu vekilin bu durumlarda katılma ve temyiz yetkilerinin bulunduğu kanaatinde olduğumuzdan, zorunlu vekilin temyiz

isteminin reddine dair Dairemiz sayın çoğunluğunun görüşüne katılmıyoruz” düşüncesiyle karşı oy kullanmışlardır.

İtirazın yerinde görülmediğinden bahisle Yargıtay Birinci Başkanlığına gönderilen dosya, Ceza Genel Kurulunca değerlendirilmiş ve açıklanan gerekçe ile karara bağlanmıştır.

Özel Daire çoğunluğu ile Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı arasında oluşan ve Ceza Genel Kurulunca çözümlenmesi gereken uyuşmazlık; suç tarihinde 11 yaşının içinde bulunan mağdureye CMK'nun 234/2. maddesi uyarınca atanan zorunlu vekil ile mağdurenin kanuni temsilcisinin katılma konusunda iradelerinin çelişmesi halinde hangisinin beyanına üstünlük tanınacağı, bu bağlamda yaşı küçük mağdurenin kanuni temsilcisinin davaya katılmak istememesi halinde mağdureye CMK'nun 234/2. maddesince atanan vekilin kurulan hükmü temyiz etme hakkının olup olmadığının belirlenmesine ilişkindir.

İncelenen dosya kapsamından;

11 yaşı içerisinde bulunan mağdure Hasret Bozkurt'un, ve Mehmet Bozkurt'un evlilik dışı çocuğu olup babası ile soybağının tanıma yoluyla kurulduğu,

Sanık hakkında, mağdureye yönelik eylemi sebebiyle çocuğun cinsel istismarı suçundan kamu davası açıldığı,

Mahkemece yaşı küçük mağdureye CMK'nun 234/2. maddesi uyarınca vekil görevlendirildiği,

Mağdurenin sanıktan şikâyetçi olduğunu ve davaya katılmak istediğini ifade ettiği, mağdure vekilinin de 12.06.2009 tarihli oturumda “Mağdurenin beyanlarına aynen katılıyoruz”; 23.03.2010 tarihli oturumda “Müdafiisi olduğumuz mağdurenin beyanları kapsamında karar verilsin” şeklinde beyanlarda bulunduğu,

Mağdurenin annesi’in ise 12.06.2009 tarihli oturumda sanıktan şikâyetçi olmadığını dile getirdiği,

Sanık hakkında kurulan beraat hükmünün mağdure vekili tarafından temyiz edildiği, anlaşılmaktadır.

Hâkim ve mahkeme kararlarına karşı kanun yollarına müracaat hakkı bulunanlar 5271 Sayılı CMK'nun 260. maddesinde gösterilmiştir. Buna göre;

Cumhuriyet savcısı, şüpheli, sanık ve katılan sıfatını almış olanlar ile katılma istemi karara bağlanmamış, reddedilmiş veya katılan sıfatını alabilecek surette suçtan zarar görmüş bulunanlar için kanun yolları açıktır.

Suçtan zarar görenlerin kanun yoluna müracaat yetkisi davaya katılma şartına bağlıdır. Nitekim CMK'nun "Mağdur ve şikâyetçinin hakları" başlıklı 234. maddesinde, mağdur ve şikâyetçinin kovuşturma evresine dair hakları sayılırken 6. bentte; "Davaya katılmış olma koşuluyla davayı sonuçlandıran kararlara karşı kanun yollarına başvurma" hakkının bulunduğu belirtilmiştir. Bu sebeple CMK'nun 260. maddesi uyarınca katılan sıfatını alabilecek surette suçtan zarar görenlerin salt bu sıfatla kanun yoluna müracaat haklarının bulunduğu kabul edilebilmesi için kamu davasından haberdar edilmemiş ya da haberdar edilmekle birlikte davaya katılma hakkının kendisine hatırlatılmamış ya da şikâyeti belirten ifadesi üzerine kendisine davaya katılmak isteyip istemediğinin sorulmamış olması gerekir. Aksi takdirde, duruşmalardan haberdar edilmiş ve katılma hakkı hatırlatılmış olan suçtan zarar görenlerin katılma isteminde bulunmadıkça kanun yoluna müracaat hakları bulunmamaktadır.

Katılma, ceza muhakemesinde mağduru, suçtan zarar göreni ya da malen sorumlu olanları koruma araçlarından birisidir. Suçun işlenmesiyle mağdur olan ya da suçtan zarar görenlerin katılma hakkını kullanmaya veya kullanmaya devam etmeye zorlanamayacağı açıktır. Bu itibarla mağdur veya suçtan zarar gören kişi kamu davasına katılmak istemeyebileceği gibi, daha sonra bu hakkını kullanmaktan da vazgeçebilecektir. Nitekim CMK'nun 243. maddesinde katılanın vazgeçmesi halinde, katılmanın hükümsüz kalacağı hususu düzenleme altına alınmıştır.

Katılma hakkı niteliği itibarıyla şahsa sıkı surette bağlı haklardandır. Şahsa sıkı surette bağlı haklar kanunda tek tek sayılmamakla birlikte genel olarak öğretide, kişinin sadece kendisinin kullanabileceği, başkasına devredilemeyen ve miras yoluyla geçmeyen haklar olarak açıklanmaktadır. Bu tür haklar insanın kişiliğini yakından ilgilendirdiğinden, bunların kullanılmasına karar verme yetkisi başkasına bırakılmamıştır. Örneğin; evlenme, nişanlanma, nişanı bozma, evlat edinilmeye razı olma gibi... Katılmanın şahsa sıkı surette bağlı bir hak olmasının bir sonucu olarak katılanın ölümüyle katılma hükümsüz kalacaktır. Ancak mirasçılardan katılanın haklarını takip etmek üzere davaya katılabilmeleri de mümkündür.

Diğer taraftan; 5271 Sayılı CMK'nun getirdiği önemli yeniliklerden birisi de mağdur, şikâyetçiler ve katılanların tıpkı şüpheli ve sanıklar gibi belirli şartlarda

baro tarafından görevlendirilen avukatın hukuki yardımından yararlanma haklarına kavuşturulmasıdır. CMK'nun 234. maddesine göre mağdur ve şikâyetçilerin, 239. maddesine göre de katılanın, vekili bulunmaması halinde cinsel saldırı suçu ile alt sınırı beş yıldan fazla hapis cezasını gerektiren suçlarda, baro tarafından kendisine avukat görevlendirilmesini isteme hakkı bulunmaktadır. CMK'nun 234/2 ve 239/2. maddelerine göre de eğer mağdur veya katılan onsekiz yaşını doldurmamış, sağır veya dilsiz ya da meramını ifade edemeyecek derecede malûl olur ve bir vekili de bulunmazsa, istemi aranmaksızın bir vekil görevlendirilecektir.

Anılan kanunun 239. maddesinin tasarı gerekçesinde bu haklarla ilgili şu açıklamalara yer verilmiştir; "Tasarının dayandığı temel ilkelerden birisinin de mağdurun korunması olduğuna ilgili madde gerekçelerinde değinilmiştir. Bu madde, söz konusu ilkenin hayata geçirilmesini ifade eden önemli bir hüküm getirmekte; mağdura tanınan haklar çerçevesinde, maddî ve hukukî durumu elverişli olmayan katılanlara, istemleri hâlinde baro tarafından avukat seçimini öngörmektedir. Eğer katılan onsekiz yaşını henüz doldurmamış ya da sağır veya dilsiz veya kendisini savunmayacak derecede malûl ve avukatı da yoksa avukat atanması için istem aranmaz, bu husus re'sen yerine getirilir. Türk hukukunda insan hakları alanında önemli bir anlayış değişikliğini ortaya koyan bu modern hüküm, suç ile mağdur duruma düşürülen kimselerin bir de yargılamada mağdur olmalarının önüne geçecek bir tedbir oluşturması bakımından önem taşımaktadır."

Görüldüğü üzere on sekiz yaşını doldurmamış, sağır veya dilsiz ya da meramını ifade edemeyecek derecede malûl olanlara avukat görevlendirilebilmesinin ön şartı vekillerinin bulunmamasıdır. Reşit olup kısıtlanmayan sağır veya dilsizler dışında bu kişilerin bir avukatla vekâlet ilişkisi kuramayacakları açıktır. O halde kanunda kastedilen, kanuni temsilcilerinin bu kişileri temsilen bir avukat görevlendirmemiş olmasıdır. Bu itibarla mağdur küçük veya malul kişinin kanuni temsilcisinin mağdur adına avukat görevlendirmiş olması durumunda artık CMK'nun 234/2. ve 239/2. maddeleri uyarınca mahkemenin barodan avukat görevlendirilmesini istemesi mümkün değildir.

Nitekim Ceza Muhakemesi Kanunu Gereğince Müdafî ve Vekillerin Görevlendirilmeleri İle Yapılacak Ödemelerin Usul ve Esaslarına İlişkin Yönetmeliğin "Müdafî veya vekillerin görevlendirilmesi" başlıklı 5. maddesinde; "Ceza Muhakemesi Kanunu gereğince mağdur veya suçtan zarar gören için zorunlu olarak vekil görevlendirilmesi gereken hâllerde istemi aranmaksızın barodan bir vekil görevlendirmesi istenir. Ancak bunun için mağdur veya suçtan zarar görenin vekilinin olmaması şarttır" denilmektedir.

Katılma, mağdur ve şikâyetçilere avukat görevlendirilmesi ile ilgili bu açıklamalardan sonra; onsekiz yaşını doldurmamış, sağır veya dilsiz ya da meramını ifade edemeyecek derecede malûl kişilerin davaya katılma usulünün nasıl olması gerektiği ve bu konuda mağdur, mağdurun kanuni temsilcisi ve mağdur için görevlendirilen vekilin beyanları arasında çelişki olması durumunda hangisinin beyanına üstünlük tanınacağı hususları üzerinde durulmalıdır.

Katılma konusunda asıl hak sahibi olan kişi suçun mağduru veya suçtan zarar görenin bizzat kendisidir. Fakat bu halde suçun mağduru veya suçtan zarar görenin yaşının küçük ya da malul olması durumunda bu hakkını kullanmasında yani fiil ehliyetinde bir sorun bulunmaktadır.

4721 Sayılı Türk Medeni Kanununun fiil ehliyetine dair hükümleri gözden geçirildiğinde, şu şekilde hükümler bulunduğu görülmektedir.

1-) Ayırt etme gücü bulunmayanların, küçüklerin ve kısıtlıların fiil ehliyeti bulunmamaktadır. (m.14)

2-) Kanunda gösterilen ayırık durumlar saklı kalmak üzere, ayırt etme gücü bulunmayan kimsenin fiilleri hukuki sonuç doğurmayacaktır. (m.15)

3-) Ayırt etme gücüne sahip küçükler ve kısıtlılar, yasal temsilcilerinin rızası olmadıkça, kendi işlemleriyle borç altına giremezler, ancak karşılıksız kazanmada ve kişiye sıkı sıkıya bağlı hakları kullanmada bu rıza gerekli değildir. Bunun yanında ayırt etme gücüne sahip küçükler ve kısıtlılar haksız fiillerinden sorumludurlar. (m. 16)

Katılmanın niteliği itibariyle şahsa sıkı surette bağlı haklardan olması ve Türk Medeni Kanununun anılan hükümleri birlikte gözetildiğinde; suçun mağduru olan küçük veya kısıtlı, ayırt etme gücüne sahip ise davaya katılma veya katılmama noktasında iradesine bakılacak kişi mağdurun bizzat kendisi olup, gerek kanuni temsilcisinin gerek görevlendirilen vekilin bu konudaki beyanının bir önemi olmayacaktır. Ancak suçun mağduru olan küçük veya kısıtlı ayırt etme gücüne sahip değil ise, katılma ile ilgili kendisinin iradesinin önemi bulunmamaktadır. Böyle bir halde, katılma konusundaki haklarını onun yerine kanuni temsilcisi kullanabilecektir.

Nitekim 15.04.1942 gün ve 14-9 Sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı ve Ceza Genel Kurulunun 15.02.1972 gün ve 43-50 ile 02.03.2004 gün ve 44-58 Sayılı kararlarında; "ayırt etme gücüne sahip (sezgin) küçüklerin doğrudan doğruya

kişiliklerine karşı işlenmiş bulunan suçlardan dolayı dava ve şikâyet hakkına sahip oldukları” sonucuna ulaşılmıştır.

Yapılan bu açıklamalardan sonra ayırt etme gücünden ne anlaşılması gerektiği ve kimlerin ayırt etme gücünün bulunduğu belirlenmesi önem arz etmektedir.

Mülga 743 Sayılı Medeni Kanundaki “temyiz kudreti” kelimesinin karşılığını oluşturan ayırt etme gücü, 4721 Sayılı Medeni Kanunda; yaşının küçüklüğü yüzünden veya akıl hastalığı, akıl zayıflığı, sarhoşluk ya da bunlara benzer sebeplerden biriyle akla uygun biçimde davranma yeteneğinden yoksun olmayan herkesin ayırt etme gücüne sahip olduğu şeklinde açıklanmıştır. Öğretide genel olarak ayırt etme gücü, “kişilerin makul surette hareket edebilme, fiillerinin sebep ve sonuçlarını idrak edebilme yeteneğine ayırt etme gücü denir” şeklinde tanımlanmaktadır. Medeni Kanun kişinin hangi yaştan itibaren temyiz kudretine sahip bulunduğu dair bir sınır getirmediğinden küçüğün yaşının temyiz kudretini etkileyip etkilemediğinin her olayın özelliğine göre ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekmektedir. Örneğin; 9 yaşındaki ilköğretim öğrencisi bir küçüğün kırtasiyeden ihtiyacı olan kalemi satın alırken ayırt etme gücüne sahip olduğu söylenebilecek ise de, bir ev veya araba satın almaya kalkması halinde aynı sonuca varılmayacaktır.

Ceza muhakemesinde davaya katılma bakımından ayırt etme gücü; kişinin kamu davasına katılma veya katılmamanın doğuracağı hukuki sonuçları algılayıp makul bir seçimde bulunabilmesidir. Davaya katılma bakımından ayırt etme gücü, mağdurun yaşı ve ayırt etme gücüne etki eden kişisel durumu kadar, mağdura karşı işlendiği iddia olunan suçun özellik ve niteliği ile de ilgilidir.

Medeni Kanunda ayırt etme gücü bakımından asgari bir yaş sınırı gösterilmediği gibi Ceza ve Ceza Usul Kanunlarımızda da gerek katılma, gerekse katılma ile bağlantılı kurumlar olan şikâyet ve rıza bakımından da asgari bir yaş sınırı kabul edilmemiştir.

5237 Sayılı TCK’nun 6/1-b maddesinde, “henüz 18 yaşını doldurmamış kişi” olarak tanımlanan çocuk kavramının, kanun koyucu tarafından cinsel dokunulmazlığa karşı suçların düzenlendiği bölümde, “onbeş yaşını bitirmiş”; “onbeş yaşını tamamlamamış” şeklinde iki ayrı dönem olarak ele alındığı görülmektedir. Buna göre bu bölümde “onbeş yaşını tamamlamamış” çocuklar ile “onbeş yaşını bitirmiş olup da onsekiz yaşını tamamlamamış” olan çocuklara karşı işlenen cinsel suçlar farklı kategoride mütalaa edilmiştir. TCK’nun 103/1-

a maddesinde, "onbeş yaşını tamamlamamış" olan çocuklara karşı her türlü cinsel davranış cinsel istismar olarak tanımlanmışken, aynı maddenin (b) bendinde ise; diğer çocuklar ifadesiyle "onbeş yaşını bitirmiş olup da onsekiz yaşını tamamlamamış" olan çocuklar kastedilerek bunlara karşı sadece cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirilen cinsel davranışların cinsel istismar suçunu oluşturabileceği kabul edilmiştir. Böylece kanun koyucu bu maddede "onbeş yaşını bitirmiş olup da onsekiz yaşını tamamlamamış" olan çocuklara karşı rızalarıyla işlenen cinsel davranışları cinsel istismar suçu kapsamına almamış ve bu kategorideki çocukların rızalarına önem vermişken, "onbeş yaşını tamamlamamış" çocuklara karşı yapılan her türlü cinsel davranış rızaları olsa bile çocukların cinsel istismarı suçu kapsamına almıştır. Aynı kanununun 104. maddesinde de; cebir, tehdit ve hile olmaksızın, onbeş yaşını bitirmiş olan çocukla cinsel ilişkide bulunmayı şikâyete bağlı ayrı bir suç olarak düzenlemiştir.

Yine Türk Ceza Kanununun yaş küçüklüğünün ceza sorumluluğuna etkisine dair 31. maddesinde; 12 yaşından küçüklerin hiçbir şekilde kusur yeteneğinin olmadığı, 15 yaşından büyüklerin ise kural olarak bu yeteneğe sahip oldukları, 12-15 yaş grubunda olanların ise kusur yeteneğinin olup olmadığına her somut olayın özelliğine göre mahkemece karar verileceği benimsenmiştir.

Bu düzenlemelerden de hareketle ve bu konuda uygulamada oluşan tereddütlerin giderilip yeknesak bir uygulamanın sağlanabilmesi için, herhangi bir malüllüğü bulunmayan çocukların mağdur oldukları suçlara dair olarak beyanda buldukları tarihte 15 yaşından küçük olmaları halinde ceza muhakemesinde davaya katılma bakımından ayırt etme gücüne sahip olmadıkları, 15 yaşından büyük olmaları halinde ise bu yeteneğe sahip oldukları kabul edilmelidir. Nitekim Ceza Genel Kurulunun 03.06.2008 gün ve 56-156 Sayılı kararında 14 yaşındaki, 27.01.2009 gün ve 145-8 Sayılı kararında da 10 yaşını tamamlamayan küçüğün cinsel istismar suçunda katılma açısından ayırt etme gücünün bulunmadığına karar verilmiştir.

Katılma konusunda ayırt etme gücüne sahip olmayan küçük veya kısıtlının kanuni temsilcisinin iradesi ile mağdura CMK'nun 234/2. maddesi uyarınca görevlendirilen vekilinin iradesi çeliştiği takdirde hangisinin iradesine üstünlük tanınacağına belirlenmesine gelince;

Ceza Genel Kurulu'nun 03.06.2008 gün ve 56-156 Sayılı kararında 14 yaşındaki, 27.01.2009 gün ve 145-8 Sayılı kararında ise 10 yaşını tamamlamayan

küçüğün cinsel istismar suçu bakımından davaya katılma noktasında ayırt etme gücünün bulunmadığı ve çocuk ile görevlendirilen vekilin iradesinin uyuşmaması halinde CMK'nun 234/2. maddesi uyarınca kendisi için görevlendirilen vekilin iradesine üstünlük tanınması gerektiği sonucuna ulaşılmıştır.

Ergin olmayan küçükler anne ve babasının velâyeti altında bulunmakta, hâkim tarafından vasi atanması gerekli görülmedikçe kısıtlanan ergin çocuklar da anne ve babasının velâyeti altında kalmaktadır. Anne ve baba, Medeni Kanun hükümlerine göre çocuğun bedensel, zihinsel, ruhsal, ahlaki ve toplumsal gelişimini sağlamak ve korumakla yükümlü olup çocuğun aynı zamanda temsilcisidir. Üçüncü kişilere karşı çocuğu velâyet hakkı çerçevesinde anne baba temsil etmektedir. Ancak 4721 Sayılı TMK'nun 337/1. maddesi uyarınca anne ve baba evli değilse velâyet kuralı olarak anneye ait olacaktır.

Anne-babanın kişilik haklarının bir parçası olan velâyet hakkı, başkasına devredilemediği gibi bu haktan feragat da edilememektedir. Kanuni bir neden olmadıkça kaldırılmayan ve kısıtlanamayan velâyet hakkı, sadece anne ve babaya, çocuk evlat edinilmiş ise evlat edinene tanınmıştır. Ancak bu hakta mutlak ve sınırsız olmayıp, sınırını "çocuğun yararı" ilkesi oluşturmaktadır.

Mağdura barodan görevlendirilen vekil, küçük ve malül ile onun kanuni temsilcisine ceza muhakemesinde yardımcı olacak kişidir. Başka bir anlatımla, bu hukuki yardım görevi, kanuni temsilcinin kanundan kaynaklanan yetkilerini bertaraf etmemektedir. Kanuni temsilcinin küçük veya malule kendi vekil görevlendirdiği takdirde CMK'nun 234/2 ve 239/2. maddelerine göre barodan avukat görevlendirilmesi söz konusu olmayacağı gibi, kanuni temsilcinin küçük veya malule sonradan vekil görevlendirmesi halinde mahkemenin talebi üzerine baro tarafından belirlenen vekilin görevi sona erecektir.

Şüpheli ve sanıklar bakımından müdafinin ayrıca bir karara ihtiyaç kalmaksızın kanun yoluna müracaat edilebilmesi mümkündür. Buna karşın mağdur vekilinin mağdur adına kanun yoluna müracaat edebilmesi ancak mağdurun katılan sıfatı almasına bağlıdır. Bunun yanında kanun, mağdur vekiline doğrudan küçük adına davaya katılma talep etme yetkisi vermemektedir.

CMK'nun 261. maddesinde avukatın, müdafiliğini veya vekilliğini üstlendiği kişilerin açık arzusuna aykırı olmamak şartıyla kanun yollarına başvurabileceği belirtilmektedir. Maddede belirtilen avukat tabirine baro tarafından mağdurlara görevlendirilen avukatlar da dahildir. Bu düzenlemede kanun yollarına başvurusu

yetkisi açısından ele alındığı üzere, kanuni temsilci asil olup vekilin yetkileri asilden fazla olamayacaktır.

Bu nedenlerle, katılma konusunda ayırt etme gücü olmayan mağdur küçük veya malulün kanuni temsilcisi ile CMK'nun 234/2. madde ile görevlendirilen vekilin iradelerinin çelişmesi halinde kanuni temsilcinin iradesine üstünlük tanınmalıdır.

Diğer taraftan, davaya katılma mağduru hukuken yükümlülük altına sokan bir işlem olmayıp mağdurun haklarının korunması açısından yararınadır. Dolayısıyla çocuğun kanuni temsilcisinin açık biçimde temsil görevini kötüye kullanarak çocuğun mağdur olduğu bir suçtan açılan kamu davasına katılmaması halinde Çocuk Koruma Kanunu ve Medeni Kanun hükümleri uyarınca gerekli koruyucu tedbirlerin alınması mümkündür.

Mağdurun kanuni temsilcisinin, mağdura karşı işlenen suçun sanıklarından birisi olması veya sanıkla arasında akrabalık ilişkisi bulunması gibi kanuni temsilcinin menfaati ile küçüğün veya kısıtlının menfaatinin çatışması durumunda ise Medenin Kanununun 426/2. maddesi uyarınca işlem yapılmalı ve kayyım atanması sağlanmak suretiyle, kayyımın iradesine üstünlük tanınarak mağdurun davaya katılıp katılmayacağı sorunu çözümlenmelidir.

Tüm bu açıklamalar ışığında uyuşmazlık konusu değerlendirildiğinde;

Mağdurenin kanuni temsilcisi ile mağdureye CMK'nun 234/2. maddesi uyarınca görevlendirilen vekilin iradelerinin çelişmesi halinde, kanuni temsilcinin iradesine üstünlük tanınması gerektiğinden, somut olayda yaşı küçük mağdurenin kanuni temsilcisi olan annesinin sanıktan şikâyetçi olmadığını beyan edip davaya katılmaması karşısında, mağdureye CMK'nun 234/2. maddesi uyarınca barodan görevlendirilen vekilin mağdure adına davaya katılmayı isteme hakkı bulunmamaktadır.

Ayrıca, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı itirazında, velâyet hakkını Medeni Kanun hükümlerine göre anne ile birlikte kullanması gereken mağdurenin babası Mehmet Bozkurt'un duruşmalara çağrılmadığını ve davaya katılma konusunda beyanının alınmadığını ileri sürmüş ise de; Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi (UYAP) aracılığıyla alınan nüfus kayıt örneğine göre mağdurenin anne ve babasının evli olmadığı ve mağdure ile babası arasındaki soybağının tanıma yoluyla kurulduğu, bu sebeple mağdurenin kanuni temsilcisinin TMK'nun 337/1. maddesi uyarınca sadece annesi olduğu anlaşıldığından, itiraz bu yönden de yerinde bulunmamıştır.

Karar Numarası: 9

Bu itibarla, Özel Dairenin temyiz talebinin reddine dair kararı isabetli olup haklı nedene dayanmayan Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı itirazının reddine karar verilmelidir.

Açıklanan nedenlerle;

1-) Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı itirazının REDDİNE,

2-) Dosyanın, mahalline gönderilmek üzere Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına TEVDİİNE, 24.10.2017 tarihinde yapılan müzakerede oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY İÇTİHADİ BİRLEŞTİRME BÜYÜK GENEL KURULU

E. 2019/6

K. 2019/7

T. 13.12.2019

I. GİRİŞ

A. İÇTİHATLARI BİRLEŞTİRME KONUSUNDAKİ BAŞVURU

Yargıtay 14. Ceza Dairesi Üyesi Ertan Yüzer 04.04.2019 tarihli dilekçesiyle; Yargıtay 14. Ceza Dairesi tarafından temyizden incelenen dosyalarda, 6284 sayılı Ailenin Korunması Ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun'un 20/2. maddesi uyarınca Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığının davaya katılma hakkına sahip olduğunu, ancak mahkemece ilgili Bakanlığın davadan haberdar edilmesinde ve yokluklarında verilen kararın anılan Bakanlığa tebliğ edilmesinde zorunluluk bulunmadığı görüşünün benimsendiğini, buna karşılık Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 17.04.2018 tarihli ve 2016/14-1448 E.-2018/177 K. sayılı kararında Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığının yokluğunda verilen kararların anılan Bakanlığa tebliğinin zorunlu olduğuna hiikmedildiğini, bu nedenle Yargıtay 14. Ceza Dairesi ile Yargıtay Ceza Genel Kurulu arasındaki içtihat aykırılığının giderilmesi için içtihatların birleştirilmesini istemiştir.

B. YARGITAY BİRİNCİ BAŞKANLIK KURULUNUN KARARI VE İÇTİHADİ BİRLEŞTİRMENİN KONUSU

Yargıtay Birinci Başkanlık Kurulunun 05.11.2019 tarihli ve 342 sayılı kararı ile, 6284 sayılı Ailenin Korunması Ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun kapsamına giren suçlarla ilgili aynı Kanun'un 20/2. maddesi uyarınca Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığının yargılamalardan haberdar edilmesinin zorunlu olup olmadığı konusunda Yargıtay 14. Ceza Dairesi ile Yargıtay Ceza Genel Kurulu arasında görüş aykırılığı bulunduğu ve

farklı uygulamaların sürdürüldüğü, bu aykırılığın İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulunca içtihatları birleştirme yoluyla giderilmesi gerektiğine karar verilmiştir.

Ancak, Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulunda yapılan görüşmeler sırasında, 6284 sayılı Ailenin Korunması Ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun'un 20/2. maddesinde Bakanlığın gerekli görmesi hâlinde kadın, çocuk ve aile bireylerine yönelik olarak uygulanan şiddet veya şiddet tehlikesi dolayısıyla açılan ceza davalarının yanı sıra idari, hukuki her tür davaya ve çekişmesiz yargıya katılabileceği düzenlenmiş olup içtihadı birleştirmeye konu uyuşmazlığın ise ceza davalarının kovuşturma aşamasına ilişkin olması nedeniyle içtihadı birleştirme konusunun "6284 sayılı Ailenin Korunması Ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun'un 20/2. maddesi uyarınca, bu Kanun kapsamına giren suçlarla ilgili olarak açılan ceza davalarında, kovuşturma evresinde mahkemesince; Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığının davadan haberdar edilmesinin zorunlu olup olmadığı" şeklinde belirlenmesine oy birliği ile karar verilmiştir.

B. GÖRÜŞ AYKIRILIĞININ GİDERİLMESİ İSTEMİNE KONU KARARLAR

Yargıtay 14. Ceza Dairesinin 05.03.2019 tarihli ve 2019/509 E.-2019/7852 K.; Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 17.04.2019 tarihli ve 2016/14-1448 E.-2018/177 K. sayılı kararları.

C. GÖRÜŞ AYKIRILIĞININ GİDERİLMESİ İSTEMİNE KONU KARARLARDA BELİRTİLEN GÖRÜŞLERİN ÖZETLERİ

1. İçtihatların Birleştirilmesi Konusu Kapsamında 6284 Sayılı Ailenin Korunması Ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun'un 20/2. Maddesi Uyarınca, Bu Kanun Kapsamına Giren Suçlarla İlgili Olarak Açılan Ceza Davalarında, Kovuşturma Evresinde Mahkemesince; Aile, Çalışma Ve Sosyal Hizmetler Bakanlığının Davadan Haberdar Edilmesinin Zorunlu Olmadığı Görüşünde Olan Daireler

On Dördüncü Ceza Dairesi konuyla ilgili olarak Yargıtay Birinci Başkanlığına bildirdikleri görüşlerinde özetle; cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlarla ilgili yapılan soruşturma ve kovuşturmalarda Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığının 6284 sayılı Ailenin Korunması Ve Kadına

Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun'un 20/2. maddesi gereğince davaya katılması hususunda ilk derece mahkemeleri ile bölge adliye mahkemelerinde görülmekte olan davalara ilişkin mahkemelerce Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığına resen bildirimde bulunulmaması gerektiği ancak Bakanlığın bir şekilde davadan haberdar olup katılma talebinde bulunarak hükmü temyiz etmesi hâlinde anılan maddeye istinaden kanun yolu incelemesinde katılmasına karar verildikten sonra temyiz incelenmesinin yapılarak davadan haberdar edilmemesi nedeniyle hükmün bozulmaması yönünde Dairece uygulama yapıldığı, bu kapsamda ilk derece mahkemesi ile bölge adliye mahkemesince ihbarda bulunulmaksızın sonuçlandırılan yargılamalara ilişkin hükümlerin bozulması yoluna gidilmeksizin dosyanın esastan sonuçlandırdığı, ancak Yargıtay Ceza Genel Kurulunca; Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının itirazı üzerine önüne gelen bazı dosyalarda 6284 sayılı Kanun'un 20/2. maddesine istinaden soruşturma ve kovuşturma evrelerinde Bakanlığa ihbarda bulunulmasının zorunlu olduğu ve bu kapsamda mahkemelerde görülen davalarda ihbarda bulunulmadığı takdirde temyiz aşamasında incelemeyi yapacak Yargıtay Ceza Dairesince mahkemenin gerekçeli kararının Bakanlığa tebliği için dosyanın tevdi edilmesi gerektiği yönünde kararlar verildiği, bu kararların kabul görmesi hâlinde 6284 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği 20.03.2012 tarihinden beri Dairece onanmak suretiyle kesinleşen ve diğer dairelerin görev alanına giren dosyalar da düşünüldüğünde önceden verilen birçok kararın hukuken kesinleşmemiş sayılması gerekeceğinden sonucu itibarıyla ağır neticeler doğacağı, Dairede ve Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığında temyiz inceleme sırası bekleyen eski tarihli çok sayıda dosyanın bulunması ve cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlarda yapılan soruşturmada ilgili kolluk birimlerine Bakanlığa bilgi verme yükümlülüğü getirilmesi nedenleriyle ayrıca mahkemenin gerekçeli kararının tebliğ edilmesine gerek bulunmadığı, bu konuda Ceza Genel Kurulu ile Ceza Daireleri arasında içtihat farklılığı bulunduğu belirtilmiştir.

2. İçtihatların Birleştirilmesi Konusunda 6284 Sayılı Ailenin Korunması Ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun'un 20/2. Maddesi Uyarınca, Bu Kanun Kapsamına Giren Suçlarla İlgili Olarak Açılan Ceza Davalarında, Kovuşturma Evresinde Mahkemesince; Aile, Çalışma Ve Sosyal Hizmetler Bakanlığının Davadan Haberdar Edilmesinin Zorunlu Olduğu Görüşünde Olan Daireler

Birinci Ceza Dairesi konuyla ilgili olarak Yargıtay Birinci Başkanlığına bildirdikleri görüşlerinde özetle; 6284 sayılı Ailenin Korunması Ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun'un 20. maddesinin ikinci fıkrasında Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığının davaya katılma hakkının açıkça düzenlendiği, 5271 sayılı CMK'nın 233. maddesinin birinci fıkrasında mağdur ve şikâyetçinin, soruşturma aşamasında Cumhuriyet savcısı, kovuşturma aşamasında ise mahkeme başkanı veya hâkim tarafından usulüne uygun olarak çağrılıp dinlenmesi gerektiğinin hüküm altına alındığı, katılma hakkı olan gerçek veya tüzel kişinin şikâyet hakkının da olduğu, diğer bir deyişle katılma hakkının şikâyet hakkını da içerdiği hususunda hiçbir kuşkunun bulunmadığı, CMK'nın 234. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi gereğince mağdur ile şikâyetçinin kovuşturma evresinde duruşmadan haberdar edilme, kamu davasına katılma, tutanak ve belgelerden örnek isteme, tanıkların davetini isteme, vekili bulunmaması hâlinde cinsel saldırı suçu ile alt sınırı beş yıldan fazla hapis cezasını gerektiren suçlarda, baro tarafından kendisine avukat görevlendirilmesini isteme ve davaya katılmış olmak şartıyla davayı sonuçlandıran kararlara karşı kanun yollarına başvurma haklarının bulunduğu belirtildiği, duruşmadan haberdar edilme hakkının kanun koyucu tarafından, mağdur ve şikâyetçi için kovuşturma aşamasında kullanılacak bir hak olarak düzenlendiği, mağdur ve şikâyetçiye veya vekillerine usulüne uygun tebliğ işlemi yapılmadan "duruşmadan haberdar edilme" hakkının kullandırıldığından bahsetmenin mümkün olmadığı, bu hakkın kullandırılmamasının CMK'nın 234. maddesine aykırılık oluşturacağı, uluslararası sözleşmeler ve Anayasa ile güvence altına alınan hak arama hürriyetinin sağlanması ve pozitif ayrımcılık ilkesinin tesisi amacıyla uygun olarak CMK'nın 234. maddesinin birinci fıkrası ve 6284 sayılı Kanun'un 7. maddesi uyarınca, kamu davasına katılma hakkı bulunan Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığının davadan haberdar edilmesinin zorunlu olduğu, bu zorunluluğun hüküm verilinceye kadar yerine getirilmemesi durumunda ise CMK'nın 35 ve 260. maddeleri uyarınca kanun yollarına başvurma hakkı bulunan anılan Bakanlığa gerekçeli kararın tebliğ edilmesinin zaruri olduğu, Dairenin 2016 yılından beri istikrarlı uygulamasının da bu yönde olduğu, ihbar yükümlülüğünün yerine getirilmediği durumlarda bu eksikliğin giderilmesi yoluna gidildiği, Bakanlığın ihbar üzerine davaya katılma isteminde bulunduğu hâllerde de esasa girilmeksizin katılma yönünde karar verilmesi ve yasada öngörülen haklarını kullanmasına imkân sağlanması yönünde bozma kararı verildiği ifade edilmiştir.

3. İçtihatların Birleştirilmesi Konusu Kapsamında Ceza Genel Kurulu Başkanlığının Görüşü

Yargıtay Ceza Genel Kurulu Başkanlığı konuyla ilgili olarak Yargıtay Birinci Başkanlığına bildirdikleri görüşlerinde özetle; dünya genelinde güncelliğini koruyan ve mücadele edilmesi gereken aile içi ve kadına karşı şiddetin, insanların temel hak ve özgürlüklerini ihlal etmesinin yanı sıra toplumsal yaşamı da tehdit eden sosyal bir sorun olarak karşımıza çıktığı, bu bakımdan insan haklarına saygılı, sosyal bir hukuk devleti olma konusundaki kararlılığını ortaya koyan ülkemizce Anayasa'nın herkesin dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşit olduğunu hüküm altına alan "Kanun önünde eşitlik" kenar başlıklı 10. maddesine 22.05.2004 tarihli ve 25469 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 5170 sayılı Kanun ile eklenen ikinci fıkrada; kadınlar ve erkeklerin eşit haklara sahip olduğu, Devletin bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlü olduğunun belirtildiği, 13.05.2010 tarihli ve 27580 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 5982 sayılı Kanun ile ikinci fıkraya eklenen cümle ile kadın- erkek eşitliğinin sağlanması hususunda alınacak tedbirlerin eşitlik ilkesine aykırı yommlanamayacağı, eklenen üçüncü fıkra ile de çocuklar, yaşlılar, özürlüler, harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleri ile malul ve gaziler için alınacak tedbirlerin eşitlik ilkesine aykırı sayılmayacağı hüküm altına alınarak pozitif ayrımcılığın ilk defa Anayasa düzeyinde benimsendiğini, yine Anayasa'nın 41. maddesinin kenar başlığı "Ailenin korunması" şeklinde iken 5982 sayılı Kanun ile "Ailenin korunması ve çocuk hakları" hâline getirilip anılan Kanun ile maddeye eklenen üçüncü fıkrada Devletin, her türlü istismara ve şiddete karşı çocukları koruyucu tedbirleri alacağını belirlediği, öte yandan Anayasa'nın 90. maddesinde, usulüne göre yürürlüğe konulmuş uluslararası antlaşmaların kanun hükmünde olduğu, bunlar hakkında Anayasa'ya aykırılık iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurulamayacağı ve usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda uluslararası antlaşma hükümlerinin esas alınacağını hüküm altına alındığı, Birleşmiş Milletler tarafından; 18.12.1979 tarihinde kabul edilen ve ülkemizde de 14.10.1985 tarihli ve 18898 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren "Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi", 20 Aralık 1993 tarihinde kabul edilip kadına yönelik şiddet konusunda ilk uluslararası belge özelliği taşıyan "Kadınlara Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Bildirge";

Türkiye'nin ilk imzalayan ve onaylayan ülke konumunda olduğu 01.08.2014 tarihinde yürürlüğe girerek iç hukukumuzun parçası hâline gelen "Kadına Yönelik Şiddetin ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye Dair Avrupa Konseyi Sözleşmesi" (İstanbul Sözleşmesi) birlikte irdelendiğinde, söz konusu uluslararası Sözleşmelerle taraf Devletlere kadın erkek eşitliğinin sağlanması, kadına yönelik şiddet eylemlerinin gereken özeni göstererek önlenmesi, soruşturulması, cezalandırılması ve tazmin edilmesini sağlamak üzere gerekli hukuki tedbirleri alma yükümlülüğünün getirildiği,

Anayasa'nın 36. maddesinde hak arama hürriyetine, 40. maddesinde ise temel hak ve hürriyetlerin korunmasına yer verildiği, 40. maddenin ikinci fıkrasının gerekçesinde bireylerin yargı ya da idari makamlar önünde sonuna kadar haklarını arayabilmelerine kolaylık ve imkân sağlanmasının amaçlandığının belirtildiği, içerdiği sav unsuru nedeniyle davaya katılma hakkının hak arama hürriyeti ile yakından ilgili olduğu, CMK'nın 237. maddesinde, mağdur, suçtan zarar gören gerçek ve tüzel kişiler ile malen sorumlu olanların, ilk derece mahkemesindeki kovuşturma evresinin her aşamasında hüküm verilmeye kadar şikâyetçi olduklarını bildirerek davaya katılabileceklerinin hüküm altına alındığı, ancak kanun yolu muhakemesinde bu hakkın kullanılamayacağı esasının benimsendiği, bununla birlikte, istisnai olarak ilk derece mahkemesinde ileri sürülüp reddolunan veya karara bağlanmayan katılma isteklerinin, kanun yolu başvurusunda açıkça belirtilmesi hâlinde inceleme mercisince karara bağlanacağına kabul edildiği, bir tüzel kişinin kamu davasına katılabilmesi için suçtan doğrudan zarar görmüş olması veya herhangi bir kanunla katılmasını özel olarak düzenleyen bir hükmün bulunması gerektiği, örneğin 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu'nun davaya katılmayı düzenleyen 18. maddesi uyarınca Gümrük İdaresinin, 3628 sayılı Mal Bildiriminde Bulunulması Rüshvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Kanunu'nun 18. maddesi uyarınca Maliye Bakanlığının, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 162. maddesi uyarınca Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu ile Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonunun usulüne uygun başvuruda bulunmaları hâlinde kamu davasına katılacaklarının açıkça hükme bağlandığı, 6284 sayılı Kanun'un "İhbar" başlıklı 7. maddesinde ise ihbar yükümlülüğü hususunda daha kapsamlı bir düzenleme yapıldığı, anılan Kanun'un 20/2. maddesinde Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığının davaya katılma hakkının açıkça düzenlendiği,

CMK'nın 233. maddesinin birinci fıkrası uyarınca mağdur ve şikâyetçinin, soruşturma aşamasında Cumhuriyet savcısı, kovuşturma aşamasında ise mahkeme başkanı veya hâkim tarafından usulüne uygun olarak çağrılıp dinlenmesinin gerektiği, katılma hakkı olan gerçek veya tüzel kişinin şikâyet hakkının da olduğu hususunda hiçbir kuşkunun bulunmadığı, aynı Kanun'un 234. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinde mağdur ile şikâyetçinin kovuşturma evresinde; duruşmadan haberdar edilme, kamu davasına katılma, tutanak ve belgelerden örnek isteme, tanıkların davetini isteme, vekili bulunmaması hâlinde, cinsel saldırı suçu ile alt sınırı beş yıldan fazla hapis cezasını gerektiren suçlarda, baro tarafından kendisine avukat görevlendirilmesini isteme ve davaya katılmış olmak şartıyla davayı sonuçlandıran kararlara karşı kanun yollarına başvurma haklarının bulunduğu hüküm altına alındığı, bu açık düzenlemeden de anlaşılacağı üzere duruşmadan haberdar edilmenin kanun koyucu tarafından, mağdur ve şikâyetçi için kovuşturma aşamasında kullanılabilecek bir hak olarak düzenlendiği, mağdur ve şikâyetçiye veya vekillerine usulüne uygun tebliğ işlemi yapılmadan "duruşmadan haberdar edilme" hakkının kullanıldığından bahsetmenin mümkün olmayacağı, anılan Kanun'un 35. maddesi ile de temyiz kanun yoluna başvuru hakkı bulunanların kararı tefhim veya tebliğ yoluyla öğrenmelerinin sağlanmasının kanuni bir mecburiyet olarak düzenlendiği, aynı Kanun'un 260. maddesinde kanun yollarına başvurma hakkına yer verildiği, bu düzenlemenin amacının, duruşmadan haberdar edilme hakkının kullanılmasında suretiyle CMK'nın 234. maddesinin ihlal edilmesi durumunda anılan hukuka aykırılığın telafisine imkân sağlamak olduğu, maddede yer alan emredici hüküm nedeniyle temyiz mahkemesince, temyiz davasının görülmesine başlamadan önce ilgililerin tümünün davadan ve hükümden haberdar olup olmadığının denetlenmesi, kararı usulüne uygun şekilde öğrenmelerinin sağlanması ve müteakiben inceleme yaparak kanun yoluna başvuru hakkını da içeren adil yargılama ilkesine işlerlik kazandırılması olduğu, uluslararası sözleşmeler ve Anayasa ile güvence altına alınan hak arama hürriyetinin sağlanması ve pozitif ayrımcılık ilkesinin tesisi amacına uygun olarak CMK'nın 234. maddesinin birinci fıkrası ve 6284 sayılı Kanun'un 7. maddesi uyarınca, kamu davasına katılma hakkı bulunan Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığının davadan haberdar edilmesi zorunluluğunun bulunduğu,

Öte yandan, Ceza Genel Kurulunca 26.08.2018 tarihli ve 1417-302 sayılı karar ile 6284 sayılı Kanun'da tanımlanan şiddet kapsamına giren inceleme konusu olan suç veya suçlar bakımından sanık aleyhine temyiz bulunması

hâlinde Özel Dairece aleyhe temyiz de gözetilerek inceleme yapıldığından anılan Bakanlığın sanık hakkında açılan kamu davasından haberdar edilmemesinin sonuca etkili olmayacağı, bu nedenle sanık aleyhine temyiz bulunan dosyaların, Bakanlığa tebliğinin sağlanması için yerel mahkemeye ve Özel Daireye gönderilmediği, yine 6284 sayılı Ailenin Korunması Ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun'un yürürlüğe girdiği 20.03.2012 tarihinden önce ilk derece mahkemelerince karara bağlanan ve fakat Yargıtay da incelemesi devam eden dosyalar halamından da ihbar zorunluluğunun bulunmadığının kabul edildiği,

Yargıtay Ceza Genel Kurulunca, 6284 sayılı Ailenin Korunması Ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun'un 20/2. maddesi uyarınca Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığının yargılamalardan haberdar edilmesinin zorunlu olduğu yönünde birçok karar verilmesine karşın Yargıtay 14. Ceza Dairesinin mahkemelerce anılan Bakanlığa resen bildirimde bulunulmaması gerektiği yönündeki içtihatlarının istikrarlı olarak devam etmesi, bu hâliyle Yargıtay Ceza Genel Kurulu ile Yargıtay 14. Ceza Dairesi içtihatları arasında farklılık bulunması, Yargıtay Kanunu'nun 16/5. maddesinde Ceza Genel Kurulu ile bir ceza dairesi arasındaki içtihat uyumsuzluklarının giderilmesi amacıyla içtihatların birleştirilmesi yoluna başvuru hâllerden olduğunun belirtilmesi ve uygulamada birliğin sağlanması açısından, Yargıtay Ceza Genel Kurulu ve 14. Ceza Dairesinin süreklilik gösteren farklı kararlarına yönelik içtihatların birleştirilmesi yoluna gidilmesi gerektiği belirtilmiştir.

II. ÖN SORUN

İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulunda yapılan görüşmeler sırasında işin esasına geçilmeden önce, Yargıtay On Dördüncü Ceza Dairesince Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığının davadan haberdar edilmesinin zorunlu olmadığı yönünde açıkça verilmiş bir karar bulunmadığı, bu nedenle içtihat aykırılığından söz edilemeyeceği ileri sürülerek içtihadı birleştirmeye karar verilmesinin mümkün olmadığı ön sorun olarak belirtilmiş ise de; 2797 sayılı Yargıtay Kanunu'nun "Yargıtay Büyük Genel Kurulunun Görevleri" başlıklı 16. maddesinin beşinci fıkrasında yer alan "Hukuk Genel Kurulunun benzer olaylarda birbirine aykırı biçimde verdiği kararları ile Ceza Genel Kurulunun yine benzer olaylarda birbirine aykırı olarak verdiği kararları veya Hukuk Genel Kurulu ile Ceza Genel Kurulu; Hukuk Genel Kurulu ile bir hukuk dairesi; Hukuk Genel Kurulu ile bir ceza dairesi veya Ceza Genel Kurulu ile bir ceza dairesi;

Ceza Genel Kurulu ile bir hukuk dairesi veya bir hukuk dairesi ile bir dairesi ceza arasındaki içtihat uyumsuzluklarını gidermek ve içtihatları birleştirmek," şeklindeki hükmü dikkate alındığında, içtihatların birleştirilmesi konusuna ilişkin Yargıtay Ceza Genel Kurulunca ulaşılan sonuçlar itibarıyla farklı kararların mevcut olması ile birlikte Yargıtay On Dördüncü Ceza Dairesi uygulamasının istikrarlı ve sürekli olması nedenleriyle içtihatların birleştirilmesi gerektiğine üçte ikiyi aşan oy çokluğu ile karar verilmiştir.

III. İÇTİHADİ BİRLEŞTİRMEYLE İLGİLİ KAVRAM VE MEVZUAT

A. KATILMA HAKKI

Mağdur, suçtan zarar gören gerçek ve tüzel kişiler ile malen sorumlu olanların kanunun kendilerine tanıdığı hak ve yetkileri haiz olarak davada Cumhuriyet savcısının yanında yer almasına öğreti ve uygulamada "davaya katılma" veya "müdahale" denilmekte, davaya katılma talebinin kabul edilmesi hâlinde ise davaya katılma isteminde bulunan kişi "katılan" ya da "miidahil" sıfatını almaktadır.

"Kamu davasına katılan kişi" ceza muhakemesi ilişkisinin süjelerinden birisidir (Feridun Yenisey - Ayşe Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, 7. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2019, s. 172.). Esasen ceza muhakemesinde genel kural, her suçun kamu adına takip edilmesidir. Çünkü tüm suçların mağdurunun geniş anlamda devlet ve toplum olduğu kabul edilir. Bu nedenle "katılan" Cumhuriyet savcısının yanında bireysel iddia makamını temsil eder (Nur Centel - Hamide Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, 16. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul 2019, s. 966.).

Gerek 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda, gerekse 1412 sayılı Ceza Muhakemesi Usulü Kanunu'nda kamu davasına katılma konusunda suç bakımından bir sınırlama getirilmemiş, ilke olarak şartların varlığı hâlinde tüm suçlar yönünden kamu davasına katılma kabul edilmiştir. Öğreti ve uygulamada kamu davasına katılma yetkisi bulunan kişinin "suçtan zarar görmesi" şartı aranmış, ancak Kanun'da "suçtan zarar gören" ve "mağdur" kavramlarının tanımı yapılmadığı gibi, zararın maddi ya da manevi olduğu hususu bir ayrıma tabi tutulmamış ve smirlendirilmemiştir. Bu nedenle konuya açıklık kazandırılırken katılma yetkisi kabul edilen, "mağdur", "suçtan zarar gören" ve "malen sorumlu olan" kavramlarının, kamu davasına katılma

hususundaki uygulamaya ışık tutacak biçimde tanımlanması gerekmektedir.

CMK'nın 2. maddesine göre "malen sorumlu"; işlenmiş olan suçun hükme bağlanması ve bunun kesinleşmesinden sonra, maddi ve mali sorumluluk taşıyarak hükmün sonuçlarından etkilenecek veya bunlara katlanacak kişidir. Başka bir ifadeyle malen sorumlu; verilecek kararlardan yapacağı ödemelerle, yani malı ile sorumlu olabilecek kişilerdir (Feridun Yenisey - Ayşe Nuhoğlu, a.g.e., s. 170.).

Mağdur; Türk Dil Kurumu Güncel Türkçe Sözlüğünde, "haksızlığa uğramış kimse" olarak tanımlanmaktadır. Ceza hukukunda ise mağdur kavramı, suçun konusunun ait olduğu kişi ya da kişilerdir. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun hazırlanmasında esas alman suç teorisinde suçun maddi unsurları arasında yer alan mağdur, ancak gerçek bir kişi olabilecek, tüzel kişilerin suçtan zarar görmeleri mümkün ise de bunlar mağdur olamayacaklardır. Suçtan zarar gören ile mağdur kavramları da aynı şeyi ifade etmemektedir. Mağdur suçun işlenmesiyle her zaman zarar görmekte ise de suçtan zarar gören kişi her zaman suçun mağduru olmayabilir. Bazı suçlarda mağdur belli bir kişi olmayıp toplumu oluşturan herkes (geniş anlamda mağdur) olabilecektir (Mehmet Emin Artuk- Ahmet Gökçen, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 13. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s. 375; İzzet Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 13. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017, s. 206-207; Mahmut Koca- İlhan Üzülmöz, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 12. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 114-115; Osman Yaşar- Hasan Tahsin Gökcan-Mustafa Artuç, Türk Ceza Kanunu, 6. cilt, Ankara, 2010, s. 7702-7703.).

Kamu davasına katılmak için aranan "suçtan zarar görme" kavramı kanunda açıkça tanımlanmamış, gerek Ceza Genel Kurulu, gerekse Özel Dairelerin yerleşmiş kararlarında; "suçtan doğrudan doğruya zarar görmüş bulunma hâli" olarak anlaşılıp uygulanmış, buna bağlı olarak da dolaylı veya muhtemel zararların, davaya katılma hakkı vermeyeceği kabul edilmiştir.

Bir tüzel kişinin kamu davasına katılabilmesi için CMK'nın davaya katılmayı düzenleyen genel kural niteliğindeki 237. maddesinde belirtilen şartın gerçekleşmesi, başka bir deyişle suçtan doğrudan zarar görmüş olması veya herhangi bir kanunda, belirli bir tüzel kişinin bazı suçlardan açılan kamu davalarına katılmasını özel olarak düzenleyen bir hükmün bulunması gerekir. Örneğin 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu'nun davaya katılmayı düzenleyen 18. maddesi uyarınca Gümrük İdaresinin, 3628 sayılı

Mal Bildiriminde Bulunulması Rüşvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Kanunu'nun 18. maddesi uyarınca Maliye Bakanlığının, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 162. maddesi uyarınca Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu ile Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonunun usulüne uygun başvuruda bulunmaları hâlinde kamu davasına katılacakları açıkça hükme bağlanmıştır. Özel kanun hükümleri uyarınca davaya katılmanın kabul edildiği bu gibi durumlarda, belirtilen kurumların suçtan zarar görüp görmediklerini ayrıca araştırmaya gerek bulunmamaktadır.

B. MEVZUAT

B. 1. Anayasa Kanun önünde eşitlik:

Madde 10- FTERkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir.

(Ek fıkra: 07.05.2004-5170/1 md.) Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür. (Ek cümle: 7/5/2010-5982/1 md.) Bu maksatla alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamaz.

(Ek fıkra: 07.05.2010-5982/1 md.) Çocuklar, yaşlılar, özürllüer, harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleri ile malul ve gaziler için alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı sayılmaz.

Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz.

Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde (...) kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar.

Hak arama hürriyeti:

Madde 36- Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir.

Hiçbir mahkeme, görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçmamaz.

Temel hak ve hürriyetlerin korunması:

Madde 40 -Anayasa ile tanınmış hak ve hürriyetleri ihlal edilen herkes,

yetkili makama geciktirilmeden başvurma imkanının sağlanmasını isteme hakkına sahiptir.

(Ek fıkra: 03.10.2001-4709/16 md.) Devlet, işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorundadır.

Kişinin, Resmî görevliler tarafından vaki haksız işlemler sonucu uğradığı zarar da, kanuna göre, Devletçe tazmin edilir. Devletin sorumlu olan ilgili görevliye rücu hakkı saklıdır.

Ailenin korunması ve çocuk hakları:

Madde 41 - Aile, Türk toplumunun temelidir ve eşler arasında eşitliğe dayanır.

Devlet, ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocukların korunması ve aile planlamasının öğretimi ile uygulanmasını sağlamak için gerekli tedbirleri alır, teşkilatı kurar.

(Ek fıkra: 07.5.2010-5982/4 md.) Her çocuk, korunma ve bakımdan yararlanma, yüksek yararına açıkça aykırı olmadıkça, ana ve babasıyla kişisel ve doğrudan ilişki kurma ve sürdürme hakkına sahiptir.

(Ek fıkra: 07.05.2010-5982/4 md.) Devlet, her türlü istismara ve şiddete karşı çocukları koruyucu tedbirleri alır.

B. 2. Kadınlara Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi (İstanbul Sözleşmesi)

Sözleşmenin amacı:

Madde 1-1 İşbu sözleşmenin amacı;

a. Kadınları her türlü şiddetten korumak, kadınlara yönelik şiddet ve aile içi şiddeti önlemek, kovuşturmak ve ortadan kaldırmak,

b. Kadınlara yönelik her türlü ayrımcılığın ortadan kaldırılmasına katkıda bulunmak ve kadınların güçlendirilmesi yolu dahil kadınlar ile erkekler arasındaki temel eşitliği teşvik etmek;

c. Kadınlara yönelik şiddet ve aile içi şiddet mağdurlarının korunması ve bu mağdurlara yardım edilmesi için kapsamlı bir çerçeve, politikalar ve tedbirler geliştirmek;

d. Kadınlara yönelik şiddeti ve aile içi şiddeti ortadan kaldırmak amacıyla Uluslar arası işbirliğini teşvik etmek;

e. Kadınlara yönelik şiddet ve aile içi şiddeti ortadan kaldırmak üzere bütüncül bir yaklaşım benimsemek amacıyla etkili işbirliğini sağlamak için kuruluşlara ve kolluk kuvvetlerine destek ve yardım sağlamaktır.

2 Sözleşme hükümlerinin taraflarca etkili bir şekilde uygulanmasını sağlama amacıyla, işbu Sözleşme özel bir izleme mekanizması kurar.

Tanımlar:

Madde 3- İşbu Sözleşmenin amacı bakımından:

a. "kadınlara yönelik şiddet"; bir insan hakları ihlali ve kadınlara yönelik ayrımcılığın bir biçimi olarak anlaşılmaktadır ve ister kamusal ister özel alanda meydana gelsin, kadınlara fiziksel, cinsel, psikolojik veya ekonomik zarar veya ıstırap veren veya verebilecek olan toplumsal cinsiyete dayalı her türlü eylem ve bu eylemlerle tehdit etme, zorlama veya keyfi olarak özgürlükten yoksun bırakma anlamına gelir.

b. "aile içi şiddet"; aile içerisinde veya hanede veya, mağdur faille aynı evi paylaşırsa da paylaşmasa da eski veya şimdiki eşler veya partnerler arasında meydana gelen her türlü fiziksel, cinsel, psikolojik veya ekonomik şiddet eylemi anlamına gelir.

c. " toplumsal cinsiyet"; kadınlar ve erkekler için toplum tarafından uygun görülen ve sosyal olarak inşa edilen roller, davranışlar, eylemler ve nitelikler anlamına gelir.

d. "kadınlara yönelik toplumsal cinsiyete dayalı şiddet"; kadına kadın olmasından dolayı uygulanan ve kadınları orantısız biçimde etkileyen şiddet anlamına gelir.

e. "mağdur"; a ve b bentlerinde belirtilen davranışlara maruz kalan gerçek kişi anlamına gelir.

f. "kadınlar" kelimesi 18 yaşın altındaki kız çocuklarım da kapsar.

Devlet yükümlülükleri ve gereken özeni gösterme sorumluluğu:

Madde 5-1. Taraflar, kadınlara yönelik şiddet eylemlerinde bulunmaktan

kaçınır ve devlet adına faaliyet gösteren devlet yetkilileri, görevliler, kurum, kuruluşlar ve diğer aktörlerin bu yükümlülüğe uygun davranmalarını sağlar.

2. Taraflar devlet dışı aktörlerce işlenen ve işbu Sözleşme kapsamında yer alan şiddet eylemlerinin gereken özeni göstererek önlenmesini, soruşturulmasını, cezalandırılmasını ve tazmin edilmesini sağlamak üzere gerekli hukuki veya diğer tedbirleri alır.

Tek tarafk ve resen yargdamalar:

Madde 55-1. Taraflar, işbu Sözleşmektin 35, 36, 37, 38 ve 39. Maddeleri uyarınca ihdas edilen suçların soruşturulması veya kovuşturulmasmm; suçun tamamının veya bir kısmının topraklarında işlenmesi durumunda, suçun mağdur tarafından bildirilmesi veya şikâyette bulunmasına bağlı olmamasını ve mağdur şikâyetini veya ifadesini geri alsa bile işlemlerin devam edebilmesini sağlamak üzere gerekli hukuki veya diğer tedbirleri alır.

2. Taraflar, iç hukuklarında öngörülen koşullara uygun olarak, kamu kuruluşlarının, sivil toplum örgütlerinin ve aile içi şiddet danışmanlarının, işbu Sözleşme uyarınca belirlenen suçlara ilişkin soruşturma ve adli takibatın yapılması sırasında mağdurun isteği üzerine, mağdura yardım ve destek vermesi olanağını sağlamak üzere gerekli hukuki veya diğer tedbirleri alır.

B. 3. 6284 Sayılı Ailenin Korunması Ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun Tanımlar:

Madde 2- (1) Bu Kanunda yer alan;

a. Bakanlık: Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığım,

b. Ev içi şiddet: Şiddet mağdum ve şiddet uygulayanla aynı haneyi paylaşmasa da aile veya hanede ya da aile mensubu sayılan diğer kişiler arasında meydana gelen her türlü fiziksel, cinsel, psikolojik ve ekonomik şiddeti,

c. Hâkim: Aile mahkemesi hâkimini,

ç) Kadına yönelik şiddet: Kadınlara, yalnızca kadın oldukları için uygulanan veya kadınları etkileyen cinsiyete dayalı bir ayrımcılık ile kadının insan hakları ihlaline yol açan ve bu Kanunda şiddet olarak tanımlanan her türlü tutum ve davranışı,

d. Şiddet: Kişinin, fiziksel, cinsel, psikolojik veya ekonomik açıdan zarar görmesiyle veya acı çekmesiyle sonuçlanan veya sonuçlanması muhtemel hareketleri, buna yönelik tehdit ve baskıyı ya da özgürlüğün keyfi engellenmesini de içeren, toplumsal, kamusal veya özel alanda meydana gelen fiziksel, cinsel, psikolojik, sözlü veya ekonomik her türlü tutum ve davranışı,

e. Şiddet mağduru: Bu Kanunda şiddet olarak tanımlanan tutum ve davranışlara doğrudan ya da dolaylı olarak maruz kalan veya kalma tehlikesi bulunan kişiyi ve şiddetten etkilenen veya etkilenme

tehlikesi bulunan kişileri,

f. Şiddet önleme ve izleme merkezleri: Şiddetin önlenmesi ile koruyucu ve önleyici tedbirlerin etkin olarak uygulanmasına yönelik destek ve izleme hizmetlerinin verildiği, çalışmalarını yedi gün yirmidört saat esaslı ile yürüten merkezleri,

g. Şiddet uygulayan: Bu Kanunda şiddet olarak tanımlanan tutum ve davranışları uygulayan veya uygulama tehlikesi bulunan kişileri,

ğ) Tedbir kararı: Bu Kanun kapsamında, şiddet mağdurları ve şiddet uygulayanlar hakkında hâkim, kolluk görevlileri ve mülk! amirler tarafından, istem üzerine veya resen verilecek tedbir kararlarını, ifade eder.

İhbar:

Madde 7 -(1) Şiddet veya şiddet uygulanma tehlikesinin varlığı hâlinde herkes bu durumu resmi makam veya mercilere ihbar edebilir. İhbarı alan kamu görevlileri bu Kanun kapsamındaki görevlerini gecikmeksizin yerine getirmek ve uygulanması gereken diğer tedbirlere ilişkin olarak yetkilileri haberdar eünekle yükümlüdür.

Tedbir kararlarının bildirim ve uygulanması:

Madde 10 - (1) Bu Kanun hükümlerine göre alınan tedbir kararları, Bakanlığın ilgili il ve ilçe müdürlükleri ile verilen kararın niteliğine göre Cumhuriyet başsavcılığına veya kolluğa en seri vasıtalarla bildirilir.

2. Bu Kanun kapsamında ilgili mercilere yapılan başvurular ile bu başvuruların kabul ya da reddine ilişkin kararlar, başvuru yapılan merci tarafından Bakanlığın ilgili il ve ilçe müdürlüklerine derhâl bildirilir.

3. Korunan kişinin geçici koruma altına alınmasına ilişkin koruyucu tedbir kararı ile şiddet uygulayan hakkında verilen önleyici tedbir kararlarının yerine getirilmesinden, hakkında koruyucu veya önleyici tedbir kararı verilen kişilerin yerleşim yeri veya bulunduğu ya da tedbirin uygulanacağı yer kolluk birimi görevli ve yetkilidir.

4. Tedbir kararının, kolluk amirince verilip uygulandığı veya korunan kişinin kollukta bulunduğu hâllerde, kolluk birimleri tarafından kişi, Bakanlığın ilgili il veya ilçe müdürlüklerine ivedilikle ulaştırılır; bunun mümkün olmaması hâlinde giderleri Bakanlık bütçesinin ilgili tertibinden karşılanmak üzere kendisine ve beraberindekilere geçici olarak barınma imkânı sağlanır.

5. Tedbir kararının ilgililere tefhim veya tebliğ edilmemesi, kararın uygulanmasına engel teşkil etmez.

6. Hakkında barınma yeri sağlanmasına karar verilen kişiler, Bakanlığa ait veya Bakanlığın gözetim ve denetimi altında bulunan yerlere yerleştirilir. Barınma yerlerinin yetersiz kaldığı hâllerde korunan kişiler; mülkî amirin, acele hâllerde kolluğun veya Bakanlığın talebi üzerine kamu kurum ve kuruluşlarına ait sosyal tesis, yurt veya benzeri yerlerde geçici olarak barındırılabilir.

7. İşyerinin değiştirilmesi yönündeki tedbir kararı, kişinin tabi olduğu ilgili mevzuat hükümlerine göre yetkili merci veya kişi tarafından yerine getirilir.

Şiddet önleme ve izleme merkezlerinin kurulması

Madde 14 - (1) Bakanlık, gerekli uzman personelin görev yaptığı ve tercihen kadın personelin istihdam edildiği, şiddetin önlenmesi ile koruyucu ve önleyici tedbirlerin etkin olarak uygulanmasına yönelik destek ve izleme hizmetlerinin verildiği, çalışmalarını yedi gün yirmidört saat esasına göre yürüten, çalışma usul ve esasları yönetmelikle belirlenen, şiddet önleme ve izleme merkezlerini kurar.

2. Kurulan merkezlerde şiddetin önlenmesi ile koruyucu ve önleyici tedbirlerin etkin olarak uygulanmasına yönelik izleme çalışmaları yapılır ve destek hizmetleri verilir.

Harçlar ve masraflardan, vergilerden muafiyet ve davaya katılma

Madde 20- (1) Bu Kanun kapsamındaki başvurular ile verilen kararların icra ve infazı için yapılan işlemlerden yargılama giderleri, harç, posta gideri ve

benzeri hiçbir ad altında masraf alınmaz. Bu Kanununun 17 nci maddesi uyarınca yapılan ödemeler gelir vergisi ile veraset ve intikal vergisinden, bu ödemeler için düzenlenen kâğıtlar ise damga vergisinden müstesnadır.

2. Bakanlık, gerekli görmesi hâlinde kadın, çocuk ve aile bireylerine yönelik olarak uygulanan şiddet veya şiddet tehlikesi dolayısıyla açılan İdarî, cezaî, hukukî her tür davaya ve çekişmesiz yargıya katılabilir.

B. 4.5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu

Kararların açıklanması ve tebliği:

Madde 35-(1) İlgili tarafın yüzüne karşı verilen karar kendisine açıklanır ve isterse kararın bir örneği de verilir.

2. Koruma tedbirlerine ilişkin olanlar hariç, aleyhine kanun yoluna başvurulabilecek hâkim veya mahkeme kararları, (...) hazır bulunamayan ilgisine tebliğ olunur.

3. İlgili taraf serbest olmayan bir kişi veya tutuklu ise tebliğ edilen karar, kendisine okunup anlatılır

Suçun mağduru ile şikâyetçinin çağırılması:

Madde 233- (1) Mağdur ile şikâyetçi, Cumhuriyet savcısı veya mahkeme başkanı veya hâkim tarafından çağrı kâğıdı ile çağırılıp dinlenir.

2. Bu hususta yapılacak çağrı bakımından tanıklara ilişkin hükümler uygulanır.

Mağdur ile şikâyetçinin hakları:

Madde 234-(1) Mağdur ile şikâyetçinin hakları şunlardır:

a) Soruşturma evresinde;

1. Delillerin toplanmasını isteme,

2. Soruşturmanın gizlilik ve amacını bozmamak koşuluyla Cumhuriyet savcısından belge örneği isteme,

3. (Değişik: 24.07.2008-5793/40 md.) Vekili bulunmaması halinde, cinsel saldırı suçu ile alt sınırı beş yıldan fazla hapis cezasını gerektiren suçlarda, baro tarafından kendisine avukat görevlendirilmesini isteme,

4. 153 üncü maddeye uygun olmak koşuluyla vekili aracılığı ile soruşturma belgelerini ve elkonulan ve muhafazaya alınan eşyayı inceletme,

5. Cumhuriyet savcısının, kovuşturmayaya yer olmadığı yönündeki kararda kanunda yazılı usule göre itiraz hakkını kullanma.

b) Kovuşturma evresinde;

1. Duruşmadan haberdar edilme,

2. Kamu davasına katılma,

3. Tutanak ve belgelerden (...) örnek isteme,

4. Tanıkların davetini isteme,

5. (Değişik: 24.07.2008-5793/40 md.) Vekili bulunmaması halinde, cinsel saldırı suçu ile alt sınırı beş yıldan fazla hapis cezasını gerektiren suçlarda, baro tarafından kendisine avukat görevlendirilmesini isteme,

6. Davaya katılmış olma koşuluyla davayı sonuçlandıran kararlara karşı kanun yollarına başvurma.

2. Mağdur, onsekiz yaşını doldurmamış, sağır veya dilsiz ya da meramını ifade edemeyecek derecede malûl olur ve bir vekili de bulunmazsa, istemi aranmaksızın bir vekil görevlendirilir.

3. Bu haklar, suçun mağdurları ile şikâyetçiye anlatılıp açıklanır ve bu husus tutanağa yazılır.

4. (Ek: 17.10.2019-7188/21 md.) Soruşturma veya kovuşturma evresinde, dava nakli veya adli tıp işlemleri nedeniyle yerleşim yeri dışında bir yere gitme zorunluluğu doğması hâlinde mağdurun yapmış olduğu konaklama, iâşe ve ulaşım giderleri, 10/2/1954 tarihli ve 6245 sayılı Harcırah Kanunu hükümlerine göre Adalet Bakanlığı bütçesinden karşılanır.

Kamu davasına katılma:

Madde 237 - (1) Mağdur, suçtan zarar gören gerçek ve tüzel kişiler ile malen sorumlu olanlar, ilk derece mahkemesindeki kovuşturma evresinin her aşamasında hüküm verilinceye kadar şikâyetçi olduklarını bildirerek kamu davasına katılabilirler.

(2) Kanun yolu muhakemesinde davaya katılma isteğinde bulunulamaz. Ancak, ilk derece mahkemesinde ileri sürülüp reddolunan veya karara bağlanmayan katılma istekleri, kanun yolu başvurusunda açıkça belirtilmişse incelenip karara bağlanır.

Katılma usulü:

Madde 238- (1) Katılma, kamu davasının açılmasından sonra mahkemeye dilekçe verilmesi veya katılma istemini içeren sözlü başvurnun duruşma tutanağına geçirilmesi suretiyle olur.

2. Duruşma sırasında şikâyeti belirten ifade üzerine, suçtan zarar görenden davaya katılmak isteyip istemediği sorulur.

3. Cumhuriyet savcısının, sanık ve varsa müdafinin dinlenmesinden sonra davaya katılma isteminin uygun olup olmadığına karar verilir.

4. (Mülga: 18.06.2014- 6545/103 md.)

Katılanın hakları:

Madde 239- (1) (Değişik: 24.07.2008-5793/41 md.) Mağdur veya suçtan zarar gören davaya katıldığında, cinsel saldırı suçu ile alt sınırı beş yıldan fazla hapis cezasını gerektiren suçlarda, baro tarafından kendisine avukat görevlendirilmesini isteyebilir.

(2) Mağdur veya suçtan zarar görenin çocuk, sağır ve dilsiz veya kendisini savunamayacak derecede akıl hastası olması halinde avukat görevlendirilmesi için istem aranmaz.

Katılanın kanun yoluna başvurusu:

Madde 242 - (1) Katılan, Cumhuriyet savcısına bağlı olmaksızın kanun yollarına başvurabilir.

(2) Karar, katılanın başvurusu üzerine bozulursa, Cumhuriyet savcısı işi yeniden takip eder.

Kanun yollarına başvurma hakkı:

Madde 260- (1) Hâkim ve mahkeme kararlarına karşı Cumhuriyet savcısı, şüpheli, sanık ve bu Kanuna göre katılan sıfatını almış olanlar ile katılma isteği karara bağlanmamış, reddedilmiş veya katılan sıfatını alabilecek surette

suçtan zarar görmüş bulunanlar için kanun yolları açıktır.

2. (Değişik: 18.06.2014-6545/73 md.) Ağır ceza mahkemelerinde bulunan Cumhuriyet savcılar, ağır ceza mahkemesinin yargı çevresindeki asliye ceza mahkemelerinin; bölge adliye mahkemesinde bulunan Cumhuriyet savcılar, bölge adliye mahkemelerinin kararlarına karşı kanun yollarına başvurabilirler.

3. Cumhuriyet savcısı, sanık lehine olarak da kanun yollarına başvurabilir.

B. 5 Katdmanın Özel Olarak Düzenlendiği Bazı Kanunlar

B. 5. 1. 3628 Saydı Mal Bildiriminde Bulunulması, Rüşvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Kanunu

Suçun ihbarı:

Madde 18 - Yukarıdaki maddede yazılı suçlara ilişkin ihbarlar doğrudan Cumhuriyet Başsavcılıklarına yapılır. İhbar üzerine derhal bir ihbar tutanağı düzenlenir ve bir örneği muhbire verilir. Acele ve gecikmesinde sakınca umulan hallerde tutanak düzenlenmesi sonraya bırakılabilir. Muhbirlerin kimlikleri, rızaları olmadıkça açıklanmaz. İhbar asılsız çıktığında aleyhine takibat yapılanın istemi üzerine muhbirin kimliği açıklanır.

(Ek fıkra: 12.12.2003-5020/13 md.) Yukarıdaki fıkraya göre yapılan ihbar veya takipsizlik kararı ve iddianame Cumhuriyet başsavcılığınca, Maliye Bakanlığı Baş Hukuk Müşavirliği ve Muhakemat Genel Müdürlüğü ile varsa diğer ilgili kamu kurum veya kuruluşlarına bildirilir. Hazine avukatının yazılı

başvuruda bulunması hâlinde Maliye Bakanlığı, başvuru tarihinde müdahil sıfatını kazanır.

Bu suçlardan dolayı müfettiş ve muhakkikler de soruşturma neticesinde delil veya emare elde ettikleri takdirde, işi yetkili ve görevli Cumhuriyet Başsavcılığına ihbar ve evrakı tevdi ederler. Cumhuriyet Başsavcılığı müfettiş ve muhakkikler tarafından kendisine tevdiine lüzum görülmediği halde dahi evrakın taalluk ettiği iş hakkında soruşturma yapmak üzere gerekçe göstererek evrakı ait olduğu merciden isteyebilir.

17 nci maddede yazılı suçlardan dolayı delil veya emare elde eden müfettiş ve muhakkikler durumu yetkili ve görevli Cumhuriyet Başsavcılığına ihbar ve evrakı tevdi etmedikleri takdirde bunlar hakkında da yapılacak takibattan dolayı Memurin Muhakematı Hakkında Kanunu Muvakkat Hükümleri uygulanmaz.

İhbar konusu müsnet suç hakkında dava aılincaya kadar bilgi vermek ve yayın yapmak yasaktır.

B. 5.2. 5411 Sayılı Bankacılık Kanunu

Yazılı başvuru ve müdahale:

Madde 162 -Bu Kanunda belirtilen suçlara ilişkin soruurma ve kovuurma yapılması, Kurum veya Fon tarafından Cumhuriyet basavcılığına yazılı başvuruda bulunulmasına bağlıdır. Bu başvuru muhakeme Şartı niteliğindedir. Ancak, 160 mci maddenin cnc fıkrasında belirtilen suçtan dolayı soruurma ve kovuurmalar Kurumun veya Fonun yazılı bildirimine üzerine veya gecikmesinde sakınca görülen hallerde re'sen Cumhuriyet savcılarınca yapılır ve Kurum ve Fon haberdar edilir. Bu fıkra uyarınca yapılan soruurmalar neticesinde açılan kamu davalarında, Kurumun veya Fonun başvuruda bulunması hâlinde, bunlar başvuru tarihinde müdahil sıfatını kazanırlar.

İtibarın zedelenmesi, sırların açıklanması ve zimmet suçlarından dolayı ilgililerin dava hakkı ile 4.12.2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu hükümleri saklıdır.

İtiraz ve bildirim:

Madde 163 - Bu Kanununun 162 nci maddesi uyanınca başlatılan soruurmalar neticesinde kovuurmaya yer olmadığına karar verilirse, bu karar ilgisine göre Kuruma veya Fona ve ilgili bankaya tebliğ edilir. Kurum, Fon ve ilgili banka kendisine tebliğ edilen bu kararlara karşı 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununa göre itiraza yetkilidir.

Kamu davası açılması hâlinde, iddianamenin bir rneği ilgisine göre Kuruma veya Fona tebliğ edilir.

B. 5.3.5607 Sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu

Davaya katılma:

Madde 18-(1) Bu Kanunda tanımlanan suçlar dolayısıyla açılan davalarda mahkeme, iddianamenin bir örneğini ilgili gümrük idaresine de gönderir. Başvurusu zerine, ilgili gümrük idaresi açılan davaya katılan olarak kabul edilir.

B. 5.4. 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu

Yazılı başvuru ve özel soruşturma usulleri:

Madde 115-(1) Bu Kanunda tanımlanan veya atıfta bulunulan suçlardan dolayı soruşturma yapılması, Kurul tarafından Cumhuriyet başsavcılığına yazılı başvuruda bulunulmasına bağlıdır. Bu başvuru muhakeme şartı niteliğindedir.

2. Başvuru üzerine kamu davası açılması hâlinde iddianamenin kabulü ile birlikte, bir örneği Kurula tebliğ edilir ve Kurul aynı zamanda katılan sıfatını kazanır.

3. Bu Kanunda tanımlanan veya atıfta bulunulan suçlardan dolayı yapılan soruşturmada Cumhuriyet savcısı, Kural meslek personelinden yararlanabilir. Bu suçlardan dolayı şüpheli veya tanık sıfatıyla kişilerin ifadesinin alınması sırasında Kural meslek personelinin de hazır bulunması sağlanabilir.

4. Bu Kanunda tanımlanan veya atıfta bulunulan suçlardan dolayı yapılan soruşturmada kovuşturmayaya yer olmadığı kararının verilmesi hâlinde, Kurul bu karara karşı itiraza yetkilidir.

5. 4/5/2007 tarihli ve 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanununun 8 inci maddesi, 109 uncu maddede yer alan suçlar bakımından da uygulanır.

B. 6. 6284 Sayılı Ailenin Korunması Ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanuna İlişkin Uygulama Yönetmeliği

İhbar ve şikâyet:

Madde 4 -(1) Kişinin, şiddete uğraması veya şiddete uğrama tehlikesi altında bulunması halinde herkes durumu yazılı, sözlü veya başka bir suretle ilgili makam ve mercilere ihbar edebilir. Şiddet veya şiddete uğrama tehlikesinden haberdar olan kamu kurum ve kuruluşları ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ise durumu derhal, şikâyet mercilerine bildirmek zorundadır.

2. Şiddet mağduru, şiddet veya şiddete uğrama tehlikesine maruz kalması halinde durumu şikâyet mercilerine yazılı, sözlü veya başka bir şekilde bildirebilir.

3. Şikâyet mercileri Kanun kapsamındaki görevlerini gecikmeksizin yerine getirmekle yükümlüdür.

4. Müdürlük veya ŞÖNİM'e yapılan şikâyet ve ihbarlar, bunlar tarafından olayın özelliğine göre, kolluğa, mülki amire, Cumhuriyet başsavcılığına veya hâkime gecikmeksizin bildirilir.

5. Sözlü yapılan şikâyet ve ihbarlar derhal tutanağa geçirilir.

Yapılacak işlemler:

Madde 5- (1) Kolluk, kendisine yapılan ihbar veya şikâyet üzerine genel hükümler doğrultusunda gerekli işlemleri yapar. Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Kanun kapsamında almış olduğu koruyucu ve önleyici tedbirleri onaylanmak üzere tedbirin niteliğine göre mülki amire veya hâkime sunar. Kolluk, kendisine intikal eden her olay hakkında gecikmeksizin en seri vasıtalarla ŞÖNİM'e bilgi verir.

2. Cumhuriyet başsavcılığı, yapılan ihbar ve şikâyet üzerine evrakın bir örneğini ivedilikle olayın niteliğine göre uygulanabilecek olan koruyucu veya önleyici tedbir hakkında karar verilmek üzere hâkime veya mülki amire gönderir.

3. Mülki amire yapılan ihbar veya şikâyet üzerine Kanunun 3 üncü maddesinde belirtilen koruyucu tedbirlerden birine, birkaçına veya uygun görülecek benzer tedbirlere karar verilebilir. Ayrıca mülki amir olayın niteliğine göre şikâyet veya ihbarı, kolluğa veya Cumhuriyet başsavcılığına bildirir.

4. Hâkim veya mülki amir tarafından verilen kararlar ivedilikle ŞÖNİM'e bildirilir.

Rehberlik ve danışmanlık hizmeti:

Madde 9- (1) Korunan kişiye, kişinin psikolojik ve sosyo-ekonomik durumu değerlendirilerek, haklan, destek alabileceği kurumlar, meslek edindirme kurslarına katılmasına yönelik faaliyetlerde bulunmayı da kapsayacak şekilde iş bulma ve benzeri konularda gelişmesi ve uyum sağlaması, gerekli olan seçimleri, yorumları, planları yapması ve kararları vermesine yarayacak bilgi ve becerileri kazandırmak ve psikolojik destek sağlamak üzere ilgili kamu kurum ve kuruluşları ile işbirliği içerisinde gerekli hizmetler verilir.

2. Korunan kişinin hukuki rehberliğe ihtiyacı olması halinde 48 inci madde ile düzenlenen davalara müdahil olmayı da içeren gerekli destek ve danışmanlık hizmeti verilir.

3. Bu hizmetlerin yerine getirilmesinde koordinasyon ŞÖNİM tarafından sağlanır.

Davaya katılma:

Madde 46 - (1) Bakanlık, gerekli görmesi hâlinde kadın, çocuk ve aile bireylerine yönelik olarak uygulanan şiddet veya şiddet tehlikesi dolayısıyla açılan ve herhangi bir şekilde haberdar olduğu idari, cezaî, hukukî her tür davaya ve çekişmesiz yargıya müdahil olarak katılabilir.

B. 7. Şiddet Önleme ve İzleme Merkezleri Hakkında Yönetmelik Sunulan hizmetler:

Madde 7 - (1) İş ve işlemler, İl Müdürlüğüne bağlı olarak konukevleri ile koordinasyon hâlinde yürütülür.

(2) Sunulan hizmetler şunlardır:

a. Koordinasyon hizmeti: Başvuruların ve tedbir kararlarının alınması, görev alanındaki tüm bilgilerin sisteme işlenmesi, değerlendirilmesi ve izlenmesi için kurumlar arası iş birliğinin sağlanması,

b. Psiko-sosyal destek hizmeti: Şiddet mağduru ve beraberindeki çocuklar ile görüşme yapılması, raporların hazırlanması, uygun görülen hizmetlerin sunumu ile sorunun çözümüne ilişkin rehberlik hizmetlerinin ilgili kamu kurum ve kuruluşlarıyla koordineli bir biçimde yürütülmesi ve sonuçların izlenmesi,

c. Hukuki destek hizmeti: Şiddet mağduruna ve beraberindeki çocuklarına Kanun kapsamında gerekli hukuki desteğin sağlanması veya baroların ilgili birimlerine yönlendirme yapılması ile müdahil olunan davaların takibi,

ç) Eğitim ve mesleki destek hizmeti: Şiddet mağduruna rehberlik yapılması ve ilgili kuruma yönlendirilmesi,

d. Sağlık destek hizmeti: Basit sağlık müdahalesine ihtiyaç duyan şiddet mağdurları ve beraberindeki çocukların ihtiyaçlarının karşılanması ile gerekli destek ve yönlendirmenin yapılması,

e. Ekonomik destek hizmeti: Şiddet mağduru ve beraberindeki çocuğun ekonomik olarak güçlendirilmesi için ilgili mevzuat kapsamında maddi yardım ödemelerinin yapılması ve takibi ile istihdam edilmesi konusunda desteklenmesi ve beraberindeki çocuklarına kreş hizmeti sunulması,

f. Müdahale ve yönlendirme hizmeti: Çağrı hatlarına gelen ve ŞÖNİM'e iletilen başvuruların alınması, ihtiyaç ve talep doğrultusunda ilgili kurum ve kuruluşlarla iletişime geçilerek yönlendirme yapılması,

g. Önleyici hizmet: Şiddetin önlenmesine ilişkin toplumsal bilinçlendirme ve farkındalık çalışmalarının yapılması.

(3) Hizmete ilişkin tüm idari, mali ve teknik iş ve işlemler yürütülür.

Sisteme kayıt:

Madde 18- (1) Kanun kapsamında verilen tedbir kararları, zorlama hapsi kararları ve ŞÖNİM tarafından yürütülen iş ve işlemlerle ilgili tüm veriler sisteme kaydedilir.

2. Kadın konukevlerinin kapasitesi, fiilen kalan kişi sayısı, nakiller ve yerleştirme işlemleri ile hizmet alan kişilere ilişkin diğer kayıtlar sistemden yararlanılarak yapılır ve takip edilir.

3. Koruyucu ve önleyici tedbir kararları kapsamında, ilgili kurumlar tarafından yerine getirilen işlemlere ilişkin gelen bilgiler ve ŞÖNİM tarafından yapılan işlemler ile bu işlemlerin sonuçları sisteme kaydedilir.

Adli destek hizmetleri:

Madde 24 - (1) Şiddet mağduru ve beraberindeki çocuklara hukuki danışmanlık, adli yardım ve diğer hukuki destek hizmetleri yürütülür. Bakanlıkça sunulamayan hizmetler için barolar ile iş birliği gerçekleştirilir.

(2) Şiddet veya şiddet tehlikesi dolayısıyla açılan cezai, hukuki her tür davaya ve çekişmesiz yargıya Bakanlığın müdahil olarak katılması talebinde bulunulabilir.

IV. ÖĞRETİDEKİ GÖRÜŞLER

İçtihadı birleştirmeye konu "6284 sayılı Ailenin Korunması Ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun'un 20/2. maddesi uyarınca, bu Kanun

kapsamına giren suçlarla ilgili olarak açılan ceza davalarında, kovuşturma evresinde mahkemesince: Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığının davadan haberdar edilmesinin zorunlu olup olmadığı” hususu oldukça özellikli bir mevzu olup bu soruna ilişkin daha önceden yazılmış bilimsel bir esere rastlanmamıştır. Ancak içtihadı birleştirme kararlarının önem ve etkisi göz önüne alındığında bu konuda akademik camianın görüşlerine de başvurularak Büyük Genel Kurula sunulması amacıyla Raportör Üye tarafından gönderilen görüş talep yazısı üzerine;

Prof. Dr.Feridun Yenisey; kamu davasına katılmanın istisnai bir yol olduğu, mukayeseli hukukta sadece belirli sayıda sayılan suçlarda kamu davasına katılmanın kabul edildiği, Türk Hukuku’nda da şahsi davanın ve şahsi hak davasının kaldırılmış olmasına dayanılarak katılmanın istisnai bir yol olduğunun söylenebileceği, CMK’nın 237 ve 238/2. maddelerinin birlikte değerlendirilmesinde, ilk derece mahkemesince hüküm kurulduktan sonra Bakanlığayapılacak duyuru üzerine Bakanlığın kanun yoluna başvurabilmesi için ilk derece mahkemesinde ileri sürülüp reddolunan veya karara bağlanmayan bir katılma isteğinde bulunulmuş olmasının gerektiği, esasen 6284 sayılı Kanun’un 10. maddesinde ilk derece mahkemesince hüküm kurmadan önce verilen tedbir kararlarının Bakanlığa duyurulmasına ilişkin hükmün mevcut olduğunu, böylece kanun koyucunun görülmekte olan davalardan Bakanlığın haberdar olmasını ve kovuşturma evresinde katılma isteminde bulunmasını sağlamayı amaçladığını, Bakanlığın katılma yetkisini uygun görmesi hâlinde o aşamada katılma isteminde bulunmuş olmasının gerekeceği, Mal Bildiriminde Bulunulması Rüşvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Kanunu, Bankacılık Kanunu ve Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu’nda öngörülen ihbar yükümlüğüne 6284 sayılı Kanun’da yer verilmediği için esas mahkemesi hükmünün Bakanlığa bildirilmesi yükümlülüğünün bulunmadığının söylenebileceği,

Prof. Dr. Bahri Öztürk; meselenin tam manasıyla çözümlenebilmesi için Ceza Muhakemesi Kanunu’nun katılma ile ilgili genel hükümlerinin, Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığının ilgili mevzuatının ve fakat özellikle 6284 sayılı Ailenin Korunması Ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun ve katılma ile ilgili düzenleme yapan diğer özel kanun hükümlerinin birlikte değerlendirilmesinin gerektiği, CMK’nın 237. maddesinin birinci fıkrasında; mağdur, suçtan zarar gören gerçek ve tüzel kişiler ve malen sorumlu olanların kamu davasına katılma hakkı olduğunun belirtildiği, 6284 sayılı Kanun’un 20/2. maddesinde yer alan düzenleme gibi 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele

Kanunu'nda, 3628 sayılı Mal Bildiriminde Bulunulması Rüşvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Kanunu'nda ve 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nda katılma ile ilgili özel hükümlerin bulunduğu, 6284 sayılı Kanun'da katılmanın tamamen Bakanlığın takdir ve isteğine bırakıldığı, emredici bir düzenlemenin söz konusu olmadığı, 633 sayılı Aile Ve Sosyal Politikalar Bakanlığının Teşkilat Ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Karamame'de de Bakanlığın görevleri arasında davaları takip etmenin sayılmadığı, 6284 sayılı Kanun'un 1. maddesinin ilk fıkrasında şiddete uğrayan veya şiddete uğrama tehlikesi bulunan kişiler hakkında görevli makamlarca gerekli koruyucu ve önleyici tedbirlerin alınması ve uygulanması usulünün düzenlendiği, Bakanlığın asıl görevinin burada başladığı, Bakanlığın bu durumdan nasıl haberdar olacağını anılan Kanun'un 10. maddesinin birinci ve ikinci fıkralarında düzenlendiği, bu düzenlemeler göre Kanun kapsamında bir işleme tabi tutulan kişiden Bakanlığın hemen bilgisinin olacağı, bundan sonraki süreçte yasal düzenlemeye göre Bakanlığın kamuoyu açısından gerekli görmesi hâlinde her türlü davaya ve çekişmesiz yargıya katılabileceği, adı geçen Kanun'a ilişkin Uygulama Yönetmeliği'nin 9 ve 46. maddelerindeki hükümlerde de Bakanlığın hukuki desteğinin dava açılmadan önce başlayacağı ve gerekli görülenlere müdahil olunacağını açıkça gösterildiği, 3628 sayılı Mal Bildiriminde Bulunulması Rüşvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Kanunu, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu ve 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu gibi katılmanın düzenlendiği özel kanunlarda, açılan davaların ilgili kuramlara ihbar edilmesi hususunun ayrıca düzenlendiği, ancak 6284 sayılı Kanun'da ihbara ilişkin bir düzenleme bulunmadığı, bu durumun kanun koyucunun bilinçli bir tercihi olduğu, zira şiddet mağdurları ile ilgili alınacak tedbir ve ihbarların işin başında daha olay adliyeye intikal etmeden veya intikal eder etmez Bakanlığa bildirim mekanizmasının 6284 sayılı Kanun'un 10. maddesinde düzenlendiği, sonuç olarak davanın Bakanlığa ihbar edilmesi zorunluluğunun bulunmadığı,

Prof. Dr. Cumhur Şahin; suçtan zarar görme hâlinde kamu davasına katılabilmenin kabul edildiği, bu zarar görmeyi doğrudan doğruya olması gerektiği, ancak bazı durumlarda suçtan zarar görmeyi bizzat kanunun tayin edebildiği, bu durumlarda mahkemelerin ayrıca bir değerlendirme yapmasının mümkün olmadığı, suçtan zarar görmeyi kanunun tayin ettiği bazı hâllerde ise katılıp katılmamaya karar verme yetkisinin ilgili kuruma bırakıldığı, 6284 sayılı Kanun'un bu duruma bir örnek teşkil ettiği, Bakanlığın 6284 sayılı Kanun uyarınca katılma yetkisini kullanabilmesi için yargılamalardan haberdar olmasının gerektiği, ancak kurumun katılma yetkisine sahip olmasının kural

olarak kovuşturma makamlarının kurumu haberdar etmesi zorunluluğunu doğurmayacağı, kaldı ki 6284 sayılı Kanun'un 10. ve anılan Kanun'u Uygulama Yönetmeliği'nin 5. maddesinde Cumhuriyet Başsavcılıkları ve kolluğa böyle bir yükümlülüğün getirildiği, kuruma bildirim yükümlülüğünden söz edilebilmesi için mevzuatta açık bir düzenlemenin bulunması gerektiği, 3628 sayılı Mal Bildiriminde Bulunulması Rüşvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Kanunu'nda yer alan düzenlemelerin buna bir örnek oluşturduğu, 6284 sayılı Kanun'da ise böyle bir düzenlemeye yer verilmediği, ilk derece muhakeme makamlarının, zaten konudan erken bir aşamada kolluk marifetiyle haberdar edilen ve süreci kendisinin takip etmesi gereken Bakanlığa ayrıca bildirim yükümlülüğünün bulunmadığı,

Prof. Dr. Muharrem Özen; Bakanlığa, 6284 sayılı Kanun'un 20. maddesinin ikinci fıkrasında tanınan yetkinin ihtiyari bir yetki olduğu, dolayısıyla Bakanlığın gerekli görmesi hâlinde katılma talebinde bulunabileceği, uygulamada Bakanlığın söz konusu davalara katılmasının beklenen faydayı sağlamadığına yönelik birtakım bulguların ortaya çıktığı, CMK'da veya sair mevzuatta inceleme konusu davaların Bakanlığa bildirileceğine dair bir düzenlemenin yer almadığı, kanun koyucunun bu tür bir bildirim yapılmasını zorunlu gördüğünde mevzuatta bunu açıkça hüküm altına aldığı, 3628 sayılı Mal Bildiriminde Bulunulması Rüşvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Kanunu, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu ve 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu'nun bu duruma örnek teşkil ettiği, ceza hukukunda kamu davasının Cumhuriyet savcısı tarafından açılıp takip edildiği, Bakanlık bünyesinde tüm davaları takip edecek kadar avukat bulunmadığı, uygulamada da tüm davaların takip edilemediği, ne 6284 sayılı Kanun'da ne de 5271 sayılı CMK'da davanın ihbarına ilişkin bir düzenleme bulunduğu, Bakanlığa tanınan davaya katılma hakkının mahkemelere davanın Bakanlığa ihbarına dair bir yükümlülük getirmediği,

Şeklindeki düşüncelerini bildirmişlerdir.

V. GEREKÇE

İçtihadı birleştirmenin konusu; 6284 sayılı Ailenin Korunması Ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun'un 20/2. maddesi uyarınca, bu Kanun kapsamına giren suçlarla ilgili olarak açılan ceza davalarında, kovuşturma evresinde mahkemesince; Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığının davadan haberdar edilmesinin zorunlu olup olmadığı hususudur.

Hem ülkemizin taraf olduğu uluslararası sözleşmelerin gereği olarak hem de 4320 sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun'un güncel ihtiyaçlara cevap vermemesi nedeniyle 6284 sayılı Ailenin Korunması Ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun 20.03.2012 tarihli ve 28239 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

6284 sayılı Kanun'un 20. maddesinin ikinci fıkrasında Bakanlığın, gerekli görmesi hâlinde kadın, çocuk ve aile bireylerine yönelik olarak uygulanan şiddet veya şiddet tehlikesi dolayısıyla açılan İdarî, cezaî, hukukî her tür davaya ve çekişmesiz yargıya katılabileceği hüküm altına alınmıştır. Kanun'daki açık düzenleme karşısında anılan Bakanlığın 6284 sayılı Kanun kapsamına giren suçlarla ilgili olarak açılan ceza davalarına katılma hakkı bulunduğu hususunda hiçbir tereddüt bulunmamaktadır. Ancak içtihat farklılığının dayanağı oluşturan konu kovuşturma evresinde mahkemesince; Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığının davadan haberdar edilmesinin zorunlu olup olmadığı noktasında toplanmaktadır.

Kanun koyucu 6284 sayılı Kanun'da olduğu gibi bir kısım kanunlarda katılma hususunu özel olarak düzenlemiştir. Bu bağlamda 3628 Sayılı Mal Bildiriminde Bulunulması, Rüşvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Kanunu'nda Maliye Bakanlığının katılma hakkının bulunduğuna hükmedilirken Kanun'un 18. maddesinin ikinci fıkrasında kamu davasının ihbarına ilişkin "... Yukarıdaki fıkraya göre yapılan ihbar veya takipsizlik kararı ve iddianame Cumhuriyet başsavcılığınca, Maliye Bakanlığı Baş Hukuk Müşavirliği ve Muhakemat Genel Müdürlüğü ile varsa diğer ilgili kamu kurum veya kuruluşlarına bildirilir..." düzenlemesinin getirildiği, yine 5607 Sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu'nda gümrük idaresinin katılma hakkına yer verilirken Kanun'un 18. maddesindeki "Bu Kanunda tanımlanan suçlar dolayısıyla açılan davalarda mahkeme, iddianamenin bir örneğini ilgili gümrük idaresine de gönderir..." hüküm ile kamu davasının ihbarına ilişkin düzenlemenin getirildiği, keza 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nda Sermaye Piyasası Kurulunun katılma hakkı bulunduğu belirtilirken Kanun'un 115. maddesinin ikinci fıkrasında "Başvuru üzerine kamu davası açılması hâlinde iddianamenin kabulü ile birlikte, bir örneği Kurula tebliğ edilir..." şeklindeki düzenleme ile davanın ihbarına ilişkin bildirim mecburiyetinin hüküm altına alındığı, aynı biçimde 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nda Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu ile Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonunun katılma haklarının bulunduğuna yer verilirken Kanun'un 163. maddesinde "...Kamu davası açılması hâlinde,

iddianamenin bir örneği ilgisine göre Kuruma veya Fona tebliğ edilir.” hükmüne yer verildiği anlaşılmaktadır.

Görüldüğü üzere kanun koyucu katılma hakkına yer verdiği özel kanunlarda ilgili kurum ve kuruluşların kamu davasından haberdar edilmesini ayrıca düzenlemiştir. O hâlde 6284 sayılı Kanun’da Bakanlığın kamu davasından haberdar edilmesine ilişkin bir hüküm bulunmamasının kanun koyucunun bilinçli bir tercihi olduğunun kabulünde zorunluluk bulunmaktadır. Kanun koyucu tarafından bilinçli olarak getirilmeyen ihbar mükellefiyetinin içtihat yoluyla zorunlu tutulması kanun koyucunun iradesine aykırılık oluşturacağı gibi Kanun’da yer almayan bir zorunluluğun mahkemelere yüklenilmesi sonucunu doğuracaktır.

Öte yandan 6284 sayılı Kanun’un 7. maddesinde şiddet veya şiddet uygulanma tehlikesinin varlığı hâlinde herkesin bu durumu resmî makam veya mercilere ihbar edebileceği düzenlenmiş, anılan Kanun’un 10. maddesine göre de 6284 sayılı Kanun kapsamında alınan tedbir kararlarının Bakanlığın ilgili il ve ilçe müdürlüklerine bildirileceği hüküm altına alınmıştır. Yine 6284 Sayılı Ailenin Korunması Ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanuna İlişkin Uygulama Yönetmeliği’nin 5. maddesinin birinci fıkrasında kolluk birimlerinin, kendisine intikal eden her olayı gecikmeksizin en seri vasıtalarla ŞÖNİM (Şiddet Önleme ve İzleme Merkezleri)’e bildireceği düzenlenmiştir. 6284 sayılı Kanun’un 14. maddesine göre ihdas edilen Şiddet Önleme ve İzleme Merkezlerine ilişkin Şiddet Önleme ve İzleme Merkezleri Hakkında Yönetmelik’in 7. maddesi uyarınca ilgili Merkezlerin hizmetleri arasında; başvuruların ve tedbir kararlarının alınması, görev alanındaki tüm bilgilerin sisteme işlenmesi, değerlendirilmesi ve izlenmesi için kurumlar arası iş birliğinin sağlanması sayıldıktan sonra, şiddet mağduruna ve beraberindeki çocuklarına Kanun kapsamında gerekli hukuki desteğin sağlanması veya baroların ilgili birimlerine yönlendirme yapılması ile müdahil olunan davaların takibi de hukuki destek altında verilecek hizmetler olarak belirtilmiştir. Bu düzenlemeler dikkate alındığında kolluk birimlerince, 6284 sayılı Kanun kapsamına giren suçlarla ilgili olarak kendine intikal edilen tüm olaylar henüz soruşturma aşamasındayken Şiddet Önleme ve İzleme Merkezlerine bildirilecek olup bu Merkezler anılan madde uyarınca iş ve işlemlerini Bakanlık bünyesindeki il müdürlüklerine bağlı olarak yürüteceğinden Bakanlık bu aşamada 6284 sayılı Kanun kapsamına giren eylemlerden haberdar olmaktadır. Yine bahsi geçen maddede Şiddet Önleme ve İzleme Merkezlerince sunulan

hizmetler arasında görev alanındaki bilgilerin sisteme işlenmesinin yanı sıra bu bilgilerin değerlendirilmesi ve izlenmesiyle kurumlar arası iş birliğini sağlamanın da bulunduğu dikkate alındığında intikal eden olaylara ilişkin hukuki süreç Şiddet Önleme ve İzleme Merkezlerince de takip edilebilecektir.

Bu minvalde mahkemelerin, Bakanlığın kovuşturmaya başlanılmadan önce bilgisinde olan eylemlere ilişkin açılan kamu davalarından Bakanlık haberdar etmesi zorunluluğu bulunmamaktadır. Zira Bakanlık soruşturma aşamasında bilgi sahibi olduğu ve Şiddet Önleme ve İzleme Merkezleri aracılığıyla takip ettiği hukuki sürece ilişkin katılma hususundaki takdir hakkını kullanabilecektir.

Diğer taraftan 6284 Sayılı Ailenin Korunması Ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanuna İlişkin Uygulama Yönetmeliği'nin 9. maddesinde kanun kapsamında korunan kişinin hukuki rehberliğe ihtiyacı olması hâlinde 48. madde ile düzenlenen davalara müdahil olmayı da içeren gerekli destek ve danışmanlık hizmeti verileceği hüküm altına alınmıştır. Bu düzenleme ile Bakanlığın hukuki desteğinin kovuşturma aşamasını da içerisinde barındıran daha geniş bir alanı kapsadığı anlaşılmaktadır.

Kadınlara Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi'nin 55. maddesinin ikinci fıkrasında tarafların, iç hukuklarında öngörülen koşullara uygun olarak, kamu kuruluşlarının, sivil toplum örgütlerinin ve aile içi şiddet danışmanlarının, Sözleşme uyarınca belirlenen suçlara ilişkin soruşturma ve adli takibatın yapılması sırasında mağdurun isteği üzerine, mağdura yardım ve destek vermesi olanağını sağlamak üzere gerekli hukuki veya diğer tedbirleri alacağı hüküm altına alınmıştır. Anılan Sözleşme'de sözleşmeye taraf Devletlere "mağdurun isteği üzerine" soruşturma ve adli takibatın yapılması sırasında mağdura destek ve yardım edilmesi yükümlülüğü getirilmiştir. 6284 Sayılı Ailenin Korunması Ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanuna İlişkin Uygulama Yönetmeliği'nin 9. maddesinde Kanun kapsamında korunan kişinin hukuki rehberliğe ihtiyacı olması hâlinde 48. madde ile düzenlenen davalara müdahil olmayı da içeren gerekli destek ve danışmanlık hizmeti verileceği belirtilmiştir. Görüldüğü üzere Kadınlara Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesinde, 6284 sayılı Ailenin Korunması Ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun'da ve 6284 Sayılı Ailenin Korunması Ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanuna İlişkin Uygulama Yönetmeliği'nde kovuşturma

aşamasında mahkemelerin davayı ihbar etmeleri gerektiğine ilişkin hiçbir yükümlülük getirilmemiştir. Esasen 6284 sayılı Ailenin Korunması Ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun'da yer alan şiddet kavramının geniş bir alanı barındırması nedeniyle birçok ceza davası bu kapsama girebileceğinden kanun koyucu bilinçli olarak her davanın ihbar edilmesi zorunluluğunu getirmemiş, Bakanlığın soruşturma aşamasında haberdar olduğu veya kovuşturma aşamasında bir şekilde öğrendiği kamu davalarına ilişkin katılmaya dair takdir hakkını kullanmasını tercih etmiştir. 6284 Sayılı Ailenin Korunması Ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanuna İlişkin Uygulama Yönetmeliği'nin 46. maddesinde yer alan "Bakanlık, gerekli görmesi hâlinde kadın, çocuk ve aile bireylerine yönelik olarak uygulanan şiddet veya şiddet tehlikesi dolayısıyla açılan ve herhangi bir şekilde haberdar olduğu idari, cezaî, hukukî her tür davaya ve çekişmesiz yargıya müdahil olarak katılabilir." hükmündeki "herhangi bir şekilde" ibaresi de Kanun'un amacı ve ruhuna uygun bir şekilde kullanılmış, mahkemelerin ihbar yükümlülüğü bulunduğu izlenimini verecek bir ifadeden özellikle kaçınılmıştır.

Öte yandan mahkemelerin 6284 sayılı Kanun kapsamına giren suçlarla ilgili olarak açılan ceza davalarında, Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığının davadan haberdar etmemesi durumunda, mağdurların hukuken daha korunmasız hâle geleceklerinden bahsetmekte mümkün değildir. Zira ceza yargılamasında katılanın, Cumhuriyet savcısının yanında bireysel iddia makamını temsil etmesi gözetildiğinde, katılan taraf bulunmasa dahi ceza yargılamasında maddi gerçeğin ortaya çıkarılması ile hukuk kurallarının doğru ve eksiksiz uygulanmasını sağlamak Cumhuriyet savcısının ve mahkemelerin görevidir. Cumhuriyet savcısı, maddi olguların noksansız belirlenmesi ve hukuk normlarının doğru uygulanması için yasanın taraflara ve bu arada katılana sağladığı tüm hakları koruyacak genişlikte yetki ve göreve sahiptir. Bu bağlamda maddi gerçeğin eksik ya da hatalı saptandığı veya mağdur haklarının ihlal edildiği düşüncesinde olan Cumhuriyet savcısının anılan noksanlıkları gidermek için gerekli girişimde bulunma ve CMK'nın 260. maddesine göre kanun yollarına başvuru imkânı bulunmaktadır. Bunun yanında mağdurlar veya kanuni temsilcilerinin kamu davasına katılma ve kendilerini vekilleri aracılığıyla temsil ettirme hakları da mevcuttur. Kaldı ki CMK'nın 234. maddesinin ikinci fıkrasında on sekiz yaşını doldurmamış, sağır veya dilsiz ya da meramını ifade edemeyecek derecede malul olan mağdurlar için istem şartı aranmaksızın zorunlu vekil görevlendirileceği belirtilmiş, bu kapsamda bulunmayan mağdurlar için de anılan maddenin birinci fıkrasının b bendinin 5 numaralı

alt bendinde vekili bulunmaması hâlinde cinsel saldırı suçu ile alt sınırı beş yıldan fazla hapis cezasını gerektiren suçlarda, baro tarafından kendisine avukat görevlendirilmesini isteme hakkı bulunduğu düzenlemesi getirilmiştir. O hâlde 6284 sayılı Kanun kapsamına giren suçlarda Bakanlık kamu davasına katılmadığı takdirde olası hatalı kararlara karşı mağdurlar hukuken korunmasız konuma düşmeyecek, mağdurların hakları hem Cumhuriyet savcısı hem de istem üzerine veya zorunlu olarak atanan vekiller tarafından gözetilecektir.

Tüm bu açıklamalar ışığında 6284 sayılı Ailenin Korunması Ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun'un 20/2. maddesi uyarınca, bu Kanun kapsamına giren suçlarla ilgili olarak açılan ceza davalarında, kovuşturma evresinde mahkemesince; Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığının davadan haberdar edilmesinin zorunlu olmadığı kabul edilmelidir.

VI. SONUÇ

6284 sayılı Ailenin Korunması Ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun'un 20/2. maddesi uyarınca, bu Kanun kapsamına giren suçlarla ilgili olarak açılan ceza davalarında, kovuşturma evresinde mahkemesince; Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığının davadan haberdar edilmesinin zorunlu olmadığına 13.12.2019 tarihinde yapılan birinci görüşmede üçte ikiyi aşan oy çokluğuyla karar verilmiştir.

KARŞI OYLAR

YARGITAY BAŞKANLIĞINA

Konu: 2019/6 Esas sayılı İçtihadı Birleştirme Kararma ilişkin karşı oy yazısı.

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kumlunun 13.12.2019 tarihli toplantısında 2019/6 Esas sayılı dosyada "6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun'un 20/2. maddesi uyarınca, bu Kanun kapsamına giren suçlarla ilgili olarak açılan ceza davalarında, kovuşturma evresinde mahkemesince; Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığının davadan haberdar edilmesinin zorunlu olmadığı" yönünde birinci görüşmede üçte ikiyi aşan oy çokluğuyla karar verilmiştir.

Aşağıda açıklayacağımız nedenlerle sayın çoğunluğun görüşüne iştirak edilmemiştir.

Türkiye'nin ilk imzalayan ve onaylayan ülke konumunda olduğu "Kadına Yönelik Şiddetin ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye Dair Avrupa Konseyi Sözleşmesi" (İstanbul Sözleşmesi) kadına yönelik şiddeti ilk kez açıkça insan hakkı ihlali olarak tanımlamış ve taraf Devletlere uluslararası hukukta kadına karşı ve aile içi şiddet konusunda yükümlülükler getirmiştir. Sözleşme, Türkiye tarafından 11.05.2011 tarihinde çekince konulmaksızın imzalanmış, 29.11.2011 tarihli ve 28127 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır. Ancak Sözleşme, 75. maddedeki en az sekizi Avrupa Konseyi üyesi olan on Devlet tarafından onaylanma şartı nedeniyle Türkiye bakımından 01.08.2014 tarihinde yürürlüğe girerek iç hukukumuzun parçası hâline gelmiştir.

Sözleşme'nin 3/a maddesi kadınlara yönelik cinsel eylemleri, kadına yönelik şiddet kapsamına dâhil etmiş, 5/2. maddesi ise taraf Devletlere, gereken özeni göstererek Sözleşme kapsamında yer alan şiddet eylemlerinin önlenmesini, soruşturulmasını, cezalandırılmasını ve tazmin edilmesini sağlamak üzere gerekli hukuki tedbirleri alma yükümlülüğü getirmiştir. Bu Sözleşme doğrultusunda 4320 sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun'un kadına karşı ve aile içi şiddetle mücadelede yetersiz kaldığı düşünülerek 6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun 20.03.2012 tarihli ve 28239 sayılı, bu Kanunun Uygulama Yönetmeliği ise 18.01.2013 tarihli ve 28532 sayılı Resmî Gazetelerde yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

6284 sayılı Kanun'un 2. maddesinin (ç) bendinde kadına yönelik şiddetin; "Kadınlara, yalnızca kadın oldukları için uygulanan veya kadınları etkileyen cinsiyete dayalı bir ayrımcılık ile kadının insan hakları ihlaline yol açan ve bu Kanunda şiddet olarak tanımlanan her türlü tutum ve davranışı ", (d) bendinde ise şiddetin; "Kişinin, fiziksel, cinsel, psikolojik veya ekonomik açıdan zarar görmesiyle veya acı çekmesiyle sonuçlanan veya sonuçlanması muhtemel hareketleri, buna yönelik tehdit ve baskıyı ya da özgürlüğün keyfi engellenmesini de içeren, toplumsal, kamusal veya özel alanda meydana gelen fiziksel, cinsel, psikolojik, sözlü veya ekonomik her türlü tutum ve davranışı" ifade ettiği belirtilmiştir. Oldukça geniş tutulan şiddet kavramında belli bir ölçüde muğlaklık da vardır. Bakanlığın hangi davaya katılabileceği hususu da sorunludur. Ancak her hâlükârda bu davaların yekûnu çok fazladır. Diğer taraftan Bakanlığın bu kadar fazla davayı etkin bir şekilde takip etmesi ve nitelikli bir katkı yapması da beklenilemez. Kanun'da şiddet tanımının geniş tutulması önlem alma bakımından yerinde ise de Bakanlığın makul ve faydalı şekilde davalara katılmasını sağlamak amacıyla takdir edilecek belirli sayıda

katalog dava türü belirleyip Bakanlığı haberdar etmeyi açıkça belirtmesi yönünde yasal düzenleme bir çıkış yolu olarak önümüzde durmaktadır.

Ancak hâlihazırda açık bir yasal düzenleme bulunmadığına göre mahkemelerin 6284 sayılı Kanun kapsamına giren suçlarla ilgili olarak açılan ceza davalarında Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığını davadan haberdar etmesi zorunluluğu bulunup bulunmadığının isabetli bir şekilde çözümlenebilmesi için 6284 sayılı Kanun ile bu Kanunun Uygulama Yönetmeliği'nde yer alan Bakanlığının davaya katılma hakkına ilişkin hükümler, Anayasa'nın "Hak Arama Hürriyeti" başlıklı 36. maddesi ve "Temel Hak ve Hürriyetlerin Korunması" başlıklı 40. maddesi ile 5271 sayılı CMK'nın "Mağdur ile şikâyetçinin hakları" başlıklı 234. maddesi çerçevesinde tartışılmalıdır.

Anayasa'nın "Hak Arama Hürriyeti" başlıklı 36. maddesi; "Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı ve davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir"; "Temel hak ve hürriyetlerin korunması" başlıklı 40. maddesine 4709 sayılı Kanunun 16. maddesiyle eklenen ikinci fıkrasında da, "Devlet, işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorundadır." şeklinde hükümlere yer verilmiş, 40. maddenin ikinci fıkrasının gerekçesinde bireylerin yargı ya da idari makamlar önünde sonuna kadar haklarını arayabilmelerine kolaylık ve imkân sağlanmasının amaçlandığı, son derece dağınık mevzuat karşısında kanun yolu, mercisi ve sürelerin belirtilmesinin hak arama, hak ve hürriyetlerin korunması açısından zorunluluk hâline geldiği belirtilmiştir.

Genel olarak pozitif hukukça tanınmış hakların ön koşulu ve usuli güvencesi olarak anlaşılması gereken ve yargıya başvurma olanağım her olayda ve aşamada gerekli kılan hak arama özgürlüğu, Anayasa Mahkemesinin 19.09.1991 tarihli ve 2-30 sayılı kararında belirtildiği üzere sav ve savunma hakkı şeklinde birbirini tamamlayan iki unsurdan oluşmakta, hukuksal olanakları kapsamlı biçimde sağlama ve bu konuda tüm yollardan yararlanma haklarını içermektedir (Mesut Aydın, Anayasa Mahkemesi Kararlarında Hak Arama Özgürlüğu, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, Yıl: 2006, S. 3, s. 4- 10.). Bu bakımdan içerdiği sav unsuru nedeniyle davaya katılma hakkı, hak arama hürriyeti ile yakından ilgilidir.

Kadına karşı ve aile içi şiddetin önlenmesi ve faillerin cezalandırılması hususunda ülkemizin taraf olduğu uluslararası antlaşmalar ile pozitif ayrımcılık

bağlamında Anayasa'nın getirdiği yükümlülöklere uygun düzenlemeler içeren 6284 sayılı Kanun'un 20/2 ile bu Kanunun Uygulama Yönetmeliği'nin 46. maddelerinde Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığının açılan kamu davasına katılma hakkının bulunduğu belirtilmektedir.

Ote yandan katılma hakkının, içerisinde Şikâyet hakkını da barındırdığı noktasında hiçbir kuşku bulunmamaktadır. CMK'nın 234. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinin 1 numaralı alt bendinde Şikâyetçinin hakları arasında duruşmadan haberdar edilme hakkı açıkça gösterilmiştir. O hâlde katılma ve bu bağlamda Şikâyet hakkı da bulunan Bakanlık duruşmadan haberdar edilmelidir.

Sayın çoğunluk tarafından 6284 sayılı Kanun'un 20/2. maddesi uyarınca katılma hakkı bulunan Bakanlığın katılma hususunda takdir hakkının bulunduğu, başka bir anlatımla Bakanlığın anılan Kanun kapsamında Şiddet kavramını barındıran istediği davaya katılabileceği gibi katılma hakkım kullanmama imkânının da bulunduğu, bu nedenle de davaların ihbar edilmesinin zorunlu olmadığı yönünde görüşler ileri sürölmüştür. Bakanlığın davaya katılma noktasında takdir hakkının bulunduğu noktasında sayın çoğunluk ile aramızda görüş ayrılığı bulunmamaktadır. Ancak Bakanlığın davaya katılıp katılmama konusunda takdir hakkını kullanabilmesi için öncelikle davadan haberdar olması gerekmektedir. Davadan haberdar edilmeyen Bakanlığın katılma hususundaki takdir hakkını kullanmasından söz edilemeyecektir.

Yine mahkemelerce anılan Bakanlığa davaların ihbar edilmesinin zorunlu olmadığı, ancak mahkemelerin kendiliğinden ihtiyari olarak Bakanlığı haberdar etmesinin mümkün olduğu da soruna çözümler getiren doğru bir yaklaşım ve çıkarım değildir. Zira ceza yargılamasında "silahların eşitliği" ilkesi geçerlidir. Bu ilkeyi gözetmesi gereken hâkimin taraflara eşit mesafede durması gerekmektedir. Davaların ihbar edilmesi hususu zorunlu tutulmayıp mahkemelerin takdirine bırakılması hâlinde "silahların eşitliği" ilkesi zedelenecek, aynı suça ilişkin bir kısım davalardan Bakanlık haberdar edilmesi, bazılarında ise Bakanlığa bildirim yapılmaması gibi adaletsiz sonuçlar ortaya çıkabilecektir. Kaldı ki mahkemelerin bu hakkı hangi suçlara veya eylemlere ilişkin olarak kullanacağı hususunda netlik bulunmayacak, aynı suç tipine ilişkin farklı yerlerde görölen davaların bir kısmında davadan haberdar edildiği için Bakanlık katılmaya ilişkin takdir hakkım kullanabileceken, bir kısmında ise davadan haberdar edilmeyen Bakanlığa bu imkân tanınmayacaktır.

Sayın çoğunluk tarafından katılma hakkının özel olarak düzenlendiği bazı kanunlarda davanın ihbar edilmesi zorunluluğunun açıkça belirtilmiş olması karşısında Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığına ihbar zorunluluğu getirmeyen 6284 sayılı Kanun'daki bu düzenlemenin kanun koyucunun bilinçli bir tercihi olduğu düşüncesi ileri sürülmüş ise de, katılma hakkı bulunduğu belirtildiği hâlde ihbar yükümlülüğüne ilişkin bir düzenleme bulunmayan 1163 sayılı Kooperatifler Kanunu'na aykırılık suçlarına ilişkin davalarda kooperatifin konusuna göre ilgili Bakanlıklar (Çevre ve Şehircilik Bakanlığı, Tanın ve Orman Bakanlığı gibi), 5015 sayılı Petrol Piyasası Kanunu'na aykırılık suçlarına ilişkin davalarda ise Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu'na ihbar edilmekte, ihbarın yapılmaması durumunda ise Yargıtay Özel Dairelerince (Yargıtay 5. Ceza Dairesinin 29.05.2019 tarihli ve 11071-5915 sayılı, Yargıtay 19. Ceza Dairesinin 07.03.2019 tarihli ve 366-5396 sayılı, 15.10.2019 tarihli 23615-35781 sayılı vb. kararlarında olduğu gibi) söz konusu eksikliğin giderilmesi için tevdi kararları verilmektedir.

Ayrıca yerel mahkemelerce, katılma hakkına ilişkin herhangi bir yasal düzenleme bulunmayan 4708 sayılı Yapı Denetimi Hakkında Kanun'a aykırılık suçlarına ilişkin davalarda Çevre ve Şehircilik Bakanlığı; 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu'na aykırılık suçlarına ilişkin davalarda Çevre ve Şehircilik Bakanlığı veya Kültür ve Turizm Bakanlığı; 6831 sayılı Orman Kanunu'na aykırılık suçlarına ilişkin davalarda Orman İdaresi; 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu'na aykırılık suçlarına ilişkin davalarda Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu; TCK'nın 181 ve 182. maddelerinde düzenlenen çevrenin kirletilmesi suçlarına ilişkin davalarda Çevre İl Müdürlüğü; TCK'nın 184. maddesinde düzenlenen imar kirliliğine neden olma suçuna ilişkin davalarda ise ilgili Belediye veya Çevre Şehircilik İl Müdürlüğü suçtan zarar gören sıfatlarının bulunduğu kabul edilerek talepleri hâlinde kamu davasına katılabilecekleri yerleşik bir uygulama hâlini almıştır. Yine burada da ihbarın yapılmaması durumunda Yargıtay Özel Dairelerince (Yargıtay 19. Ceza Dairesinin 19.03.2018 tarihli ve 1588-3024 sayılı, 11.02.2019 tarihli ve 34-4100 sayılı, 16.10.2019 tarihli ve 30873-12873 sayılı; Yargıtay 12. Ceza Dairesinin 14.02.2019 tarihli ve 6887-2017 sayılı, 11.04.2019 tarihli 393-4917 sayılı; Yargıtay 18. Ceza Dairesinin 02.04.2018 tarihli ve 4241-4700 sayılı, 18.09.2018 tarihli 10197-11291 sayılı; Yargıtay 4. Ceza Dairesinin 11.09.2013 tarihli ve 12758-21846 sayılı vb. kararlarında olduğu gibi) söz konusu eksikliğin giderilmesi için tevdi kararları verilmektedir.

Öte yandan Yargıtay 14. Ceza Dairesince adı geçen Kanun'un yürürlüğe girdiği 20.03.2012 tarihinden itibaren ihbarın zorunlu olmadığı yönünde yapılan istikrarlı uygulamalar nedeniyle verilen birçok kararın kesin nitelikte olma vasıflarını yitireceği sorunu içtihadı birleştirmeye yol gösterecek bir durum olmayıp içtihadı birleştirmenin çözümlenmesinin ardından tartışılacak bir durumdur. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulunca verilen 15.06.1949 tarihli ve 4-11 sayılı kararda da "Tevhidi içtihat kararlarına dayanılarak daha önce müstekar bir surette tatbik olman içtihatlar dairesinde muhkem kazıye teşkil etmiş olan kararlar hakkında karar tashihi yoluna gidilemeyeceği" şeklinde açıklandığı üzere içtihadı birleştirme kararlarının geriye yürümeceğine ilişkin ilkeyle bu sorun aşılacaktır. Kaldı ki, ihbarın zorunlu olduğunun kabul edilmesi hâlinde sırf daha önce verilen kararların kesin nitelikte olma vasıflarını yitireceği endişesi, gelecekte görülecek birçok dosyadaki aynı sorunun göz ardı edilmesine ve yukarıda belirtilen adaletsiz sonuçların doğmasına neden olabilecektir.

Müzakereler sırasında Yargıtay 14. Ceza Dairesince Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığına ihbarın zorunlu olmadığı hususunda yerleşik bir uygulama sürdürüldüğü belirtilmiş ise de Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi (UYAP) üzerinden yapılan incelemelerde öncelikle bu hususun hiçbir kararda açıkça belirtilmediği görülmüş olup aksine anılan Dairece verilen ihbarın zorunlu tutulduğu bazı tevdi kararlarına da rastlanılmıştır. Örneğin Yargıtay 14. Ceza Dairesinin 23.06.2016 tarihli ve 222-6271 sayılı, 01.12.2016 tarihli ve 10137-8195 sayılı, 05.04.2017 tarihli ve 12469-1859 sayılı, 04.10.2017 tarihli ve 6731-4482 sayılı, 01.11.2017 tarihli ve 8908-5234 sayılı, 14.03.2018 tarihli ve 9843-1888 sayılı kararlarında, Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığının 6284 sayılı Kanun uyarınca katılma hakkı bulunduğu belirtilmiş olup davadan haberdar edilmeyen Bakanlığa gerekçeli kararın tebliğ edilmesi için tevdi kararı verildiği görülmüştür. Bahsedilen bu kararların, Ceza Genel Kurulunca ihbarın zorunlu olduğu sonucuna ulaşılan 17.04.2018 tarihli ve 1448-177 sayılı ilk kararından önce verilmeleri de ayrı bir önem taşımaktadır. O hâlde Dairenin bu konuda istikrarlı bir uygulama sürdürdüğünden bahsedilemeyeceği gibi davadan Bakanlığın haberdar edilmesinin zorunlu olmadığına dair bir içtihadı da görüşme gününe kadar ortaya çıkarılmış değildir.

Görüşme tarihine kadar 6284 sayılı Kanun kapsamına giren suçlarla ilgili olarak açılan ceza davalarında Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığının davadan haberdar edilmesinin zorunlu olduğuna dair Özel Dairelerce uygulama

yapıldığı da görülmektedir.

Bu bağlamda örneğin;

Yargıtay 1. Ceza Dairesinin 21.12.2015 tarihli ve 475-6278 sayılı, 06.10.2015 tarihli ve 1574- 4686 sayılı, 12.01.2016 tarihli ve 753-10 sayılı, 05.12.2016 tarihli ve 5779-4147 sayılı, 08.02.2017 tarihli ve 6223-307 sayılı, 13.11.2017 tarihli ve 69-3898 sayılı, 15.05.2018 tarihli ve 51-2299 sayılı,

2018. tarihli ve 3500-4850 sayılı, 13.03.2019 tarihli ve 2200-1566 sayılı, 09.10.2019 tarihli ve 2988-4261 sayılı,

Yargıtay 3. Ceza Dairesinin 28.04.2015 tarihli ve 37444-14971 sayılı, 21.12.2015 tarihli ve 16201-36429 sayılı, 08.02.2016 tarihli ve 23923-2270 sayılı, 21.02.2017 tarihli ve 7748-1658 sayılı,

2017. tarihli ve 4354-16817 sayılı, 22.02.2018 tarihli ve 4348-2949 sayılı, 15.11.2018 tarihli ve 2188-17558 sayılı, 29.04.2019 tarihli ve 197-8927 sayılı,

Yargıtay 8. Ceza Dairesinin 28.09.2015 tarihli ve 710-21691 sayılı, 23.11.2015 tarihli ve 12568- 24931 sayılı, 13.01.2016 tarihli ve 4409-297 sayılı, 29.12.2016 tarihli ve 4770-12395 sayılı, 06.03.2017 tarihli ve 11-2216 sayılı, 02.11.2017 tarihli ve 11717-12259 sayılı, 12.02.2018 tarihli ve 229-1420 sayılı,

2018. tarihli ve 278-5500 sayılı, 08.01.2019 tarihli ve 2485-119 sayılı, 10.06.2019 tarihli ve 2259- 8006 sayılı,

Yargıtay 18. Ceza Dairesinin 12.03.2018 tarihli ve 8381-3375 sayılı, 22.11.2018 tarihli ve 8898- 15586 sayılı, 28.02.2019 tarihli ve 16-4119 sayılı, 09.04.2019 tarihli ve 105-6894 sayılı,

Kararlarında görüleceği üzere, yerel mahkemelerce Bakanlığın davadan haberdar edilmesi gerektiği düşüncesiyle gerekçeli kararın tebliği için tevdi kararları verilmiştir.

Aynı şekilde Ceza Genel Kurulunca ilki 17.04.2018 tarihli ve 1448-177 sayılı, sonuncusu 2019. tarihli ve 181-403 sayılı olmak üzere toplam 81 adet dosyada, kamu davasından Bakanlığın haberdar edilmesi gerektiğinin zorunlu olduğu sonucuna ulaşılmış ve bu görüş istikrarlı bir şekilde sürdürülmüş olup İçtihadı Birleştirme görüşmesine kadar gerek Ceza Genel Kurulu, gerek Yargıtay 14. Ceza Dairesi, gerekse diğer Özel Daireler tarafından Bakanlığa ihbarın zorunlu olmadığına ilişkin verilmiş bir karar da bulunmamaktadır.

İhbarın zorunlu olduğu sonucuna ulaşılması durumunda çok sayıda tutuklunun tahliye olacağı, bir kısım hükümlünün ise infazlarının durdurulacağı ön yargısı da doğru değildir. Zira Ceza Genel Kurulunca 26.08.2018 tarihli ve 1417-302 sayılı karar ile 6284 sayılı Kanun'da tanımlanan şiddet kapsamına giren davalar bakımından sanık aleyhine temyiz bulunması hâlinde Özel Dairece aleyhe temyiz de gözetilerek inceleme yapılacağından anılan Bakanlığın sanık hakkında açılan kamu davasından haberdar edilmemesinin sonuca etkili olmayacağı düşüncesiyle sanık aleyhine temyiz bulunan dosyalarda Bakanlığa tebliğin sağlanması için tevdi kararı verilmemiş olup bu tür dosyalar bakımından tahliye veya infaz durdurmaya yönelik sakınca gündeme gelmemektedir. Aleyhe temyiz bulunmayan dosyalar bakımından ise 17.04.2018 tarihinden itibaren ihbarın zorunlu olduğuna karar verilen 81 adet dosyadan sadece birinde tutuklu sanık, tutuklu kaldığı süre ve koşullu salıverme süresi dikkate alınarak tahliye edilmiş, beş adet dosyada ise Özel Dairece verilen onama kararı kaldırıldığından hükmün kesinleştiği inancıyla cezaevine alınan sanıkların infazların durdurulmasına karar verilmiştir. Bununla birlikte tutuklu yargılanan hiçbir sanık tahliye edilmemiştir.

6284 sayılı Kanun kapsamına giren suçlarla ilgili olarak açılan ceza davalarında, kovuşturma evresinde mahkemesince; Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığının davadan haberdar edilmesinin zorunlu olmadığı kabul etmek Ülkemizin Kadına Yönelik Şiddetin ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye Dair Avrupa Konseyi Sözleşmesinden doğan sorumluluğunu yerine getirmesi konusunda önemli bir zafiyete yol açacaktır. Zira Kadına Yönelik Şiddetin ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye Dair Avrupa Konseyi Sözleşmesinin 66. maddesinde kadınlara yönelik şiddet ve aile içi şiddete karşı eylem uzman grubunun (GREVIO), Sözleşme'nin taraf Devletlerce uygulanmasını izleyeceği belirtilmiş, anılan Sözleşme'nin 68. maddesinde de GREVIO'nun belirli dönemler hâlinde bu izlemlerine ilişkin değerlendirmelerde bulunacağı ve rapor edeceği düzenlenmiştir.

6284 sayılı Kanun kapsamına giren suçlarla ilgili olarak açılan ceza davalarında mahkemelerin Bakanlığa ihbarda bulunmasının zorunlu olmadığı kabulü, kadın cinayetleri başta olmak üzere bu kapsama giren diğer suçlara ilişkin mücadele ve faillerin etkin bir şekilde cezalandırılmasını sağlamak bakımından Devletin yükümlülüklerini yerine getirmemesi nedeniyle hak ihlali sonucunu doğurabilecektir.

Sonuç olarak yukarıda açıklanan nedenlerle, uluslararası sözleşmeler ve Anayasa ile güvence altına alınan hak arama hürriyetinin sağlanması ve pozitif ayrımcılık ilkesinin tesisi amacıyla uygun olarak CMK'nın 234. maddesinin birinci fıkrası uyarınca, 6284 sayılı Kanun kapsamına giren suçlarla ilgili olarak açılan ceza davalarında, kovuşturma evresinde mahkemesince, kamu davasına katılma hakla bulunan Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığının davadan haberdar edilmesi zorunluluğu bulunmaktadır. 19.12.2019

YARGITAY İÇTİHATLARI BİRLEŞTİRME BÜYÜK GENEL KURULU KARARINA KARŞIOYUM (2019/6 Esas, 13.12.2019 günlü)

I. GİRİŞ

Gündemde belirtildiği üzere, Yargıtay Ceza Genel Kurulu, Yargıtay 1. ve 13.Ceza Daireleri kararları arasında ortaya çıkan içtihat uyuşmazlığı üzerine; Yargıtay İçtihatları Birleştirme Büyük Genel Kurulu tarafından; Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı'nın 6284 sayılı Yasa kapsamına giren mağdurlara (mağdurelere) yönelik suçlarla ilgili olarak, "yargılamalardan haberdar edilmesinin zorunlu olup olmadığı" konusu üzerinde değerlendirme yapılmış ve çoğunluğun oylarıyla tebligat yapılmasının zorunlu olmadığına karar verilmiştir.

Oysa, 6284 sayılı Yasadaki düzenlemelerden hareketle, kimi koşulların varlığı halinde, Bakanlığın davadan haberdar edilmesi gerektiği anlaşılmaktadır. Bir başka deyişle, Bakanlığın her davadan haberdar edilmesine gerek olmadığı gibi; Bakanlığın tedbir talebinde bulunduğu ve dilekçe verdiği durumlarda haberdar edilmesi gerekir. Aksi takdirde, Bakanlığın "gerekli görmesi" halinde davaya "katılabilmesinin" anlamı kalmayacaktır (6284, m.20/2). Çünkü Bakanlığa davaya katılma yetkisi verildiğine göre, haberdar edilmemesi düşünülemez. Yasada Bakanlığa davaya katılma konusunda bildirimde (tebligatta) bulunulmasına yer verilmemesinden hareketle, haberdar edilmesine gerek yoktur denilemez. Yargılamadan Bakanlığın haberdar edilmesinin gerekip gerekmediği hususunda anayasa, sözleşme ve yasadaki düzenlemelerin hep birlikte değerlendirilme yapılması gerekir.

Burada yasanın yorumu önem taşımaktadır. Yasayı yorumlamak yargının hem yetkisi, hem de görevidir. Çünkü yargıç yasayı yorumlar, yorumda yasamanın iradesini ortaya çıkarır. Yasayı yorumlamak kendisini yasamanın

yerine koymak değildir. Eğer her yorumu yargıcın kendisini yasamanın yerine koymak olarak kabul edersek, yargıca gerek olmadığı fikrini kabul etmemiz gerekecektir. Yasamanın her konuyu öngörerek eksiksiz düzenleme getirdiği söylenemeyeceği için, yasama işlemlerinin anayasaya uygunluğu ve giderek uluslar arası sözleşmelere uygunluk denetimi yapılması kabul edilmezdi.

Bir bilim adamının söylediği gibi, “Yasanın metnini, metnin yasasıyla ele alabiliriz”. Yargıç, sadece yasayı uygulamakla yetinemez. Yasa açık ve anlaşılır değilse, hak sahibinin yararlanmasını sağlayacak biçimde yorumlanması gerekir.

Yargıç, hak sahibini korumak için, her seferinde yasayı yorumlayarak yeniden icat etmelidir. Yasayı, sadece kodlanmış bir program olarak verili bir duma basitçe uygulamak doğru değildir. Yargıcın, adil sonuçlara ulaşabilmesi için, her münferit durumda yeni bir adalet ilişkisi icat etmesi gerekir. Bu nedenle, vazedilmiş hukuk, daha geniş bir hukukiliğin yalnızca bir parçasıdır. Hukukun bir kesiti, içinden çıktığı hukukta bir kısım parçalarını bırakır. Hukukun eksik olduğu düşünülen kısımlarının bütünü içerisinde değerlendirilmesi ve bütünden olasılık dâhilinde yararlanılarak yorum yoluyla hakkın etkin kullanımının sağlanması gerekir.

O halde, somut olayımız bakımından, Bakanlığın davaya katılabilmesi kabul edildiğine göre, katılmayla ilgili diğer hususların, Türk hukukunun diğer düzenlemelerinin dikkate alınarak değerlendirilmesi gerekir.

İç hukukumuzda bunun ipuçları açık biçimde bulunmaktadır. Hatta, aşağıda belirteceğimiz hususlar, Bakanlığın davaya katılabilmesi için dikkate alınması gereken hususların neler olduğunun da objektif ölçütleridir. Sadece yasada Bakanlığa tebligat yapılacağı konusunda açık hüküm bulunmadığından hareketle, Bakanlığın davaya katılmasını sağlayabilecek düzenlemeler göz ardı edilmemelidir.

Bir başka deyişle 6284 sayılı yasa ile getirilen düzenlemeler, anılan yasada yer alan fiillerle ilgili olarak mağduru kendi haklarını koruyamadığı, Devlet tarafından kendisine avukat atanmasının da yeterli olmadığı, bu nedenle Bakanlığın bu korumayı gerçekleştirmedi kendisine yardımcı olması gerektiği düşüncesinden kaynaklanmaktadır. Bu temel husus dikkate alındığında, Bakanlığın adli mercilere verdiği dilekçe ile mağdurla ilgili tedbir alınmasını istediği durumlarda, katılma talebinde bulunacağı düşünüldük,

tebligat yapılması gerekir. Bu gibi hallerin dışında Bakanlığın adli organlara başvurusu yoksa, tebligat yapılmasına da gerek olmayacaktır. Örneğin, anne ve babası tarafından fuhuşa zorlanan bir kız çocuğunun polise sığınması ve Bakanlık tarafından sığınma evine alınması ve peşinden yargıçtan tedbir kararı verilmesinin Bakanlık tarafından istenmesi olayında, açılan davaya katılma isteğinin olup olmadığının belirlenmesi bakımından tebligat yapılmasına gerek olmadığı söylenebilir mi?

Eğer, yargılama sırasında Bakanlığa tebligat yapılması kabul edilmeyecekse, yasa koyucu Bakanlığın bu davalara katılabileceğini neden düzenlemiş olsun?

Görüşleri alman öğretim üyeleri, haklı olarak sorulan soruya göre sadece yasada tebligatla ilgili düzenleme olmadığından hareket ederek görüşlerini bildirmişlerdir. Kural olarak Bakanlığa tebligatta bulunulmaması gerektiğini ben de savunuyorum. Ancak bunun istisnasının, Bakanlığın diğer mağdurlar gibi dilekçe vererek işi takip etmesi veya yargıçtan tedbir kararı verilmesini istemesi hallerinde açılacak davalara katılıp katılmamada takdir yetkisini kullanabilmesi için tebligatta bulunulması gerektiğini savunuyorum. Bu nedenle, yüksek çoğunluğun yargılamada Bakanlığa tebligat zorunluluğu olmadığına ilişkin görüşüne, belirttiğim istisnai durumlarda bildirim yükümlülüğünün olduğu görüşümle karşı oy kullanmaktayım.

Aşağıda bu konuya ışık tutan düzenlemeler üzerinde duracağım.

II. 6284 sayılı Yasa'daki Düzenlemeye Göre Katılma Mümkündür

6284 sayılı Yasa'nın adı, "Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun"dur. Yani bu yasa hem aileyi, hem de kadına karşı şiddetin önlenmesi amacıyla kabul edilmiştir.

6284 sayılı Yasa'nın 20/2 nci maddesindeki düzenlemeye göre, "Bakanlık, gerekli görmesi hâlinde kadın, çocuk ve aile bireylerine yönelik olarak uygulanan şiddet veya şiddet tehlikesi dolayısıyla açılan idari, cezaî, hukukî her tür davaya ve çekişmesiz yargıya katılabilir".

Bakanlık davaya "katılabilir" dendiğine göre, katılmayabilir de. Bakanlığın dışındaki tüm mağdur ve suçtan zarar görenler için de "katılabilirler" kavramına yer verilmiştir (5271, m.237/1).

Öyleyse, katılmaların zorunlu olmadığına göre, tebligatın da zorunlu olmadığını neye dayanarak kabul edeceğiz?

Katılma, mağdur veya suçtan zarar gören için bir hak ve hak arama yöntemidir. Hem de Devlet'in, tüm haklarda olduğu gibi, bu hak bakımından da, hakkın etkin kullanımını sağlayacak sistemi getirme yükümlülüğü vardır.

Devlet'in bir hakkı sadece tanınması ve hakkın etkin kullanımını sağlamaması, insan haklarına saygılı (1982 Anayasası, m.2), insan haklarına dayalı (1982 Anayasası, m.14/1), hukuk devleti ilkesini benimsemiş (1982 Anayasası, m.2) ve bu ilkelere Cumhuriyetin nitelikleri arasında yer vermiş ve bu ilkelerin değiştirilmesinin teklif edilmesi ve değiştirilmesinin yasak olarak kabul edildiği (1982 Anayasası, m.4) bir anayasal düzende, hakkın etkin kullanımının sağlanması bir yana, bu husustaki engellerin kaldırılması da Devlet'in görevleri arasındadır (1982 Anayasası, m.5).

Dolayısıyla, suç mağdurları ile suçtan zarar gören için getirilen, adli yargı düzenindeki ceza davalarına katılma hakları gibi, ilgili Bakanlığın da mağdur hakkını korumak için davaya katılma yetkisi vardır. Hak, devleti idare edenler bakımından bir yetki kullanımudur. Bakanlık burada, 6284 sayılı Yasa kapsamındaki suçlar bakımından, mağdurların haklarını elde edebilmeleri için yetki kullanmaktadır.

Diğer mağdur ve suçtan zarar görenler gibi, Bakanlığın da katılma yetkisi vardır. Yasa koyucu burada farklı düzenleme getirmemiştir. Yasa koyucunun burada, suç mağduru ve suçtan zarar görenden farklı düzenlemesi, Bakanlığın katılma konusunda, "gerekli gömesi hâlinde" davaya katılabilir biçimdedir. Bakanlığın hangi hallerde "davaya katılmayı gerekli göreceği" tamamen takdiridir. Aynı takdiri, suçun mağduru ve zarar göreni de kullanmaktadır. Dolayısıyla katılma konusunda takdir bakımından suçtan doğrudan mağdur olan veya zarar görenler ile Bakanlığın katılması konusunda farklılık bulunmamaktadır.

III. Bakanlığın Takdiri

Yasa koyucunun Bakanlığa davaya katılma yetkisini kullanabilmesi için açıkça düzenleme getirmemesi, Bakanlığa hiç tebligat yapılamayacağı anlamına gelmez.

Yasa koyucu, Bakanlığın “gerekli görmesi” halinde katılma isteyebileceğini kabul etmekle, hangi durumlarda bu yetkinin kullanılabileceğini de ortaya koymuştur. Özellikle tedbirlerle ilgili düzenlemelerden hareket edildiğinde, Bakanlığın gerekli görme durumları ortaya çıkabilir.

Bunlar, 6284 sayılı Yasa’da belirtilmiştir. Yasa’nın “Koruyucu ve Önleyici Tedbirlere İlişkin Hükümler” başlıklı İkinci Bölümünde, mülki amir (6284, m.3) ve Yargıca (6284, m.4-5) tedbir kararı alma yetkisi verilmiştir.

Özellikle Yargıç tarafından verilen tedbir kararları ve bu kararların tebliğinin kabul edilmesi, tedbir kararına konu suçlar bakımından Bakanlığa tebligat yapılmasını zorunlu kılmaktadır.

Yasa’da tedbir kararı istemeye yetkili ve görevli makamlar gösterilmiştir. 6284 sayılı Yasa’nın 8 nci maddesindeki düzenlemelere göre, “tedbir kararı, ilgilinin talebi, Bakanlık veya kolluk görevlileri ya da Cumhuriyet savcısının başvurusu üzerine verilir. Tedbir kararları en çabuk ve en kolay ulaşılabilecek yer hâkiminden, mülki amirden ya da kolluk biriminden talep edilebilir” (m.8/1); “tedbir kararı ilk defasında en çok altı ay için verilebilir. Ancak şiddet veya şiddet uygulanma tehlikesinin devam edeceğinin anlaşıldığı hâllerde, resen, korunan kişinin ya da Bakanlık veya kolluk görevlilerinin talebi üzerine tedbirlerin süresinin veya şeklinin değiştirilmesine, bu tedbirlerin kaldırılmasına veya aynen devam etmesine karar verilebilir” (m.8/2); “koruyucu tedbir kararı verilebilmesi için, şiddetin uygulandığı hususunda delil veya belge aranmaz. Önleyici tedbir kararı, geciktirilmeksizin verilir. Bu kararın verilmesi, bu Kanunun amacını gerçekleştirmeyi tehlikeye sokabilecek şekilde geciktirilemez” (m.8/3), “tedbir kararı, korunan kişiye ve şiddet uygulayana tefhim veya tebliğ edilir. Tedbir talebinin reddine ilişkin karar ise sadece korunan kişiye tebliğ edilir. Gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde ilgili kolluk birimi tarafından verilen tedbir kararı şiddet uygulayana bir tutanakla derhâl tebliğ edilir” (m.8/4); “tedbir kararının tefhim ve tebliğ işlemlerinde, tedbir kararına aykırılık hâlinde şiddet uygulayan hakkında zorlama hapsinin uygulanacağı ihtar yapılır” (m.8/5); “gerekli bulunması hâlinde, tedbir karar ile birlikte talep üzerine veya resen, korunan kişi ve diğer aile bireylerinin kimlik bilgileri veya kimliğini ortaya çıkarabilecek bilgileri ve adresleri ile korumanın etkinliği bakımından önem taşıyan diğer bilgileri, tüm resmi kayıtlarda gizli tutulur. Yapılacak tebligatlara ilişkin ayrı bir adres tespit edilir. Bu bilgileri hukuka aykırı olarak başkasına veren, ifşa eden veya açıklayan kişi hakkında 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun ilgili hükümleri uygulanır” (m.8/6).

Öyleyse, Bakanlık tedbir kararı istemişse, aynen savcılığa dilekçe veren suç mağduru veya suçtan zarar gören gibi, verilecek kararın kendisine tebliği gerekir. Aksinin kabulü mümkün değildir.

Kaldı ki, Yasa'nın 10 ncu maddesinde, tedbir kararlarının bildirim ve uygulanması düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre, "Bu Kanun hükümlerine göre alınan tedbir kararları, Bakanlığın ilgili il ve ilçe müdürlükleri ile verilen kararın niteliğine göre Cumhuriyet başsavcılığına veya kolluğa en seri vasıtalarla bildirilir" (m. 10/1); "Bu Kanun kapsamında ilgili mercilere yapılan başvurular ile bu başvuruların kabul ya da reddine ilişkin kararlar, başvuru yapılan merci tarafından Bakanlığın ilgili il ve ilçe müdürlüklerine derhâl bildirilir" (m. 10/2); "tedbir kararının, kolluk amirince verilip uygulandığı veya korunan kişinin kollukta bulunduğu hâllerde, kolluk birimleri tarafından kişi, Bakanlığın ilgili il veya ilçe müdürlüklerine ivedilikle ulaştırılır; bunun mümkün olmaması hâlinde giderleri Bakanlık bütçesinin ilgili tertibinden karşılanmak üzere kendisine ve beraberindeki!ere geçici olarak barınma imkânı sağlanır" (m. 10/4); "tedbir kararının ilgililere tefhim veya tebliğ edilmemesi, kararın uygulanmasına engel teşkil etmez" (m. 10/5); "hakkında barınma yeri sağlanmasına karar verilen kişiler, Bakanlığa ait veya Bakanlığın gözetim ve denetimi altında bulunan yerlere yerleştirilir. Barınma yerlerinin yetersiz kaldığı hâllerde korunan kişiler; mülkî amirin, acele hâllerde kolluğun veya Bakanlığın talebi üzerine kamu kurum ve kuruluşlarına ait sosyal tesis, yurt veya benzeri yerlerde geçici olarak barındırılabilir" (m. 10/6).

IV. Bakanlığa Cevap Zorunluluğu

Görüldüğü gibi, tedbir kararının Bakanlığa bildirilmesini kabul eden yasa koyucu, hakkında tedbir kararı verilen kimse ile ilgili olarak savcılık veya mahkemelerce yapılacak işlemi takip etme yetkisini de vermiş olmaktadır. Aksi takdirde özel yasa çıkarmanın, Bakanlığın özel olarak bu konuda yetkilendirilmesinin anlamı olmaz.

Bakanlığa tedbir kararı alınmasını isteme yetkisi verilmesi (6284, m. 8/1) göre, mülki amir tarafından verilecek koruyucu tedbir (6284, m.3) veya yargıç tarafından verilecek "koruyucu" (6284, m.4) ve "önleyici" (6284, m.5) tedbir kararlarının ayrıca Bakanlığa bildirilmesinin de kabul edilmesi karşısında (6284, m. 10), tedbir kararı sonrası yapılacak işleme nezaret etmesi için Bakanlığa tebligat şarttır.

Bakanlığa tebligat, yapılacak her işlem için değil, Bakanlığın dilekçe vererek adli organları harekete geçirdiği durumlar için zorunludur. Aksi takdirde Bakanlığın 6284 sayılı Yasayla böyle bir düzenleme getirmesinin veya böyle bir düzenlemeyi yürürlükte tutmasının anlamı olmaz.

V. Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığının Bu Konuda Takip Birimleri Oluşturması

Dünya'daki gelişmeler gözetilerek, aile ve kadının korunmasına ilişkin uluslararası sözleşmelerin kabul edilmesi; ülkemizin bu tür sözleşmelere yerinde olarak imza koyması, bu konuda Bakanlığın görevli ve yetkili kılınmasının özü, aile ve kadının korunmasının sağlanmasıdır.

Devlet, her gün gözümüz önünde gerçekleşen aile ve kadına karşı cinsel ve cinayet suçlarının önlenmesi için, Anayasa'nın 5 nci maddesindeki düzenleme gereğince görevini böyle bir yasal düzenlemeyle gerçekleştirmeyi düşünmüştür. Devlet, bu tür olaylar karşısında seyirci kalmayı düşünmemiştir. Dünyada artık mağdur hakları kavramı gelişmekte ve bu konuda alabildiğine tedbirler düşünülmekte ve alınmaktadır. Bizde de, 6284 sayılı yasayla getirilen düzenlemeyle, konuya Devlet'in en üst düzeyde hassasiyet göstereceği tüm dünyaya açıklanmıştır. Öyleyse, çağdaş dünyaya ilan edilen bir koruma sisteminin işletilmesinin sağlanması yerine, yasanın işletilmemesi gözetilerek, kesinleşmiş hükümler bakımından da tebligat yapılmadığı gerekçesiyle başvuruların önüne geçilmesi için, yargılamada tebligat zorunluluğunun olmadığı kabul edilmesi, yasamanın iradesine uygun sayılamaz. Tebligat yapılmasının kabul edilmesinin, kesin hükümler bakımından "kaos" yaratacağı yönündeki yaklaşım hukuki sayılamaz. Mağdurun hakkının korunması için getirilen bir düzenlemenin uygulanmaması "kaos" iken, geçmişte bir kısım dosyalarda tebligatın uygulanmaması nedeniyle bundan sonra uygulanmasının "kaos" olarak nitelenmesi, hukuk devletinin yerleştirilmesine engel olacak bir yaklaşımdır. Yasa ya çıkarılmamalı, ya da çıkarılmış ve yürürlükte uygulanmalıdır. Uygulanmasına zorluk varsa, yasa, hakkın kullanımına kolaylık getirecek biçimde yorumlanmalıdır.

6284 sayılı Yasayla, hem bu tür suçların önlenmesi için tedbirlerin alınması, hem de işlenmiş suçlarla ilgili olarak mağduran/mağdure'nin yanında bulunarak ü'nünün haklarının aranmasına hizmet etmesi için, Bakanlığın gerekli görmesi halinde davaya katılması kabul edilmiştir.

Devletin kolluk güçlerinin, savcılarının, yargıçlarının olmasına rağmen, Bakanlığın hak araması/arayabilmesi için bu konuda yetkilendirilmesi, mahkemelere güvensizlik olarak düşünülmemelidir. Çünkü, örneğin, hakkını arayamayan, duruma göre şikayetten vazgeçirilen mağdurenin hakkını Bakanlığın katılma yetkisini kullanarak koruması gerekebilir. Öldürmeye teşebbüs veya aile içi irza geçme olaylarında, aile içinde kalması için şikayetten vazgeçirtmelerin olduğu bilinen bir gerçektir. İşte bu gibi durumlarda, Bakanlığın haberdar edilmesi halinde, gerekli görerek davaya katılmasının sağlanması, tarafı olduğumuz sözleşmeler, anayasamızdaki düzenlemeler (Anayasa, m.10/1, m.17, m.41 ve 90) ve 6284 sayılı yasanın hükümlerinin gereklerindedir.

Cumhuriyet savcısı varken Bakanlığın bu işle ilgilenmesine gerek olmadığı görüşü, yasa koyucunun Bakanlığa verdiği katılma yetkisi (6284, m.20/2) karşısında temelsiz kalmaktadır. Yargıçlar da, memurlar ve diğer kamu görevlileri gibi, anayasa ve yasayla bağılıdır (Anayasa, m. 129/1). Hatta yargıçlar, anayasa, yasa ve hukuk ile de bağılıdır (Anayasa, m. 138/1). Dolayısıyla yargıçlar, anayasa ve yasadaki daha geniş düzenleme getiren hukuk ile de bağılı kılınarak, hakların korunmasında, diğer kamu görevlilerinden farklı bir görev ve yetkiyle donatılmışlardır. Bu durumda yargıçların, hakların korunmasındaki işlevi, somut olayımız bakımından, Bakanlığın davaya katılıp katılmamasını sağlamak için, tebligat yapmasını sağlamaktır. Yargıç, Bakanlığın davaya katılmasının gerekli olup olmadığı veya katılsa da katkısının olup olmayacağı konusunda değerlendirme yapmamalı. Yargıç, yukarıda belirttiğimiz gibi, Bakanlığın tedbir isteminde bulunması veya dilekçe vererek işin takipçisi olduğunu ortaya koyduğu her durumda, davaya katılıp katılmama hususunda değerlendirme yapabilmesi için Bakanlığın haberdar etmeyle yükümlüdür.

Yasada açıkça tebligattan söz edilmemesine rağmen, Bakanlığın davaya katılabileceğine yer verilmesi karşısında (6284, m.20/2), mahkemenin kural olarak tebligat yapmasına gerek yoktur.

Ancak, Bakanlık, tedbir alınması için dilekçe vermişse, mağdurun uğradığı hukuksuzluklar nedeniyle sığınma evine aldığı mağdurun durumunu kolluğa veya adliyeye intikal ettirmişse; tüm mağdurlar gibi Bakanlığın da yasal yetkisini kullanarak, kovuşturmayaya yer olmadığına ilişkin karara karşı yasa yoluna başvurabilmesi veya dava açılmışsa katılıp katılmama konusunda takdirini kullanabilmesi için Bakanlığa tebligat yapılması gerekir.

VI. Eşitlik Açısından

Anayasa'daki düzenlemeye göre, "Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür. Bu maksatla alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamaz" (m. 10/2). Görüldüğü gibi, anayasa koyucu kadın erkek eşitliğinin sağlanması, eşitliğin yaşama aktarılması için kadınlarla ilgili düzenlemelerin eşitliğe aykırılık oluşturduğu şeklinde bir "yorum yasağı" getirmiştir. Yani, kadının haklarının korunması için 6284 sayılı Yasayla getirilen ve aile ve kadınıla ilgili suçlar bakımından aile Bakanlığı'nın davaya katılabilmesinin sağlanması eşitlik ilkesine aykırı sayılmayacaktır. Dolayısıyla, anayasa ve yasa koyucunun aile ve kadını korumaya yönelik düzenlemenin yorumunda, bunların haklarını koruyacak biçimde değerlendirme yapılması gerekir.

Anayasadaki düzenleme üzerine, aile ve kadının korunması konusunda yasal düzenleme getirilmiştir. Yasal düzenleme anayasanın gereğinin yapılarak, kadının korunmasının sağlanması için, Aile Bakanlığı'na her mağdur için değil, 6284 sayılı Yasa kapsamında kalan kişilere karşı işlenen suçlar bakımından, farklı ve bu mağdurları korumak için getirilmiştir.

Aslında anayasa ve yasadaki bu düzenlemeler, aile ve kadının korunması için etkin başvurunun sağlanması için getirilmiştir.

Adalet erişim bir hak olarak kabul edilmektedir (Coulon, Jean-Marie/Roche, Marie-Anne Frison: "Le Droit d'Acces à la Justice," Sous La Direction de Remy Cabrillac/Marie-Anne Frison- Roche ve Thierry Revet, Les Libertes et Droits Fondamentaux, Dalloz, Paris 2001, s.437 vd.). Adalet erişim konusundaki bir çalışmada, yeni yasa, yeni yargıç ve yeni yargı etiğine dikkat çekilmektedir (Coulon, Jean-Marie/Roche, Marie-Anne Frison, 2001, s.438, dipnot: 'de, E.Michelet: Nouveau Code, Nouveau Juge, Nouvelle Ethique, in Melanges R.Perrot, Dalloz, 1996, pp.277-297). Adalet erişim bir hak olduğu için, bu hakkın kullanımı yoluyla yasanın yorumu, anlaşılabilirliği ve dolayısıyla yararlanılabilirliği sağlanmakta, içtihatlar bu şekilde oluşmaktadır. Böylece yorum, adalet katkıda bulunma anlamını taşımaktadır (Coulon, Jean-Marie/Roche, Marie-Anne Frison, 2001, s.440-441). Frakların sadece tanınması yetmez, devlet hakları tanımının yanında bunlardan etkin yararlanma olanaklarını da sağlamak zorundadır. Hukuk devleti bunun için vardır. Erişim hakkı, haklara kavuşabilmenin en başta gelen yollarından biridir. Ancak erişim hakkı sayesinde haklardan etkili biçimde yararlanma olanağı bulunabilir.

Erişim hakkı, yargıçtan yorum yoluyla hakkını istemedir. Çünkü yargıç kararıyla, soyut olarak düzenlenmiş hakkın somutlaştırılması ve yararlanılabilir hale getirilmesine katkı vermek zorundadır. Somut olayımızda ise Bakanlık; suç mağdurunun hakkının aranması konusunda yasayla yetkilendirildiği için, mağdurun hakkını arayan organdır. Bakanlığın davaya katılma konusundaki girişimi yoluyla mağdurun hakkının elde edilip edilmemesi veya elde edilebilip edilmeyeceğinin takdiri yargıca ait olamaz.

Bireyler, devlet dahil herkes her konuda kendilerini haklı görebilirler. Ancak bireyler aralarında çıkan anlaşmazlıkları yargıya taşıyarak, sübjektif değer yargılarının somutlaşmasının sağlanmasını isterler.

Yargı organlarının adalet dağıtmaktan kaçınma yetkileri yoktur. Anayasamız bunu, "hiçbir mahkeme, görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçmamaz" biçiminde düzenlemiştir (m.36/2). Adalet dağıtımından kaçınması, hakkı teslim etmekten de kaçınma demektir (Coulon, Jean-Marie/Roche, Marie-Anne Frison, 2001, s.443). Adalet erişim hakkı, yargıya başvurma (dava açma), güvence oluşturan yasa yollarına başvurma ve yargı kararının uygulanmasının sağlanmasını isteme haklarını güvenceye almaktadır (Coulon, Jean-Marie/Roche, Marie-Anne Frison, 2001, s.446- 449). Temyiz yasa yolu, erişim hakkının adli yargıda zirveye ulaşmasını sağlamaktadır.

Bakanlığın davaya katılma yetkisini kullanabilmesine olanak verilmemesi, aile ve kadının korunmasına ilişkin düzenlemelerle çelişir.

VII. Sonuç

Anayasa, yasa ve tarafı olduğumuz uluslar arası sözleşmelerdeki düzenlemelerde, aile ve kadının korunması amaçlanmıştır. Özel yasa çıkarılması da bunu göstermektedir. Yasada, Bakanlığa dava ile ilgili bildirim (tebligat) konusuna yer verilmemiş ise de, davaya katılma bakımından mağdur ve suçtan zarar görenle ilgili olarak hangi işlem yapılıyorsa, Bakanlık bakımından da aynı işlemin yapılması gerekir. Yasada mağdur ve suçtan zarar gören ile Bakanlığın katılması bakımından farklılık yaratılmış ise de; Bakanlık suçtan doğrudan zarar gören olmayıp, aile ve kadının korunmasında yetkili ve görevli kılınmıştır. Dolayısıyla, Bakanlığın takdirine göre çok önemli olduğunu düşündüğü suçların mağdurlarının özel olarak korunmasını istemesi halinde adli makamlara dilekçe vererek veya tedbir talebinde bulunarak, davayı takip iradesini ortaya koyduğu durumlarda yargılamadan haberdar edilmesi gerekir.

Özetle; Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı'nın, 6284 sayılı Yasanın 10 ncu maddesindeki düzenlemeler dikkate alınarak;

1. Adli organlara dilekçe vererek, aile ve kadına yönelik suçlar bakımından işlem yapılmasını istediği,

2. Tedbir kararı verilmesi için talepte bulunduğu durumlarda,

Bakanlığın yargılamadan haberdar edilmesi gerekir.

Yargıç tarafından verilen tedbir kararının Bakanlığa tebliğinin kabul edilmesi ve zorunlu kılınması karşısında (6284, m. 10), Bakanlığın katılma iradesinin ortaya konduğunun kabul edilmesi gerekir.

Bu gibi durumlarda Bakanlığın davaya katılmak için, "gerekli gördüğü" (6284, m.20/2) düşüncesinden hareket edilmelidir. Çünkü Bakanlık bu iki halde, olayın toplumsal ve bireysel önemini kabul etmiş ve işlem yapılması için harekete geçmiş demektir. O halde bu iki halde Bakanlığın bilgilendirilmesi zorunludur.

Bu iki halin dışında Bakanlığa tebligat yapılması konusunda yasada sessizlik söz konusu olduğu için, tebligata gerek olmadığı düşüncesindeyim.

Bu itibarla, yüksek çoğunluğun, Bakanlığın adli mercilere dilekçe vererek davayı takip ve tedbir alınmasını istediği davaları da kapsayacak biçimde, yargılama sırasında davayla ilgili olarak Bakanlığa tebligatın zorunlu olmadığı yönündeki yaklaşımına iştirak edilmemiştir.

YARGITAY BAŞKANLIĞINA

Konu : 2019/6 Esas sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı

Anayasamızın 36.maddesinde hak arama özgürlüğü ile ilgili düzenleme yapılarak, herkesin meşru vasıta ve yollardan yararlanarak yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma hakkına sahip olduğu belirtilmiştir.

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda, kişisel davaya yer verilmediğinden mağdur ve şikayetçiye önemli haklar tanınmıştır.

1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununda duruşma gününün şikayetçiye bildirilmesini zorunlu kılan bir düzenleme bulunmadığı halde,

5271 sayılı CMK'nın 233.maddesinde; mağdur ile şikayetçinin, Cumhuriyet savcısı veya mahkeme başkanı veya hakim tarafından çağrı kağıdı ile çağrılıp dinleneceği belirtilmiş, 234.maddesinde mağdur ile şikayetçinin hakları düzenlenmiştir.

CMK'nın 234.maddesine göre; mağdur ve şikayetçi maddede yazılı diğer haklar yanında, kovuşturma evresinde duruşmadan haberdar edilme, kamu davasına katılma haklarına sahiptir.

CMK'nın 237.maddesine göre de; mağdur, suçtan zarar gören gerçek ve tüzel kişiler ile malen sorumlu olanlar kamu davasına katılabilirler.

Kamu davasına katılma usulüne ilişkin düzenleme de CMK'nın 238. maddesinde yapılmıştır.

Kamu davasına katılma hakkı ve usulü ile ilgili genel kural ve düzenlemeler 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda yer almasına rağmen, bazı özel kanunlarda da katılma hakkı ve usulü konusunda kolaylaştırıcı düzenlemeler bulunmakta ise de bu düzenlemelerde de bir yeknesaklık yoktur.

Örneğin; 5411 sayılı Bankacılık Kanununda, 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanununda, 3628 sayılı Mal Bildiriminde Bulunulması, Rüşvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Kanununda, 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanununda katılma hakkı ile birlikte katılma usulü konusunda da düzenleme yapıldığı halde, 1163 sayılı Kooperatifler Kanununun Ek-2.maddesinde ilgili bakanlığın, 6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanunun 20/2.maddesinde Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığının kamu davasına katılma talebinde bulunmalarına olanak sağlanmış, katılma usulüne ilişkin ayrıca bir düzenleme yapılmamıştır.

Özel kanunlarda kamu davasına katılma talebinde bulunmaya olanak sağlanmasına rağmen katılma usulü konusunda bir düzenleme yapılmaması Ceza Muhakemesi Kanununun katılmanın temelini oluşturan maddelerinin uygulanmasına engel olamaz. Zira asıl olan özel kanunun kamu davasına katılma talebinde bulunmaya olanak sağlamasıdır. Özel kanunda ayrıca katılma usulü konusunda kolaylaştırıcı düzenleme yapılması zorunlu değildir. Kanun koyucu isteseydi 5411, 5607, 3628, 6362 sayılı kanunlarda yaptığı düzenlemeyi 6284 sayılı kanunda da yapardı şeklindeki dar ve kısıtlayıcı yorumla 5271 sayılı CMK'nın getirdiği en önemli haklardan birisi olan kovuşturma evresinde duruşmadan haberdar edilme hakkı yok sayılamaz.

Bu nedenle kamu davasına katılma talebinde bulunma hakkı olanın CMK'nın 234.maddesi uyarınca duruşmadan haberdar edilme hakkının da bulunduğu kabulü zorunludur. Kamu davasına katılma hakkı olana kovuşturma evresinde iddia ve kanıtlarını sunma olanağının sağlanması da ancak duruşmadan haberdar edilmesiyle mümkündür.

Yukarıda açıkladığım nedenlerle 6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanununun 20/2.maddesi uyarınca, bu kanunun kapsamına giren suçlarla ilgili olarak açılan ceza davalarında, kovuşturma evresinde mahkemesince Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığının davadan haberdar edilmesinin zorunlu olduğu görüşünde olduğumdan "değildir." şeklindeki çoğunluk görüşüne katılmıyorum.

YARGITAY 14. CEZA DAİRESİ

E. 2016/6891

K. 2020/57

T. 6.1.2020

İlk derece mahkemesince verilen hüküm temyiz edilmekle başvurunun muhtevası ve inceleme tarihine kadar getirilen kanuni düzenlemeler nazara alınarak dosya tetkik edildi, gereği görüldü:

Bakanlık vekilinin temyiz isteminin incelenmesinde;

6284 Sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanunun 20/2. maddesi uyarınca davaya katılma hakkı bulunan Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığına yokluğunda yapılan yargılamaya ilişkin olarak mahkemelerce re'sen ihbarda bulunulmasının zorunlu olup olmadığı hususunda Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulunca yapılan toplantı sonucunda verilen 13.12.2019 gün ve 2019/6 Esas, 2019/7 Sayılı içtihadı birleştirme kararı ile Bakanlığa bildirimde bulunulmasının zorunlu olmadığı kabul edilmesi ve 5271 Sayılı CMK'nın 237/2. maddesine göre kanun yolu muhakemesinde davaya katılma talebinde bulunulamayacağına ilişkin anlaşılması karşısında, Bakanlık vekilinin davaya katılma ve hükmü temyize hakkı bulunmadığından vaki temyiz isteminin 5320 Sayılı Kanun'un 8/1. maddesi gözetilerek 1412 Sayılı CMUK'nın 317. maddesi uyarınca REDDİNE,

Sanık müdafisinin temyiz isteminin incelenmesine gelince;

Yapılan yargılamaya, toplanıp karar yerinde gösterilen delillere, mahkemenin soruşturma ve kovuşturma sonuçlarına uygun olarak oluşan kanaat ve takdirine, incelenen dosya içeriğine göre yerinde görülmeyen sair temyiz itirazlarının reddine,

Ancak;

Mahkemece mağdurenin CMK'nın 236. maddesi gereğince duruşmada dinlenerek şikayet ve delilleri sorulduktan sonra, tüm deliller birlikte

değerlendirilerek sanığın hukuki durumunun tayin ve takdiri gerekirken eksik araştırma ile yazılı şekilde hüküm kurulması,

Mağdurenin olay tarihinde on sekiz yaşından küçük olmasına rağmen mahkemece katılan mağdureye vekil tayin edilmemesi suretiyle 5271 Sayılı CMK'nın 234/2. maddesine muhalefet edilmesi,

Suç tarihi itibarıyla hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına, cezanın ertelenmesine ve hapis cezasının seçenek yaptırımlara çevrilmesine engel teşkil edecek herhangi bir adli sicil kaydı bulunmayan sanığın, kabul edilen eyleminden kaynaklanan bir zararın bulunmaması ve olumsuz kişilik özellikleri taşıdığına dair dosyaya yansıyan somut bir bulgu ya da delil olmaması, hakkında daha önce hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmiş ise de bu durumun hüküm tarihindeki kanuni düzenlemelere göre yeniden hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına engel teşkil etmemesi karşısında, hükmün açıklanmasının geri bırakılması, hapis cezasının ertelenmesi ve hapis cezasının seçenek yaptırımlara çevrilmesine dair hükümlerin anılan maddelerdeki kanuni koşullar değerlendirilerek uygulanması hususunda karar verilmesi gerekirken "sanığın dosyaya yansıyan kişiliği, suçun işleniş biçimi ve adli sicil kaydı gözetilerek TCK'nın 50/1-a maddesinde belirtilen seçenek yaptırımların uygulanmasına yer olmadığına, ertelemeye yer olmadığına ve hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına yer olmadığına" şeklindeki kanun metnindeki ifadelerin tekrarına dayanan, soyut ve yetersiz gerekçeyle anılan maddelerin tatbikine yer olmadığına karar verilmesi, kanuna aykırı, sanık müdafisinin temyiz itirazları bu itibarla yerinde görüldüğünden, hükmün 5320 Sayılı Kanun'un 8/1. maddesi gözetilerek 1412 Sayılı CMUK'nın 321. maddesi uyarınca BOZULMASINA, 06.01.2020 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 6. CEZA DAİRESİ

E. 2017/3974

K. 2018/1642

T. 21.2.2018

Gaziantep 3.Ağır Ceza Mahkemesi'nin 03/03/2017 gün, 2016/106 Esas ve 2017/56 Karar sayılı ilamı ile sanıklar ... ve ... hakkında katılan Ahmet ...'a yönelik nitelikli yağma suçundan mahkumiyet ve mağdurlar ... ve ...'a yönelik nitelikli yağma suçundan beraat hükümlerine karşı; sanık ... ve savunmanı, sanık ... ve savunmanı ve katılan Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı vekilinin, CMK'nın 272 ve müteakip maddeleri uyarınca İstinaf kanun yoluna başvurması üzerine; Gaziantep Bölge Adliye Mahkemesi 6. Ceza Dairesince dosya üzerinden yapılan inceleme sonucu verilen 12.07.2017 gün, 2017/1534 Esas ve 2017/1571 Karar sayılı "istinaf başvurusunun esastan reddine " dair kararına karşı, katılan Aile ve Sosyal Politikalar İl Müdürlüğü vekili ve sanık ... savunmanının açtıkları temyiz davası üzerine, temyiz dilekçesinde ileri sürülen hukuka aykırılıklar CMK'nın 288 ve 289. maddeleri kapsamında incelenip görüşüldü;

I-)Katılan Aile ve Sosyal Politikalar İl Müdürlüğü vekilinin temyiz itirazlarının incelenmesinde;

Çocuğun yetiştirilmesi ve geliştirilmesinde sorumluluk ilk önce ana-babaya yada durumu gerektiriyorsa yasal vasisine düşer. Bunlar çocuğun yüksek yararını gözönünde tutar. Devlet, çocuğun yetiştirilmesinde ana-babaya veya yasal vasisine duruma uygun yardımı yapar. Çocuk; ana-baba veya yasal vasisi veya bakımı üstlenen yanında bedensel, zihinsel saldırı, şiddet veya istismar ve kötü muameleye karşı koruyucu önlemler alır. Yeterli idrak gücüne sahip bir çocuğu ilgilendiren davada, çocukla çıkar çatışması sebebiyle velayet ve vesayet sorumlusu kişinin çocuğu temsil etme yetkisi men edildiğinde; çocuğa özel bir temsilci atama yetkisi vardır. Adli mercii, çocuğa temsilci veya gerektiğinde avukat tayin etmeye yetkilidir.

Somut olayda; idrak gücüne sahip yağma eylemine maruz kalan 2004 doğumlu mağdur .. velisi olan ...'ın sorumluluğu ve gözetiminde olup mağdurun yasal temsilcisi sıfatı ile kamu davasına katılıp davada yer almış ve mahkeme yaşı küçük mağdurlar için ayrıca CMK'nın hükümleri uyarınca zorunlu müdafii tayin ederek yaşı küçük mağdurların yasal hakları koruma altına alınmıştır.

Hal böyle olunca; açılan kamu davasının yürütülen yargılamasında bu nitelik ve niceliği doğrudan ve/veya dolaylı olarak zarar görmeyen ve davada taraf olmayan bu sebeple de katılma hakkı bulunmayan ...'nün vaki taleplerinin mahkemece kabul ile katılma kararı verilmesinin adı geçen kurum ve/veya kurum adına hareket eden Avukatına temyiz etme hak ve yetkisini vermeyeceğinden, ... vekilinin vaki temyiz isteminin 5320 Sayılı Kanun'un 8/1. maddesi yollamasıyla 1412 Sayılı CMUK'nın 317. maddesi gereğince tebliğnameye aykırı olarak REDDİNE,

II-) Sanık ... savunmasının temyiz itirazlarının incelenmesine gelince;

Sanıkların, birden fazla kişiyle geceleyin, katılarda korkuyu arttırmak amacıyla kendilerini IŞİD isimli terör örgütünün üyesi olarak tanıtmak suretiyle ve konutta işledikleri yağma suçu sebebiyle haklarında TCK.nın 149.maddesinin ve 1. fıkrasının (c) ve (h) bendlerinin yanı sıra (d) ve (f) uygulanması gerektiğinin gözetilmemesi, karşı temyiz olmadığından bozma nedeni yapılmamıştır.

Dosya ve duruşma tutanakları içeriğine, toplanıp karar yerinde incelenerek tartışılan elverişli kanıtlara, gerekçeye ve Hakimler Kurulunun takdirine göre; sanık hakkında Gaziantep Bölge Adliye Mahkemesi 6.Ceza Dairesi tarafından kurulan hükmün usul ve mevzuata uygun olduğu gerekçesiyle, sanık ... savunmasının temyiz itirazlarının CMK'nın 302/1. maddesi gereğince reddiyle, Gaziantep Bölge Adliye Mahkemesi 6. Ceza Dairesinin 12.07.2017 gün, 2017/1534 Esas ve 2017/1571 Karar sayılı istinaf başvurusunun esastan reddi hükmünün tebliğnameye uygun olarak ONANMASINA, 21.02.2018 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

Etkili Soruşturma Yükümlülüğü ve Çocuğun Dinlenmesine İlişkin Kararlar

-
- *Karar No 13: Yargıtay 3. Ceza Dairesi E. 2019/10850 K. 2019/20498*
 - *Karar No 14: Yargıtay 4. Ceza Dairesi E. 2019/108 K. 2019/5448*
-

YARGITAY 3. CEZA DAİRESİ

E. 2019/10850

K. 2019/20498

T. 12.11.2019

Katılan ...'ın temyiz dilekçesinin içeriğine göre, temyiz isteminin kendisi hakkında verilen hükümlere yönelik olduğunun anlaşıldığı ancak dosya kapsamında katılan ... hakkında açılmış bir kamu davasının bulunmadığı dolayısıyla, ...'ın katılan sıfatı ile temyiz isteminde bulunmadığı belirlenerek yapılan incelemede;

1-) Suça sürüklenen çocuk hakkında nitelikli kamu malına zarar verme suçundan verilen mahkumiyet hükmüne yönelik temyiz taleplerinin incelenmesinde;

Yapılan yargılamaya, toplanan ve karar yerinde açıklanan delillere, mahkemenin kovuşturma sonucunda oluşan inanç ve takdirine, gösterilen gerekçeye ve uygulamaya göre suça sürüklenen çocuk müdafinin yerinde görülmeyen temyiz sebeplerinin reddiyle hükmün ONANMASINA,

2-) Suça sürüklenen çocuk hakkında mağdurlar ..., ..., ..., ... ve ...'ya karşı kasten yaralama suçundan verilen mahkumiyet hükümlerine yönelik temyiz taleplerinin incelenmesinde;

Suç tarihinde 18 yaşından küçük olan mağdurlar ..., ..., ..., ... ve ...'ın, şahsa sıkı sıkıya bağlı haklardan olan şikayet hakkını yasal temsilcisi aracılığıyla kullanabileceği göz ardı edilmiş ve beyanlarının tespiti sırasında "psikoloji, psikiyatri, tıp veya eğitim alanında uzman bir kişi" bulundurulmayarak 5271 Sayılı CMK'nin 236/3. maddesine aykırı davranılmış ise de, mağdurlar ..., ..., ... ve ...'nin mahkemece beyanlarının alındığı tarihte 18 yaşlarını doldurmuş olmaları ve mağdur ...'ın ise şuan 18 yaşını doldurması nedeni ile bozmayı gerektirecek bu hususun telafisi mümkün olmadığından tebliğnamenin bozma görüşüne iştirak edilmemiştir.

Olay tarihinde Ceyhan M Tipi Kapalı İnfaz Kurumunda bulunan suçta sürüklenen çocuğun, mağdurlar ve katılanın içeride olduğunu ve yangın çıkarması halinde yaralanacaklarını bilmesine rağmen bilerek ve isteyerek koğuştaki bulunan yatakları koğuştaki kapısının önüne dizerek yakması sonucunda mağdurların ve katılanın yaralanmasına neden olduğu olayda, suçta sürüklenen çocuğun doğrudan kastla hareket ettiği gözetilmeden, koşulları oluşmadığı halde suçta sürüklenen çocuk hakkında TCK'nin 21/2. maddesi gereğince olası kast indirimi yapılmak suretiyle eksik ceza tayini, aleyhe temyiz olmadığından bozma nedeni yapılmamıştır.

Yapılan yargılamaya, toplanan ve karar yerinde açıklanan delillere, mahkemenin kovuşturma sonucunda oluşan inanç ve takdirine, gösterilen gerekçeye ve uygulamaya göre suçta sürüklenen çocuk müdafii ve o yer Cumhuriyet savcısının yerinde görülmeyen temyiz sebeplerinin reddiyle hükümlerin ONANMASINA,

3-) Suçta sürüklenen çocuk hakkında katılan ...'ye karşı kasten yaralama suçundan verilen mahkumiyet hükmüne yönelik temyiz taleplerinin incelenmesinde;

a-) Olayda, yaşı küçük (26.10.1996 doğumlu) katılan ...'nin, ifadesinin tespit edildiği 05.09.2014 tarihli duruşmada 18 yaşını doldurmamasına göre, beyanının tespiti sırasında "psikoloji, psikiyatri, tıp veya eğitim alanında uzman bir kişi" bulundurulmayarak 5271 Sayılı CMK'nin 236/3. maddesine aykırı davranılması,

b-) Katılan hakkında Adana Numune Eğitim ve Araştırma Hastanesi tarafından düzenlenen 05.09.2014 tarihli raporda, katılanın yaralanmasına ilişkin "diğer yönlerden görüş bildirir raporun, gerekli plastik ve rekonstrüktif cerrahiler sonrasında uygun ve yeterli fizik tedavi programı ile, şahsın tarafımızca muayenesi sonucunda düzenlenmesinin uygun olacağını" belirtilmesine rağmen söz konusu hususlarda rapor alınmadan hüküm kurulduğu anlaşılınca, katılanın ve katılana ait tüm film, grafi, hastane evrakları ve tüm tedavi evraklarının en yakın adli tıp şube müdürlüğüne sevki ile yaralanmasına ilişkin 5237 Sayılı TCK'nin 86. ve 87. maddelerinde belirlenen ölçütlere göre rapor alınması ve sonucuna göre suçta sürüklenen çocuğun hukuki durumunun takdir ve tayini gerekirken, eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm kurulması,

c-) Olay tarihinde Ceyhan M Tipi Kapalı İnfaz Kurumunda bulunan suçta sürüklenen çocuğun, mağdurlar ve katılanın içeride olduğunu ve yangın çıkarması halinde yaralanacaklarını bilmesinde rağmen bilerek ve isteyerek koğuşta bulunan yatakları koğuş kapısının önüne dizerek yakması sonucunda mağdurların ve katılanın yaralanmasına neden olduğu olayda, suçta sürüklenen çocuğun doğrudan kastla hareket ettiği gözetilmeden, koşulları oluşmadığı halde suçta sürüklenen çocuk hakkında TCK'nin 21/2. maddesi gereğince olası kast indirimi yapılmak suretiyle eksik ceza tayini,

bozmayı gerektirmiş, katılan ... ve suçta sürüklenen çocuk müdafininin temyiz sebepleri bu itibarla yerinde görüldüğünden, hükmün bu sebeplerle 6723 Sayılı Kanun'un 33. maddesiyle değişik 5320 Sayılı Kanun'un 8/1. maddesiyle yürürlükte bulunan 1412 Sayılı CMUK'un 321. maddesi uyarınca isteme uygun olarak BOZULMASINA, 12.11.2019 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 4. CEZA DAİRESİ

E. 2019/1087

K. 2019/5448

T. 28.3.2019

Silahla tehdit suçundan şüpheli ... hakkında yapılan soruşturma evresi sonunda Salihli Cumhuriyet Başsavcılığınca verilen 03/04/2018 tarihli ve 2018/2201 soruşturma, 2018/1705 Sayılı kovuşturmayaya yer olmadığına dair karara yönelik itirazın reddine ilişkin mercii Salihli Sulh Ceza Hâkimliğinin 22/06/2018 tarihli ve 2018/1107 Değişik İş sayılı kararının, Yüksek Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü'nün 30/01/2019 gün ve 94660652-105-45-14887-2018-Kyb sayılı istemleri ve Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının 11/02/2019 gün ve 2019/13307 Sayılı bozma düşüncesini içeren ihbarnamesiyle Daireye gönderilmiş olduğu görülmekle, dosya incelendi:

Kanun yararına bozma isteyen ihbarnamede;

Mağdur vekilinin 05/06/2018 tarihli itiraz dilekçesinde belirttiği mağdura yönelik çocuğun cinsel istismarı iddialarına ilişkin şüpheli hakkında, zamanaşımı süresi içerisinde mahallinde soruşturma yapılabileceği gözetilerek yapılan incelemede;

5271 Sayılı Kanun'un 160. maddesi uyarınca, Cumhuriyet savcısının, ihbar veya başka bir suretle bir suçun işlendiği izlenimini veren bir hâli öğrenir öğrenmez kamu davasını açmaya yer olup olmadığına karar vermek üzere hemen işin gerçeğini araştırmaya başlaması gerektiği, aynı Kanun'un 170/2. maddesi gereğince yapacağı değerlendirme sonucunda, toplanan delillerin suçun işlendiği hususunda yeterli şüphe oluşturduğu kanısına ulaştığında iddianame düzenleyerek kamu davası açacağı, aksi halde ise anılan Kanun'un 172. maddesi gereği kovuşturma yapılmasına yer olmadığına dair karar vereceği, buna karşın Cumhuriyet savcısının 5271 Sayılı Kanun'un kendisine yüklediği soruşturma görevini yerine getirmediği, ortada yasaya uygun bir soruşturmanın bulunmadığı durumda, anılan Kanun'un 173/3.

maddesindeki koşullar oluşmadığından, itirazı inceleyen mercii Cumhuriyet savcısının soruşturma yapmasını sağlamak maksadıyla itirazın kabulüne karar verebileceği yönündeki açıklamalar karşısında,

5271 Sayılı Kanun'un, 236/3. maddesindeki, "Mağdur çocukların veya işlenen suçun etkisiyle psikolojisi bozulmuş olan diğer mağdurun tanık olarak dinlenmesi sırasında psikoloji, psikiyatri, tıp veya eğitim alanında uzman bir kişi bulundurulur. Bunlar hakkında bilirkişilere ilişkin hükümler uygulanır." şeklindeki düzenlemeye nazaran, olay tarihinde 11 yaşındaki mağdur çocuk...ın ifadesinin alındığı sırada yanında psikoloji, psikiyatri, tıp veya eğitim alanında uzman bir kişi bulundurulmamak suretiyle anılan Kanun'a muhalefet edilerek usul ve yasaya uygun bir soruşturmanın yapılmadığı anlaşılmakla, bu yönden itirazın kabulü yerine, yazılı şekilde reddine karar verilmesinde isabet görülmediğinden, 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 309. maddesi uyarınca anılan kararın bozulması lüzumu kanun yararına bozma talebine dayanılarak ihbar olunduğu anlaşılmıştır.

I-)Olay:

Silahla tehdit suçundan şüpheli ... hakkında yapılan soruşturma evresi sonunda Salihli Cumhuriyet Başsavcılığınca verilen 03/04/2018 tarihli ve 2018/2201 soruşturma, 2018/1705 Sayılı kovuşturmayaya yer olmadığına dair karara yönelik itirazın reddine ilişkin mercii Salihli Sulh Ceza Hâkimliğinin 22/06/2018 tarihli ve 2018/1107 Değişik İş sayılı kararının, 5271 Sayılı Kanun'un, 236/3. maddesindeki, "Mağdur çocukların veya işlenen suçun etkisiyle psikolojisi bozulmuş olan diğer mağdurun tanık olarak dinlenmesi sırasında psikoloji, psikiyatri, tıp veya eğitim alanında uzman bir kişi bulundurulur. Bunlar hakkında bilirkişilere ilişkin hükümler uygulanır." şeklindeki düzenlemeye nazaran, olay tarihinde 11 yaşındaki mağdur çocuk...ın ifadesinin alındığı sırada yanında psikoloji, psikiyatri, tıp veya eğitim alanında uzman bir kişi bulundurulmamak suretiyle anılan Kanun'a muhalefet edilerek usul ve yasaya uygun bir soruşturmanın yapılmadığı anlaşılmakla, bu yönden itirazın kabulü yerine, yazılı şekilde reddine karar verilmesinde isabet görülmediği gerekçesiyle kanun yararına bozmaya konu edildiği anlaşılmıştır.

II- Kanun Yararına Bozma İstemine İlişkin Uyuşmazlığın Kapsamı:

Silahla tehdit suçundan şüpheli ... hakkında yapılan soruşturma evresi sonunda Salihli Cumhuriyet Başsavcılığınca verilen 03/04/2018 tarihli ve

2018/2201 soruşturma, 2018/1705 Sayılı kovuşturmayaya yer olmadığına dair kararda ve bu karara yönelik itirazın reddine ilişkin mercii Salihli Sulh Ceza Hâkimliğinin 22/06/2018 tarihli ve 2018/1107 Değişik İş sayılı kararında isabet bulunup bulunmadığının belirlenmesine ilişkindir.

III- Hukuksal Değerlendirme:

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 160. maddesinin 1. fıkrasında, "Cumhuriyet savcısı, ihbar veya başka bir suretle bir suçun işlendiği izlenimini veren bir hali öğrenir öğrenmez kamu davasını açmaya yer olup olmadığına karar vermek üzere hemen işin gerçeğini araştırmaya başlar." 2. fıkrasında, "Cumhuriyet savcısı, maddi gerçeğin araştırılması ve adil bir yargılamanın yapılabilmesi için, emrindeki adli kolluk görevlileri marifetiyle, şüphelinin lehine ve aleyhine olan delilleri toplayarak muhafaza altına almakla ve şüphelinin haklarını korumakla yükümlüdür." 170. maddesinin 2. fıkrasında, "Soruşturma evresi sonunda toplanan deliller, suçun işlendiği hususunda yeterli şüphe oluşturuyorsa; Cumhuriyet savcısı, bir iddianame düzenler." 172. maddesinin 1. fıkrasında, "Cumhuriyet savcısı, soruşturma evresi sonunda, kamu davasının açılması için yeterli şüphe oluşturacak delil elde edilememesi veya kovuşturma olanağının bulunmaması hâllerinde kovuşturmayaya yer olmadığına karar verir." hükümleri düzenlenmiştir.

CMK'nın 173. maddesi; " (1) Suçtan zarar gören, kovuşturmayaya yer olmadığına dair kararın kendisine tebliğ edildiği tarihten itibaren onbeş gün içinde, bu kararı veren Cumhuriyet savcısının yargı çevresinde görev yaptığı ağır ceza mahkemesinin bulunduğu yerdeki sulh ceza hâkimliğine itiraz edebilir.

(2) İtiraz dilekçesinde, kamu davasının açılmasını gerektirebilecek olaylar ve deliller belirtilir.

(3) (Değişik fıkra: 18/06/2014-6545 S.K./71. madde Sulh ceza hâkimliği, kararını vermek için soruşturmanın genişletilmesine gerek görür ise bu hususu açıkça belirtmek suretiyle, o yer Cumhuriyet başsavcılığından talepte bulunabilir; kamu davasının açılması için yeterli nedenler bulunmazsa, istemi gerekçeli olarak reddeder; itiraz edeni giderlere mahkûm eder ve dosyayı Cumhuriyet savcısına gönderir. Cumhuriyet savcısı, kararı itiraz edene ve şüpheliye bildirir.

(4) (Değişik fıkra: 25/05/2005-5353 S.K./26.mad) Sulh ceza hâkimliği istemi yerinde bulursa, Cumhuriyet savcısı iddianame düzenleyerek mahkemeye verir.

(5) Cumhuriyet savcısının kamu davasının açılmaması hususunda takdir yetkisini kullandığı hâllerde bu Madde hükmü uygulanmaz.

(6) (Değişik fıkra: 2/1/2017- 680 S.K.H.K./11. madde İtirazın reddedilmesi halinde aynı fiilden dolayı kamu davası açılabilmesi için 172. maddenin ikinci fıkrası uygulanır.” biçimindedir.

Yukarıda yer verilen düzenlemelerden de anlaşılacağı üzere, Ceza Muhakemesi Kanununun “soruşturma” başlıklı 2. kitabında, Cumhuriyet savcısının suç soruşturmasına ilişkin süreci nasıl yürüteceği ve kovuşturmaya yer olmadığına karar verilmesi durumunda, itirazı incelemekle görevli mahkemenin görevleri açık bir şekilde düzenlenmiş bulunmaktadır.

Bu çerçevede, kovuşturmaya yer olmadığına dair kararı itiraz üzerine inceleyen hakimlik, kamu davası açılması için yeterli delil bulunmaması durumunda itirazın reddine, yeterli delil bulunması durumunda itirazın kabulüne veya eksik soruşturma nedeniyle soruşturmanın genişletilmesine karar verebilecektir.

CMK'nın 170/2. maddesine göre kamu davası açılabilmesi için soruşturma aşamasında toplanan delillere göre suçun işlendiğine dair yeterli şüphe bulunması gerekir. Suç ihbar veya şikayeti yoluyla soruşturma yaparak maddi gerçeğe ulaşma yükümlülüğü ve yetkisi bulunan Cumhuriyet savcısı, soruşturma sonucunda elde edilen delilleri değerlendirerek kamu davası açmayı gerektirir nitelikte yeterli şüphe olup olmadığını takdir edecektir. Ancak soruşturma aşamasında Cumhuriyet savcısının delil değerlendirmesiyle, kovuşturma aşamasında hakimnin delilleri değerlendirmesi birbirinden farklı özelliklere sahiptir. CMK'nın 170/2. maddesine göre soruşturma aşamasında toplanan deliller kamu davası açılması için yeterli şüphe oluşturup oluşturmadıkları çerçevesinde incelemeye tabi tutulurken, kovuşturma aşamasında, isnad edilen suçun işlenip işlenmediği hususunda mahkumiyete yeter olup olmadığı ve tam bir vicdani kanaat oluşturup oluşturmadığı çerçevesinde değerlendirilmektedir.

CMK'nın 236. maddesinin 3. fıkrasında; “Mağdur çocukların veya işlenen suçun etkisiyle psikolojisi bozulmuş olan diğer mağdurun tanık olarak

dinlenmesi sırasında psikoloji, psikiyatri, tıp veya eğitim alanında uzman bir kişi bulundurulur. Bunlar hakkında bilirkişilere ilişkin hükümler uygulanır." hükmü yer almaktadır.

Anılan kanunun "Tanıkların Dinlenmesi" başlıklı 52. maddesi;

" (1) Her tanık, ayrı ayrı ve sonraki tanıklar yanında bulunmaksızın dinlenir.

(2) Tanıklar, kovuşturma evresine kadar ancak gecikmesinde sakınca bulunan veya kimliğin belirlenmesine ilişkin hâllerde birbirleri ile ve şüpheli ile yüzleştirilebilirler.

(3) Tanıkların dinlenmesi sırasındaki görüntü veya sesler kayda alınabilir. Ancak;

a-) Mağdur çocukların,

b-) Duruşmaya getirilmesi mümkün olmayan ve tanıklığı maddî gerçeğin ortaya çıkarılması açısından zorunlu olan kişilerin,

Tanıklığında bu kayıt zorunludur." biçimindedir.

İncelenen dosyada;

05/12/2007 doğumlu olup suç tarihinde 10 yaşını tamamlayıp 11 yaş içerisinde olduğu anlaşılan mağdur çocuk...'ın 20/03/2018 tarihinde avukat huzurunda kollukta alınan beyanında özetle; ifade tarihinden bir ay kadar önce mahallede bakkallık yapan... isimli kişinin kendisini bıçakla tehdit ettiğini, arkadaşlarını arayıp haber vermek istediğinde şüphelinin kendisine müdahale ederek "arkadaşlarını öldürürüm senin de eğitim hayatını bitiririm" diyerek aramasını engellediğini, bu arada kamera kayıtlarını sildiğini, şüphelinin telefonunun çaldığını ve şüphelinin kendisine "seni bir buçuk ay sonra tekrar edeceğim" dediğini, şüphelinin telefonunun çalması üzerine kendisinin dükkandan çıktığını, korktuğu için olayı kimseye söylemediğini, 20/03/2018 günü de okulda bayıldığını, hastaneye götürüldüğünü, eve gittiğinde tekrar bayılması üzerine yeniden hastaneye getirildiğini ve akabinde jandarmaya ifade verdiğini beyan ettiği, şüpheli ...'in 20/03/2018 tarihli ifadesinde özetle; mağdurun ailesi ile eşi tarafından akraba olduklarını, herhangi bir husumeti olmadığını, mağdurun babasıyla hesap konusunda anlaşamadığını ve alışveriş kestiğini, mağduru en son 2 ya da 3 gün önce babasıyla birlikte bakkalından alışveriş yaptığında gördüğünü, mağduru tehdit etmediğini savunduğu,

mağdurun babası ...'ın kollukta alınan beyanında; şüpheli... ile aralarında husumet olmadığını, olaya dair bilgisinin bulunmadığını ve şikayetçi olmadığını beyan ettiği, soruşturma neticesinde silahla tehdit suçundan şüpheli ... hakkında Salihli Cumhuriyet Başsavcılığınca "...şüphelinin üzerine atılı suç işlediğine dair ve hakkında kamu davası açmaya yeterli şüphe oluşturacak mağdurun soyut iddiası dışında başkaca delil elde edilemediği..." biçimindeki gerekçeyle 03/04/2018 tarihinde 2018/2201 soruşturma, 2018/1705 Sayılı kovuşturmaya yer olmadığına dair kararın verildiği, anılan kararın yaşı küçük mağdurun babası A. Dönmez'e 17/04/2018 tarihinde tebliğ edildiği, bu karara yaşı küçük mağdur...'ın kanuni temsilcileri olan ... ve Nergiz Sapmaz tarafından süresinde itiraz edildiği, itiraz sürecinde mağdur ve kanuni temsilcilerinin vekili tarafından, şüphelinin yaşı küçük mağdura cinsel istismarda bulunduğuna dair ek dilekçelerin sunulduğu, mercii Salihli Sulh Ceza Hâkimliğinin 22/06/2018 tarihli ve 2018/1107 Değişik İş sayılı kesin nitelikteki kararıyla itirazın reddine karar verildiği anlaşılmıştır.

Dosya kapsamı, kanun yararına bozma istemi ve tüm bu açıklamalar birlikte değerlendirildiğinde;

Yaşı küçük mağdura yönelik çocuğun cinsel istismarı iddialarına ilişkin olarak şüpheli hakkında, zamanaşımı içerisinde mahallinde soruşturma yapılabileceği değerlendirilmiştir.

Ceza Muhakemesi Kanununun "soruşturma" başlıklı 2. kitabında, Cumhuriyet savcısının suç soruşturmasına ilişkin süreci nasıl yürüteceği ve kovuşturmaya yer olmadığına karar verilmesi durumunda, itirazı incelemekle görevli hakimliğin görevleri açık bir şekilde düzenlenmiş bulunmaktadır. Bu çerçevede, kovuşturmaya yer olmadığına dair kararı itiraz üzerine inceleyen hakimlik, kamu davası açılması için yeterli delil bulunmaması durumunda itirazın reddine, yeterli delil bulunması durumunda itirazın kabulüne veya dosyada yer alan delillerin itirazla ilgili olumlu veya olumsuz bir karar verilmesi için yeterli olmadığı durumlarda soruşturmanın genişletilmesine karar verebilecektir.

Ceza Genel Kurulu'nun 18/09/2018 tarihli ve 2017/3-192 esas, 2018/360 Sayılı kararında da belirtildiği üzere, 5271 Sayılı CMK'nın 236. maddesinin 3. fıkrasında; "Mağdur çocukların veya işlenen suçun etkisiyle psikolojisi bozulmuş olan diğer mağdurun tanık olarak dinlenmesi sırasında psikoloji, psikiyatri, tıp veya eğitim alanında uzman bir kişi bulundurulur. Bunlar

hakkında bilirkişilere ilişkin hükümler uygulanır.” hükmü yer almaktadır. Anılan fıkra, TBMM Adalet Komisyonunda eklenmiş olup, Komisyon raporunda mağduru korumaya yönelik olarak bu düzenlemenin yapıldığı belirtilmiştir. Görüldüğü gibi maddedeki düzenleme buyurucu hüküm niteliğinde olup, mağdur çocukların dinlenmesi sırasında psikoloji, psikiyatri, tıp veya eğitim alanında uzman bir kişinin bulundurulması zorunludur. Diğer yandan, 5271 Sayılı CMK’nın “Tanıkların dinlenmesi” başlıklı 52. maddesinin 3. fıkrasında; tanıkların dinlenmesi sırasındaki görüntü veya seslerin kayda alınabileceği ancak; mağdur çocukların, duruşmaya getirilmesi mümkün olmayan ve tanıklığı maddî gerçeğin ortaya çıkarılması açısından zorunlu olan kişilerin, tanıklığında bu kayıtların zorunlu olduğu belirtilmiştir. Bu hüküm ile suçun mağduru konumundaki çocuk ve psikolojisi bozulmuş kişileri korumak amaçlanmış, ifade alma işleminin ses ve görüntü olarak kaydının yapılması sağlanarak işlenen suç nedeniyle psikolojisi bozulmuş çocuk veya mağdurun soruşturma veya kovuşturma aşamasında birden fazla dinlenmesinin ve adli süreçten olumsuz etkilenmesinin önüne geçilmesine yönelik düzenleme getirilmiştir. 18 yaşından küçük olan mağdurun dinlenmesi sırasında Kanun’da öngörülen nitelikte bir uzmanın bulundurulmaması ve beyanlarına ilişkin görüntü veya seslerin kayda geçirilmemesi yasaya aykırı olmakla birlikte eğer mağdur 18 yaşını ikmal etmiş ise telafisi mümkün olmayan bu husus artık bozma nedeni yapılamayacaktır.

Somut olayda gelince, 05/12/2007 doğumlu olup suç tarihinde 10 yaşını tamamlayıp 11 yaş içerisinde olduğu anlaşılan mağdur çocuk...’ın ifadesi 20/03/2018 tarihinde vekil huzurunda kolluk görevlileri tarafından alınmış, ifade sırasında CMK’da öngörülen nitelikte bir uzman bulundurulmamış ve beyanlarına ilişkin görüntü veya sesler kayda geçirilmemiştir. Ayrıca yaşı küçük mağdurun ifadesinde şüphelinin bakkallık yapan... olduğu belirtilmiş, yaşı küçük mağdurun babası olan ...’ın ifadesinde şüpheli olarak... ismi beyan edilmiş, kolluk tarafından şüpheli olarak ...’ın ifadesi alınmıştır. Yaşı küçük mağdurun ifadesinde geçen bakkallık yapan...’ın şüpheli ... olup olmadığı teşhis ya da kolluk araştırması yapılmak suretiyle netleştirilmemiştir. Bu açıklamalar karşısında; yaşı küçük mağdurun CMK’da öngörülen biçimde yöntemince ifadesinin alınması, taraflar arasında husumet olmadığının belirtilmesi nedeniyle yaşı küçük mağdurun beyanına itibar edilip edilemeyeceğinin araştırılıp değerlendirilmesi, mağdurun ifadesinde geçen bakkallık yapan...’ın şüpheli ... olup olmadığının teşhis ya da kolluk araştırması yapılmak suretiyle netleştirilmesi suretiyle eksik yapılan soruşturmanın neticelendirilmesinden

sonra, itirazın kabulü veya reddi yönünde bir karar verilmesi gerekirken, bu süreç işletilmeden kurulan itirazın reddine ilişkin mercii Salihli Sulh Ceza Hâkimliğinin 22/06/2018 tarihli ve 2018/1107 Değişik İş sayılı kararında isabet bulunmamaktadır.

Yukarıda açıklanan nedenlerle,

Kanun yararına bozma istemi yerinde görüldüğünden, mercii Salihli Sulh Ceza Hâkimliğinin 22/06/2018 tarihli ve 2018/1107 Değişik İş sayılı kesinleşen kararının, 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 309. maddesi uyarınca BOZULMASINA, bozma nedenine göre sonraki işlemlerin, CMK'nın 309/4-a maddesi gereğince mahallinde merci mahkemesince yerine getirilmesine, 28.03.2019 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

Zorunlu Vekil, Zorunlu Müdafî ve Kanun Yolu Başvurularına İlişkin Kararlar

-
- *Karar No 15: Yargıtay 2. Ceza Dairesi E. 2018/6751 K. 2019/1151*
 - *Karar No 16: Yargıtay 4. Ceza Dairesi E. 2017/1563 K. 2018/16572*
 - *Karar No 17: Yargıtay 13. Ceza Dairesi E. 2016/7119 K. 2017/14509*
 - *Karar No 18: Yargıtay 22. Ceza Dairesi E. 2015/1801 K. 2015/2008*
-

YARGITAY 2. CEZA DAİRESİ

E. 2018/6751

K. 2019/1151

T. 28.1.2019

Nitelikli hırsızlık, konut dokunulmazlığını ihlâl ve mala zarar verme suçlarından suça sürüklenen çocuk ...'ın 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 142/2-h-2, 143, 116/4, 151/1, 31/3, 62, 51 ve 52/2. maddeleri gereğince, 4 yıl 2 ay hapis, 6 ay 20 gün hapis ve 1.320,00 Türk lirası adlî para cezası ile cezalandırılmasına, 6 ay 20 gün hapis cezasının 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 51. maddesi gereğince cezasının ertelenmesine, suça sürüklenen çocuk ...'ün, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 116/4, 31/3, 62 ve 51. maddeleri gereğince, 5 ay hapis cezası ile cezalandırılmasına, cezasının 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 51. maddesi gereğince cezasının ertelenmesine, dair... 2. Asliye Ceza Mahkemesi'nin 25/04/2017 tarihli ve 2017/28 esas, 2017/223sayılı karar aleyhine Yüksek Adalet Bakanlığınca verilen 08/11/2018 gün ve 9726-2018 Sayılı kanun yararına bozma talebine dayanılarak dava dosyası Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının 19/11/2018 gün ve 2018/91405 Sayılı tebliğnamesiyle dairemize gönderilmekle okundu.

Kanun yararına bozma isteyen tebliğnamede;

Dosya kapsamına göre,

1-) 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 150/2. maddesi gereğince, suça sürüklenen çocuk ...'ın müdafii huzurunda savunmasının tespit edilmesi gerektiği gözetilmeden, savunma hakkı kısıtlanmak suretiyle suça sürüklenen çocuk ... hakkında yazılı şekilde mahkûmiyet kararı verilmesinde,

2-) Konut dokunulmazlığını ihlâl suçu yönünden, suç tarihinden önce hapis cezasına ilişkin hükümlülüğü bulunmayan suça sürüklenen çocuk ... hakkında tayin olunan 5 ay kısa süreli hapis cezası ile suça sürüklenen çocuk ... hakkında tayin olunan 6 ay 20 gün kısa süreli hapis cezasının, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 50/3. maddesindeki "Daha önce hapis cezasına

mahkûm edilmemiş olmak koşuluyla, mahkûm olunan otuz gün ve daha az süreli hapis cezası ile fiili işlediği tarihte onsekiz yaşını doldurmamış veya altmışbeş yaşını bitirmiş bulunanların mahkûm edildiği bir yıl veya daha az süreli hapis cezası, birinci fıkrada yazılı seçenek yaptırımlardan birine çevrilir." hükmü uyarınca anılan maddenin 1. fıkrası bentlerindeki seçenek yaptırımlardan birine çevrilmesinin zorunlu olduğu gözetilmeden, yazılı şekilde karar verilmesinde, isabet görülmediğinden 5271 Sayılı CMK'nın 309. maddesi uyarınca anılan kararın bozulması lüzumu kanun yararına bozma talebine dayanılarak ihbar olunmuştur.

GEREĞİ DÜŞÜNÜLDÜ:

1-) Suça sürüklenen çocuk ... yönünden kanun yararına bozma istemlerinin incelenmesinde;

Suçta sürüklenen çocuk ...'ın 28/02/2017 tarihli hazır bulunduğu oturumda, Ceza Muhakemesi Kanunu Gereğince Müdafii ve Vekillerin Görevlendirilmeleri İle Yapılacak Ödemelerin Usul ve Esaslarına İlişkin Yönetmeliğin 7. maddesinin 1. fıkrasının (a) bendi gereğince soruşturma aşamasında görevlendirilen müdafinin görevinin iddianamenin kabul kararı verilmesi ile birlikte sona ereceği de gözetilmeksizin mahkemece kendisine duruşma davetiyesi gönderilen ve soruşturma aşamasında.... Cumhuriyet Başsavcılığınca 5271 Sayılı CMK'nın 150/2. maddesi uyarınca suça sürüklenen çocuğa Baro tarafından görevlendirilen zorunlu müdafii Av. Y. Tekeli Ayrancı'nın hazır olmadığı; 10/07/2001 doğumlu olup, 28/02/2017 tarihi itibarıyla 18 yaşından küçük olduğu anlaşılan suça sürüklenen çocuğun zorunlu müdafii hazır edilmeden sorgusunun yapıldığı ve suça sürüklenen çocuğun yaşça küçük olduğu gibi hakkında kurulan mahkumiyet hükümlerinin kesinleştirilmesinden sonra infazına başlanması üzerine ailesince vekaletname ile vekil tayin edilen Av..... nın 25.07.2017 havale tarihli dilekçesi ekinde sunmuş olduğu.... Hastalıkları Eğitim ve Araştırma Hastanesinden alınmış 18/04/2008 tarihli kurul raporunda da hafif mental retardasyon nedeniyle % 50 oranında zihinsel engelli olduğunun belirtildiği, 28/02/2017 tarihli oturumda suça sürüklenen çocuk müdafinin hazır olmadığı, karar verilen 25/04/2017 tarihli oturumda da suça sürüklenen çocuğun hazır olmadığı, böylece hiçbir oturumda suça sürüklenen çocuk ile müdafinin bir araya gelemediği, hükmün suça sürüklenen çocuğun yokluğunda, müdafinin yüzüne karşı verildiği ve zorunlu müdafii tarafından süresinden sonra istinaf edildiği anlaşılmakla;

Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 12/07/2011 tarihli ve 2011/6-155 Esas – 2011/172 Karar sayılı kararında “Kendisine zorunlu müdafii atandığının sanığa bildirilmediği ve sanığın bu konudaki iradesine değer verilmediği ya da sanığın bu konudaki iradesinin dosya kapsamından anlaşılamadığı durumlarda hükmün müdafii yanında sanığın kendisine de tebliğinin adil yargılanma hakkının bir gereği olduğu kabul edilmelidir. Özellikle vurgulamak gerekirse, bu durum Tebligat Hukuku ile değil münhasıran vazgeçilemez ve göz ardı edilemez nitelikteki savunma hakkı ve daha geniş anlamda adil yargılanma hakkı ile ilgilidir. Bu nedenle, çözümün tebligata ilişkin hükümler yerine savunma hakkına ilişkin düzenlemelerde aranması gerekir.” şeklinde belirtildiği üzere öncelikle suçta sürüklenen çocuğun bu konuda iradesinin bulunup bulunmadığının irdelenmesi gerekir.

Bu açıklamalar ışığında somut olay değerlendirildiğinde, suçta sürüklenen çocuğun bu konuda iradesinin bulunmadığı dosya kapsamından açıkça anlaşılmaktadır. Zira; suçta sürüklenen çocuğun zorunlu müdafiiinin yüzüne karşı karar verilmiş olsa da, sorgusunun yapıldığı oturumda yaşı ve dosyaya sunulan rapordaki hastalığı halen devam ediyor ise zihinsel engeli nedeniyle bunu anlayıp kavrayabilecek konumda olmayan suçta sürüklenen çocuğun müdafii tayininden haberdar olduğunu kabul etmek mümkün değildir, zihinsel engelli suçta sürüklenen çocuğun sorgusu, savunma hakkı kısıtlanmak suretiyle zorunlu müdafii bulundurulmadan yapılmış olduğundan yasaya uygun olmadığı gibi kendisine hatırlatılan hakları da anlayabilecek yeterlilikte olmayan ve ayrıca zorunlu müdafii ile bir araya gelmeyen suçta sürüklenen çocuğun kendisini temsil eden müdafiden haberdar olduğundan söz edilemeyeceğinden hükmün suçta sürüklenen çocuğa veya zihinsel engelli olması nedeniyle yasal temsilcisi olan veli ya da vasisine de tebliğinin gerektiğinin gözetilmemesi nedeniyle suçta sürüklenen çocuk müdafiiilerinin öğrenme üzerine vermiş oldukları 25/07/2017 tarihli istinaf dilekçelerine dayanılarak, istinaf istemleri süresinde kabul edilip suçta sürüklenen çocuk ... hakkında kurulan mahkumiyet hükümlerine yönelik kanun yolu incelemesi yapılması gerektiğinden hükümlerin usulüne uygun kesinleşmediği belirlenmekle; kesinleşmemiş kararlara karşı kanun yararına bozma isteminde bulunulamayacağından, (POLATLI) 2. Asliye Ceza Mahkemesi'nin 25.04.2017 tarihli ve 2017/28 E., 2017/223 K. sayılı kararına yönelik kanun yararına bozma isteminin REDDİNE,

2-) Suça sürüklenen çocuk ... yönünden kanun yararına bozma isteminin incelenmesinde;

5237 Sayılı TCK'nın 50/3 maddesi gereğince, daha önce hapis cezasına mahkum edilmemiş olup, suçu işlediği tarihte onsekiz yaşını doldurmamış olan suça sürüklenen çocuk hakkında işyeri dokunulmazlığının ihlali suçundan belirlenen kısa süreli hapis cezasının, aynı maddenin 1. fıkrasında yazılı seçenek yaptırımlardan birine çevrilmesinin zorunlu olduğunun gözetilmemesi nedeniyle suça sürüklenen çocuk ... hakkında 2 no'lu kanun yararına bozma istemi yerinde görüldüğünden, Asliye Ceza Mahkemesinden verilip kesinleşen 25.04.2017 tarihli ve 2017/28 E., 2017/223 K. sayılı kararın, 5271 Sayılı CMK'nın 309. maddesinin 3. fıkrası uyarınca BOZULMASINA, aynı maddenin 4. fıkra (d) bendinin verdiği yetkiyle; suça sürüklenen çocuk ... hakkında işyeri dokunulmazlığının ihlali suçundan 5237 Sayılı TCK'nın 116/4, 31/2 ve 62. maddeleri uyarınca hükmolunan 5 ay hapis cezasının TCK'nın 50/1-a, 52/2. maddeleri uyarınca günlüğü takdire göre 20,00 TL'den hesaplanarak 3.000,00 TL adli para cezasına çevrilmesine, infazın bu miktar üzerinden yapılmasına, suça sürüklenen çocuk ... hakkında kurulan hükmün diğer bölümlerinin aynen korunmasına, 28.01.2019 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 4. CEZA DAİRESİ

E. 2017/15632

K. 2018/16572

T. 5.10.2018

Yerel Mahkemece verilen hüküm temyiz edilmekle, başvurunun süresi ve kararın niteliği ile suç tarihine göre dosya görüldü:

1-)Suç tarihi ile beyanının alındığı tarih itibariyle 15 yaşından küçük olan mağdur ... adına şikayet hakkını kullanma ve kamu davasına katılma yetkisi bulunan yasal temsilcisi müşteki ...'in 29/09/2015 tarihli duruşmada şikayetten vazgeçtiğini belirtmesi karşısında, mağdur ... vekilinin kanun yoluna başvuru hakkı bulunmadığı, sonradan yapılan şikayet üzerine verilen katılma kararının hükümsüz kaldığı anlaşıldığından zorunlu vekilin kurulan hükmü temyize hak ve yetkisi bulunmadığından temyiz inceleme isteminin, 1412 Sayılı CMUK'nın 317. maddesi gereğince REDDİNE,

2-)Suça sürüklenen çocuk ... hakkında tehdit suçundan verilen hükme yönelik temyize gelince;

Temyiz isteğinin reddi nedenleri bulunmadığından işin esasına geçildi.

Vicdani kanının oluştuğu duruşma sürecini yansıtan tutanaklar, belgeler ve gerekçe içeriğine göre yapılan incelemede;

a-) 02/12/2016 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanarak aynı tarihte yürürlüğe giren 6763 Sayılı Kanun'un 34. maddesiyle değişik 5271 Sayılı CMK'nın 253. maddesi ve maddeye eklenen fıkraya göre uzlaşma hükümleri yeniden düzenlenmiş ve suça sürüklenen çocuğa isnat edilen TCK'nın 106/1. maddesi kapsamındaki tehdit suçunun uzlaştırma kapsamında bulunduğu anlaşılmış olmakla, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 2 ve 7. maddeleri de gözetilerek, uzlaştırma işlemi uygulanarak sonucuna göre suça sürüklenen çocuğun hukuki durumunun bu kapsamda tekrar değerlendirilip belirlenmesinde zorunluluk bulunması,

b-) Kabule göre de; suça sürüklenen çocuğun sabıkasında görülen ilamın hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına dair olması, CMK'nın 231/8. maddesine 6545 Sayılı Kanun'un 72. maddesiyle "Denetim süresi içinde, kişi hakkında kasıtlı bir suç sebebiyle bir daha hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilemez." cümlesi eklenmiş ise de, adli sicil kaydında yer alan hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına dair ilamın kesinleşme tarihinin 18/06/2014 tarihli 6545 Sayılı Yasa'dan önce olması sebebiyle engel oluşturmaması karşısında, suça sürüklenen çocuk hakkında "başka mahkemece hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı bulunduğu anlaşılmalı" şeklindeki kanuni olmayan gerekçe ile hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına yer olmadığına karar verilmesi,

Bozmayı gerektirmiş, suça sürüklenen çocuk ... müdafinin temyiz itirazları bu sebeple yerinde görülmüş olduğundan, diğer yönleri incelenmeksizin HÜKMÜN 5320 Sayılı Kanun'un 8/1. maddesi gereğince uygulanması gereken 1412 Sayılı CMUK'nın 321. maddesi uyarınca BOZULMASINA, yargılamanın bozma öncesi aşamadan başlayarak sürdürülüp sonuçlandırılmak üzere dosyanın esas/hüküm mahkemesine gönderilmesine, 05/10/2018 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 13. CEZA DAİRESİ

E. 2016/7119

K. 2017/14509

T. 12.12.2017

Mahalli mahkemece verilen hükümler temyiz edilmekle dosya incelenerek, gereği düşünüldü:

I-)Suça sürüklenen çocuk ... hakkında verilen temyiz incelenmesinde;

Suçasürüklenençocuk... müdafiiinyüzüne karşı verilen hükmü süresinde temyiz etmediği anlaşılmaqla beraber, gerekçeli kararın usulüne uygun olarak suçasürüklenen çocuk ...'ın annesi ...'a 04/12/2014 tarihinde tebliğ edildiği, adı geçen suçasürüklenen çocuğun bu sebeple yasal temsilcisi olduğu anlaşılmaqla annesi ...'ın CMK'nın 262. maddesi uyarınca kanun yollarına başvurma hak ve yetkisi bulunmakta ise de, gerekçeli karar 04/12/2014 tarihinde tebliğ edilmesine karşın, hükmü CMUK'un 310/1. maddesinde öngörülen 1 haftalık süre geçtikten sonra 13/10/2015 tarihli dilekçeyle temyiz ettiği anlaşılmaqla, suçasürüklenen müdafii ile kanuni temsilcisinin süresinden sonra yapılan temyiz istemlerinin 1412 Sayılı CMUK'un 317. maddesi uyarınca REDDİNE,

II-) Suça sürüklenen çocuklar ..., ... (...), ... haklarında hırsızlık ve iş yeri dokunulmazlığını ihlal suçlarından kurulan hükümlerin incelenmesinde;

Suç konusunun değerine göre temel ceza belirlenirken alt sınırdan uzaklaşılması gerektiğinin gözetilmemesi ve suçasürüklenen çocuklar ve ... tarafından bir kısım boş şişelerin daha önce olay yerinden götürüldüğü ve çağrılmaları üzerine olay yerine geri getirdiklerinin anlaşılması karşısında suçun tamamlandığı gözetilmeksizin yazılı şekilde teşebbüs hükümlerinin uygulanması aleyhe temyiz olmadığından ve suçasürüklenen çocuklar... ve ... haklarında belirlenen ceza üzerinden yaşları sebebiyle TCK'nın 31/3. maddesi uyarınca indirim yapılırken hesap hatası yapılması; sonuç ceza miktarı doğru olduğundan bozma nedeni yapılmamış olup ayrıca suçasürüklenen çocukların site içinde apartmanın alt katındaki depo olduğu ve apartmanın havalandırma

boşluğundan depoya girildiğinin anlaşılmasına göre, suça sürüklenen çocuklar tarafından birden fazla kişi ile birlikte konut dokunulmazlığını bozma suçunu işledikleri anlaşıldığı halde depo olarak kullanılan yerin işyeri vasfında olduğu kabul edilerek işyeri dokunulmazlığını bozma suçundan ceza verilmesi aleyhe temyiz olmadığından bozma sebebi yapılmamıştır.

Dosya ve duruşma tutanakları içeriğine, toplanıp karar yerinde incelenerek tartışılan hukuken geçerli ve elverişli kanıtlara, gerekçeye ve hakimın takdirine göre; suça sürüklenen çocuklar ... ve ... müdafii, suça sürüklenen çocuk ... müdafinin temyiz itirazları yerinde görülmemiş olduğundan reddiyle, eleştiri dışında usul ve kanuna uygun bulunan hükümlerin tebliğnameye kısmen aykırı olarak ONANMASINA, 12/12/2017 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 22. CEZA DAİRESİ

E. 2015/1801

K. 2015/2008

T. 16.6.2015

Yerel Mahkemece verilen hüküm temyiz edilmekle, kararın nitelik, ceza türü, süresi ve suç tarihine göre dosya görüldü:

I)...'ün temyiz isteminin incelenmesinde :

Suçta sürüklenen çocuk hakkında verilen hükümlülük kararı, 25.2.2010 gününde müdafisinin yüzüne karşı tefhim edilip süresi içinde müdafii tarafından temyiz edildiği, 5271 Sayılı CMK'nın 262. maddesinde sanığın yasal temsilcisininde sanığa açık olan kanun yollarına süresi içinde kendiliklerinden başvurabilecekleri hükmünü amir olup, sanığın ninesi olduğu anlaşılan... 'ün sanığın yasal temsilcisi olduğuna dair bilgi ve belge bulunmadığı gibi hükmün suça sürüklenen çocuk müdafinin yüzüne karşı kurulması sebebiyle yasal temsilcinin temyiz süresinin de hükmün tefhiminden itibaren başlayacağı anlaşılmakla;... 'ün bu konudaki isteğinin 5320 Sayılı Kanun'un 8/1. maddesi yollamasıyla 1412 Sayılı CMUK'nın 317. maddesi uyarınca tebliğnameye uygun olarak REDDİNE,

II-Suçta sürüklenen çocuk müdafinin temyiz isteminin incelemesinde ;

Suçta sürüklenen çocuğun 5237 Sayılı TCY.nın 142/1-b, 31/2. maddelerine uyan suçların gerektirdiği ceza için belirlenen zamanaşımını düzenleyen aynı Kanun'un 66. maddesinde 8 yıllık süre belirlenmesi, aynı maddenin 2. fıkrasına göre 12-15 yaş grubunda bulunan sanıklar için bu sürenin 1/2'sinin geçmesiyle kamu davasının düşüleceğinin öngörülmesi ve aynı Kanunun 67. maddesi de gözetildiğinde, 6 yıllık zamanaşımının suç tarihi olan 26.4.2009 tarihi ile inceleme tarihine göre geçmiş bulunması,

Bozmayı gerektirmiş, suçta sürüklenen çocuk ... müdafinin temyiz itirazı bu itibarla yerinde görülüş olduğundan diğer yönleri incelenmeyen hükmün

Karar Numarası: 18

açıklanan sebeple BOZULMASINA, bozma nedeni yeniden yargılama yapılmasını gerektirmediğinden 5320 Sayılı Kanun'un 8/1. maddesi aracılığıyla 1412 Sayılı CMUK'nun 322. maddesinin verdiği yetkiye dayanılarak sanıklar hakkında açılan kamu davasının zamanaşımı sebebiyle DÜŞÜRÜLMESİNE, 16.6.2015 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

Adli Görüşme Raporu, Sosyal İnceleme Raporu ve Yargılama Giderlerine İlişkin Kararlar

-
- *Karar No 19: Yargıtay 17. Ceza Dairesi E.2019/12227
K. 2019/16786*
 - *Karar No 20: Yargıtay 17. Ceza Dairesi E. 2020/9221 K.2020/7065*
 - *Karar No 21: Yargıtay 14. Ceza Dairesi E. 2016/9920 K. 2016/8366*
 - *Karar No 22: Yargıtay Ceza Genel Kurulu E. 2016/986 K. 2018/554*
 - *Karar No 23: 14. Ceza Dairesi E. 2020/2252 K. 2020/2566*
-

YARGITAY 17. CEZA DAİRESİ

E.2019/12227

K. 2019/16786

T. 25.12.2019

Yerel mahkemece sanık ve suçta sürüklenen çocuk hakkında hırsızlık suçundan verilen hükümler temyiz edilmekle, başvuruların süresi ve kararların niteliği ile suç tarihine göre dosya görüşüldü:

Dosya ve duruşma tutanakları içeriğine, toplanıp karar yerinde incelenerek tartışılan hukuken geçerli ve elverişli kanıtlara, gerekçeye ve hakimın takdirine göre; suçun sanık ve suçta sürüklenen çocuk tarafından işlendiğini kabulde ve nitelendirmede usul ve yasaya aykırılık bulunmadığı anlaşılmış, diğer temyiz nedenleri de yerinde görülmemiştir.

Ancak;

1) Mahkemece 5271 sayılı Yasa'nın 150/3. maddesi uyarınca, yaşı küçük olan suçta sürüklenen çocuğun savunmasını yapmak üzere zorunlu müdafii görevlendirilmesi nedeniyle, müdafiyeye ödenen avukatlık ücretinin suçta sürüklenen çocuğa yargılama gideri olarak yükletilmesine karar verilmesi suretiyle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6/3-c maddesindeki düzenlemeye aykırılık meydana getirilmesi,

2) 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 324. maddesinin 2. ve 3. fıkralarında yargılama giderlerinin neleri kapsayacağını, kimin tarafından belirleneceğinin, kime ve nasıl yükletileceğinin düzenlendiği, buna göre iştirak halinde suç işleyen sanıklardan her birinin sebebiyet verdiği yargılama giderlerinin ayrı ayrı, ortak yargılama giderlerinden ise paylarına düşen oranın belirlenerek karar verilmesi gerekirken yargılama giderlerinin eşit tahsiline karar verilerek 5271 sayılı CMK'nun 326/2. maddesine aykırı davranılması,

3) Sanık hakkında, T.C. Anayasa Mahkemesinin, TCK'nun 53. maddesine ilişkin olan, 2014/140 Esas ve 2015/85 Karar sayılı iptal kararının, 24.11.2015

gün ve 29542 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmış olması nedeniyle iptal kararı doğrultusunda TCK’nun 53. maddesindeki hak yoksunluklarının yeniden değerlendirilmesinde zorunluluk bulunması,

Bozmayı gerektirmiş, suça sürüklenen çocuk ... müdafii, sanık ... ve o yer Cumhuriyet Savcısı’nın temyiz nedenleri bu itibarla yerinde görülmuş olduğundan, hükümlerin açıklanan nedenlerle 1412 sayılı CMUK’nun 321. maddesi uyarınca, tebliğnameye aykırı olarak BOZULMASINA, bozma nedenleri yeniden yargılama yapılmasını gerektirmediğinden, 5320 sayılı Yasa’nın 8/1. maddesi yollamasıyla 1412 sayılı CMUK’nun 322. maddesinin verdiği yetkiye dayanılarak, hükümler fıkrasına “Mahkemece 5271 sayılı Yasa’nın 150/3. maddesi uyarınca, yaşı küçük olan suça sürüklenen çocuğun savunmasını yapmak üzere zorunlu müdafii görevlendirilmesi nedeniyle, müdafiiye ödenen avukatlık ücretinin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 6/3-c maddesi uyarınca Devlet Hazinesi üzerinde bırakılmasına” ve “Neden oldukları yargılama giderinin sanık ve suça sürüklenen çocuktan ayrı ayrı, ortak yargılama giderlerinin de paylarına düşen miktarda eşit olarak tahsiline” cümlelerinin yazılması ve T.C. Anayasa Mahkemesinin, 5237 sayılı TCK’nun 53. maddesine ilişkin olan, 2014/140 Esas ve 2015/85 Karar sayılı iptal kararının 24.11.2015 gün ve 29542 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmış olmasından kaynaklanan zorunluluk nedeniyle; sanık hakkındaki hükümden “5237 sayılı TCK’nun 53. maddesinin uygulanmamasına ilişkin olan tüm kısımların” çıkartılması ile yerlerine “5237 sayılı TCK’nun 53. maddesinin Anayasa Mahkemesinin 2014/140 Esas ve 2015/85 Karar sayılı iptal kararı da gözetilmek suretiyle uygulanmasına” cümlesinin eklenmesi suretiyle, sair yönleri usul ve yasaya uygun bulunan hükümlerin DÜZELTİLEREK ONANMASINA, 25/12/2019 tarihinde oy birliğiyle karar verildi.

YARGITAY 17. CEZA DAİRESİ

E. 2020/9221

K.2020/7065

T. 06.07.2020

Yerel mahkemece suça sürüklenen çocuk hakkında hırsızlık ve mala zarar verme suçlarından verilen hükümler temyiz edilmekle, başvurunun süresi ve kararların niteliği ile suçların tarihine göre dosya görüşüldü:

A)Suça sürüklenen çocuk hakkında hırsızlık suçundan kurulan hükmün temyiz incelemesinde;

Suçta sürüklenen çocuğun, katılanın işlettiği lokantanın kapısına zarar vererek içeri girdikten sonra yazar kasa çekmecelerini karıştırdığı, bir miktar bozuk para ile 3 adet sütlaç, 1 adet kaşık ve sadaka kutusunu çalarak kaçtığı, suça sürüklenen çocuk, karnının aç olması nedeniyle lokantadan hırsızlık yaptığını beyan etse de, lokantadan karnını doyuracağı yiyecek haricinde yazar kasadan para ve sadaka kutusunu da aldığı, ayrıca olay yeri kamera görüntülerinde olaydan sonra iki kez de taksiye bindiğinin tespit edildiğinin anlaşılması karşısında; suça sürüklenen çocuğun cezadan kurutulmaya yönelik savunmalarına itibar edilmeyerek, tebliğnamede bu yönde bozma isteyen görüşe iştirak edilmemiştir.

Dosya ve duruşma tutanakları içeriğine, toplanıp karar yerinde incelenerek tartışılan hukuken geçerli ve elverişli kanıtlara, gerekçeye ve hâkimin takdirine göre; suçun suça sürüklenen çocuk tarafından işlendiğini kabulde usul ve yasaya aykırılık bulunmadığı anlaşılmış, diğer temyiz nedenleri de yerinde görülmemiştir.

Ancak;

1- 5395 sayılı Yasa'nın 11. maddesi ve Çocuk Koruma Kanununa Göre Verilen Koruyucu ve Destekleyici Tedbir Kararlarının Uygulanması Hakkındaki Yönetmeliğin 8. maddesi uyarınca, fiili işlediği sırada on iki yaşını bitirmiş on

beş yaşını doldurmamış bulunan çocuklar ile on beş yaşını doldurmuş ancak sekiz yaşını doldurmamış sağır ve dilsizlerin işledikleri fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını algılayamamaları veya davranışlarını yönlendirme yeteneklerinin yeterince gelişmemiş olması hâlinde mahkemece suça sürüklenen ve ceza sorumluluğu olmayan çocuklarla, korunma ihtiyacı olan çocuklar hakkında tedbir verilebileceği gözetilmeden ceza sorumluluğu olan ve hakkında mahkumiyet hükmü kurulan suça sürüklenen çocuk hakkında 5395 sayılı Yasa'nın 5. maddesi uyarınca tedbire hükmedilmesi,

2-Suçta sürüklenen çocuk hakkında hazırlanan sosyal inceleme raporu için bilirkişiye ödenen 75 TL'nin zorunlu kamu masrafı niteliğinde bulunması nedeniyle bu giderin suça sürüklenen çocuğa yargılama gideri olarak yükletilmesine karar verilmesi suretiyle, Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'ye aykırı davranılması,

Bozmayı gerektirmiş, suça sürüklenen çocuk ... müdafininin temyiz nedeni bu itibarla yerinde görülüş olduğundan, hükmün açıklanan nedenlerle tebliğnameye aykırı olarak BOZULMASINA, bozma nedenleri yeniden yargılama yapılmasını gerektirmediğinden, 5320 sayılı Yasa'nın 8/1. maddesi aracılığıyla 1412 sayılı CMUK'nun 322. maddesinin verdiği yetkiye dayanılarak, hüküm fıkrasından "5395 sayılı ÇKK'nın 5/h maddesi uyarınca bir meslek veya sanat edinmesi amacı ile meslek veya sanat edinme kursuna devam etmesi şeklinde eğitim tedbirine hükmedilmesine" ilişkin ibarenin çıkartılması ve hüküm fıkrasındaki yargılama giderleri ile ilgili bölümden, sosyal inceleme raporu için bilirkişi ücreti olarak belirlenen 75 TL'nin suça sürüklenen çocuktan tahsiline ilişkin ibarenin çıkarılması suretiyle, diğer yönleri usul ve yasaya uygun bulunan hükmün DÜZELTİLEREK ONANMASINA,

B)Suça sürüklenen çocuk hakkında mala zarar verme suçundan kurulan hükmün temyiz incelemesinde;

Suç tarihinde (12-15) yaş aralığında olan suça sürüklenen çocuğun, katılana ait lokantanın kapısına zarar vererek içeri girmesi şeklinde gerçekleşen eylemine uyan ve 5237 sayılı TCK'nın 151/1, 31/2. maddesinde tanımlanan mala zarar verme suçunun gerektirdiği cezanın türü ve üst sınırına göre, aynı Yasa'nın 66/1-e, 66/2. maddelerinde öngörülen 4 yıllık asli dava zamanaşımı süresinin, karar tarihi olan 18/12/2015 tarihi ile inceleme tarihi arasında geçmiş bulunması,

Bozmayı gerektirmiş, suçta sürüklenen çocuk ... müdafininin temyiz nedeni bu bakımdan yerinde görülüş olduğundan, hükmün açıklanan nedenle tebliğnameye aykırı olarak BOZULMASINA, bozma nedeni yeniden yargılama yapılmasını gerektirmediğinden, 5320 sayılı Yasa'nın 8/1. maddesi yollamasıyla 1412 sayılı CMUK'nun 322. maddesinin verdiği yetkiye dayanılarak, suçta sürüklenen çocuk hakkında açılan kamu davasının zamanaşımı nedeniyle DÜŞÜRÜLMESİNE, 06.07.2020 tarihinde oy birliğiyle karar verildi.

YARGITAY 14. CEZA DAİRESİ

E. 2016/9920

K. 2016/8366

T. 8.12.2016

İlk derece mahkemesince verilen hüküm temyiz edilmekle dosya incelenerek gereği düşünüldü:

Soruşturma evresinde mağdurenin çocuk izlem merkezinde ifadesinin alınması sırasında hazır bulunan adli görüşmecinin beyanında, ifadenin alınış tarzına bir diyeceğinin bulunmadığını, bu aşamada ifadeye ekleyecek bir hususun olmadığını ve bu konuda ayrıca raporunu vereceğini belirttiği halde anılan raporun dosya içine alınmadığı anlaşılmakla, mağdurenin beyanlarına dair olarak bahse konu adli görüşme raporunun dosya içine alınıp mahkemece incelenmesi gerektiği gözetilmeden eksik araştırma ile yazılı şekilde hüküm kurulması,

Kabul ve uygulamaya göre de;

Dosyada mevcut ... Ağır Ceza Mahkemesi'nin 26.01.2016 gün ve 2015/174 Esas, 2016/17 Karar sayılı ilamıyla, Adli Tıp Kurumu... İhtisas Kurulunun raporu ilgi tutularak sanığın doğum tarihinin ay ve gün baki kalmak kaydıyla 01.03.1999 olarak tashih edildiği, düzeltilen bu doğum tarihine göre sanığın kamu davasına konu olayın gerçekleştiği tarihte onbeş-onsekiz yaş grubu içinde kalacağı, yine bahse konu kararda geçen ve...Çocuk Mahkemesi'nin 2012/1052 Esas, 2013/389 Karar sayılı ilamıyla sanığın yaşının tashihine karar verildiği, Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi (UYAP) ortamında yapılan araştırmada ... Çocuk Mahkemesi'nin söz konusu kararının Yargıtay 13. Ceza Dairesinin 2014/9808 Esas, 2014/32998 Karar sayılı ilamıyla "Cumhuriyet Savcısının görüşü alınmadan ve nüfus temsilcisinin hazır bulunmadığı oturumda yaş tashihi yapıldığından" bahisle bozulmasına karar verildiği, ... Ağır Ceza Mahkemesi'nin yaş tashihine dair 2015/174 Esas, 2016/17 Sayılı Kararının ise henüz kesinleşmediği ve Yargıtay 6. Ceza Dairesinin 2016/3658 Esasına kayıtlı

olarak temyiz inceleme sırası beklediğinin anlaşılması karşısında, mahkemece ... Ağır Ceza Mahkemesi'nin 2015/174 Esas, 2016/17 Sayılı Kararının kesinleşmesi beklenerek, gerektiğinde sanığın kemik yaşının tespitine dair Adli Tıp Kurumu ilgili ihtisas kurulunun raporu dosya içine getirtilip kamu davasına münhasır şekilde yaş düzeltilmesi olanağı tartışılarak sonucuna göre sanık hakkında TCK'nın 31/3. maddesinin tatbik edilip edilmeyeceğinin belirlenmesinde zorunluluk bulunması,

Hükümden sonra 02.12.2016 tarihinde yürürlüğe giren 6763 Sayılı Kanun'un 13. maddesiyle TCK'nın 103. maddesinin yeniden düzenlenmesi karşısında, 5237 Sayılı TCK'nın 7/2. madde-fıkrasındaki "Suçun işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanun ile sonradan yürürlüğe giren kanunların hükümleri farklı ise, failin lehine olan kanun uygulanır ve infaz olunur" hükmü gözetilerek lehe olan hükmün önceki ve sonraki kanunların bütün hükümleri olaya uygulanarak ortaya çıkan sonuçların birbirleriyle karşılaştırılması suretiyle belirlenmesi ve her iki kanunla ilgili uygulamanın denetime imkan verecek şekilde kararda gösterilmesi suretiyle yeniden değerlendirilmesinde zorunluluk bulunması, kanuna aykırı, sanık ile müdafinin temyiz itirazları bu itibarla yerinde görüldüğünden, ceza miktarı itibarıyla kazanılmış hakkı saklı kalmak kaydıyla hükmün 5320 Sayılı Kanun'un 8/1. maddesi gözetilerek 1412 Sayılı CMUK'nın 321 ve 326. maddeleri uyarınca BOZULMASINA, 08.12.2016 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY CEZA GENEL KURULU

E. 2016/986

K. 2018/554

T. 20.11.2018

Nitelikli yağma suçundan sanık ...'ın TCK'nın 149/1-a-b-c-d-h, 35, 31/3, 62 ve 63. maddeleri uyarınca 5 yıl hapis cezası ile cezalandırılmasına ve mahsuba ilişkin Adana 9. Ağır Ceza Mahkemesince verilen 16.06.2015 tarihli ve 85-253 sayılı hükmün, sanık ve müdafisi tarafından temyiz edilmesi üzerine dosyayı inceleyen Yargıtay 6. Ceza Dairesince 24.02.2016 tarih, 7885-1229 sayı ve oy çokluğu ile onanmasına karar verilmiştir.

Daire üyesi İ. Kaya "...26.09.1997 doğumlu olan ve 01.02.2015 suç tarihinde, içinde bulunduğu 17 yaş itibarıyla fiili işlediği sırada ve yine hakkında yerel mahkemece mahkûmiyet kararının verildiği 16.06.2015 tarihinde 15 yaşını doldurmuş olup da 18 yaşını doldurmamış (inceleme tarihi itibarıyla ise artık doldurmuş) bulunan suça sürüklenen çocuk ... hakkında kurulan hükmün, başkaca bozma nedenleri bulunmaksızın sadece sosyal inceleme raporu aldırılmaması ve aldırılmama nedeninin tartışılmaması yönünden bozulmasının, konuya ilişkin Yasa, Yönetmelik, Ceza Kanunu hükümleri ile usule aykırılık, ayrıca yargılamanın hızlılığı ve usul ekonomisi ilkeleri ile bu yönüyle de mağdur haklarını ihlal teşkil edeceği," görüşüyle karşı oy kullanmıştır.

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı ise 20.05.2016 tarih ve 313472 sayı ile;

"...Sanık hakkında başka bozma sebebi bulunmayan hükümde, sosyal inceleme raporu alınmamasının münhasıran bozmayı gerektirmediği" görüşüyle itiraz kanun yoluna başvurmuştur.

CMK'nın 308. maddesi uyarınca inceleme yapan Yargıtay 6. Ceza Dairesince 26.05.2016 tarih ve 3974-4481 sayı ile itiraz nedenlerinin yerinde görülmediğinden bahisle Yargıtay Birinci Başkanlığına gönderilen dosya, Ceza Genel Kurulunca değerlendirilmiş ve açıklanan gerekçelerle karara bağlanmıştır.

TÜRK MİLLETİ ADINA CEZA GENEL KURULU KARARI

İtirazın kapsamına göre inceleme sanık ... hakkında nitelikli yağma suçundan kurulan hükümlerle sınırlı olarak yapılmıştır.

Özel Daire ile Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı arasında oluşan ve Ceza Genel Kurulunca çözümlenmesi gereken uyumsuzluklar;

1- 15-18 yaş grubu içerisinde olan sanık hakkında 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu'nun 35/1. maddesi uyarınca sosyal inceleme raporu alınmasının zorunlu olup olmadığı,

2- Yerel Mahkemece sosyal inceleme raporunun alınmaması hâlinde bunun gerekçesinin kararda gösterilmesinin zorunlu olup olmadığı,

3- Yargıtay tarafından yapılan temyiz incelemesi sırasında hükmün bozulmasını gerektirir başkaca bir bozma nedeninin bulunmadığı durumlarda; bu eksikliklerin başlı başına bozma nedeni yapıp yapılamayacağı,

Hususlarına ilişkindir.

İncelenen dosya kapsamından;

Nitelikli yağma suçundan yargılanan sanığın yaşının suç tarihinde 17 yıl, 4 ay, 5 gün, karar tarihinde 17 yıl, 8 ay, 20 gün olduğu, sanık hakkında gerek soruşturma evresinde gerekse kovuşturma evresinde sosyal inceleme raporu alınmadığı gibi sosyal inceleme yaptırılmamasının sebebinin de gerekçeli kararda tartışılmadığı anlaşılmaktadır.

Uyumsuzluk konularının ayrı ayrı değerlendirilmesinde fayda bulunmaktadır.

1- 15-18 yaş grubu içerisinde olan sanık hakkında 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu'nun 35/1. maddesi uyarınca sosyal inceleme raporu alınmasının zorunlu olup olmadığı;

Anayasa'nın 90. maddesinde, usulüne göre yürürlüğe konulmuş uluslararası antlaşmaların kanun hükmünde olduğu, bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurulamayacağı ve usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek

uyuşmazlıklarda uluslararası antlaşma hükümlerinin esas alınacağına hüküm altına alınması nedeniyle uyuşmazlık konusu bakımından önem arz eden Birleşmiş Milletler tarafından 20.11.1989 tarihinde kabul edilen ve ülkemizde de 27.01.1995 tarihli ve 22184 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren “Çocuk Haklarına Dair Sözleşme”nin 40/1. maddesinde: “Taraflar Devletler, hakkında ceza yasasını ihlâl ettiği iddia edilen ve bu nedenle itham edilen ya da ihlâl ettiği kabul edilen her çocuğun; çocuğun yaşı ve yeniden topluma kazandırılmasının ve toplumda yapıcı rol üstlenmesinin arzu edilir olduğu hususları gözönünde bulundurularak, taşıdığı saygınlık ve değer duygusunu geliştirecek ve başkalarının da insan haklarına ve temel özgürlüklerine saygı duymasını pekiştirecek nitelikte muamele görme hakkını kabul ederler.” hükmüne yer verilmiş, aynı maddenin üçüncü fıkrasında “Taraflar Devletler, hakkında ceza yasasını ihlâl ettiği iddiası ileri sürülen, bununla itham edilen ya da ihlâl ettiği kabul edilen çocuk bakımından, yalnızca ona uygulanabilir yasaların, usullerin, onunla ilgili makam ve kuruluşların oluşturulmasını teşvik edecek ve özellikle şu konularda çaba göstereceklerdir:

a. Ceza Yasasını ihlâl konusunda asgari bir yaş sınırı belirleyerek, bu yaş sınırının altındaki çocuğun ceza ehliyetinin olmadığı kabulü;

b. Uygun bulunduğu ve istenilir olduğu takdirde, insan hakları ve yasal güvencelere tam saygı gösterilmesi koşulu ile bu tür çocuklar için adli kovuşturma olmaksızın önlemlerin alınması.” dördüncü fıkrasında ise; “Koruma tedbiri, yönlendirme ve gözetim kararları, danışmanlık, şartlı salıverme, bakım için yerleştirme, eğitim ve meslek öğretme programları ve diğer kurumsal bakım seçenekleri gibi çeşitli düzenlemelerin uygulanmasında, çocuklara durumları ve suçları ile orantılı ve kendi esenliklerine olacak biçimde muamele edilmesi sağlanacaktır.” düzenlemesine yer verilmiştir. Türk Ceza Hukuku mevzuatı incelendiğinde de gerek maddi ceza hukuku, gerek yargılama hukuku gerekse infaz hukuk bakımından çocuklar için yetişkinlerden farklı müesseseler getirildiği görülmektedir.

Uyşmazlığın sağlıklı bir şekilde çözümlenebilmesi için “Sosyal inceleme, sosyal inceleme raporu” ve TCK’nın 31. maddesinde düzenlenen “Yaş küçüklüğü” ile “Çocuk” kavramlarının açıklanması gerekmektedir.

Ceza hukukunun konusunu oluşturan kusur, fail hakkında yapılan kişisel kınama yargısını ifade etmektedir. Kınamanın sebebi ise failin norma uygun davranabilecek ve hukuka uygun hareket edebilecek durumda olmasına

rağmen hukuka aykırı davranışı tercih etmesi ve hukukun kendisinden talep ettiği şekilde davranmamasıdır. (Mahmut Koca-İlhan Üzülmaz, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, Seçkin, Ankara, 2008, s. 289; Berrin Akbulut, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 3. Baskı, Adalet, 2016, s. 480-481.)

Bir kimsenin işlediği fiilden dolayı kınanabilmesi, yani o kişinin kusurlu olduğundan söz edilebilmesi için öncelikle, o kişinin fiili işlediği sırada kusur yeteneğine sahip olması gerekmektedir. Türk Ceza Kanunu'nda kusur yeteneğinin ne olduğu hususunda bir tanımlama mevcut olmasa da 31. ve 32. maddeler gözetildiğinde kusur yeteneğinin, kişinin işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama ile davranışlarını yönlendirme kabiliyetinden oluştuğu kabul edilmelidir. (Koca-Üzülmaz, s. 291; Akbulut, s. 484-485.)

TCK'da ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenler başlığı altında düzenlenen ve kusurluluğu etkileyen hâllerden biri olarak öngörülen yaş küçüklüğü aynı Kanun'un 31. maddesinde:

“(1) Fiili işlediği sırada on iki yaşını doldurmamış olan çocukların ceza sorumluluğu yoktur. Bu kişiler hakkında, ceza kovuşturması yapılamaz; ancak, çocuklara özgü güvenlik tedbirleri uygulanabilir.

(2) Fiili işlediği sırada on iki yaşını doldurmuş olup da on beş yaşını doldurmamış olanların işlediği fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını algılayamaması veya davranışlarını yönlendirme yeteneğinin yeterince gelişmemiş olması hâlinde ceza sorumluluğu yoktur. Ancak bu kişiler hakkında çocuklara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur. İşlediği fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını algılama ve bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneğinin varlığı hâlinde, bu kişiler hakkında suç, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını gerektirdiği takdirde on iki yıldan on beş yıla; müebbet hapis cezasını gerektirdiği takdirde dokuz yıldan on bir yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. Diğer cezaların yarısı indirilir ve bu hâlde her fiil için verilecek hapis cezası yedi yıldan fazla olamaz.

(3) Fiili işlediği sırada on beş yaşını doldurmuş olup da on sekiz yaşını doldurmamış olan kişiler hakkında suç, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını gerektirdiği takdirde on sekiz yıldan yirmi dört yıla; müebbet hapis cezasını gerektirdiği takdirde on iki yıldan on beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. Diğer cezaların üçte biri indirilir ve bu hâlde her fiil için verilecek hapis cezası on iki yıldan fazla olamaz” şeklinde düzenlenmiş,

Madde gerekçesinin fiili işlediği sırada on iki yaşını doldurmuş olup da on beş yaşını doldurmamış olanlarla ilgili bölümünde; "Bu grup yaş küçüklerinin ceza sorumluluğunun olup olmadığı, çocuk hakimi tarafından tespit edilir. Ancak, bu belirlemeden önce, yaş küçüğünün içinde bulunduğu aile koşulları, sosyal ve ekonomik koşullar ile psikolojik ve eğitim durumu hakkında uzman kişilerce rapor hazırlanması istenir. Çocuk hakimi, hazırlanan bu raporları, ceza sorumluluğunun belirlenmesiyle ilgili olarak yapacağı değerlendirmede dikkate alır." açıklamalarına yer verilmiştir.

On beş yaşını doldurmuş olup da on sekiz yaşını doldurmamış olanlar ile ilgili olarak da; "Fiili işlediği sırada on beş yaşını doldurmuş ve fakat henüz on sekiz yaşını tamamlamamış gençler, normal koşullarda, gerçekleştirdikleri davranışların hukukî anlam ve sonuçlarını kavrama yeteneğine sahip olmakla birlikte; bu kişilerin, davranışlarını yönlendirme yetenekleri yeterince gelişmemiş olabilmektedir. Bu nedenle, suç yoluna girmiş olan gençlerin, işledikleri suçlar bağlamında irade yeteneğinin zayıf olduğu normatif olarak kabul edilmiştir. Azalmış kusur yeteneğine sahip bulunan gençler hakkında kural olarak indirilmiş cezaya hükmedilir." denilmiştir.

TCK'nın 31. maddesi ile yaş küçüklüğünün ceza sorumluluğuna etkisi, fiili işlediği sırada on iki yaşını doldurmamış, on iki yaşını doldurmuş olup da on beş yaşını doldurmamış ve on beş yaşını doldurmuş olup da on sekiz yaşını doldurmamış olanlar olmak üzere üç farklı grup içerisinde ele alınmıştır.

Uyuşmazlık konusu itibarıyla fiili işlediği sırada on beş yaşını doldurmuş olup da on sekiz yaşını doldurmamış olan çocukların ceza sorumluluğu üzerinde ayrıca durulması gerekmektedir.

Fiili işlediği sırada on beş yaşını doldurmuş olup da on sekiz yaşını doldurmamış olan çocukların kural olarak kusur yeteneğine sahip oldukları, yani ceza sorumluluklarının bulunduğu kabul edilir. Bu yaş grubundaki çocukların suçun anlam ve sonuçlarını kavrayamadıkları iddiası, tam ve kısmi akıl hastalığına ilişkin hükümler çerçevesinde değerlendirilir. Fiili işlediği sırada on beş yaşını doldurmuş ve fakat henüz on sekiz yaşını tamamlamamış çocuklar, normal koşullarda, gerçekleştirdikleri davranışların hukukî anlam ve sonuçlarını kavrama yeteneğine sahip olmakla birlikte; bu kişilerin, davranışlarını yönlendirme yetenekleri yeterince gelişmemiş olabilmektedir. Bu nedenle, bu yaş grubunda suç yoluna girmiş olan çocukların, işledikleri suçlar bağlamında irade yeteneğinin zayıf olduğu normatif olarak kabul

edilmiştir. Azalmış kusur yeteneğine sahip bulunan bu çocuklar hakkında kural olarak indirilmiş cezaya hükmedilir.

5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu'nun (ÇKK) "Sosyal İnceleme" başlığını taşıyan 35. maddesi;

"(1) Bu Kanun kapsamındaki çocuklar hakkında mahkemeler, çocuk hâkimleri veya Cumhuriyet savcılarınca gerektiğinde çocuğun bireysel özelliklerini ve sosyal çevresini gösteren inceleme yaptırılır. Sosyal inceleme raporu, çocuğun, işlediği fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını algılama ve bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneğinin mahkeme tarafından takdirinde göz önünde bulundurulur.

(2) Derhâl tedbir alınmasını gerektiren durumlarda sosyal inceleme daha sonra da yaptırılabilir.

(3) Mahkeme veya çocuk hâkimi tarafından çocuk hakkında sosyal inceleme yaptırılmaması hâlinde, gerekçesi kararda gösterilir";

Çocuk Koruma Kanununun Uygulanmasına İlişkin Usûl ve Esaslar Hakkında Yönetmeliğin (ÇKKY) 20. maddesi;

"(1) Kanun kapsamındaki çocuklar hakkında mahkemeler, çocuk hâkimleri veya Cumhuriyet savcılarınca gerektiğinde çocuğun bireysel özelliklerini ve sosyal çevresini gösteren inceleme yaptırılabilir. Soruşturma ve kovuşturma aşamalarında çocuğun, veli veya vasisi ya da müdafii veya bu kimselerin avukatları da mahkeme veya çocuk hâkimine müracaat ederek çocuk hakkında sosyal inceleme yapılmasını talep edebilirler.

(2) Fiili işlediği sırada oniki yaşını bitirmiş onbeş yaşını doldurmamış bulunan çocuklar ile onbeş yaşını doldurmuş ancak onsekiz yaşını doldurmamış sağır ve dilsizlerin işledikleri fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını algılama yeteneğinin ve bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneğinin olup olmadığının takdiri bakımından sosyal inceleme yaptırılması zorunludur.

(3) Fiili işlediği sırada oniki yaşını bitirmiş onbeş yaşını doldurmamış bulunan çocuklar ile onbeş yaşını doldurmuş ancak onsekiz yaşını doldurmamış sağır ve dilsizlerin işledikleri fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını algılama yeteneğinin ve bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneğinin olup olmadığını takdir yetkisi münhasıran mahkemeye aittir. Sosyal incelemeyi yapan bilirkişi, çocuğun içinde bulunduğu aile ortamı, sosyal çevre koşulları, gördüğü

eğitim, fiziksel ve ruhsal gelişimi hakkında bir rapor dzenler. Hâkim, bu yaş grubuna giren çocuğun kusur yeteneğinin olup olmadığını takdir ederken, görevlendirdiği bilirkişinin hazırlamış bulunduğu raporda yer verilen gözlem, tespit ve değerlendirmeleri göz önünde bulundurur.

(4) İkinci ve üçüncü fıkralardaki hâllerde, hâkim veya mahkeme, sosyal inceleme raporu ile birlikte çocuğun işlediği fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını algılama ve bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneğinin belirlenebilmesi amacıyla adlî tıp uzmanı, psikiyatrist ya da zorunluluk hâlinde uzman hekimden görüş alır..." şeklinde dir.

Aynı Yönetmeliğin 21. maddesi ise,

"...

(2) Raporda çocuğun işlediği fiille ilgili olarak hukukî anlam ve sonuçları kavrayabilme ve bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneğinin olup olmadığı hakkında sonuç değerlendirmesinde bulunulmaz.

(3) Sosyal inceleme raporu, suçá sürüklenmiş çocuğun, işlediği fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını algılama ve bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneğinin mahkeme tarafından takdirinde göz önünde bulundurulur" şeklinde dzenlenmiştir.

Buna göre; TCK'nın 31. maddesinin gerekçesi ve ÇKK'nın 35 ile ÇKKY'nin 20/3 ve 21/3. maddelerinde belirtildiği üzere kusur yeteneğinin var olup olmadığı mahkeme veya hâkim tarafından tespit edilecektir. Bu tespit yapılırken de ÇKKY'nin 20/4. maddesi uyarınca mahkeme veya hâkim, bu yaş grubu bakımından zorunlu olarak alınması gereken suçá sürüklenen çocuğun aile koşulları, sosyal ve ekonomik koşullar ile psikolojik ve eğitim durumu hakkında uzman kişilerce dzenlenen sosyal inceleme raporu ile suçá sürüklenen çocuğun işlediği fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını algılama ve bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği hakkında adlî tıp uzmanı, psikiyatrist ya da zorunluluk hâlinde uzman hekim tarafından dzenlenen bilirkişi raporundaki gözlem, tespit ve değerlendirmeleri göz önünde bulundurarak, raporlarla bağlayıcı olmaksızın, her delil gibi bunları da serbestçe değerlendirip suçá sürüklenen çocuğun kusur yeteneğinin olup olmadığını takdir edecektir.

5395 sayılı Kanun'un 35/1, maddesinin ilk cümlesinde "Bu Kanun

kapsamındaki çocuklar hakkında mahkemeler, çocuk hâkimleri veya Cumhuriyet savcılarınca gerektiğinde çocuğun bireysel özelliklerini ve sosyal çevresini gösteren inceleme yaptırılır...”

denmektedir. Söz konusu Kanun’un 3/1-a maddesine ve adı geçen Yönetmelik’in 4/1-a maddesine göre de çocuklar daha erken yaşta ergin olsa bile, on sekiz yaşını doldurmamış kişi olarak tanımlanmıştır. Bu durumda 15-18 yaş aralığındaki çocuklar için sosyal inceleme raporu alınmasının ceza yargılaması bakımından gerekli olup olmadığı yargılamayı yapan hâkim tarafından değerlendirilmelidir. Doktrinde de 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu’nun 35. maddesi gereğince alınacak sosyal inceleme raporunun 15-18 yaş arasındakiler için cezaların bireyselleştirilmesinde, seçenek yaptırımların tercihinde, takdiri indirim nedenlerinden yararlandırılmalarında, kısa süreli hapis cezasının seçenek yaptırımlara çevrilmesinde, hapis cezasının ertelenmesinde, kamu davasının açılmasının ertelenmesinde, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasında gözönünde bulundurulacağı belirtilmektedir. (Özgenç, İzzet, Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş, 13. Bası, s. 403, Ankara 2017.) Bununla birlikte Kanun ve Yönetmelik hükümleri irdelendiğinde bu incelemenin yaptırılmasının ihtiyaten kabul edildiği, zorunlu olduğuna dair herhangi bir düzenlemenin bulunmadığı, Yargıtay Ceza Dairelerinin uygulamalarının da bu yönde olduğu bilinmektedir.

Bu bilgiler ışığında uyuşmazlık konusu değerlendirildiğinde;

Kanun koyucu tarafından 15-18 yaş grubundaki sanığın kusur yeteneğinin bulunduğu, ancak irade yeteneğinin zayıf olduğunun normatif olarak kabul edildiği, sanığın davranışlarını yönlendirme yeteneğinin yeteri kadar gelişmiş olup olmadığının takdir yetkisinin hâkime ait olduğu, hakimin resenya da sanığın velisi, vasisi ya da müdafisinin talebini değerlendirerek bu kararı verebileceği ve 15-18 yaş grubundaki çocuklar bakımından sosyal inceleme yaptırılmasının zorunlu olduğuna dair herhangi bir yasal düzenlemenin bulunmadığı hususları birlikte değerlendirildiğinde; 17 yaşındaki sanık hakkında sosyal inceleme yaptırılmasının zorunlu olmadığı kabulü gerekmektedir.

2- Yerel Mahkemece sosyal inceleme raporu aldırılmasının zorunlu olmadığı sonucuna ulaşılması karşısında bu raporun alınmama gerekçesinin kararda gösterilmesinin zorunlu olup olmadığı;

TCK'nın 6/1-b ve 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu'nun 35. maddelerinde genel olarak çocuk kavramından bahsedilmiş olup, yaş aralıklarına göre herhangi bir ayırım yapılmaksızın henüz on sekiz yaşını doldurmamış olan herkes çocuk olarak kabul edilmiştir. Dolayısıyla ilgili hükmü 5237 sayılı TCK'nın 31. maddesi ile bahsi geçen Yönetmelik'in 20 ve 21. maddeleriyle birlikte değerlendirmek gerekmektedir. Daha önce yapılan izahatlardan da anlaşıldığı üzere 12-15 yaş aralığındaki çocuklar için sosyal inceleme raporu alınması zorunlu olduğuna göre mahkemenin bu yaş gurubu için rapor almama gerekçesini kararında göstermesinin gerekmediği, 5395 sayılı Kanun'un 35/3. maddesindeki sosyal inceleme yaptırılmaması hâlinde gerekçe gösterme şartının 15-18 yaş aralığındaki çocuklar için getirildiği açıktır. Kaldı ki; bu gruptaki çocuklar için cezaların belirlenmesi ve şahsileştirilmesinde, seçenek yaptırımlara çevrilmesinde, erteleme ve hükmün açıklanmasının geri bırakılmasında kararın gerekçelendirilmesi sırasında çocuğun doğumundan başlayarak geçirdiği gelişim aşamalarının, fiziksel, zihinsel, duygusal sosyal ve moral gelişim özelliklerinin; ailesinin, toplumsal, ekonomik ve kültürel durumunun, okul ve iş ortamı ile boş zamanlarını geçirdiği çevre gibi söz konusu Yönetmeliğin 21. maddesinde sayılan hususların hâkim tarafından göz önünde bulundurulup bulundurulmadığının Yargıtay denetimine izin verecek şekilde kararda tartışılması bir zorunluluktur.

Uyuşmazlığın sağlıklı bir şekilde çözüme kavuşturulabilmesi açısından mahkeme kararlarının "gerekçe" bölümü üzerinde ayrıca durulması gerekmektedir.

5271 sayılı CMK'nın 230. maddesi uyarınca, hükmün gerekçe bölümünde, suç oluşturduğu kabul edilen fiilin gösterilmesi, bunun nitelendirmesinin yapılması ve sonuç (hüküm) bölümünde yer alan uygulamaların dayanaklarının gösterilmesi zorunludur. Gerekçe, hükmün dayanaklarının, akla, hukuka ve dosya muhtevasına uygun açıklamasıdır. Bu nedenle, gerekçe bölümünde hükme esas alınan veya reddedilen bilgi ve belgelerin belirtilmesi ve bunun dayanaklarının gösterilmesi, bu dayanakların da, geçerli, yeterli ve kanuni olması gerekmektedir. Kanuni, yeterli ve geçerli bir gerekçeye dayanılmadan karar verilmesi, kanun koyucunun amacına uygun düşmeyeceği gibi, uygulamada da keyfiliğe yol açacaktır. Bu itibarla keyfiliği önlemek, tarafları tatmin etmek, sağlıklı bir denetime imkan sağlamak bakımından, hükmün gerekçeli olmasında zorunluluk bulunmaktadır.

Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 14.10.2014 tarihli ve 441-421 sayılı

kararında da bahsedildiği üzere; kararın “sonuç (hüküm)” kısmında CMK’nın 230 ve 232. maddeleri uyarınca aynı Kanun’un 223. maddesine göre verilen kararın ne olduğu, TCK’nın 61 ve 62. maddelerinde belirlenen sıra ve esaslara göre uygulanan kanun maddeleri ve hükmolunan ceza miktarı, yine aynı Kanun’un 53 ve devamı maddelerine göre, cezaya mahkûmiyet yerine veya cezanın yanı sıra uygulanacak güvenlik tedbiri, cezanın ertelenmesine, hapis cezasının adli para cezasına ya da tedbirlerden birine çevrilmesine veya ek güvenlik tedbirlerinin uygulanmasına veya bu hususlara ilişkin taleplerin kabul ya da reddine ait dayanaklar açıkça gösterilmelidir.

Bu bilgiler ışığında uyuşmazlık konusu değerlendirildiğinde;

15-18 yaş grubundaki sanık hakkında hükmolunacak cezanın belirlenmesinde yetişkinlerden farklı değerlendirilme yapılması hem ülkemizde kabul edilen Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme’nin, hem Türk Ceza Kanunu’nun bir gereği olup, Çocuk Koruma Kanununun Uygulanmasına İlişkin Usûl ve Esaslar Hakkında Yönetmeliğin 21. maddesinde somutlaşan bu kriterlerin ve çocuğun içerisinde bulunduğu özel şartların, hükmolunan temel cezanın belirlenmesi ve kişiselleştirilmesinde gözetilip gözetilmediğinin denetimi bakımından sosyal inceleme yaptırılmama gerekçesinin kararda gösterilmesinin zorunlu olduğunun kabulü gerekmektedir.

Çoğunluk görüşüne katılmayan bir Ceza Genel Kurulu Üyesi; “Sosyal inceleme yaptırılmama gerekçesinin kararda gösterilmesinin zorunlu olmadığı” görüşüyle karşı oy kullanmıştır.

3- Yargıtay tarafından yapılan temyiz incelemesi sırasında hükmün bozulmasını gerektirir başkaca bir bozma nedeninin bulunmadığı durumlarda; bu eksikliklerin başlı başına bozma nedeni yapılabileceği;

Bu noktada irdelenmesi gereken hususlarından birisi de Yargıtay Ceza Dairelerinin farklı uygulamaları gözetildiğinde sanığın yargılama ya da temyiz incelemesi aşamasında 18 yaşını doldurmuş olması hâlinde geriye dönük olarak suç tarihindeki sosyal ve psikolojik durumunun tespitinin mümkün olup olmadığıdır. Meselenin çözümü teknik bilgiyi gerektirdiği kadar sanığın şahsından kaynaklanan özel koşullarla da ilgilidir. Bu koşullar ilgili Yönetmeliğin 21. maddesinde objektif ölçütlere bağlanmış olup Yerel Mahkemenin sanığın suç tarihi itibarıyla davranışlarını yönlendirme yeteneğinin bulunup bulunmadığını her zaman tespit ettirip sonucuna göre hüküm kurması mümkündür.

Öte yandan, iki numaralı uyuşmazlık konusunda ayrıntısı ile açıklanan hükmün gerekçeyi ihtiva etmemesi hâlinin, 1412 sayılı CMUK'nın 5320 sayılı Kanun'un 8. maddesi uyarınca hâlen yürürlükte bulunan 308/7 ve 5271 sayılı CMK'nın 289/1-g maddeleri uyarınca hukuka kesin aykırılık hallerinden birini oluşturmaktadır.

Bu bilgiler ışığında uyuşmazlık konusu değerlendirildiğinde;

Hâkimin 15-18 yaş grubundaki sanık hakkında sosyal inceleme raporu aldırma zorunluğu olmadığından rapor aldirılmamasının bozma nedeni yapılamayacağı ancak neden sosyal inceleme yaptırılmadığına ilişkin gerekçe gösterilmemesinin hukuka kesin aykırılık niteliğinde ve başlı başına bozma nedeni olduğunun, bu bağlamda başka bir bozma nedeni bulunmadığı durumlarda bile tek başına bozma nedeni yapılacağına kabul edilmesi gerekmektedir.

Çoğunluk görüşüne katılmayan üç Ceza Genel Kurulu Üyesi; "Sosyal inceleme yaptırılmama gerekçesinin kararda gösterilmesinin tek başına bozma nedeni yapılamayacağı" görüşüyle karşı oy kullanmışlardır.

Bu itibarla Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının haklı nedene dayanmayan itirazının her üç uyuşmazlık konusu bakımından reddine karar verilmelidir.

Açıklanan nedenlerle,

1- Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı itirazının REDDİNE,

2- Dosyanın, mahalline gönderilmek üzere Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına TEVDİ EDİLMESİNE, 20.11.2018 tarihinde yapılan müzakerede birinci uyuşmazlık bakımından oy birliği ile ikinci ve üçüncü uyuşmazlıklar bakımından oy çokluğuyla karar verildi.

YARGITAY 14. CEZA DAİRESİ

E. 2020/2252

K. 2020/2566

T. 23.06.2020

Bölge Adliye Mahkemesince verilen hükümler temyiz edilmekle başvurunun muhtevası nazara alınıp, 5271 sayılı CMK'nın 299/1. maddesi gereğince takdiren duruşmasız yapılan incelemede dosya tetkik edildi, gereği görüldü:

Katılan Bakanlık vekilinin temyiz isteminin incelenmesinde;

5271 sayılı CMK'nın 294/1. maddesinde yer alan "Temyiz eden, hükmün neden dolayı bozulmasını istediğini temyiz başvurusunda göstermek zorundadır." şeklindeki düzenleme de gözetilerek yapılan değerlendirmede, katılan Bakanlık vekilinin temyiz dilekçesinde herhangi bir temyiz sebebi göstermediği anlaşıldığından, vaki temyiz isteminin aynı Kanunun 298. maddesi gereğince REDDİNE,

Katılan mağdur vekilinin kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan kurulan hükme yönelik temyiz isteminin incelenmesinde;

5271 sayılı CMK'nın 288 ve 294. maddelerinde yer alan düzenlemeler nazara alınıp, aynı Kanunun 289. maddesinde sayılan kesin hukuka aykırılık halleri ile katılan mağdur vekilinin temyiz dilekçesinde belirttiği nedenler de gözetilerek yapılan değerlendirmede, Bölge Adliye Mahkemesi tarafından gerçekleştirilen inceleme neticesinde vaki istinaf başvurusunun esastan reddine dair kurulan hükme yönelik temyiz sebepleri yerinde görülmediğinden, katılan mağdur vekilinin temyiz isteminin 5271 sayılı CMK'nın 302/1. madde ve fıkrası gereğince esastan reddiyle hükmün ONANMASINA,

Katılan mağdur vekili ile sanık müdafisinin çocuğun cinsel istismarı suçundan kurulan hükme yönelik temyiz istemlerinin incelenmesine gelince;

Yapılan yargılamaya, toplanıp karar yerinde gösterilen delillere, mahkemenin soruşturma ve kovuşturma sonuçlarına uygun olarak oluşan kanaat ve takdirine, incelenen dosya içeriğine yerinde görülmeyen sair temyiz itirazlarının reddine,

Ancak;

T.C. Anayasasının 41. maddesinde ailenin huzur ve refahı ile özellikle anne ve çocukların korunmasına yönelik olarak her türlü istismar ve şiddete karşı çocukları koruyucu tedbirleri alma görevinin Devlete ait olduğu, aile ve çocukların korunması hakkının Anayasa ile güvence altına alındığı, 6284 sayılı Kanununun 20/2. maddesi gereğince Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığının kadın, çocuk ve aile bireylerine yönelik olarak uygulanan şiddet veya şiddet tehlikesi nedeniyle açılan davalara katılabileceği, Bakanlığın davaya katılmasının doğrudan Anayasa ve kanundan kaynaklanan koruma görevine ilişkin olup Bakanlığa yüklenen bir kamu görevi olduğu, CMK'nın 237 ve devamı maddelerindeki katılma hakkına ilişkin suçtan doğrudanzarar görme şartının katılan Bakanlık için söz konusu olmadığı gözetilmeden, katılan Bakanlık vekili lehine vekalet ücretine hükmedilmesi,

Kanuna aykırı, sanık müdafisi ile katılan mağdur vekilinin temyiz itirazları bu itibarla yerinde görüldüğünden, İzmir Bölge Adliye Mahkemesi 15. Ceza Dairesinin 05.11.2019 gün ve 2019/2701 Esas, 2019/1382 Karar sayılı vaki istinaf başvurusunun düzeltilerek esastan reddine yönelik hükmünün 5271 sayılı CMK'nın 302/2-4. madde ve fıkrası gereğince BOZULMASINA, ancak bu hususun yeniden duruşma yapılmaksızın aynı Kanununun 303. maddesinin verdiği yetki uyarınca düzeltilmesi mümkün bulunduğundan İzmir 5. Ağır Ceza Mahkemesinin 17.07.2019 gün ve 2019/125 Esas, 2019/326 Karar sayılı hükmünde yer alan katılan Bakanlık lehine vekalet ücreti verilmesine ilişkin bölümün karardan çıkarılması suretiyle sair yönleri usul ve kanuna uygun olan ilk derece mahkemesi hükmünün DÜZELTİLEREK ONANMASINA, dosyanın ilk derece mahkemesine, kararın bir örneğinin İzmir Bölge Adliye Mahkemesi 15. Ceza Dairesine gönderilmesine, 23.06.2020 tarihinde oy birliğiyle karar verildi.

Uzlaştırma, Etkin Pişmanlık, Zararın Giderilmesine İlişkin Kararlar

-
- *Karar No 24: Yargıtay 13. Ceza Dairesi E. 2015/2032 K. 2016/3593*
 - *Karar No 25: Yargıtay 13. Ceza Dairesi E. 2015/2032 K. 2016/3593*
 - *Karar No 26: Yargıtay 2. Ceza Dairesi E. 2016/476 K. 2018/6311*
-

YARGITAY 13. CEZA DAİRESİ

E. 2015/2032

K. 2016/3593

T. 3.3.2016

Mahalli mahkemece verilen hüküm temyiz edilmekle dosya incelenerek, gereği düşünüldü:

I-) Suça sürüklenen çocuk hakkında mağdurlar ve'e yönelik hırsızlık suçlarından kurulan hükümler ile sanıklar ve hakkında müşteki ile mağdur'e yönelik hırsızlık suçlarından kurulan hükümlerin temyiz incelemesinde;

Dosya ve duruşma tutanakları içeriğine, toplanıp karar yerinde incelenerek tartışılan hukuken geçerli ve elverişli kanıtlara, gerekçeye ve hakimın takdirine göre sanıklar ve müdafii ile suça sürüklenen çocuk müdafinin temyiz itirazları yerinde görülmemiş olduğundan reddiyle usul ve yasaya uygun bulunan hükümlerin isteme uygun olarak ONANMASINA,

II-) Sanıklar ve hakkında müşteki ve mağdur'a yönelik hırsızlık suçlarından kurulan hükümlerin temyiz incelemesinde;

Dosya ve duruşma tutanakları içeriğine, toplanıp karar yerinde incelenerek tartışılan hukuken geçerli ve elverişli kanıtlara, gerekçeye ve hakimın takdirine göre; suçların sanıklar tarafından işlendiğini kabulde ve nitelendirmede usul ve yasaya aykırılık bulunmadığından, diğer temyiz itirazları da yerinde görülmemiştir.

Ancak;

Anayasa Mahkemesi'nin 08.10.2015 günlü, 2014/140 Esas ve 2015/85 Karar sayılı, 24.11.2015 gün ve 29542 Sayılı Resmi Gazete'de yayınlanan kısmi iptal kararı uyarınca, 5237 Sayılı TCK 53. madde 1.fıkra b. bendinde düzenlenen "seçme ve seçilme ehliyetinden ve diğer siyasi hakları kullanmaktan yoksun bırakılmasına" hükmünün iptal edilmesi sebebiyle uygulanamayacağıının gözetilmesi zorunluluğu, bozmayı gerektirmiş, sanıklar ve

müdafii temyiz itirazı bu bakımdan yerinde görülümüş olduğundan, hükmün açıklanan sebeple isteme aykırı olarak BOZULMASINA, bozma nedeni yeniden yargılama yapılmasını gerektirmediğinden, 5320 Sayılı Kanun'un 8/1. maddesi yollamasıyla 1412 Sayılı CMUK'un 322. maddesinin verdiği yetkiye dayanılarak, hüküm fıkrasından "TCK'nın 53. maddesinin uygulanmasına dair bölümler" ayrı ayrı çıkartılarak, yerlerine "Kasten işlemiş olduğu suç için hapis cezasıyla mahkûmiyetin yasal sonucu olarak sanıkların, 5237 Sayılı TCK'nın 53/1.maddesinin (a), (c), (d) ve (e) bentlerinde yazılı haklardan aynı maddenin 2. fıkrası uyarınca cezanın infazı tamamlanıncaya kadar, kendi alt soyları üzerindeki velayet, vesayet ve kayımlık yetkileri açısından ise anılan maddenin 3. fıkrası uyarınca mahkûm olduğu hapis cezasından koşullu saliverilinceye kadar yoksun bırakılmalarına" cümlesinin ayrı ayrı eklenmesi suretiyle, diğer yönleri usul ve yasaya uygun bulunan hükmün DÜZELTİLEREK ONANMASINA,

III-) Suça sürüklenen çocuk hakkında müştekiler,, ve mağdurlar,'e yönelik hırsızlık suçlarından kurulan hükümlerin temyiz incelemesine gelince;

Dosya ve duruşma tutanakları içeriğine, toplanıp karar yerinde incelenerek tartışılan hukuken geçerli ve elverişli kanıtlara, gerekçeye ve hakimın takdirine göre; suçların suça sürüklenen çocuk tarafından işlendiğini kabulde ve nitelendirmede usul ve yasaya aykırılık bulunmadığından, diğer temyiz itirazları da yerinde görülmemiştir.

Ancak;

1-) Suça sürüklenen çocuğun, müşteki ve mağdur'a yönelik eylemlerine uyan 765 Sayılı TCK'nın 493/1, 522(pek hafif), 523, 55/3. maddeleri ile 647 Sayılı Kanun'un 4. maddelerine göre 1.6.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 Sayılı TCK'nın aynı suça uyan 142/1-b, 143, 31/3, 168/1, 50/1-a, 52 maddelerinde öngörülen adli para cezasının türü, alt ve üst sınırları bakımından anılan Kanun'un 7/2, 5252 Sayılı Kanun'un 9/3. maddeleri ışığında; uygulamaya göre 765 Sayılı Kanun'un suça sürüklenen çocuk yararına olduğunun gözetilmesinde zorunluluk bulunması,

2-) Suça sürüklenen çocuk hakkında yasal temsilcisi yerine kendisine uzlaşma sorulması sebebiyle yapılan bozma üzerine onsekiz yaşını tamamlayan suça sürüklenen çocuk ...'a ve mala zarar verme suçlarına dair

uzlaşma ihtaratlı davetiyelerin gönderilmesi dışında hırsızlık suçlarından uzlaşmaya dair beyanları alınmayan müştekiler,, ve mağdurlar,'e uzlaşmanın hüküm ve sonuçları açıklanarak uzlaşmak isteyip istemedikleri sorulduktan veya bu yönde adreslerine uzlaşma ihtarata yapıldıktan sonra sonucuna göre karar verilmesi gerektiği gözetilmeden suça sürüklenen çocuk ... velisinin uzlaşma ihtaratlı davetiyeye rağmen duruşmaya gelmediği ve suça sürüklenen çocuk ...'ın onsekiz yaşını ikmal etmeden önce alınan ifadesinde uzlaşmayı istemediğine dair geçersiz beyanı dikkate alınarak uzlaşmanın gerçekleşmediği gerekçesiyle yazılı şekilde uygulama yapılması,

bozmayı gerektirmiş, suça sürüklenen çocuk müdafininin temyiz itirazı bu bakımdan yerinde görülmüş olduğundan, hükmün açıklanan sebeplerle isteme aykırı olarak BOZULMASINA, 03.03.2016 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 17. CEZA DAİRESİ

E. 2015/4496

K. 2015/1036

T. 21.4.2015

Mahalli mahkemece verilen hüküm temyiz edilmekle incelenerek, gereği görüülüp düşünöldü:

I-) Suça süröklenen çocuk hakkında konut dokunulmazlığını ihlal suçundan kurulan hükmün temyiz incelemesinde;

Hükmolunan cezanın miktar ve türüne göre; 21/07/2004 tarihinde yürürlöğe giren 5219 Sayılı Kanun'un 3-B maddesiyle değişik 1412 Sayılı CMUK'nın 305/1. maddesi gereğince hüküm tarihine göre temyizi olanaklı olmadığından suça süröklenen çocuk ... müdafinin temyiz isteğinin 5320 Sayılı Kanun'un 8/1.maddesi yollamasıyla 1412 Sayılı CMUK'nun 317. maddesi gereğince tebliğnameye uygun olarak REDDİNE,

II-) Suça süröklenen çocuk hakkında hırsızlık suçundan kurulan hükmün temyiz incelemesine gelince;

5271 Sayılı CMK'nın 231. maddesinin tatbiki için 1-sanığın daha önceden kasıtlı bir suçtan mahkumiyetinin bulunmaması, 2-Mahkemece sanığın kişilik özellikleri ile duruşmadaki tutum ve davranışları göz önünde bulundurularak yeniden suç işlemeyeceği hususunda kanaate varılması, 3-Suçun işlenmesi ile mağdurun veya kamunun uğradığı zararın aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi koşullarının birlikte gerçekleşmesi gerekir. Mahkemece suça süröklenen çocuğun duruşmada gözlemlenen kişiliği dikkate alındığında kanaat gelmemesi sebebiyle CMK'nın 231. maddesinin uygulanmasına yer olmadığına karar verilip, ancak bu kez suça süröklenen çocuğun sabıkasız geçmişi ve pişmanlığı dolayısıyla yeniden suç işlemeyeceğine dair kanaat gelmesi sebebiyle verilen mahkumiyet hükmünün TCK'nın 51. maddesi uyarınca ertelenmesine karar verilmek suretiyle çelişki meydana getirilmiş ise de, dosyanın geldiği aşama da dikkate

alındığında suça sürüklenen çocuğun yargılama aşamasında suçtan doğan zararı tamamen gidermediği, suç eşyalarından olan cep telefonunu iade etmediği gibi telefon bedelini tazmin de etmediği görüldüğünden ve aksine bir iddia da bulunmadığından, bu haliyle suça sürüklenen çocuk hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılması müessesinin yasal uygulanma koşulları tam olarak mevcut olmadığından ve ayrıca mahkemece, kanaat gelmemesi gerekçesi yanında “zararın tam olarak giderilmemesi” şeklindeki gerekçenin de ileri sürülüp tartışılması isabetli kabul edilmekle bu yönde bozma talep eden tebliğnamedeki düşünceye iştirak edilmemiş; oturumların kapalı yapıldığının ve suça sürüklenen çocuğun müdafii ile temsil olunduğunun anlaşılması karşısında gerekçeli karar başlığına yargılamaya çocuk mahkemesi sıfatıyla bakıldığına belirtilmemiş olması mahallinde giderilmesi mümkün eksiklik kabul edildiğinden bozma nedeni yapılmamıştır.

Dosya ve duruşma tutanakları içeriğine, toplanıp karar yerinde incelenerek tartışılan hukuken geçerli ve elverişli kanıtlara, gerekçeye ve hâkimin takdirine göre; atılı suçun suça sürüklenen çocuk tarafından işlendiğini kabulde usul ve yasaya aykırılık bulunmadığı anlaşılmış, diğer temyiz nedenleri yerinde görülmemiştir.

Ancak;

Dosya kapsamına göre, suça sürüklenen çocuğun annesinin kolluğa müracaat ederek oğlunun eve bilgisayar getirdiğini, bilgisayarın çalıntı olabileceğinden şüphelendiğini söyleyip kendiliğinden suça konu bilgisayarı ve yan ekipmanlarını kolluk makamlarına teslim ettiği, temyiz incelemesine konu olayın bu yolla aydınlatılıp, suça sürüklenen çocuk hakkında soruşturmaya başlanmadan önce suça konu eşyaların büyük bir kısmının müştekiye iade edildiği, her ne kadar suça sürüklenen çocuk aşamalarda atılı suçu kabul etmeyip, bizzat pişmanlık göstermek suretiyle çaldığı eşyaların iadesi hususunda aktif bir çaba içine girmemiş ise de annesinin iade eylemine karşı koymadığı gibi suç tarihinde 18 yaşından küçük olan suça sürüklenen çocuğun yasal temsilcisi olan annesinin suça sürüklenen çocuk adına suçtan doğan zararın bir kısmını giderme hususundaki gayretinin suça sürüklenen çocuk lehine yorumlanması gerektiğinin anlaşılması karşısında, müştekinin yapılan kısmi iade sebebiyle ceza indirimine rızasının bulunup bulunmadığı sorularak, sonucuna göre, 5237 Sayılı TCK'nun 168. maddesi kapsamında suça sürüklenen çocuk hakkında değerlendirme yapılması zorunluluğunun gözetilmemesi, bozmayı gerektirmiş, suça sürüklenen çocuk ... müdafininin

Karar Numarası: 25

temyiz nedenleri bu bakımdan yerinde görülmüş olduğundan, hükmün açıklanan sebeple tebliğnameye kısmen uygun olarak BOZULMASINA, 21.04.2015 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 2. CEZA DAİRESİ

E. 2016/476

K. 2018/6311

T. 16.5.2018

Dosya incelenerek gereği düşünöldü:

5271 Sayılı CMK'nın 256. maddesi gereğince Küçükçekmece Cumhuriyet Başsavcılığı Adli Emanetinin 2013/1693 sırasında kayıtlı emanet eşyaları hakkında mahkemesinden her zaman bir karar alınması olanaklı kabul edilmiş; hüküm tarihine kadar yapılan yargılama gideri toplamı, 5271 Sayılı CMK'nun 324/4 maddesinde atıfta bulunulan 6183 Sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un 106. maddesindeki terkin edilmesi gereken tutar olan 20 TL'den az olduğı halde yargılama giderinin suçta süröklenen çocuktan tahsiline karar verilmiş ise de, hüküm kesinleşinceye kadar yapılacak yargılama giderlerinin de toplam yargılama gideri kapsamında olması nedeniyle hükmün kesinleştiğı tarihte suçta süröklenen çocuktan tahsili gereken yargılama giderinin yukarıda açıklanan terkin edilmesi gereken miktardan az olması halinde Devlet Hazinesi üzerinde bırakılmasının infaz aşamasında değerlendirilmesi mümkün görölmüştür.

l-) Konut dokunulmazlığını bozma ve mala zarar verme suçlarından kurulan hükümlere ilişkin temyiz istemlerinin incelenmesinde;

Hükmün gerekçesinde, suçta süröklenen çocuğun eyleminin 5237 Sayılı TCK'nın 116/1. maddesinde düzenlenen konut dokunulmazlığını bozma suçunu oluşturduğı ve cezanın alt sınırdan uzaklaşarak belirlendiğinin belirtilmesi karşısında, kısa karar ve gerekçeli kararın hüküm kısmında konut dokunulmazlığını bozma suçundan uygulama maddesinin 5237 Sayılı TCK'nın 116/1. maddesi yerine 116/1-4. maddesi olarak gösterilmesi, mahallinde düzeltilebilir maddi hata olarak kabul edilmiştir.

Yapılan duruşmaya, toplanan delillere, gerekçeye, hakimin kanaat ve takdirine göre temyiz itirazları yerinde olmadığından reddiyle hükümlerin

kısmen istem gibi ONANMASINA,

II-) Hırsızlık suçundan kurulan hükme ilişkin temyiz istemlerinin incelenmesinde;

Dosya içeriğine göre diğer temyiz itirazları yerinde görülmemiştir.Ancak;

Suçta sürüklenen çocuğun katılanın evinden hırsızlık yaptıktan sonra suça konu eşyaların bir kısmı ile yolda yürürken kolluk görevlilerince şüphe üzerine kontrol amaçlı durdurulmak istendiğinde elindeki poşeti atarak kaçmaya çalıştığı ve kovalamaca sonucu yakalandığı, suça sürüklenen çocuğun, poşet içinden çıkan pantolon ile lap top bilgisayarını çaldığı katılana ait evi kolluk görevlilerine göstererek henüz müracaatı bulunmayan katılana iadesini sağladığının anlaşılması karşısında; gerçekleşen kısmî iade nedeniyle katılandan suça sürüklenen çocuk hakkında etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanmasına rızası bulunup bulunmadığı sorularak, sonucuna göre suça sürüklenen çocuk hakkında 5237 Sayılı TCK'nın 168/1-4. hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağı tartışılması gerektiğinin gözetilmemesi, bozmayı gerektirmiş, suça sürüklenen çocuk, yasal temsilcisi ve suça sürüklenen çocuk müdafininin temyiz itirazları bu itibarla yerinde görülmüş olduğundan hükmün bu sebepten dolayı istem gibi BOZULMASINA, 16/05/2018 gününde oybirliğiyle karar verildi.

BÖLÜM II

YARGITAY'IN AİLE HUKUKUNA İLİŞKİN GÜNCEL KARARLARI

YARGITAY KARARLARININ ÇOCUK HAKLARI PERSPEKTİFİNDEN DEĞERLENDİRİLMESİ: ÖZEL HUKUK GÖZÜNDEN BİR İNCELEME

Çalışmamızın bu kısmında Yargıtay'ın son yıllarda çocuklarla ilgili olarak verdiği kararlar mercek altına alınmıştır. Bu çerçevede, ilk etapta boşanma davaları sonucunda çocuğun velayetinin anne veya babadan hangisine verileceği, velayetin düzenlenmesi ve velayet kendisine verilmeyen eş ile çocuk arasındaki kişisel ilişkinin nasıl tesis edileceği konusundaki kararları incelenmiştir. Bunların yanı sıra, velayet durumuyla ilgili bir değişiklik ortaya çıktığında velayetin değiştirilmesi hatta kaldırılmasına ilişkin olarak Yargıtay'ın eğilimi tespit edilmeye çalışılmıştır. Yargıtay'ın yakın zamanda vermiş olduğu kararlar içinde iştirak nafakası ve manevi tazminata ilişkin kararlar da ayrıca irdelenmeyi hak etmektedir.

Yargıtay vermiş olduğu kararlarda sadece esasa ilişkin konularda çocukların korunması gözetmemiş, aynı zamanda çocukların davada dinlenilmesi ve temsil edilmesi konularında da önemli bazı noktalara dikkat çekmiştir. Ayrıca yüksek mahkemenin verdiği kararlarda çocuğun korunması amacının sağlanabilmesi için uzman görüşünün alınmasına büyük önem atfedildiği görülmektedir. Bunun dışında annenin çocuğa kendi soyadını verme imkanına ilişkin olarak verilmiş olan bazı kararlar da önem taşımaktadır.

İncelemeye konu kararlarda tespit ettiğimiz en önemli nokta şudur: Yargıtay, hem iç hukukumuzda yer alan normlarda sıklıkla ifade edilen hem de Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmelerde vurgulanan "çocuğun üstün yararı" kavramını önüne gelen uyuşmazlıklarda titizlikle incelemektedir.

Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi'nin üçüncü maddesinde, yeterli idrake sahip olduğu iç hukuk tarafından kabul edilen bir çocuğun bir adli merci önündeki, kendisini ilgilendiren davalarda, ilgili tüm bilgileri almak, kendisine danışılmak ve kendi görüşünü ifade etmek, görüşlerin uygulanmasının olası sonuçlarından ve her tür kararın olası sonuçlarından bilgilendirilmek hakkına sahip olduğu

düzenlenmiştir. Aynı Sözleşmenin 6. Maddesine göre ise, bir çocuğu ilgilendiren davalarda adli merci bir karar almadan önce, çocuğun yüksek çıkarına uygun karar almak için yeterli bilgiye sahip olup olmadığını kontrol etmeli ve gerektiğinde özellikle velayet sorumluluğunu elinde bulunduranlardan ek bilgi sağlamalıdır. Bunun yanı sıra, çocuğun iç hukuk tarafından yeterli idrak gücüne sahip olduğunun kabul edildiği durumlarda, çocuğun bütün gerekli bilgiyi edindiğinden emin olmalı; çocuğun yüksek çıkarına açıkça ters düşmediği takdirde, gerekirse kendine veya diğer şahıs ve kurumlar vasıtasıyla, çocuk için elverişli durumlarda ve onun kavrayışına uygun bir tarzda çocuğa danışmalı ve çocuğun görüşünü ifade etmesine müsaade etmelidir.

Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'nin 3. Maddesinde Kamusal ya da özel sosyal yardım kuruluşları, mahkemeler, idari makamlar veya yasama organları tarafından yapılan ve çocukları ilgilendiren bütün faaliyetlerde, çocuğun yararı temel düşünce olduğu belirtilmektedir. Aynı sözleşmenin 12. Maddesinde, Avrupa Sözleşmesi'ne benzer şekilde, 'Taraflar Devletler, görüşlerini oluşturma yeteneğine sahip **çocuğun kendini ilgilendiren her konuda görüşlerini serbestçe ifade etme hakkını** bu görüşlere çocuğun yaşı ve olgunluk derecesine uygun olarak, gereken özen gösterilmek suretiyle tanınır' ifadelerine yer verilmiş; bu amaçla, çocuğu etkileyen herhangi bir adli veya idari kovuşturmada çocuğun ya doğrudan doğruya veya bir temsilci ya da uygun bir makam yoluyla dinlenmesi fırsatı, ulusal yasanın usule ilişkin kurallarına uygun olarak çocuğa, özellikle sağlanacağı belirtilmiştir.

Yargıtay'ın hükümlerine sıklıkla esas aldığı hükümlerden biri de Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usulüne Dair Kanun'un beşinci maddesidir. Anılan hükme göre, Aile Mahkemesi bünyesinde bulunan psikolog, pedagog ve sosyal çalışmacıdan oluşan uzmanlardan, her iki ebeveyn ve çocukla görüşmek suretiyle incelemeye rapor istenip; tarafların barınma, gelir, sosyal ve psikolojik durumlarına göre çocuğun sağlıklı gelişimi için velayeti üstlenmeye engel bir durumun bulunup bulunmadığının araştırılması, mahkemece çocuk ya da çocukların bizzat dinlenerek, görüşü alınıp ve diğer deliller de göz önüne alınmak suretiyle ebeveynlerinden hangisi yanında kalması çocuk ya da çocukların menfaatine olacağı tespit edilerek velayet ya da kişisel ilişki konusunda bir karar verilmesi gerekir.

Görüldüğü üzere, çocuğun üstün yararı kavramı, çocuklarla ilgili olarak

yapılan yargılamalarda kilit öneme sahiptir. Buna göre, çocuğun bedensel, fikri ve ahlaki olarak en iyi şekilde gelişebilmesi için çocuğa sosyal, ekonomik ve kültürel koşulların sağlanmış olmasında yararı vardır.

Yargıtay çocuğun üstün yararı konusunda tespitte bulunurken, çocuk yetişkin biri olmuş olsaydı, kendisini ilgilendiren bir olayda, kendi yararı için ne gibi bir karar verebilecek idiyse, çocuk için karar verme makamındaki kişinin de aynı yönde karar vermesi, yani çocuğun farazi düşüncesinin esas alınması gerektiğini belirtmektedir. Çocukla ana babanın yararı çatıştığında ise, çocuğun yararını üstün tutmaktadır.

Çocuğun üstün yararı kavramının birbirinden farklı konulardaki davalarda nasıl ele alındığının kısaca belirlenmesi yararlı olacaktır:

Velayet konusunda belirleme yapılırken çocuğun üstün yararının esas alınması gerektiğini belirten Yargıtay, çocuğun cinsiyeti, doğum tarihi, eğitim durumu, kimin yanında okumakta olduğu, eğitimiyle kimin ilgilendiği sağlık durumu, tedavi olanaklarının kim tarafından sağlanabileceğini incelemektedir. Bunun dışında, velayet düzenlemesi yapılırken kardeşlerin birbirinden ayrılmaması da mümkün mertebe sağlanmaya çalışılmaktadır.

Çocukla kişisel ilişki düzenlenirken, Yargıtay, çocuğun yaşı, ana ve babalık duygusunun tatmini, çocukların yüksek yararını birlikte değerlendirerek, çocuğun gelişimine en uygun düzenlemenin tercih edilmesi gerektiğine işaret etmektedir. Bununla birlikte, kişisel ilişki düzenlemesinde çocukların menfaatlerinin yanında analık ve babalık duygularının tatmininin de önem taşıdığını belirtmektedir. Ortak çocuk ile anne ve baba arasında kurulan ilişkinin süresinin de çocuk yönünde anne ve baba sevgi ve ilgisi yaşaması ve güvenini hissetmesi bakımından yeterli olmalıdır. Bunun dışında, çocukların velayetinin ebeveynler arasında paylaşılması halinde, kardeşler bakımından kişisel ilişki belirlenirken, kardeşlerin birbirini görme imkanının önemine dikkat çekmektedir. Ayrıca örneğin baba ile kişisel ilişki kurulurken haftasonları da yatılı olacak şekilde kişisel ilişki kurulmasının babalık duygularının tatmini bakımından önemli olduğunu belirtmiştir.

Velayetin değiştirilmesi konusunda da Yargıtay çocuğun yararının gözetilmesine önem vermektedir. Velayetin değiştirilmesine sebep olacak durumlara örnek olarak çocukla kişisel ilişki kurulmasının engellenmesi, çocuğun fiilen velayet hakkı olmayan annede ya

da babada bırakılması veyahut çocuğun üçüncü kişinin yanında bırakılması, çocuğun menfaatinin gerektirdiği nedenler (örneğin sağlık, eğitim, ahlâk, güvenlik), velayeti kendisinde bulunan annenin ya da babanın yeniden evlenmesi, velayet hakkı kendisine verilen tarafın bir başka yere gitmesi, ölüm veya velayet görevinin kullanılmasının engellenmesi verilmektedir. Bunun yanı sıra, velayetin değiştirilmesi konusunda karar verilirken, çocuğun alıştığı ortamın değiştirilmemesine, kardeşlerin ayrılmamasına özen gösterilmekte; velayetin verileceği kişinin yanında kalmasının çocuğun bedeni, fikri, ahlaki gelişmesine engel olup olmayacağı yönünde ciddi ve inandırıcı delil olup olmadığına bakılmaktadır. Yargıtay ayrıca maddi durumun iyiliğinin tek başına velayetin değiştirilmesi sebebi olarak görmemekte, çocuğun üstün yararını araştırmaktadır. Velayetin değişmesiyle birlikte, velayeti kendisine verilmeye anne veya babanın çocukla kişisel ilişki kurulmasını isteme hakkı bulunup, çocuğun bakım ve giderlerine de gücü oranında katılması gerektiği vurgulanmaktadır.

Velayetin kaldırılması için velayet görevinin ağır bir şekilde kötüye kullanılması veya aşırı bir şekilde ihmal edilmiş olması gerektiğine değinen Yargıtay, velayetin kaldırılması sebepleri olarak anne ve babanın deneyimsizliği, hastalığı, özürlü olması, anne ve babanın başka bir yerde bulunması, anne ve babanın çocuğa yeterli ilgiyi göstermemesi ve ihmalkarlığı, velayet hak ve görevinin ağır şekilde kötüye kullanılması, velayet hak ve görevinin aşırı derecede savsaklanması, anne-babanın tutuklu bulunması ya da göz altında olması, anne ve babanın uyuşturucu kullanması ve bağımlı olmasını örnek göstermektedir.

Yargıtay'ın boşanma veya ayrılık sırasında velayetin kullanılması kendisine verilmeyen eşin çocuk ile kişisel ilişkisini düzenlerken, ayrıca iştirak nafakasına da hükmederek çocuğun bakım ve eğitim giderlerine gücü oranında katılmasına ilişkin olarak da bazı kararları uygulama bakımından önem arz etmektedir. Uygulamada özellikle anlaşmalı boşanma davalarında iştirak nafakasının yanı sıra eğitim öğretim gideri altında ayrıca bir alacak talep edildiği görülmektedir. Bu alacağın da iştirak nafakası kapsamında yer alması nedeniyle ayrıca talep edilemeyeceği yönünde Yargıtay kararları bulunmaktadır.

Çocuğun korunması amacının gerçekleştirilmesi kapsamında Yargıtay, AİHM ve Anayasa Mahkemesi tarafından verilmiş olan bazı kararlardaki da ifadelere de yer vermektedir. Bu çerçevede, ebeveyn ve çocuk arasındaki karşılıklı ilişkinin aile hayatının temel unsuru teşkil

ettiğini belirten kararları işaret etmektedir. Ayrıca Yargıtay, Anayasa Mahkemesi'nin, bireyin ana babasını bilme, babasının nüfusuna yazılma ve bunların getireceği haklardan yararlanma, ana ve babasından velayete bağlı görevlerini yerine getirmelerini isteme hakkı, onun maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi kapsamında olduğunu belirten kararından alıntı yapmıştır. Bu çerçevede, Yargıtay, çocuğun babası tarafından tanınıp bilinme, babasının nüfusuna yazılma ve bunların getireceği haklardan yararlanma hakkı ile bunun sonucunda babasından velayete bağlı görevlerini yerine getirmesini isteme hakkının, çocuğun maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi için gerekli olduğuna hükmetmiştir. Bu hakkın ihlal edilmesi halinde ise manevi tazminata hükmedilebileceğini ifade etmiştir. Çocuğun üstün yararının sağlanması açısından Yargıtay'ın izlediği yol olumlu sonuçlar meydana getirecektir.

Yargıtay, uluslararası sözleşmelere de paralel olarak çocuğu ilgilendiren davalarda çocuğun görüşünün alınmasına büyük önem atfetmektedir. Bu konuda çocuğun görüşünün alınmaması bozma teşkil etmekle birlikte, görüşün mutlaka mahkeme tarafından çocuk bizzat dinlenerek alınmış olması da gerekmemektedir. Bu çerçevede, özel bir engel söz konusu olmadıkça, ayırt etme gücü bulunan bir çocuk hakim tarafından duruşma sırasında bizzat dinlenebileceği gibi, diğer şahıs ve kurumların aracılığıyla (psikolog, pedagog, doktor gibi) da çocuğun görüşü alınabilir. Yargıtay'a göre önemli olan çocuğun menfaatidir. Bu çerçevede, çocuk nerede saygı gördüğünü ve güvende olduğunu hissediyor ve özgür olarak görüşlerini ifade edecekse, orada görüşünün alınması gerekir.

Son on yılda soyadı konusunda kadın-erkek eşitliğinin sağlanması ile ilgili önemli gelişmeler olmuştur. Kadının evlilik birliği içinde yalnızca kendi soyadını kullanabilmesinin yolu açılmıştır. Çocuğun soyadı ile ilgili olarak da Yargıtay birkaç kararında annenin kendi soyadını çocuğuna verilebileceğine hükmetmiştir. Yargıtay, çocuğun soyadının belirlenmesini velayet hakkının kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini ve anneye de bu hakkın tanınması gerektiği ifadelerine kararlarında yer vermiştir. Bununla birlikte, annenin sırf velayetin kendisinde olduğunu ileri sürerek çocuğa kendi kızlık soyadının verilmesini talep etmesini yerinde bulmamakta, çocuğun soyadının değiştirilmesinde çocuğun üstün yararının bulunmasını aramaktadır. Diğer bir ifadeyle velayetin anneye verilmesi çocuğun soyadının değiştirilmesi bakımından yeterli bir sebep değildir.

Yargıtay çocukları ilgilendiren davalarda, özellikle velayetin tesisi, velayetin değiştirilmesi ve kaldırılması davalarında esasa ilişkin bir karar vermeden önce, son derece yerinde bir şekilde, çocuğun uygun bir şekilde temsil edilip edilmediğini denetlemektedir. Bu çerçevede, TMK md. 426/ f.2 hükmü çerçevesinde bir işte yasal temsilcinin menfaati ile küçüğün menfaati çatışıyor, ilgilinin isteği üzerine veya re'sen bir temsil kayyımı atanması gerekmektedir. Yargıtay, çocukları ilgilendiren davalarda çocuk ile veli arasında çıkar çatışmasının söz konusu olabileceğini belirtmekte ve çocuğun menfaatinin ihlaline yönelik salt soyut bir tehlike olasılığının varlığının bile yeterli olduğunu kabul etmektedir. Özellikle velayetin kaldırılmasına ilişkin davalar çocuğun güvenliğini doğrudan ilgilendiren davalar olduğundan, velayet hakkına sahip anne veya babanın kural olarak temsil olunanın menfaatine hareket ettiği kabul edilse dahi, her zaman çocuğun yararına davranamayabilecekleri ve çocuk aleyhine bir durum yaratma ihtimalinin olduğunun göz ardı edilmemesi gerektiğini belirtmektedir.

Yargıtay, çocuğu ilgilendiren davalarda, çocuğun görüşünün alınması ve psikolog, pedagog ve sosyal çalışmacıdan üç ayrı rapor alınarak hangi düzenlemenin çocuğun üstün yararına uygun olduğuna karar verilmesi gerektiğini belirtmektedir. Ancak sadece bu raporların alınmış olması yeterli değildir. İdrak çağında bulunan çocuğun eğitim, kültür, yaşam olanakları bakımından nerede yaşamak istediği konusunda bilgilendirilerek velayet hakkındaki görüşünün sorulmuş olması aranmaktadır. Yukarıda da belirttiğimiz üzere, çocuğun duruşmaya getirilerek görüşünün mahkeme önünde bizzat hakim tarafından alınması gerekmemektedir. Bu durum çocuğun üstün yararının sağlanması bakımından oldukça yerinde görülmektedir.

Dr. Pınar ÇAĞLAYAN AKSOY

Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Medeni Hukuk Anabilim Dalı
pinar.caglayan@bilkent.edu.tr

Çocuğun Görüşünün Alınmasına İlişkin Kararlar

-
- *Karar No 1: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu E. 2017/3117 K. 2018/1278*
 - *Karar No 2: Yargıtay 2. Hukuk Dairesi E. 2016 / 17073 K. 2018 / 6023*
 - *Karar No 3: Yargıtay 2. Hukuk Dairesi E. 2016/22078 K. 2018/9779*
 - *Karar No 4: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu E. 2017/2066 K. 2019/15*
 - *Karar No 5: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu E. 2018 / 1072 K. 2019 / 185*
 - *Karar No 6: Yargıtay 2. Hukuk Dairesi E. 2020/28 K. 2020/1504*
-

YARGITAY HUKUK GENEL KURULU

E. 2017/3117

K. 2018/1278

T. 27.06.2018

Taraflar arasındaki “velayetin değiştirilmesi” davasından dolayı yapılan yargılama sonunda İstanbul Anadolu 6. Aile Mahkemesince davanın reddine dair verilen 24.11.2015 gün ve 2014/1048 E., 2015/955 K. sayılı kararın taraf vekillerince temyizi zerine Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin 27.09.2016 gün ve 2016/4059 E., 2016/13211 K. sayılı kararı ile:

“..Velayetinin değiştirilmesi talep edilen müşterek çocuğun idrak çağında olduğu anlaşılmaktadır. ocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesinin 3 ve 6., Birleşmiş Milletler ocuk Hakları Sözleşmesinin 12. maddesi idrak çağındaki çocukların kendilerini ilgilendiren konularda görüşünün alınması ve görüşlerine gereken önemin verilmesini öngörmektedir. Velayet düzenlemesinde asıl olan çocukların yararadır ve bu düzenlemede ana ve babanın yararı ile çocuğun yararı çatıştığı takdirde, çocuğun yararına üstünlük tanınması gerekir. Çocuğun stn yararı gerektirdiği takdirde, görüşlerinin aksine karar verilmesi de mümkündür. Bu nedenle, müşterek çocuğun velayeti konusunda mahkemece görüşünün alınması, bu görüşün değerlendirilmesi ve gerçekleşecek sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, bu konuda eksik incelemeyle yazılı Şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirmiştir..”

gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle yeniden yapılan yargılama sonunda mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulunca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki belgeler okunduktan sonra gereği görüşüldü:

Dava, velayetin değiştirilmesi istemine ilişkindir.

Davacı vekili, boşanma davası sırasında, davalı babanın, annenin çocuğu dövdüğü yönünde gerçeğe ve hayatın olağan akışına aykırı iftiraları nedeniyle müşterek çocuğun velayetinin babaya verildiğini, babasından çekinen ve korkan çocuğun “annem beni dövdü” şeklinde beyanda bulunduğunu, bu hususun aksinin okulda tutulan “tutanaktır” adlı belge ile ispatlandığını, babanın çocukla ilgilenmediğini, çocuğun okul dışındaki zamanını internet kafede geçirdiğini, müvekkilinin çocuğun tüm sorunları ile ilgilendiğini, çocuğun da müvekkilinin yanında kalmak istediğini ileri sürerek, babada olan velayetin kaldırılarak müşterek çocuğun velayetinin müvekkiline verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili, davacının çocuğu olumsuz etkileyecek bir yaşam tarzı olduğunu, başka erkeklerle görüştüğünü, çocuğa şiddet uyguladığını, sabit bir ikametgâhının olmadığını, çocuğa sigara içirerek bu şekilde fotoğrafını çektiğini, oje, far gibi şeyler sürdüğünü, boşanma davasında alınan raporlarda da velayetin babaya verilmesi yönünde görüş bildirildiğini, müvekkilinin çocuğun eğitimiyle yeterli derecede ilgilendiğini belirterek, davanın reddini savunmuştur.

Yerel Mahkemece, somut olayda davalının velayet görevini yerine getirmediği veya kötüye kullandığını hususlarının (TMK. m. 348) kanıtlanamadığı gibi velayetin değiştirilmesini haklı kılacak nedenler de bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

Taraf vekillerinin temyizi üzerine karar, Özel Dairece yukarıda başlık kısmında yer alan gerekçeyle bozulmuştur.

Yerel mahkemece, Yargıtay bozma kararında atıf yapılan uluslararası düzenlemelerde de açıkça benimsendiği üzere, idrak çağında olan çocukların tercihlerinin velayet düzenlemesi yapılırken mutlaka değerlendirilmesi gerektiği, mahkemece de bu hususun dikkate alınarak uzmanlar tarafından çocukla üç kez görüşüldüğü, ayrıca taraflarla ve E'nin öğretmenleri ile de detaylı görüşmeler yapıldığı, her iki tarafın evlerinde ve okul ortamında incelemelerde de bulunulduğu, çocuğun sadece babasını ya da annesini tercih ettiğine dair bir anlatımının bulunmadığı, dava tarihinde 8 yaşında olan çocuk için adliyeler ve duruşma salonlarının çok da uygun yerler olmadığı, çocuğun duruşma salonuna getirtilerek değil de; çocuklara uygun dizayn

edilmiş görüşme odalarında ve bu konuda eğitim görmüş mahkeme uzman pedegogu tarafından görüşlerinin alındığı belirtilerek, velayetin değiştirilmesi ve kaldırılması koşullarının oluşmadığı gerekçesiyle direnme kararı verilmiştir.

Direnme kararı davacı anne vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Direnme yolu ile Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık: 26.01.2006 doğumlu müşterek çocuğun velayeti konusunda mahkeme huzurunda bizzat görüşüne başvurulmasının gerekip gerekmediği, burada varılacak sonuca göre uzman tarafından alınan beyanın yeterli olup olmadığı noktasında toplanmaktadır.

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 337, 340, 342 ve 346. maddeleri uyarınca velayet, çocukların bakım, eğitim, öğretim ve korunması ile temsil görevlerini kapsar.

Velayet, aynı zamanda ana babanın velayeti altındaki çocukların kişiliklerine ve mallarına ilişkin hakları, ödevleri, yetkileri ve yükümlülükleri de içerir.

Ana ve babanın çocukların kişiliklerine ilişkin hak ve ödevleri, özellikle çocuklarına bakmak, onları görüp gözetmek, geçimlerini sağlamak, yetiştirilmelerini ve eğitimlerini gerçekleştirmektir. Bu bağlamda sağlayacağı eğitim ile istenilen ölçüde dürüst, kötü alışkanlıklardan uzak, iyi ahlâk sahibi, çalışkan ve bilgili bir insan olarak yetiştirmek hak ve yükümlülüğü bulunmaktadır.

Velayetin kaldırılması ve değiştirilmesi şartları gerçekleşmedikçe, ana ve babanın velayet görevlerine müdahale olunamaz.

Ayrılık ve boşanma durumunda velayetin düzenlenmesindeki amaç, küçüğün ileriye dönük yararlarıdır. Başka bir anlatımla, velayetin düzenlenmesinde asıl olan, küçüğün yararını korumak ve geleceğini güvence altına almaktır.

Öte yandan, TMK'nın 335 ila 351. maddeleri arasında düzenlenen "velayet"e ilişkin hükümler kural olarak, kamu düzenine ilişkindir ve velayete ilişkin davalarda resen (kendiliğinden) araştırma ilkesi uygulandığından hâkim, tarafların isteği ile bağlı değildir. Velayetin değiştirilmesine yönelik istem incelenirken ebeveynlerin istek ve tercihlerinden ziyade çocuğun üstün yararı göz önünde tutulur.

Hukuk Genel Kurulunun 14.06.2017 gün ve 2017/2-1887 E., 2017/1196 K. sayılı kararında da velayetin düzenlenmesinin kamu düzenine ilişkin olduğu, usulü kazanılmış hak ilkesinin istisnasını oluşturduğu benimsenerek aynı ilkelere vurgu yapılmıştır.

Diğer taraftan, 20 Kasım 1989 tarihinde Birleşmiş Milletler Genel Kurulunda onaylanarak 02 Eylül 1990 tarihinde yürürlüğe giren ve Türkiye Cumhuriyeti'nce de kabul edilip, 27 Ocak 1995 gün ve 22184 sayılı Resmî Gazetede yayımlanan Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşmenin 12. maddesi:

“Taraf Devletler, görüşlerini oluşturma yeteneğine sahip çocuğun kendini ilgilendiren her konuda görüşlerini serbestçe ifade etme hakkını bu görüşlere çocuğun yaşı ve olgunluk derecesine uygun olarak, gereken özen gösterilmek suretiyle tanırlar. Bu amaçla, çocuğu etkileyen herhangi bir adli veya idari kovuşturmada çocuğun ya doğrudan doğruya veya bir temsilci ya da uygun bir makam yoluyla dinlenilmesi fırsatı, ulusal yasanın usule ilişkin kurallarına uygun olarak çocuğa, özellikle sağlanacaktır.”

hükmünü içermektedir.

Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi'nin:

Çocuğun usule ilişkin haklarından, davalarda bilgilendirilme ve dava sırasında görüşünü ifade etme hakkının düzenlendiği 3. maddesinde ise:

“..Yeterli idrake sahip olduğu iç hukuk tarafından kabul edilen bir çocuğun, bir adli merci önündeki, kendisini ilgilendiren davalarda, yararlanmayı bizzat da talep edebileceği aşağıda sayılan haklar verilir:

a) İlgili tüm bilgileri almak;

b)Kendisine danışılmak ve kendi görüşünü ifade etmek;

c)Görüşlerinin uygulanmasının olası sonuçlarından ve her tür kararın olası sonuçlarından bilgilendirilmek.” ;

Adli mercilerin rolünden, karar sürecinin düzenlendiği 6. maddede (b) ve (c) bentlerinde ise:

“b) ...Çocuğun iç hukuk tarafından yeterli idrak gücüne sahip olduğunun kabul edildiği durumlarda,...çocuğun yüksek çıkarına açıkça ters düşmediği

takdirde, gerekirse kendine veya diğerk şahıs ve kurumlar vasıtasıyla, çocuk için elverişli durumlarda ve onun kavrayışına uygun bir tarzda çocuğa danışmalıdır.

-çocuğun görüşünü ifade etmesine müsaade etmelidir.

c)Çocuğun ifade ettiği görüşe gereken önemi vermelidir.”

düzenlemesi yer almaktadır.

Velayetin anne ya da babaya verilmesi, daha çok çocuğu ilgilendiren, onun menfaatine ilişkin bir husus olduğuna göre, gerek yukarıda açıklanan Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesinin 12. ve Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesinin 3. ve 6. maddelerinde yer alan hükümler, gerekse velayete ilişkin yasal düzenlemeler karşısında, velayeti düzenlenen çocuğun, idrak çağında olması halinde, kendisini yakından ilgilendiren bu konuda ona danışılması ve görüşünün alınması gerekir.

Somut olayda da, velayetinin değiştirilmesi talep edilen müşterek çocuk E, dava tarihinde 8, karar tarihinde 10, bozma kararının verildiği tarihte ise 12 yaşında olup, müşterek çocuk davanın tüm aşamalarında idrak çağındadır. İdrak çağında olan müşterek çocuğun uzmanlar tarafından alınan beyanında hem annesi hem de babası ile olmak istediğini ifade ettiği, herhangi bir tercihte bulunmadığı belirtilmiştir. 17.06.2015 tarihli raporun sonuç kısmında da küçüğün kendi arzu ve isteklerini belirleyebilecek, bunları ifade edebilecek olgunlukta olduğu, bu nedenle çocuğun beyanlarının dikkate alınması gerektiği ifade edilmiştir. Ayrıca dosya içerisinde bulunan ve çocuğun devam ettiği okulda görevli olan rehber öğretmen tarafından tutulan 01.06.2015 tarihli raporda da, küçüğün içe dönük ve dalgın olduğu, konuşurken bacaklarını salladığı, sorulan sorulara “hı hı” gibi net olmayan, kolayca değiştirilebilen çelişkili cevaplar verdiği hususları dile getirilmiştir. Kaldı ki, dava tarihinden itibaren küçüğün yaşadığı veya yaşamak istediği ortamı değerlendirmesine imkân verecek, dolayısıyla velayeti konusunda görüşünün alınmasını gerektirecek ölçüde uzun süre geçtiği de görülmektedir.

Açıklanan nedenlerle mahkemece yapılacak iş; yeterli idrak gücüne sahip olduğu kabul edilen çocuğa, kendisini doğrudan ilgilendiren velayet konusunda danışılarak, görüşünü gerekçeleriyle birlikte ifade etme olanağının sağlanması; ifade edeceği bu görüşün, çocuğun kendi çıkarına ters düşmediği takdirde, buna önem verilerek sonucuna göre bir karar verilmesi olmalıdır.

Karar Numarası: 1

O hâlde, aynı hususlara işaret eden ve Hukuk Genel Kurulunca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır.

Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

Davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile direnme kararının Özel Daire bozma kararında gösterilen nedenlerden dolayı 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Geçici 3. maddesine göre uygulanmakta olan 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 429. maddesi gereğince BOZULMASINA, istek halinde temyiz peşin harcının yatırana geri verilmesine, aynı Kanun'un 440. maddesi uyarınca tebliğ tarihinden itibaren on beş içerisinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere 27.06.2018 gününde oy birliği ile karar verildi.

YARGITAY 2. HUKUK DAİRESİ

E. 2016 / 17073

K. 2018 / 6023

K. 3.05.2018

Taraflar arasındaki davanın yapılan muhakemesi sonunda mahalli mahkemece verilen, yukarıda tarihi ve numarası gösterilen hüküm davacı-davalı kadın tarafından, asıl davada boşanma kararı verilmemesi, kusur belirlenmesi, erkeğin davası, velayet, nafakaların ve tazminatların miktarları ile kişisel ilişki yönünden, davalı-davacı erkek tarafından ise, karşı davada boşanma kararı verilmemesi, kusur belirlenmesi, asıl dava, nafakalar ve tazminatlar yönünden temyiz edilmekle, evrak okunup gereği görüşüldü:

1-Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle kanuni gerektirici sebeplere ve özellikle ortak çocuk ... yargılama sırasında ergin olduğunun anlaşılmasına göre tarafların aşağıdaki bentlerin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yersizdir.

2-Toplanan delillerden, tarafların yabancı mahkemede anlaşmalı boşandıkları,yabancı mahkeme ilamının 26.11.2013 tarihinde kesinleşen karar ile tanınmasına hükmedildiği anlaşılmaktadır. Bu sebeple davacı-davalı kadın maddi, manevi tazminat ve yoksulluk nafakası talep etme hakkını kaybetmiştir. O halde, mahkemece davacı-davalı kadının bu taleplerinin reddine karar verilmesi gerekirken kabulü hatalı olmuştur.

3-Mahkemece, kadının velayete yönelik isteği hakkında, yabancı mahkemede çocukların velayetinin babaya verilmesi hükmünün tenfiz edildiği ve tenfiz kararının kesinleştiği belirtilerek konusuz kaldığından karar verilmesine yer olmadığına dair karar verilmiştir. Velayet düzenlemesinde; çocukla ana ve baba yararının çatışması halinde, çocuğun yararına üstünlük tanınması gereklidir. Çocuğun yararı ise; çocuğun bedensel, fikri ve ahlaki bakımdan en iyi şekilde gelişebilmesi ve böyle bir gelişmenin gerçekleştirilmesi için, çocuğa sosyal, ekonomik ve kültürel koşulların sağlanmış olmasıdır.

Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesinin 12. ve Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesinin 3. ve 6. maddeleri idrak çağındaki çocukların kendilerini ilgilendiren konularda görüşünün alınması ve görüşlerine gereken önemin verilmesini öngörmektedir. Çocukların üstün yararı gerektirdiği takdirde, görüşlerinin aksine karar verilmesi mümkündür. Velayet kamu düzenine ilişkin olup, re'sen araştırma ilkesi geçerlidir. Bu nedenle yargılama sırasında meydana gelen gelişmelerin bile göz önünde tutulması gerekir. Somut olayda; velayete konu çocuklardan Deniz 2002 ve ... 2008 doğumlu olup idrak çağındadırlar.

Bu bakımdan ortak çocukların mahkemece veya istinabe suretiyle bilgilendirilerek, velayet hakkındaki tercihinin kendisinden sorulması tüm deliller birlikte değerlendirilip sonucu uyarınca karar verilmesi gerekirken, velayet konusunda yazılı şekilde eksik inceleme ile hüküm kurulması usul ve yasaya aykırıdır.

4-Mahkemece davacı-davalı kadın lehine dava tarihinden tanıma kararının kesinleştiği 26.11.2013 tarihine kadar tedbir nafakasına hükmedilmesi gerekirken, yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiştir.

Temyiz edilen hükmün yukarıda 2., 3. ve 4. bentlerde gösterilen sebeplerle BOZULMASINA, 3.bentte yer alan bozma sebebine göre kişisel ilişkiye yönelik temyiz itirazlarının incelenmesine şimdilik yer olmadığına, bozma kapsamı dışında kalan temyize konu diğer bölümlerinin ise yukarıda 1. bentte gösterilen sebeple ONANMASINA, temyiz peşin harcının istek halinde yatırana geri verilmesine, işbu kararın tebliğinden itibaren 15 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere oyçokluğuyla karar verildi. 03.05.2018 (Prş.)

KARŞI OY YAZISI

Mahkemece tarafların karşılıklı açtıkları boşanma davaları ve bu dava içindeki velayet talepleri hakkında konusuz kaldığı gerekçesiyle karar verilmesine yer olmadığına hükmedilmiştir. Yapılan yargılama ve toplanan delillerden tarafların ... 03.11.2011 tarihinde kesinleşen karar ile boşandıkları ve ortak çocukların velayetinin babaya verildiği, bu kararın 26.11.2013 tarihinde kesinleşen ilam ile tanınmasına ve tenfizine karar verildiği, yine ortak çocuklardan ... anne tarafından babanın izni olmaksızın Türkiye'ye getirildiği, geri dönmesinin çocuğun psikolojisi yönünden ciddi risk teşkil etmediği gerekçesiyle mutad meskeni olan ... ülkesine iadesine karar verildiği ve

kararın 23.07.2013 tarihinde kesinleştığı ve kararın infaz edildiği, ortak çocuk ... ise, ... babası yanında olduğu anlaşılmaktadır. Taraflarca açılan boşanma davaları konusuz kaldığına göre fer'ilerine ilişkin taleplerde konusuz kalacaktır. Dairemizin yerleşmiş içtihatlarında bu yöndedir. Velayetin değiştirilmesine ilişkin bir dava da söz konusu değildir. Ayrıca velayetin babada olmasının çocuklar ... ve ... yönünden olumsuzluk içeren bir durum yaratacağı iddiası da bulunmamaktadır. Mahkemece boşanmaya karar verilmesi halinde ortak çocukların velayeti konusunda karar verebilir (TMK m.336). Asıl dava konusuz kaldığına göre mahkemece velayetin düzenlenmemesinde bir isabetsizlik yoktur. Sayın çoğunluğun velayet konusunda eksik inceleme ile hüküm kurulmasının doğru olmadığına yönelik bozma sebebine katılmıyor, bozma ilamında belirtilen araştırmanın ancak velayetin değiştirilmesi davasında değerlendirilebileceğinden hükmün velayet yönünden onanması gerektiği görüşünderiz.

YARGITAY 2. HUKUK DAİRESİ

E. 2016/22078

K. 2018/9779

T. 24.09.2018

Taraflar arasındaki davanın yapılan muhakemesi sonunda mahalli mahkemece verilen, yukarıda tarihi ve numarası gösterilen hüküm davacı-davalı erkek tarafından, kadının davasının kabulü, kusur belirlemesi ve aleyhine hükmedilen tazminatlar yönünden temyiz edilmekle, evrak okunup gereği görüşülüp düşünüldü:

Davacı-davalı erkek, davalı-davacı kadının birleşen davasına verdiği cevap dilekçesinde ortak çocuğun ihtiyaçlarının kendisi tarafından karşılandığını, bu hususun bizzat çocuktan sorulabileceğini ifade etmiş, 22.12.2015 tarihli duruşmada da davacı-davalı vekili, birleşen dava yönünden ortak çocuğun tanık olarak dinlenilmesini talep etmiş, mahkemece ortak çocuk tanık olarak dinlenilmeden hüküm kurulmuştur. Davacı-davalı erkek, bu tanığın dinlenilmesinden açıkça vazgeçmediği gibi, bu tanık yönünden mahkemenin de dinlenilmesinden vazgeçilmesine yönelik bir ara kararı bulunmamaktadır. Davacı-davalının dinlenilmesinden açıkça vazgeçmediği ortak çocuk dinlenmeden hüküm kurulması hukuki dinlenme hakkının (HMK m.27) ihlali niteliğinde olup, bu tanığın HMK'nun 240 ve devamı maddeleri gereğince usulünce davetiye ile çağrılarak dinlenip, delillerin hep birlikte değerlendirilerek sonucuna göre karar verilmesi gerekir. Ayrıca davalı-davacı kadının davasının birleştirilmesine karar verildikten sonra mahkemece birleşen dava yönünden bir ön inceleme duruşması da yapılmamıştır. Taraflara birleşen davaya ilişkin olmak üzere delil sunma imkanı tanınmadan yargılamaya devamla yazılı şekilde hüküm kurulması savunma hakkını kısıtlayan ve adil yargılanma hakkını (HMK m. 26) etkileyen önemli bir usul hatasıdır. Bu sebeplerle hükmün bozulmasına karar vermek gerekmiştir.

Temyiz edilen hükmün yukarıda gösterilen sebeple BOZULMASINA, bozma sebebine göre davacı-davalı erkeğin diğer temyiz itirazlarının şimdilik

Karar Numarası: 3

incelenmesine yer olmadığına, temyiz peşin harcının istek halinde yatırana geri verilmesine, işbu kararın tebliğinden itibaren 15 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY HUKUK GENEL KURULU

E.2017/2066

K. 2019/15

T. 17.01.2019

Taraflar arasında görülen “boşanma” davasından dolayı yapılan yargılama sonunda İstanbul 12. Aile Mahkemesince davanın kabulüne dair verilen 19.11.2013 tarih ve 2012/846 E., 2013/720 K. sayılı karar davalı vekilinin temyizi üzerine Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin 30.06.2014 tarih ve 2014/4761 E., 2014/14912 K. sayılı kararı ile;

“..1-Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle kanuna uygun sebeplere ve özellikle delillerin takdirinde bir yanlışlık görülmemesine göre, davalı (koca)’nın aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yersizdir.

2-Velayet düzenlemesinde ana ile babanın yarar, istek ve beyanları gözetilmekle birlikte asıl olan; çocuğun üstün yararını korumak, geleceğini güvence altına almaktır. Velayetleri davacı anneye verilen tarafların müşterek çocuklarıe ile.....’in tarafların ayrılık süresince davalı baba yanında yaşadıkları ve velayet konusunda görüşüne başvurulmuş uzmanın da “velayetin davalı babaya verilmesinin çocukların yararına olacağı yönünde” görüş bildirdiği anlaşılmaktadır. Çocukların alıştıkları ortam ve çevreden ayrılmaları onların bedeni ve fikri gelişimlerine olumsuz etki yapacağı gibi, kardeşlerin birbirlerinden ayrılmaları da onların kardeşlik duygularını olumsuz yönde etkileyecektir. Her ne kadar velayet konusunda görüşüne başvurulmuş küçükler velayetlerinin annelerine verilmesini istediklerini belirtmiş iseler de, davacı annenin içinde bulunduğu ortam dikkate alındığında, küçüklerin ifade ettikleri görüşlerinin kendi çıkarlarına ters düştüğü de görülmektedir. Gerçekleşen bu durum karşısında, müşterek çocuklare ile.....’in velayetlerinin de davalı babaya verilmesi gerekirken, yazılı şekilde anneye verilmesi isabetsiz olmuş ve bozmayı gerektirmiştir..”

gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle yeniden yapılan yargılama sonunda mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulunca incelenerek temyiz dilekçesinin süresinde verildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki belgeler okunduktan sonra gereği görüşüldü:

Dava, evlilik birliğinin sarsılması nedenine dayalı Türk Medeni Kanunu'nun (TMK 166/1 m.) boşanma istemine ilişkindir.

Davacı vekili, davalının düzenli bir işte çalışmadığını, son yaşanan tartışmada müvekkilini evden kovduğunu, ölümle tehdit ettiğini, müvekkilinin de bu olaylar sonrası evden ayrılarak Almanya'ya gittiğini, pasaport işlemlerinde davalının rızası gerektiği için çocuklarını yanına alamadığını ileri sürerek tarafların boşanmalarına ve müşterek çocukların velayetinin müvekkiline tevdiine karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı, dava dilekçesinde belirtilen hususların hiçbirinin doğru olmadığını, davacının Almanya'da bulunan ablasından etkilendiğini ve evi terk ettiğini belirterek davanın reddi ile velayet hakkının kendisine verilmesini istemiştir.

Yerel Mahkemece, tarafların birbirlerine hakaret ettikleri, davalının davacıyı evden kovduğu, evlilik birliğinde üzerine düşen görevlerini yerine getirmediği gerekçesiyle TMK'nın 166/1. maddesine göre tarafların boşanmalarına, müşterek çocuklardan.....'in yaşı nedeni ile annesinin ilgi ve bakımına ihtiyacı olduğu,e'nin velayetinin annesine verilmesini,in ise velayetinin babasına verilmesini istediği, uluslararası sözleşmeler gereğince idrak çağındaki çocukların velayet hakkındaki görüşüne önem verilmesi gerektiği belirtilerek,in velayetinin davalı babaya,e ve.....'in velayetlerinin ise davacı anneye tevdiine karar verilmiştir.

Davalı vekilinin temyizi üzerine karar, Özel Dairece yukarıda başlık kısmında açıklanan gerekçeyle bozulmuştur.

Yerel mahkemece tarafların ayrı yaşadıkları süreçte müşterek çocuklare ve.....'in babaları onay vermediği için yurt dışına çıkamadıkları ve zorunlu olarak baba yanında kaldıkları, 15 yaşında olanin velayetinin annesine verilmesini istediği,.....'in ise yaşı nedeniyle anne ilgi ve sevgisine ihtiyacı

olduğu, davacı annenin velayeti kullanmasına engel yaşam tarzı ve yetersizliği olmadığı, davalının da bunu ifade ettiği, davacının çalıştığı, ayrı ev tuttuğu, 2009 doğumlu okul çağına dahi gelmemiş, idrak yeteneği olmayan bir çocuğu annenin bakmak istemesi ve bir yetersizliği olmadığı hâalde annesinden ayrı yaşamak zorunda bırakılmasının hiçbir hukuk kuralı ile bağdaşmayacağı,e'nin de Almanya'da yaşamak istediği, davacının ablasının yaşam tarzına ilişkin iddialarının ispatlanmadığı, gerekçesiyle direnme kararı verilmiştir.

Direnme kararı davalı vekilince temyiz edilmiştir.

Direnme yoluyla Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık, fiili ayrılık sırasında ve hâlen davalı baba yanında kalan 06.05.2000 doğumlue ve 02.10.2009 doğumlu.....'in velayet haklarının Türkiye'den ayrılarak Almanya'ya yerleşen davacı anneye verilmesi koşullarının oluşup oluşmadığı noktasında toplanmaktadır.

1- Müşterek ocuklardane hakkında verilen karar yönünden;

İlke olarak her dava açıldığı tarihteki fiili ve hukuki sebeplere göre hükme bağlanır. Ne var ki, dava açıldıktan sonra meydana gelen bir olay nedeniyle dava konusunun ortadan kalkması, eş söyleyişle tarafların, davanın esası hakkında karar verilmesinde hukuki yararının kalmaması hâlinde bu olayın hükümde göz önüne alınması ve böyle bir durumda mahkemenin, davanın konusuz kalması sebebiyle esas hakkında karar verilmesine yer olmadığına karar vermesi gerektiği her türlü duraksamadan uzaktır.

Somut olaya gelince, velayete konu ocuklardane'nin 06.05.2000 doğumlu olduğu ve direnme kararının temyiz incelemesinin yapıldığı 17.01.2019 tarihinde 18 yaşını doldurduğu dosyada bulunan nüfus kayıt örneğinden açıkça anlaşılmaktadır.

Dava açıldıktan sonra ortaya çıkan bir olgu nedeniyle artık dava konusu edilen talep hakkında olumlu ya da olumsuz bir karar verilmesine gerek ya da neden kalmıyorsa, burada davanın konusuz kalmasından söz edilebilir.

Görölmekte olan davada ortak ocuke'nin inceleme tarihinde ergin olması nedeniyle velayet kendiliğinden sona erdiği için yerel mahkemece bu durum gözetilerek velayet talebinin konusuz kalması nedeni ile esas hakkında karar verilmesine yer olmadığına karar verilmelidir.

2- Müşterek ocuk..... hakkında verilen karar yönünden ise;

Bilindiği üzere, 4721 sayılı TMK'nın 339-347. maddeleri uyarınca velayet, çocukların bakım, eğitim, öğretim ve korunması ile temsil görevlerini kapsar.

Velayet, aynı zamanda ana babanın velayeti altındaki çocukların kişiliklerine ve mallarına ilişkin hakları, ödevleri, yetkileri ve yükümlülükleri de içerir.

Ana ve babanın çocukların kişiliklerine ilişkin hak ve ödevleri, özellikle çocuklara bakmak, onları görüp gözetmek, geçimlerini sağlamak, yetiştirilmelerini ve eğitimlerini gerçekleştirmektir. Bu bağlamda sağlayacağı eğitim ile çocuğu istenilen ölçüde dürüst, kötü alışkanlıklardan uzak, iyi ahlâk sahibi, çalışkan ve bilgili bir insan olarak yetiştirmek hak ve yükümlülüğü bulunmaktadır.

Ayrılık ve boşanma durumunda velayetin düzenlenmesindeki amaç, küçüğün ileriye dönük yararlarıdır. Buna göre, velayetin düzenlenmesinde asıl olan, küçüğün yararını korumak ve geleceğini güvence altına almaktır.

Öte yandan, TMK'nın 335 ila 351. maddeleri arasında düzenlenen "velayet"e ilişkin hükümler kural olarak, kamu düzenine ilişkindir ve velayete ilişkin davalarda resen (kendiliğinden) araştırma ilkesi uygulandığından hâkim, tarafların isteği ile bağlı değildir. Velayetin düzenlenmesine yönelik istem incelenirken ebeveynlerin istek ve tercihlerinden ziyade çocuğun üstün yararı göz önünde tutulur. Çocuğun üstün yararını belirlerken; onun bedensel, zihinsel, ruhsal, ahlâki ve toplumsal gelişiminin sağlanması amacının gözetilmesi gereklidir. Ana ve babanın yararları; ahlâki değer yargıları, sosyal konumları gibi durumları, çocuğun üstün yararını etkilemediği ölçüde göz önünde tutulur.

Velayetin anne ya da babaya verilmesi, daha çok çocuğu ilgilendiren, onun menfaatine ilişkin bir husus olduğuna göre, gerek Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 12. ve Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi'nin 3. ve 6.maddelerinde yer alan hükümler, gerekse velayete ilişkin yasal düzenlemeler karşısında, velayeti düzenlenen çocuğun, idrak çağında olması hâlinde, tercihi onun aleyhine bir sonuç doğurmayacaksa, kendisini yakından ilgilendiren bu konuda ona danışılması ve görüşünün alınması gerekir.

Nitekim, Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 12. maddesi:

"Taraflar Devletler, görüşlerini oluşturma yeteneğine sahip çocuğun kendini

ilgilendiren her konuda görüşlerini serbestçe ifade etme hakkını bu görüşlere çocuğun yaşı ve olgunluk derecesine uygun olarak, gereken özen gösterilmek suretiyle tanırlar. Bu amaçla, çocuğu etkileyen herhangi bir adli veya idari kovuşturmada çocuğun ya doğrudan doğruya veya bir temsilci ya da uygun bir makam yoluyla dinlenilmesi fırsatı, ulusal yasanın usule ilişkin kurallarına uygun olarak çocuğa, özellikle sağlanacaktır.” hükmünü içermektedir.

Diğer taraftan, Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi'nin:

Çocuğun usule ilişkin haklarından, davalarda bilgilendirilme ve dava sırasında görüşünü ifade etme hakkının düzenlendiği 3. maddesinde:

“..Yeterli idrake sahip olduğu iç hukuk tarafından kabul edilen bir çocuğun, bir adli merci önündeki, kendisini ilgilendiren davalarda, yararlanmayı bizzat da talep edebileceği aşağıda sayılan haklar verilir:

a)İlgili tüm bilgileri almak;

b)Kendisine danışılmak ve kendi görüşünü ifade etmek;

c)Görüşlerinin uygulanmasının olası sonuçlarından ve her tür kararın olası sonuçlarından bilgilendirilmek.”;

Adli mercilerin rolünden, karar sürecinin düzenlendiği 6. maddenin (b) ve (c) bentlerinde ise:

“b)...Çocuğun iç hukuk tarafından yeterli idrak gücüne sahip olduğunun kabul edildiği durumlarda,...çocuğun yüksek çıkarına açıkça ters düşmediği takdirde, gerekirse kendine veya diğer şahıs ve kurumlar vasıtasıyla, çocuk için elverişli durumlarda ve onun kavrayışına uygun bir tarzda çocuğa danışmalıdır, çocuğun görüşünü ifade etmesine müsaade etmelidir.

c) Çocuğun ifade ettiği görüşe gereken önemi vermelidir.” hükümleri yer almaktadır.

Tüm bu açıklamalar kapsamında somut olaya gelindiğinde 2009 doğumlu olan küçük..... davanın açıldığı tarihte 3 yaşında ise de hali hazırda kendi görüşlerini ifade edebilecek olgunluğa eriştiği, diğer bir anlatımla idrak çağına geldiği açıktır.

Mahkemece yapılacak iş; yeterli idrak gücüne sahip olduğu kabul edilen çocuğun kendisini doğrudan ilgilendiren velayet konusunda bizzat dinlenilerek, görüşlerini gerekçeleriyle birlikte ifade etme olanağı sağlanması; ifade edecekleri görüşlerin, çıkarlarına ters düşmediği takdirde, buna değer verilmesi olmalıdır.

Hukuk Genel Kurulunda yapılan görüşmeler sırasında, küçük....'in dava açıldığı tarihte 3 yaşında olduğu ve anne özlemi çektiği, davacı annenin velayet görevini yerine getirebilecek yeterliliğe sahip olduğu, bu nedenle küçüğün velayetinin anneye verilmesine ilişkin direnme kararının onanması gerektiği, yine dava tarihinden sonra idrak çağına gelen çocuğun görüşüne başvurulması durumunda tespit edilecek beyanın mahkemeyi bağlamayacağı gibi, yargılama süreci gözetildiğinde davaya konu küçüğün ergin olması, dolayısıyla davanın konusuz kalması sonucunu da doğuracağı, annenin Almanya'da yaşadığı ortamın belirsizliği ve küçüğün alıştığı çevre ile kardeşlerinden ayrılmaması hususları dikkate alındığında Özel Daire bozma kararının doğru olduğu görüşleri ileri sürülmüş ise de bu görüşler Kurul çoğunluğunca benimsenmemiştir.

O hâlde, yukarıda açıklanan değişik gerekçelerle direnme kararı bozulmalıdır.

Davalı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile, direnme kararının yukarıda belirtilen değişik gerekçelerle 6217 sayılı Kanunun 30. maddesi ile 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na eklenen "Geçici madde 3" atfıyla uygulanmakta olan 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 429. maddesi gereğince BOZULMASINA, peşin harcın istek hâlinde yatıran iadesine, aynı Kanun'un 440. maddesi uyarınca kararın tebliğ edildiği tarihinden itibaren on beş gün içerisinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere 17.01.2019 tarihinde (1) nolu bent açısından oy birliği ile, (2) nolu bent açısından oy çokluğu ile karar verildi.

KARŞI OY

Dava boşanma ve tarafların müşterek çocukları bakımından velayetin düzenlenmesine ilişkin olup; mahkemece verilen tarafların boşanmalarına, müşterek çocuklardan'in velayetinin davalı babaya,e ve.....'in velayetinin ise davacı anneye verilmesine ilişkin kararın davalı vekilince temyizi üzerine Özel Dairece diğer temyiz itirazlarının yerinde görülmemesi

ile hükmün boşanma ve'in velayeti ile ilgili bölümü kesinleşmiş,e ve....'in velayetlerinin de davalı babaya verilmesi gerektiği belirtilerek bozulan karara karşı mahkemece direnme kararı verilmiş ve bu karar davalı baba tarafından temyiz edilmiştir.

Direnme kararının Hukuk Genel Kurulunda yapılan temyiz incelemesi sırasında; 06/05/2000 doğumlu olane'nin yargılama devam ederken reşit olduğu, böylelikle hakkındaki velayet davasının konusuz kaldığı görülmekle Hukuk Genel Kurulunca çözülmesi gereken tek uyuşmazlığının, küçük....'in velayetinin davacı anneye verilmesi şartlarının oluşup oluşmadığı noktasında toplandığı anlaşılmış, yapılan görüşme sonunda sayın çoğunlukta Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşmenin 12. ve Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesinin 3. ve 6. maddeleri uyarınca 02/10/2009 doğumlu ve idrak çağına gelmiş olan....'in kendisini yakından ilgilendiren bu konuda görüşünün alınması gerektiği belirtilerek karar bu değişik gerekçe ile bozulmuş olup, bu görüşe katılmıyorum.

Şöyle ki;

4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 335-351 maddeleri arasında düzenlenmiş olan "velayet" hükümleri kural olarak kamu düzenine ilişkindir ve velayet davalarında resen (kendiliğinden) araştırma ilkesi uygulandığından hakim tarafların talepleri ile bağlı değildir. Velayet konusu karara bağlanırken anne ve babanın istek ve tercihlerinden ziyade çocuğun üstün yararı göz önünde tutulacaktır.

Hukuk Genel Kurulunca direnme kararı;

Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşmenin 12. maddesinde yer alan "Taraflar Devletler, görüşlerini oluşturma yeteneğine sahip çocuğun kendini ilgilendiren her konuda görüşlerini serbestçe ifade etme hakkını bu görüşlere çocuğun yaşı ve olgunluk derecesine uygun olarak, gereken özen gösterilmek suretiyle tanınır..." ve

Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesinin 3. maddesinde yer alan "Yeterli idrake sahip olduğu iç hukuk tarafından kabul edilen bir çocuğa, bir adli merci önündeki kendisini ilgilendiren davalarda, yararlanmayı bizzat da talep edebileceği aşağıda sayılan haklar verilir.

a) İlgili tüm bilgileri almak,

b) Kendisine danışılmak ve kendi görüşünü ifade etmek," 6. maddesinde yer alan ;

b) "Çocuğun iç hukuk tarafından yeterli idrak gücüne sahip olduğunun kabul edildiği durumlarda...çocuğun yüksek çıkarına açıkça ters düşmediği takdirde, gerekirse kendine veya diğer şahıs ve kurumlar vasıtasıyla, çocuk için elverişli durumlarda ve onun kavrayışına uygun bir tarzda danışılmalıdır.

c) Çocuğun ifade ettiği görüşe gereken önem verilmelidir."

Hükümleri uyarınca, idrak çağına gelmiş olan.....'in görüşünün alınması ve kendisine danışılması gerektiği gerekçesi ile bozulmuştur.

Taraflar 16/08/2005 tarihinde evlenmişler 21/11/2012 tarihinde ise boşanma davası açılmıştır. Boşanma hükmü 28/10/2014 tarihinde kesinleşmekle birlikte velayete ilişkin dava devam etmekte olup, yargılama sırasında 06/05/2000 doğumlu olane reşit olmuş ve hakkındaki velayet davası konusuz kalmıştır..... 02/10/2009 doğumlu olup, boşanma davası açıldığı tarihte (3) yaşında, Özel Dairenin bozma kararı tarihinde yaklaşık (5) yaşında, Hukuk Genel Kurulunun kararı tarihinde ise yaklaşık (9,5) yaşındadır.....'in velayeti ile ilgili süreç (3) yaşındayken başlamış, aradan geçen (6,5) yıl içinde sonuçlanmamıştır. Yukarıda belirtilen uluslararası sözleşmelerde idrak çağındaki çocukların adli merciler önünde kendileri ile ilgili konularda görüşlerinin alınması gerektiğine dair hükümler mevcut ise de, velayet konusunun kamu düzeni ile ilgili olması, burada öncelikle çocuğun menfaatlerinin gözetilmesi gerekliliği ve mahkeme huzurunda beyanı alınan çocuğun bu görüşünün mahkeme için bağlayıcılığı bulunmaması karşısında, sonuçta bozma sebebi olarak gösterilen işlemin şekli bir bir eksiklik olduğu, çocuğun görüşü ne olursa olsun hakimnin mevcut dosya kapsamına göre ve çocuğun menfaatlerini gözeterek karar vereceği dikkate alındığında ve ayrıca annenin yurt dışında olması sebebiyle bozmadan sonra yapılacak usuli işlemler ve tebligat süreleri gözetildiğinde, bozma gereğinin yerine getirilmesi sürecinde, diğer çocuke'de olduğu gibi.....'in de reşit olması ve yargı mercilerince velayet konusu karara bağlanmadan davanın konusuz kalması söz konusu olabilecektir.

Tüm bu nedenlerle ve özellikle küçüğün mahkeme huzurunda alınacak olan görüşünün velayet konusunda bağlayıcı olmaması sebebiyle.....'in velayeti ile ilgili olarak mevcut dosya kapsamına göre karar verilmesi ve direnme

Karar Numarası: 4

kararının usul ve yasaya uygun olan Özel Daire bozma kararı doğrultusunda bozulması gerektiği düşüncesinde olduğumdan, sayın çoğunluğun değişik gerekçe ile bozma görüşüne katılmıyorum.

YARGITAY HUKUK GENEL KURULU

E. 2018/1072

K. 2019/185

T. 21.02.2019

Taraflar arasındaki “velâyetin değiştirilmesi” davasından dolayı İstanbul Anadolu 6. Aile Mahkemesince direnme yoluyla verilen 25.05.2017 tarihli, 2017/255 E., 2017/352 K. sayılı kararın bozulmasını kapsayan ve Yargıtay Hukuk Genel Kurulundan çıkan 27.06.2018 tarihli, 2017/2-3117 E., 2018/1278 K. sayılı kararın karar düzeltme yoluyla incelenmesi davalı vekili tarafından verilen dilekçe ile istenilmiştir.

Hukuk Genel Kurulunca dilekçe, düzeltilmesi istenen karar ve dosyadaki ilgili bütün belgeler okunduktan sonra gereği görüşüldü:

Dava, velâyetin değiştirilmesi istemine ilişkindir.

Davacı vekili; boşanma davası sırasında, davalı babanın annenin çocuğu dövdüğü yönünde gerçeğe ve hayatın olağan akışına aykırı iftiraları nedeniyle müşterek çocuğun velâyetinin babaya verildiğini, babasından çekinen ve korkan çocuğun “annem beni dövdü” şeklinde beyanda bulunduğunu, bu hususun aksinin okulda tutulan “Tutanaktır” başlıklı belge ile de ispatlandığını, babanın çocukla ilgilenmediğini, çocuğun okul haricinde internet kafede vakit geçirdiğini, müvekkilinin çocuğun tüm sorunları ile ilgilendiğini, çocuğun da anneyi istediğini ileri sürerek müşterek çocuğun velâyetinin müvekkiline verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili; davacının çocuğu olumsuz etkileyecek bir yaşam tarzı olduğunu, başka erkeklerle görüştüğünü, çocuğa şiddet uyguladığını, sabit bir ikametgahının olmadığını, çocuğa sigara içirerek bu şekilde fotoğrafını çekip sosyal medyada paylaştığını, oje, far gibi şeyler sürdüğünü, boşanma davasında alınan uzman raporlarında da velâyetin babaya verilmesi yönünde görüş bildirildiğini, müvekkilinin çocuğun eğitimiyle yeterli derecede ilgilendiğini belirterek davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece; somut olayda davalının velâyet görevini yerine getirmediği veya kötüye kullandığı hususlarının (TMK md. 348) kanıtlanmadığı gibi velâyetin değiştirilmesini haklı kılacak nedenler de bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

Her iki tarafın temyizi üzerine karar Özel Dairece; velâyetinin değiştirilmesi talep edilen çocuğun idrak çağında olduğu, Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesinin 3 ve 6., Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesinin 12. maddesi gereğince müşterek çocuğun velâyeti konusunda mahkemece görüşünün alınması, bu görüşün değerlendirilmesi ve gerçekleştirilecek sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, bu konuda eksik incelemeyle yazılı şekilde karar verilmesinin usul ve yasaya aykırı olduğundan bahisle bozma kararı verilmiştir.

Yerel mahkemece; velâyetinin değiştirilmesi istenilen küçük E'nin davanın açıldığı tarihte sekiz yaşında olduğu, Özel Daire bozma kararında atıf yapılan uluslararası düzenlemelerde de açıkça benimsendiği üzere, idrak çağında olan çocukların tercihlerinin velâyet düzenlemesi yapılırken mutlaka değerlendirilmesi gerektiği, mahkemece de bu hususun dikkate alınarak uzmanlar tarafından çocukla üç kez görüşüldüğü, ayrıca taraflarla ve E'nin öğretmenleri ile de detaylı görüşmeler yapıldığı, her iki tarafın evlerinde ve okul ortamında incelemelerde bulunulduğu, çocuğun, tarafların her ikisini de istediğini dile getirdiği, sadece babasını ya da sadece annesini tercih ettiğine dair bir anlatımının bulunmadığı, dava tarihinde sekiz yaşında olan çocuk için adliyeler ve duruşma salonlarının çok da uygun yerler olmadığı, çocuğun duruşma salonuna getirilerek değil de; çocuklara uygun dizayn edilmiş görüşme odalarında ve bu konuda eğitim görmüş mahkeme uzman pedagogu tarafından görüşlerinin alındığı, velâyetin değiştirilmesi ve kaldırılması koşullarının oluşmadığı belirtilerek davanın reddine dair direnme kararı verilmiştir.

Direnme kararı davacı anne vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulunca, "...aynı hususlara işaret eden ve Hukuk Genel Kurulunca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır." gerekçesiyle bozma kararı verilmiştir.

Yargıtay Hukuk Genel kurulu tarafından verilen karara karşı davalı (baba)

vekili karar düzeltme talebinde bulunmuştur.

Direnme yolu ile Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık; 26.01.2006 doğumlu müşterek çocuğun velâyeti konusunda mahkeme huzurunda bizzat görüşüne başvurulmasının gerekip gerekmediği, burada varılacak sonuca göre uzman tarafından alınan beyanın yeterli olup olmadığı noktasında toplanmaktadır.

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 337, 340, 342 ve 346. maddeleri uyarınca velâyet, çocukların bakım, eğitim, öğretim ve korunması ile temsil görevlerini kapsar.

Velâyet, aynı zamanda ana babanın velâyeti altındaki çocukların kişiliklerine ve mallarına ilişkin hakları, ödevleri, yetkileri ve yükümlülükleri de içerir.

Ana ve babanın çocukların kişiliklerine ilişkin hak ve ödevleri, özellikle çocuklarına bakmak, onları görüp gözetmek, geçimlerini sağlamak, yetiştirilmelerini ve eğitimlerini gerçekleştirmektir. Bu bağlamda sağlayacağı eğitim ile istenilen ölçüde dürüst, kötü alışkanlıklardan uzak, iyi ahlâk sahibi, çalışkan ve bilgili bir insan olarak yetiştirmek hak ve yükümlülüğü bulunmaktadır.

Velâyetin kaldırılması ve değiştirilmesi şartları gerçekleşmedikçe, ana ve babanın velâyet görevlerine müdahale olunamaz.

Ayrılık ve boşanma durumunda velâyetin düzenlenmesindeki amaç, küçüğün ileriye dönük yararlarıdır. Başka bir anlatımla, velâyetin düzenlenmesinde asıl olan, küçüğün yararını korumak ve geleceğini güvence altına almaktır.

Türk Medeni Kanununun 335 ila 351. maddeleri arasında düzenlenen "velâyet"e ilişkin hükümler kural olarak, kamu düzenine ilişkindir ve velâyete ilişkin davalarda resen (kendiliğinden) araştırma ilkesi uygulandığından hâkim, tarafların isteği ile bağlı değildir. Velâyetin değiştirilmesine yönelik istem incelenirken ebeveynlerin istek ve tercihlerinden ziyade çocuğun üstün yararı göz önünde tutulur.

Hukuk Genel Kurulunun 14.06.2017 tarih ve 2017/2-1887 E., 2017/1196 K. sayılı kararında da velâyetin düzenlenmesinin kamu düzenine ilişkin olduğu, usulü kazanılmış hak ilkesinin istisnasını oluşturduğu benimsenerek aynı ilkelere vurgu yapılmıştır.

Diğer taraftan, 20 Kasım 1989 tarihinde Birleşmiş Milletler Genel Kurulunda onaylanarak 02 Eylül 1990 tarihinde yürürlüğe giren ve Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nce de kabul edilip, 27 Ocak 1995 gün ve 22184 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesinin 12. maddesi:

“Taraflar Devletler, görüşlerini oluşturma yeteneğine sahip çocuğun kendini ilgilendiren her konuda görüşlerini serbestçe ifade etme hakkını bu görüşlere çocuğun yaşı ve olgunluk derecesine uygun olarak, gereken özen gösterilmek suretiyle tanırlar. Bu amaçla, çocuğu etkileyen herhangi bir adli veya idari kovuşturmada çocuğun ya doğrudan doğruya veya bir temsilci ya da uygun bir makam yoluyla dinlenilmesi fırsatı, ulusal yasanın usule ilişkin kurallarına uygun olarak çocuğa, özellikle sağlanacaktır.” hükmünü içermektedir.

Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi'nin:

Davalarda bilgilendirilme ve dava sırasında görüşünü ifade etme hakkının düzenlendiği 3. maddesinde:

“Yeterli idrake sahip olduğu iç hukuk tarafından kabul edilen bir çocuğa, bir adli merci önündeki, kendisini ilgilendiren davalarda, yararlanmayı bizzat da talep edebileceği aşağıda sayılan haklar verilir:

a)İlgili tüm bilgileri almak;

b)Kendisine danışılmak ve kendi görüşünü ifade etmek;

c)Görüşlerinin uygulanmasının olası sonuçlarından ve her tür kararın olası sonuçlarından bilgilendirilmek.” ;

Adli mercilerin rolünden, karar sürecinin düzenlendiği 6. maddenin (b) ve (c) bentlerinde ise:

b)Çocuğun iç hukuk tarafından yeterli idrak gücüne sahip olduğunun kabul edildiği durumlarda,

-çocuğun bütün gerekli bilgiyi edindiğinden emin olmalıdır.

-çocuğun yüksek çıkarına açıkça ters düşmediği takdirde, gerekirse kendine veya diğer şahıs ve kurumlar vasıtasıyla, çocuk için elverişli durumlarda ve onun kavrayışına uygun bir tarzda çocuğa danışmalıdır.

-çocuğun görüşünü ifade etmesine müsaade etmelidir.

c)Çocuğun ifade ettiği görüşe gereken önemi vermelidir.” düzenlemesi yer almaktadır.

Görüldüğü üzere Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesinin 12. maddesinde, “görüşlerini oluşturma yeteneğine sahip çocuğun” Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesinin 3. ve 6. maddelerinde ise “Yeterli idrake sahip olduğu iç hukuk tarafından kabul edilen bir çocuğun” kendi yüksek yararlarına açıkça aykırı olmadıkça görüşlerini ve isteklerini ifade edebilmesi için dinlenmesi gerektiği belirtilmektedir.

“Çocuğun görüşüne başvurulması” ilkesi, uluslararası sözleşmelerle düzenlenen ve sonrasında iç hukukta da yerini alan çocuğun yüksek yararının gözetilmesi için konulmuş bir hüküm olup, çocuğun yararı olduğu takdirde ve çocuğun menfaati bundan zarar görmediği sürece uygulanacak bir ilkedir (Grassinger, G.E: Çocuğun Menfaati Gereği Görüşünün Alınmaması Gereken Durumlar, Rona Serozan’a Armağan, C.I, İstanbul 2010, s. 823-827).

Çocuğun kendisi ile ilgili her konuda bilgilendirilmesi ve görüşünün alınması Türk Medeni Kanunu çerçevesinde açık olarak düzenlenmemiş ise de Anayasanın 90. maddesi dikkate alındığında uluslararası sözleşme hükümlerinin öncelikle uygulanması gerektiğinden açık hüküm olmasa dahi iç hukukumuzda da çocuğun görüşünün alınması ilkesi benimsenmiştir.

Bu noktada uyumsuzluğun çözümü için açıklığa kavuşturulması gereken husus, velâyete ilişkin davalarda çocuğun görüşüne başvurulması esaslı kabul edilmekle birlikte çocuğun görüşünün mutlaka mahkeme huzurunda alınmasının gerekip gerekmediğidir.

Yukarıya alıntı yapılan sözleşme hükümlerine göre çocuğun “doğrudan doğruya veya bir temsilci ya da uygun bir makam yoluyla”, çocuk için elverişli durumlarda ve onun idrakine uygun bir usulde dinlenilmesi öngörülmüştür. Diğer bir anlatımla, özel bir engel bulunmadıkça, ayırt etme gücüne sahip çocuk, hâkim tarafından duruşmaya çağırılarak bizzat dinlenebileceği gibi bizzat mahkemeye getirilmeden diğer şahıs ve kurumlar vasıtasıyla da çocuğun fikrinin alınması sağlanabilir. Madde metninde bahsi geçen “diğer şahıs ve kurumlar”, psikolog, pedagog, doktor, çocuğu temsil görevini icra edebilecek bir avukat ile sosyal çalışmacı olabilir (Özdemir, S.O: Boşanma davalarında Çocuklara İlişkin Kararlar Bakımından Çocuğun Dinlenme Hakkı, Prof Dr. Hüseyin Hatemi’ye Armağan, C.II, s.1230-1235).

Burada dikkat edilmesi gereken “çocuğun menfaati” olduğuna göre, sözleşmeye taraf devletlere düşen yükümlülük, çocuğun saygı gördüğü, güvende olduğunu hissettiği, duyarlılıktan uzak olmayan, çocuğun özgürce konuşabileceği bir ortamı sağlamaktır (Grassinger, s. 838) Dolayısıyla Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi ve Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi kapsamında çocuğun ifadesinin mahkeme huzurunda alınmasının bir gereklilik olduğunu söylemek mümkün değildir. Önemli olan, ayırt etme gücüne sahip olan çocuğun kendi yararı için nasıl bir karar verebileceği hususunda uygun ortam ve koşullarda görüşünü ifade etmesine imkân tanınmasıdır.

Bu açıklamalar ışığında somut olay değerlendirildiğinde; velâyetinin değiştirilmesi talep edilen küçük 26.01.2006 doğumlu olup davanın tüm aşamalarında idrak çağındadır. Dosyada yer alan 17.06.2015 tarihli psikolojik değerlendirme raporunda belirtildiği üzere küçük ile öncelikle belirlenen gün ve saatte adliyede, daha sonra küçüğün okulunda, son olarak da küçüğün yaşadığı yerde pedagog huzurunda bireysel görüşmeler yapılmıştır. Küçük E, tüm görüşmelerde her iki ebeveyni hakkında kötü bir atıfta bulunmadığı gibi velâyetinin kime verileceği noktasında da açık bir tercihte bulunmamıştır. Bu hâliyle çocuğun görüşüne başvurulması ilkesinin gereği yerine getirilmiştir. Çocuğun pedagog tarafından alınan beyanının yeterli olmadığını, bu nedenle mahkeme huzurunda görüşüne başvurulması gerektiğini söylemek, olay hakkında tekrar tekrar konuşmaya zorlamak, onu psikolojik olarak baskı altına almak anlamına gelecektir ki, bu durumun çocuğun üstün yararı ile bağdaşmayacağı açıktır.

Hukuk Genel Kurulunda yapılan görüşmeler sırasında; Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi ile Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi hükümleri dikkate alındığında çocuğun görüşüne başvurulmasının zorunlu olduğu, dosyada pedagog tarafından düzenlenen raporun sonuç kısmında “E'nin kendi arzu ve isteklerini belirleyebilecek, bunları ifade olabilecek olgunlukta olduğu, bu nedenle velâyet hususunda çocuğun beyanlarının dikkate alınmasının çocuğun menfaatine” olacağının belirtildiği, kaldı ki, uluslararası sözleşmeler gereğince çocuğun bilgilendirilmediği ve çocuğun net bir beyanının dosyaya yansımadağı, bu hâliyle uzman raporunun yeterli sayılamayacağı, Özel Daire bozma kararının yerinde olduğu görüşü ileri sürülmüş ise de bu görüşler Kurul çoğunluğunca benimsenmemiştir.

Hâl böyle olunca; yerel mahkemece idrak çağında olan küçüğün velâyet konusundaki görüşü bu alanda eğitim görmüş uzman pedagoglar tarafından alındığından aynı hususta mahkemece yeniden görüşünün alınmasına gerek bulunmadığına ilişkin olarak verilen direnme kararı yerindedir.

Ne var ki, velâyetin değiştirilmesi davasının esasına yönelik temyiz itirazları Özel Dairece incelenmediğinden, bu konuda inceleme yapılmak üzere dosya Özel Daireye gönderilmelidir.

Açıklanan nedenlerle davalı vekilinin karar düzeltme isteminin kabulü ile Hukuk Genel Kurulunun 27.06.2018 tarih ve 2017/2-3117 E., 2018/1278 K. sayılı bozma kararının kaldırılmasına ve direnme kararının belirtilen gerekçelerle yerinde olduğuna karar vermek gerekmiştir.

Yukarıda açıklanan nedenlerle 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun geçici 3. maddesi atfıyla uygulanmakta olan 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 440. maddesi gereğince yapılan karar düzeltme incelemesi sonunda, davalı vekilinin karar düzeltme isteminin kabulü ile Hukuk Genel Kurulunun 27.06.2018 tarih ve 2017/2-3117 E., 2018/1278 K. sayılı bozma kararının KALDIRILMASINA, direnme kararı yerinde olup davanın esasına ilişkin temyiz itirazlarının incelenmesi için dosyanın 2. HUKUK DAİRESİNE GÖNDERİLMESİNE, 21.02.2019 tarihinde yapılan ikinci görüşmede oy çokluğu ile kesin olarak karar verildi.

YARGITAY 2. HUKUK DAİRESİ

E. 2020/28

K. 2020/1504

T. 24.2.2020

Taraflar arasındaki davanın yapılan muhakemesi sonunda bölge adliye mahkemesi hukuk dairesince verilen, yukarıda tarihi ve numarası gösterilen hüküm davalı erkek tarafından velayet yönünden temyiz edilmekle, evrak okunup gereği görüşülüp düşünüldü:

İlk derece mahkemesince kadının açtığı boşanma davasının tarafların eşit kusurlu olduğunun kabulüyle boşanmalarına, çocukların velayetinin anneye verilmesine, karar verilmiş, davalı erkeğin kararın tamamına yönelik istinaf kanun yoluna başvurması üzerine, bölge adliye mahkemesince davalı erkeğin istinaf itirazlarının esastan reddine karar verilmiştir. Bölge adliye mahkemesince verilen bu karar davalı erkek tarafından velayet yönünden temyiz edilmiştir.

Mahkemece, tarafların ortak çocukları 2011 doğumlu Kaan'ın velayeti davacı anneye verilmiştir. Velayet düzenlemesi yapılırken; göz önünde tutulması gereken temel ilke, çocuğun "Üstün yararı" (Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme m. 3; Çocuk Haklarının Kullanılmasına ilişkin Avrupa Sözleşmesi m. 1; TMK m. 339/1. 343/1. 346/1; Çocuk Koruma Kanunu m. 4/b) dır. Çocuğun üstün yararını belirlerken; onun bedensel, zihinsel, ruhsal, ahlaki ve toplumsal gelişiminin sağlanması amacının gözetilmesi gereklidir. Ana ve babanın yararları, boşanmadaki kusurları, ahlaki değer yargıları, sosyal konumları gibi durumları çocuğun üstün yararını etkilemediği ölçüde göz önünde tutulur. Velayet düzenlemesinde; çocukla ana ve baba yararının çatışması halinde, çocuğun yararına üstünlük tanınması gereklidir. Velayet kamu düzenine ilişkin olup re'sen araştırma ilkesi geçerlidir. Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesinin 12. maddesiyle Çocuk Haklarının Kullanılmasına ilişkin Avrupa Sözleşmesinin 3 ve 6. maddeleri, iç hukuk tarafından yeterli idrake sahip olduğu kabul edilen çocuklara, kendilerini ilgilendiren davalarda

görüşlerini ifade etmeye olanak tanınmasını ve görüşlerine gereken önemin verilmesi gerektiğini öngörmektedir. Çocukların üstün yararı gerektirdiği takdirde görüşlerinin aksine karar verilmesi mümkündür. Velayet hususu, çocukları ilgilendiren konuların en başında gelir. Mahkemece velayet düzenlemesi yapılırken yaşı sebebiyle velayet konusunda görüşünü açıklama olgunluğuna erişen ortak K'nın görüşüne başvurulmamıştır. O halde; velayet konusunda idrak çağında bulunan ortak çocuk K'nın eğitim, kültür, yaşam olanakları bakımından nerede yaşamak istediği konusunda bilgilendirilerek velayet hakkındaki görüşünün sorulması ve 4787 Sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun'un 5. maddesi gereğince aile mahkemesi bünyesinde bulunan psikolog, pedagog ve sosyal çalışmacıdan oluşan uzmanlardan, her iki ebeveyn ve çocuklarla görüşmek suretiyle inceleme ve rapor istenip tarafların barınma, gelir, sosyal ve psikolojik durumlarına göre çocuğun sağlıklı gelişimi için velayeti üstlenmeye engel bir durumun bulunup bulunmadığının yaşanılan ortamında da inceleme yapmak sureti ile araştırılması ve diğer deliller de gözönüne alınmak suretiyle ebeveynlerinden hangisi yanında kalmasının çocukların menfaatine olacağı tespit edilerek tüm deliller birlikte değerlendirilip velayet ve kişisel ilişki konusunda bir karar verilmesi gerekirken eksik inceleme ve araştırmayla yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve kanuna aykırı olup bozmayı gerektirmiştir.

Temyiz edilen hükmün yukarıda (2.) bentte gösterilen sebeple BOZULMASINA, temyiz peşin harcının istek halinde yatırana geri verilmesine, dosyanın ilk derece mahkemesine, karardan bir örneğinin ilgili bölge adliye mahkemesi hukuk dairesine gönderilmesine oybirliğiyle karar verildi.

Kişisel İlişki Kurulmasına İlişkin Kararlar

-
- *Karar No 7: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu E. 2014/533 K. 2016/331*
 - *Karar No 8: Yargıtay 2. Hukuk Dairesi E. 2016/8571 K. 2017/15157*
 - *Karar No 9: Yargıtay 2. Hukuk Dairesi E. 2018 / 2039 K. 2018 / 4860*
 - *Karar No 10: Yargıtay 2. Hukuk Dairesi E. 2018/471 K. 2018/12909*
 - *Karar No 11: Yargıtay 2. Hukuk Dairesi E. 2016/25602 K. 2018/11354*
 - *Karar No 12: Yargıtay 2. Hukuk Dairesi E. 2018 / 1473 K. 2019 / 1626*
 - *Karar No 13: Yargıtay 2. Hukuk Dairesi E. 2019 / 7366 K. 2019 / 11496*
 - *Karar No 14: Yargıtay 2. Hukuk Dairesi E. 2019/7264 K. 2019/11589*
 - *Karar No 15: Yargıtay 2. Hukuk Dairesi E. 2020/812 K. 2020/1921*
-

YARGITAY HUKUK GENEL KURULU

E. 2014/533

K. 2016/331

T. 16.03.2016

Taraflar arasındaki " evlat edinilen çocukla davacı anne arasında kişisel ilişki kurulması " davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Aile Mahkemesince istemin reddinedair verilen 22.12.2011 tarih ve 2010/154 E. - 2011/1707 K. sayılı kararın incelenmesi davacı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay ...Hukuk Dairesinin 25.09.2012 gün ve 2012/2698 E. - 2012/22458 K. sayılı ilamı ile;

(...Davacı, davalılar tarafından birlikte evlat edinilen küçüğün öz annesidir. Evlat edinme; evlatlıkla evlat edinenler arasında soybağı ilişkisi kurar (TMK. m. 282/3) ise de, evlatlığın kendi ailesiyle arasındaki soybağı ilişkisi evlat edinme ile ortadan kalkmaz (TMK. m. 314/5). Ana ve babasından veya bunlardan birinden ayrılmasına karar verilmiş olan çocuğun, kendi yüksek yararına aykırı olmadıkça ana-babanın ikisiyle de düzenli bir biçimde kişisel ilişki kurma ve bunu sürdürmesi, çocuk için bir hak (Çocuk Hakları Sözleşmesi m. 9/3) olduğu kadar, çocuklarıyla düzenli şekilde kişisel ilişki elde etmek ve bu ilişkiyi sürdürmek ana ve baba için de bir haktır. Bu tür kişisel ilişki, çocuğun sadece yüksek yararı gerektirdiği takdirde kısıtlanabilir veya engellenebilir. (Çocuklarla Kişisel İlişki Kurulmasına Dair Avrupa Sözleşmesi m. 4/1-2) Küçüğün bir başka aile tarafından evlat edinilmiş olması, gerçek ana ve babanın çocuklarıyla kişisel ilişkisini keser ise de gerçek ailesi ile aralarındaki soybağının bir gereği olarak bu hakkı ilanihaye ortadan kaldırmaz. Koşullarının varlığı halinde ve küçüğün menfaatine uygun düştüğü ölçüde hakim kararıyla bu ilişki yeniden tesis edilebilir. Türk Medeni Kanununun 325. maddesinde yer alan düzenleme buna imkan vermektedir. Bu hüküm, olağanüstü hallerin varlığı halinde çocuğun menfaatine uygun düştüğü ölçüde kişisel ilişki kurulmasını isteme hakkının diğer kişilere; özellikle çocuğun hısımlarına da tanınabileceğini öngörmektedir. Davacı, davalılarca birlikte evlat edinilen

21.12.2002 doğumlu küçük ...'in öz annesidir. Aralarında birinci derecede "kan hısımlığı" (TMK. m. 17/2) ilişkisi vardır. Mahkemenin talebiyle uzmanlarca düzenlenen sosyal inceleme raporunda; çocuğun gerçek annesini bildiği, annesiyle ilişkisinin koparılmasının küçük üzerinde olumsuz etki doğuracağı, kişisel ilişki kurulmasının gelişimine katkı sağlayacağı bildirilmiştir. Dosyada, küçükün öz annesiyle kişisel ilişkisinin, onun yüksek yararına aykırı düşeceğine ilişkin ciddi sebep ve olgu bulunmamaktadır. Davacı, çocuğunun davalılarca evlat edinildiğini, küçük de annesini bildiğine göre, davacı bakımından artık evlatlıkla ilgili kayıtların gizliliğinden de söz edilemez. O halde, isteğin kabulü ile davacı ile davalıların evlatlığı küçük arasında uygun sürelerle kişisel ilişki tesisi gerekirken; davanın reddi doğru bulunmamıştır....)

gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

Hukuk Genel Kurulunca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kâğıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara, bozma kararında açıklanan gerektirici nedenlere göre, Hukuk Genel Kurulunca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

Davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile, direnme kararının Özel Daire bozma kararında gösterilen nedenlerden dolayı BOZULMASINA, istek halinde temyiz peşin harcının yatırana geri verilmesine, 16.03.2016 gününde oybirliği ile karar verildi.

YARGITAY 2. HUKUK DAİRESİ

E. 2016/8571

K. 2017/15157

T. 21.12.2017

Taraflar arasındaki davanın yapılan muhakemesi sonunda mahalli mahkemece verilen, yukarıda tarihi ve numarası gösterilen hüküm temyiz edilmekle, evrak okunup gereği görüşülüp düşünüldü:

1-Davalı erkek, 04.08.2016 tarihli dilekçesiyle boşanmaya ilişkin temyiz talebinden feragat ettiğini bildirdiğinden, boşanmaya yönelik temyiz talebinin feragat nedeniyle reddine karar vermek gerekmiştir.

2-Davalı erkeğin diğer temyiz sebeplerine hasren yapılan incelemeye gelince;

a-Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle kanuna uygun sebeplere ve özellikle delillerin takdirinde bir yanlışlık görülmemesine göre, davalı erkeğin aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yersizdir.

b-Tarafların ortak çocuğu ... 27.10.2014 doğumludur. Ana ve baba ile çocuklar arasında kişisel ilişki kurulurken çocuğun üstün yararı yanında ana babalık duygusunun tatmin edilmesine ve geliştirilmesine özen gösterilmesi de gerekir. Velayet kendisinde bulunmayan baba ile ortak çocuk arasında, çocuğun baba sevgisi ve şefkatini tadacak şekilde, ayın belirli hafta sonlarında . dini bayramlar ve yaz aylarında da yatılı kalmasına olanak sağlayacak şekilde kişisel ilişki tesisi gerekirken bu yön gözetilmeden yazılı şekilde hüküm tesisi doğru değildir.

Temyiz edilen hükmün yukarıda 2/b bendinde gösterilen sebeple BOZULMASINA, boşanmaya yönelik temyiz itirazlarının yukarıda 1. bentte gösterilen sebeple feragat nedeniyle REDDİNE, bozma kapsamı dışında kalan temyize konu bölümlerinin ise yukarıda 2/a bendinde gösterilen sebeple ONANMASINA, temyiz peşin harcının istek halinde yatırana geri verilmesine,

Karar Numarası: 8

işbu kararın tebliğinden itibaren 15 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 2. HUKUK DAİRESİ

E. 2018 / 2039

K. 2018 / 4860

T. 11.04.2018

Taraflar arasındaki davanın yapılan muhakemesi sonunda bölge adliye mahkemesi hukuk dairesince verilen, yukarda tarihi ve numarası gösterilen hüküm davalı tarafından temyiz edilmekle, evrak okunup gereği görüşülüp düşünüldü:

Dava, babaanne ile torunu arasında kişisel ilişki kurulması istemine ilişkindir. İlk Derece Mahkemesi'nce "davacının yılın bir bölümünü yurtdışında geçirdiği, davacının ve çocuğun babasının yerleşim yerinin farklı olduğu böylelikle Türk Medeni Kanununun 325. maddesindeki olağanüstü halin gerçekleştiği" gerekçesiyle davacının torunu M. Y. ile her yılın Kasım, Aralık, Ocak ve Şubat aylarının 2. pazar günü saat 10:00' dan saat 16:00'a kadar kişisel ilişki kurulmasına karar verilmiş, karara karşı davalı anne tarafından istinaf yoluna başvurulması üzerine Bölge Adliye Mahkemesi'nce davalı annenin istinaf talebinin esastan reddine karar verilmiş, hüküm davalı anne tarafından temyiz edilmiştir.

Küçük M.Y.Yazıcıoğlu 02.01.2013 doğumlu olup, anne ve babası boşanmış; boşanma kararı ile velayet davalı anneye bırakılmış, velayetin kullanılması kendisine bırakılmayan baba ile çocuk arasında kişisel ilişki kurulmasına karar verilmiş, karar 14.05.2014 (mesai bitimi) tarihinde kesinleşmiştir.

Kanuna göre olağanüstü haller mevcutsa, çocuğun menfaatine uygun düştüğü ölçüde diğer kişilere özellikle hısımlarına çocukla kişisel ilişki kurulması hakkı tanınabilir (TMK m. 325/1). Boşanma kararı ile kendisine kişisel ilişki hakkı tanınmış olan baba ve davalı anne İstanbul'da bulunmaktadır. Davacı babaannenin ise yılın bir bölümünü Amerikada geçirdiği, Türkiye'ye geldiği zamanlarda İstanbul'da kaldığı, babanın kişisel ilişki günlerinde torununu görebildiği anlaşılmaktadır. Davacının torunuyla görüşmesine,

babanın engel çıkardığı ileri sürülmemiştir. Davacı, babaya tanınan kişisel ilişki süresi içinde torununu görme ve aile bağlarını koruma ve geliştirme imkanına sahiptir. Ortada davacıya kişisel ilişki hakkı tanınmasını gerekli ve haklı kılan olağanüstü bir durum bulunmamaktadır. O halde, davanın reddi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması doğru olmamıştır. Bu itibarla ... Bölge Adliye Mahkemesi 11. Hukuk Dairesinin 27.09.2007 tarihli kararının kaldırılmasına, ... Aile Mahkemesi'nin 25.10.2016 tarihli kararının bozulmasına karar verilmesi gerekmiştir.

Yukarıda gösterilen sebeple... Bölge Adliye Mahkemesi 11. Hukuk Dairesinin 27.09.2007 tarihli 2017/902 esas, 2017/863 karar sayılı kararının KALDIRILMASINA,...Aile Mahkemesi'nin 25.10.2016 tarihli, 2015/393 esas ve 2016/701 karar sayılı kararının BOZULMASINA, dosyanın ... Aile Mahkemesine karardan bir örneğin ilgili Bölge Adliye Mahkemesi Hukuk Dairesine gönderilmesine, temyiz peşin harcının istenmesi halinde yatırana iadesine oybirliğiyle, 11.04.2018 tarihinde karar verildi.

YARGITAY 2. HUKUK DAİRESİ

E. 2018/471

K. 2018/12909

T. 13.11.2018

Taraflar arasındaki davanın yapılan muhakemesi sonunda mahalli mahkemece verilen, yukarıda tarihi ve numarası gösterilen hüküm davacı-karşı davalı erkek tarafından, kusur belirlenmesi, reddedilen manevi tazminat talebi, iştirak nafakası ve ziynet davasında verilen karar ve vekalet ücreti yönünden, davalı-karşı davacı kadın tarafından ise; erkeğin davasının kabulü, kusur belirlenmesi, velayet, nafaka, reddedilen tazminat talepleri ile ziynet alacağı yönünden temyiz edilmekle, evrak okunup gereği görüşülüp düşünüldü:

1-)Tarafların boşanma davaları ve fer'ilerine yönelik temyiz itirazlarının incelenmesinde;

a-)Dosyadaki yazılara ve mahkemece uyulan bozma kararı gereğince hüküm verilmiş olmasına göre davacı-karşı davalı erkeğin tüm, davalı-karşı davacı kadının ise aşağıdaki bentlerin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yersizdir.

b-)Mahkemece taraflar eşit kusurlu kabul edilerek her iki boşanma davası da kabul edilerek boşanma kararı verilmiş ise de; yapılan yargılama ve toplanan delillerden davacı-karşı davalı erkeğe kusur olarak yüklenen kıskançlık, eşini kısıtlama, kadının ise eşini eve almama, terk ve eşine vurmasına yönelik tanık beyanları soyut, duyuma dayalı, Türk Medeni Kanunu'nun 166/1. maddesinde yer alan temelinden sarsılma durumunu kabule elverişli olmayan beyanlar olup, sebep ve saiki belli olmayan, yoruma dayalı, inandırıcı olmaktan uzak beyanlardır. Dosya kapsamından davacı-karşı davalı erkeğin eşine yönelik bir kaç kez gerçekleşen fiziksel şiddetinin ise sabit olduğu anlaşılmaktadır. İspat edilemeyen vakıalar taraflara kusur olarak yüklenemez. Bu durumda, evlilik birliğinin sarsılmasına neden olan olaylarda, davalı-karşı davacı kadın kusursuzdur. Mahkemece, tarafların eşit

kusurlu olduğunun kabulü ve erkeğin TMK'nın 166/1. maddesi uyarınca açtığı boşanma davasının reddi gerekirken kabulüne karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Ne var ki kadının TMK'nın 166/1. maddesi uyarınca açtığı boşanma davasında boşanma hükmü, temyizın kapsamı dışında bırakılmak suretiyle kesinleştiğinden, erkeğin TMK'nın 166/1. maddesi uyarınca açtığı boşanma talebinin konusuz hale geldiği de görülmektedir. Bu durumda davacı-karşı davalı erkeğin TMK'nın 166/1. maddesi uyarınca açılan boşanma davasının esası hakkında bir karar verilemeyecektir. O halde, mahkemece yapılması gereken iş, erkeğin TMK'nın 166/1. maddesi uyarınca açtığı davanın esası hakkında karar verilmesine yer olmadığına, davadaki haklılık durumuna göre yargılama giderleri ve vekalet ücreti konusunda bir karar verilmek üzere hükmün bozulması gerekmiştir.

c-)Yukarıda 2. bentte açıklandığı üzere, boşanmaya sebebiyet veren vakılarda davacı-karşı davalı erkek tam kusurludur. Gerçekleşen kusurlu davranışlar kadının kişilik haklarına saldırı niteliğini taşımaktadır. Boşanma sonucu kadın en azından eşinin maddi desteğinden de yoksun kalmıştır. Kadın yararına TMK m. 174/1-2 koşulları oluşmuştur. O halde, tarafların ekonomik ve sosyal durumları, gerçekleşen kusurun ağırlığı ve hakkaniyet ilkesi gözetilerek davalı-karşı davacı kadın yararına uygun miktarda maddi ve manevi tazminata karar verilmek üzere hükmün bozulmasına karar vermek gerekmiştir.

d-)Mahkemece, ortak çocuklardan 2006 doğumlu...in velayeti davacı-karşı davalı babaya, 2007 doğumlu ...'ün velayeti ise davalı-karşı davacı anneye verilmiş, ancak kişisel ilişki dönemlerinde kardeşlerin birbirlerini görmeyecekleri şekilde, anne-baba ile çocuklar arasında kişisel ilişki düzenlenmiştir. Çocukların velayetinin ebeveynler arasında paylaşılması halinde, kişisel ilişkinin kardeşlerin birbirlerini görmelerine imkan verecek tarzda düzenlenmesi, onların menfaati gereğidir. Bu husus nazara alınmadan velayeti babaya verilen çocuk ile velayeti anneye bırakılan çocuğun birbirlerini görmeyeceği şekilde kişisel ilişki tesisi doğru görülmemiştir.

2-)Tarafların ziyinet alacağı davasına yönelik temyiz itirazlarının incelenmesine gelince;

Davalı-karşı davacı kadın, karşı dava dilekçesinde boşanmanın yanı sıra ziyinet eşyası alacağı talebinde de bulunmuştur. Karşı dava açılırken alınan başvuru harcı, dava dilekçesindeki isteklerin tümünü kapsar. Ayrıca dosyada davalı-karşı davacı vekili tarafından 27.05.2015 tarihinde ve 16.06.2015

tarihlerinde iki kez 27,70'er TL harç yatırıldığı ve bilirkişi incelemesi ve değer tespiti yapılması sonrasında nispi harcın da ikmal edileceğinin bildirildiği görülmüştür. Davalı-karşı davacının ziynet alacağı talebi boşanmanın eki niteliğinde olmayıp nispi harca tabidir. Nispi harç tamamlattırılmadan müteakip işlemler yapılamaz. O halde, mahkemece öncelikle bilirkişi incelemesi yaptırılarak talep edilen ziynetlerin bedelinin tespit edilmesi, ardından nispi harcın peşin kısmının yatırılması için davalı-karşı davacıya usulüne uygun olarak süre verilmesi gerekmektedir (Harçlar Kanunu m. 30- 32). Harç noksanlığı giderildiği takdirde, bu talebin esaslı incelenmeli ve hasıl olacak sonuca göre karar verilmeli, aksi halde; Harçlar Kanunu'nun 30. maddesi gereğince işlem yapılması gerekirken, bu yönün nazara alınmaması doğru görülmemiştir.

Temyiz edilen hükmün yukarıda 1/b, 1/c, 1/d ve 2. bentlerde gösterilen sebeplerle BOZULMASINA, bozma sebebine göre davacı-karşı davalı erkeğin ziynet alacağı davasında vekalet ücretine yönelik temyiz itirazının incelenmesine yer olmadığına, incelenmeyen ve bozma kapsamı dışında kalan diğer temyiz itirazlarının ise yukarıda 1/a bentte gösterilen sebeple ONANMASINA, aşağıda yazılı onama harcının temyiz eden ...'e yükletilmesine, peşin alınan harcın mahsubuna 154.30 TL temyiz başvuru harcı peşin alındığından başkaca harç alınmasına yer olmadığına, temyiz peşin harcının istek halinde yatırın...'e geri verilmesine, işbu kararın tebliğinden itibaren 15 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 2. HUKUK DAİRESİ

E. 2016/25602

K. 2018/11354

T. 18.10.2018

Taraflar arasındaki davanın yapılan muhakemesi sonunda mahalli mahkemece verilen, yukarıda tarihi ve numarası gösterilen hüküm davacı kadın tarafından tazminatların miktarı, tedbir nafakası, yoksulluk nafakasının reddi, velayet ve kişisel ilişki yönünden; davalı erkek tarafından ise kusur belirlemesi ve aleyhine hükmedilen tazminatlar yönünden temyiz edilmekle, evrak okunup gereği görüşülüp düşünüldü:

1-Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle kanuni gerektirici sebeplere ve özellikle yapılan yargılama ve toplanan delillerden mahkemece davalı erkeğe kusur olarak yüklenen at yarışı oynadığı vakıasına dilekçelerin karşılıklı verilmesi aşamasında davacı kadının dayanmadığı, dayanılmayan vakıanın karşı tarafa kusur olarak yüklenemeyeceği ancak tarafların mahkemece kabul edilen ve gerçekleşen kusurlu davranışlarına göre, davalı erkeğin boşanmaya sebebiyet veren olaylarda yine de ağır kusurlu olduğunun anlaşılmasına göre, davalı erkeğin tüm, davacı kadının aşağıdaki bentlerin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yersizdir.

2-Tarafların tespit edilen ekonomik ve sosyal durumları, boşanmaya yol açan olaylardaki kusur dereceleri, paranın alım gücü, kişilik haklarına yapılan saldırı ile ihlâl edilen mevcut ve beklenen menfaat dikkate alındığında davacı kadın yararına takdir edilen maddi ve manevi tazminat azdır. Türk Medeni Kanunu'nun 4. maddesindeki hakkaniyet ilkesi ile Türk Borçlar Kanunu'nun 50 ve 51. maddesi hükmü dikkate alınarak daha uygun miktarda maddi (TMK m. 174/1) ve manevi (TMK m. 174/2) tazminat takdiri gerekir. Bu yönler gözetilmeden hüküm tesisi doğru bulunmamıştır.

3-Kişisel ilişki düzenlenirken gözönünde tutulması gereken temel ilke, çocuğun "Üstün yararı" dır. Çocuğun üstün yararı belirlenirken bedensel, zihinsel, ruhsal, ahlaki ve toplumsal gelişiminin sağlanması amacının

gözetilmesi gereklidir. Ana ve babanın yararları; boşanmadaki kusurları, ahlaki değer yargıları, sosyal konumları gibi durumları, çocuğun üstün yararını etkilemediği ölçüde gözönünde tutulur. Çocukların üstün yararı gerektirdiği takdirde görüşlerinin aksine karar verilmesi mümkündür. Kişisel ilişki düzenlemesinde çocuğun menfaatleri yanında analık ve babalık duygularının tatmini de esastır. Ortak çocuk ile anne arasında kurulan kişisel ilişki süresi de, çocuk yönünden anne sevgi ve ilgisini yaşaması ve güvenini hissetmesi bakımından; anne yönünden ise, annelik duygularının tatmini bakımından yetersiz olmuştur. Yukarıda açıklanan hususlar dikkate alınarak anne ile çocuk arasında, her yıl yaz tatillerinde de uzun süreli ve yatılı kişisel ilişki kurulması gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiş, bozmayı gerektirmiştir.

Temyiz edilen hükmün yukarıda 2. ve 3. bentlerde gösterilen sebeplerle BOZULMASINA, bozma kapsamı dışında kalan temyize konu bölümlerinin yukarıda 1. bentte gösterilen sebeple ONANMASINA, aşağıda yazılı harcın davalıya yükletilmesine, peşin harcın mahsubuna 143.50 TL temyiz başvuru harcı peşin yatırıldığından başkaca harç alınmasına yer olmadığına, temyiz peşin harcının istek halinde yatıran davacıya geri verilmesine, işbu kararın tebliğinden itibaren 15 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere oybirliğiyle karar verildi. 18.10.2018 (Prş.)

YARGITAY 2. HUKUK DAİRESİ

E. 2018/1473

K. 2019/1626

T. 25.02.2019

Taraflar arasındaki davanın yapılan muhakemesi sonunda mahalli mahkemece verilen, yukarıda tarihi ve numarası gösterilen hüküm davacı-karşı davalı kadın tarafından, erkeğin boşanma davasının kabulü, kusur belirlemesi, tazminatların miktarı, ziynet eşyası alacağının kısmen reddedilen bölümü, kişisel ilişki süresi yargılama gideri, vekalet ücreti yönünden; davacı-karşı davacı erkek tarafından ise kusur belirlemesi, tazminatlar, ziynet alacağının kabul edilen kısmı, vekalet ücreti yönünden temyiz edilerek; temyiz incelemesinin duruşmalı olarak yapılması istenilmekle; duruşma için belirlenen 25.02.2019 günü duruşmalı temyiz eden ... ile vekili Av. ... geldiler. Karşı taraf temyiz eden davalı-karşı davacı ... ve vekilleri gelmedi. Gelenin konuşması dinlendikten sonra işin incelenerek karara bağlanması için duruşmadan sonraya bırakılması uygun görüldü. Bugün dosyadaki bütün kağıtlar okunup gereği görüşülüp düşünüldü:

1-Dosyadaki yazılara, bozmaya uygun işlem ve araştırma yapılmış olmasına, delillerin takdirinde bir yanlışlık bulunmamasına göre tarafların aşağıdaki bentlerin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yersizdir.

2-Tarafların tespit edilen ekonomik ve sosyal durumları, boşanmaya yol açan olaylardaki kusur dereceleri, paranın alım gücü, kişilik haklarına yapılan saldırı ile ihlâl edilen mevcut ve beklenen menfaat dikkate alındığında davacı-karşı davalı kadın yararına takdir edilen maddi ve manevi tazminat azdır. Türk Medeni Kanunu'nun 4. maddesindeki hakkaniyet ilkesi ile Türk Borçlar Kanunu'nun 50 ve 51. maddesi hükmü dikkate alınarak daha uygun miktarda maddi (TMK m. 174/1) ve manevi (TMK m. 174/2) tazminat takdiri gerekir. Bu yönler gözetilmeden hüküm tesisi doğru bulunmamıştır.

3-Mahkemece, ortak çocuk ... 'nin velayeti davacı-karşı davalı anneye bırakılmış, ortak çocuk ile baba arasında "Aynı yerde oturmaları hali" ve "Ayrı yerlerde oturmaları" hali için ayrı ayrı kişisel ilişki düzenlenmiştir. Taraflar aynı yerde oturdukları gibi kişisel ilişkiye dair düzenleme yapılırken, taraflar bu hususun dikkate alınmasını açıkça talep etmemişlerse, "ayrı şehir, aynı şehir ayrımına" gidilmesinin de önemi bulunmamaktadır. Kaldı ki, değişen koşullara göre kişisel ilişkinin yeniden düzenlenmesi her zaman istenebilir. O halde, aynı yer, ayrı yer ayrımına gidilmeksizin çocuğun üstün menfaati doğrultusunda kişisel ilişki düzenlenmesi gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi doğru olmayıp bozmayı gerektirmiştir.

4-Davacı-karşı davalı kadın dava dilekçesinde boşanma talebi yanında ziynet eşyalarının aynen, olmadığı taktirde 116.622 TL ziynet alacağının tahsilini de talep etmiştir. Davacı-karşı davalı kadın tarafından ziynet alacağı yönünden 02.01.2013 tarihinde 1.731,85 TL nispi peşin harç yatırılmış ise de, iadesi istenen ziynetlerin bedeli üzerinden 1.991.61 TL nispi peşin harç yatırılması gerekirken, eksik yatırılmış bu eksiklik yargılama sırasında da giderilmemiştir. O halde eksik nispi peşin harcın davacı-karşı davalı tarafa tamamlattırılması (Harçlar Kanunu m. 30- 32); harç tamamlandığı takdirde gösterilen deliller değerlendirilip gerçekleşecek sonucu uyarınca karar verilmesi; harç tamamlanmadığı takdirde ise anılan Kanunun 32. madde uyarınca işlem yapılması gerekir. Bu gereklilik gözetilmeden yargılamaya devamla yazılı şekilde karar verilmesi doğru olmamıştır.

Temyiz edilen hükmün yukarıda 2., 3. ve 4. bentlerde gösterilen sebeplerle BOZULMASINA, 4. bentteki bozma sebebine göre ziynet alacağına yönelik tarafların diğer temyiz itirazlarının şimdilik incelenmesine yer olmadığına, bozma kapsamı dışında kalan temyize konu diğer bölümlerin ise yukarıda 1. bentte açıklanan sebeple ONANMASINA, duruşma için takdir olunan 2.037,00 TL vekalet ücretinin M'den alınarak duruşmalıya gelen Y'ye verilmesine, temyiz peşin harcının istek halinde yatırımlara geri verilmesine, işbu kararın tebliğinden itibaren 15 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 2. HUKUK DAİRESİ

E. 2019/7366

K. 2019/11496

T. 25.11.2019

Taraflar arasındaki davanın yapılan muhakemesi sonunda bölge adliye mahkemesi hukuk dairesince verilen, yukarıda tarihi ve numarası gösterilen hüküm davalı erkek tarafından temyiz edilmekle, evrak okunup gereği görüşülüp düşünüldü:

Davacı, dava dilekçesi ile ortak çocuklar ... ve ...'nın tedbiren velayetlerinin kendisine verilmesi ve çocuklar lehine tedbir nafkasına hükmedilmesini talep etmiş, ilk derece mahkemesince dava kabul edilerek çocukların tedbiren velayetleri davacı anneye verilmiş, davalı baba ile kişisel ilişki kurulmuş, çocuklar lehine tedbir nafkasına hükmedilmiş, davalının istinaf kanun yoluna başvurması üzerine Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 2. Hukuk Dairesince 28.05.2019 tarih, 2018/1360 esas ve 2019/1014 karar sayılı kararla davalının tedbir nafkasına ve velayete yönelik istinaf talepleri esastan reddedilmiş, kişisel ilişkiye yönelik istinaf talebi kısmen kabul edilmiş, ortak çocuk ... ile davalı baba arasındaki kişisel ilişki kaldırılarak tekrar düzenlenmiş ve velayet ile nafaka yönünden kesin, kişisel ilişki yönünden temyiz yolu açık olarak karar verilmiş, hüküm davalı tarafından temyiz edilmiştir.

Velayetin tedbiren düzenlenmesine ilişkin dava çekişmesiz yargı işidir (HMK m. 362/2-b-13). Bölge adliye mahkemesince çekişmesiz yargı işlerinde verilen kararlar kesin nitelikte olup, bu kararlara karşı temyiz yoluna başvurulamaz (HMK m. 362/1-ç). Kişisel ilişkinin düzenlenmesine yönelik açılan davalar ise, bağımsız olarak açılırsa bu davalarda verilen kararlara karşı temyiz yolu açıktır. Somut olayda; davalı ile çocuklar arasında kurulan kişisel ilişki, velayetin tedbiren düzenlenmesi davası sonucu kurulmuş olup açılan davanın ferisi niteliğindedir. Bu nedenle davalı ile çocuklar arasında kurulan kişisel ilişki yönünden de karar kesin olup bu karara karşı temyiz yoluna başvurulamaz. Açıklanan sebeple davalının temyiz dilekçesinin reddine karar

vermek gerekmiştir.

Yukarıda gösterilen sebeple temyiz dilekçesinin REDDİNE, istek halinde temyiz peşin harcının yatırana geri verilmesine oyçokluğuyla karar verildi. 25.11.2019 (Pzt.)

KARŞI OY YAZISI

Velayetin kaldırılması, velayetin eşlerden birinden alınarak diğerine verilmesi ve kaldırılan velayetin geri verilmesi, çekişmesiz yargı işleri arasında [HMK m.382-(2)-b)-13)] sayılmasına karşın, kişisel ilişki düzenlenmesine ilişkin dava ve işler, çekişmesiz yargı işleri (HMK m.382) arasında sayılmamıştır.

Diğeryandan velayete ilişkin dava ve işler, basit yargılama usulüne tabi işler [HMK m. 316-(1)-ç)] arasında sayılırken, kişisel ilişki düzenlenmesine ilişkin dava ve işler, basit yargılama işleri (HMK m.316) arasında da gösterilmemiştir (Dairemizin 05.05.2015 gün ve 2014/26409 E. - 2015/9454 K. kararı emsal niteliktedir). Görülüyor ki kanun koyucu velayet davasına ilişkin dava ve işler ile kişisel ilişki düzenlenmesine ilişkin dava ve işleri usul açısından birbirinden ayrı tutmuştur.

HMK'nin 362. maddesine göre çekişmesiz yargı işleri temyiz edilemez [HMK m.362-(1)-ç)]. Kanun velayet davalarını da çekişmesiz işlerinden saymakla bu davalara temyiz yolu kapatılmıştır.

HMK'nin 362. maddesinde belirtilen temyiz edilmeyen kararlar arasında kişisel ilişki düzenlenmesine ilişkin dava ve işler ise yer almamaktadır. Dolayısıyla kişisel ilişki düzenlenmesine ilişkin kararlar temyiz edilebilir.

Somut olayda, gerek ilk derece mahkemesinin kararında, gerekse bölge adliye mahkemesinin kararında kişisel ilişki düzenlenmesi ile ilgili hükümler bulunmaktadır. Bölge adliye mahkemesi kararı bu yönüyle de temyiz edilmiştir. Bölge adliye mahkemesi kararında, yasal düzenlemeye uygun olarak hükümün velayet yönünden kesin, kişisel ilişki düzenlenmesi yönünden ise temyiz yolunun açık olduğu açıkça belirtilmiştir.

Kişisel ilişki düzenlenmesine ilişkin dava ve işler kamu düzenine ilişkindir. Çünkü kişisel ilişki kararları çocuğun üstün yararını yakından ilgilendirmektedir. Yukarıda belirtildiği gibi bu tür kararlara karşı temyiz yolunun kapalı olduğuna ilişkin yasal bir dayanak da bulunmamaktadır.

Kanun koyucunun kişisel ilişki ile velayete ilişkin dava ve işleri birbirinden ayrı usullere tabi tutması da dikkate alındığında, kişisel ilişki düzenlenmesine ilişkin hükümleri velayetin eki netliğinde sayarak ya da bu konuda ancak bağımsız bir dava açıldığında temyiz yolunun açık olabileceği kabul edilerek, kişisel ilişki ile ilgili hükümlere temyiz yolunu kapatmak, adil yargılamanın bir unsuru olan mahkemeye erişim hakkına (T.C Anayasası m.36, AİHS m.6) yasal olmayan bir müdahale niteliğinde olur.

Yukarıda açıklanan sebeplerle, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 361. maddesi gereğince, temyiz edilen hüküm ile ilgili kişisel ilişki düzenlemesine ilişkin bölüm yönünden temyiz incelenmesi yapılması gerektiğini düşündüğümden, temyiz dilekçesinin tümüyle reddine yönelik sayın çoğunluğun görüşüne katılmıyorum.

YARGITAY 2. HUKUK DAİRESİ

E. 2019/7264

K. 2019/11589

T. 27.11.2019

Taraflar arasındaki davanın yapılan muhakemesi sonunda mahalli mahkemece verilen, yukarıda tarihi ve numarası gösterilen hüküm davacı kadın tarafından tazminatların ve nafakaların miktarı, kişisel ilişkinin süresi, karşı dava ile ilgili verilen karar ve vekalet ücreti yönünden; davalı erkek tarafından ise tüm yönlerden temyiz edilmekle, evrak okunup gereği görüşülüp düşünüldü:

1-)Dosyadaki yazılara ve mahkemece uyulan bozma kararı gereğince hüküm verilmiş olmasına göre davacı kadının tüm, davalı erkeğin ise aşağıdaki bent kapsamı dışında kalan temyiz talepleri yersizdir.

2-)Mahkemece bozma öncesi verilen 22.10.2015 tarihli ilk hükümde davacı kadının boşanma davasının kabulüyle boşanmalarına, davacı kadının tedbir, yoksulluk, iştirak nafakası talepleri ile maddi ve manevi tazminat taleplerinin kabulüne, erkeğin usulüne uygun açılmış davası bulunmadığından bu hususta karar verilmesine yer olmadığına karar verilmiştir. Hüküm davacı kadın tarafından, nafakalar ve tazminatların miktarı, ortak çocuklar ile baba arasında kurulan kişisel ilişki, karşı dava ile verilen karar ve vekalet ücreti yönünden, davalı erkek tarafından ise kadının davasının kabulü, karşı dava ile ilgili verilen karar, kusur belirlemesi, tazminatlar, nafakalar, velayet, kişisel ilişki yönünden temyiz edilmiştir. Dairemizin 01.10.2018 tarihli ilamında tarafların temyiz taleplerine göre sınırlandırma yapılarak, kadın lehine hükmedilen tazminatların miktarının az olduğu, velayeti anneye bırakılan ortak çocuk ile baba arasında kurulan kişisel ilişkinin şekli ve kadın yararına hükmedilen yoksulluk nafakası yönünden bozulmuş, tarafların diğer temyiz taleplerinin ise onanmasına karar verilmiştir. Dairemizin onama-bozma ilamı ile kadının boşanma davasının kabulü ve velayet yönünden hüküm kesinleşmiştir. Bozulmasına karar verilen hususlar yönünden yeniden yapılan yargılamada

temyiz edilmeyerek kesinleşen kısımlar hakkında yeniden hüküm kurulamaz. Buna rağmen mahkemece bu husus dikkate alınmaksızın kadının kabul edilen ve kesinleşen boşanma davası ve velayet hakkında yeniden hüküm kurulması doğru olmayıp bozmayı gerektirmiştir.

3-)Tarafların gerçekleşen sosyal ve ekonomik durumlarına, kadının çalışmasına, nafakanın niteliğine, günün ekonomik koşullarına göre davacı kadın lehine takdir edilen yoksulluk nafakası çoktur. Mahkemece Türk Medeni Kanunu'nun 4. maddesindeki hakkaniyet ilkesi de dikkate alınarak daha uygun miktarda nafakaya hükmedilmesi gerekir. Bu yön gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırıdır.

4-)Kişisel ilişki düzenlenirken çocuğun yaşı, ana ve babalık duygusunun tatmini, çocukların yüksek yararı birlikte değerlendirilerek; çocukların kişisel gelişimine en uygun düzenleme tercih edilmelidir. Mahkemece velayet hakkı davacı anneye bırakılan ortak çocuk ile davalı baba arasında her ayın birinci ve sonuncu haftaları hafta sonu Pazar günü sabah saat 10.00'dan akşam 17.00'a kadar, çocuğun okul döneminde, sömestir tatillerinde 1. günü saat: 10.00'dan 7. günü akşam saat: 17.00'a kadar, dini bayramlarda birinci günü saat: 10.00'dan ikinci gün saat: 17.00'a kadar, yaz tatillerinde Temmuz ayının birinci günü saat: 10.00'dan sonuncu günü 17.00'a kadar, kişisel ilişki tesisine karar verilmiştir. Çocuk ile baba arasında babalık duygularını tatmin edecek ve bu hakkın rahatça kullanılmasına engel olmayacak şekilde, hafta sonları da yatılı olacak şekilde, daha uygun süreli kişisel ilişki kurulması gerekirken, yazılı olduğu gibi hüküm kurulması doğru olmayıp, bozmayı gerektirmiştir.

Temyiz edilen hükmün yukarıda 2., 3. ve 4. bentlerde gösterilen sebeplerle BOZULMASINA, temyize konu diğer bölümlerinin ise yukarıda 1. bentte gösterilen sebeple ONANMASINA, aşağıda yazılı harcın davacıya yükletilmesine, peşin harcın mahsubuna 218.50 TL temyiz başvuru harcı peşin yatırıldığından başkaca harç alınmasına yer olmadığına, temyiz peşin harcının istek halinde yatıran davalıya geri verilmesine, işbu kararın tebliğinden itibaren 15 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 2. HUKUK DAİRESİ

E. 2020/812

K. 2020/1921

T. 5.3.2020

Taraflar arasındaki davanın yapılan muhakemesi sonunda bölge adliye mahkemesi hukuk dairesince verilen, yukarıda tarihi ve numarası gösterilen hüküm davalı tarafından temyiz edilmekle, evrak okunup gereği görüşülüp düşünüldü:

Davacı annearne tarafından davalı dedeye karşı açılan çocukla kişisel ilişki kurulması davasına çocuğun hükümlü olan annesi de davacı annearne yanında müdahil olmuş ve ilk derece mahkemesince yapılan yargılama sonunda; davanın kabulüyle çocuk ile annearne ve annesi arasında kişisel ilişki tesisine karar verilmiştir. Hükme karşı davalı dede tarafından istinaf kanun yoluna başvurulmuştur. Bölge adliye mahkemesi davalının istinaf başvurusunun esastan reddine karar vermiştir. Hüküm davalı tarafından temyiz edilmiştir.

Davalının istinaf dilekçesinde çocuk ile davacı annearne ve müdahil anne arasında tesis edilen kişisel ilişki yönünden istinaf kanun yoluna başvurulmuş olmasına karşın bölge adliye mahkemesinin istinaf incelemesi sadece anne ile çocuk arasında tesis edilen kişisel ilişki yönünden yapılmış; çocuk ile annearne arasında tesis edilen kişisel ilişkiye yönelik istinaf talebi incelenmemiştir. Çocuk ile annearne arasında kurulan kişisel ilişkiye yönelik istinaf talebinin incelenmemiş olması doğru görülmemiş ve kararın bozulmasını gerektirmiştir.

Kişisel ilişki düzenlenirken göz önünde bulundurulması gereken temel ilke, "Çocuğun üstün yararı"dır (Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme m.3; Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi m. 1; TMK m. 339/1, 343/1, 346/1; Çocuk Koruma Kanunu m.4/b). Çocuğun üstün yararı belirlenirken onun bedensel, zihinsel, ruhsal, ahlaki ve toplumsal

gelişiminin sağlanması amacının gözetilmesi gereklidir. Ana ve babanın yararları, ahlaki değer yargıları, sosyal konumları gibi durumları çocuğun üstün yararını etkilemediği ölçüde göz önünde tutulur. Kişisel ilişki düzede mesesi kamu düzenine ilişkin olup, re'sen araştırma ilkesi geçerlidir. Bu nedenle yargılama sırasında meydana gelen gelişmelerin bile göz önünde tutulması gerekir. Tarafların davayı kabulü de tek başına hukuki sonuç doğurmaz.

Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesinin 12. ve Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesinin 3 ve 6. maddeleri idrak çağındaki çocukların kendilerini ilgilendiren konularda görüşünün alınması ve görüşlerine gereken önemin verilmesini öngörmektedir. Çocukların üstün yararı gerektirdiği takdirde, görüşlerinin aksine karar verilmesi mümkündür.

Dosya kapsamındaki bilgi ve belgelerden kişisel ilişki konusunda uzman raporları alındığı ancak 04/04/2008 doğumlu idrak çağındaki çocuğun mahkeme huzurunda dinlenilmediği anlaşılmıştır. Bu itibarla idrak çağındaki çocuğun kişisel ilişki konusundaki görüşünün alınması ve tüm delillerle birlikte değerlendirilerek sonucu uyarınca bir karar verilmesi gerekirken, bu hususta eksik incelemeyle hüküm tesisi usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirmiştir.

Yukarıda gösterilen sebeplerle bölge adliye mahkemesi kararının BOZULMASINA, temyiz peşin harcının istek halinde yatırana geri verilmesine, dosyanın ilgili bölge adliye mahkemesi hukuk dairesine gönderilmesine oybirliğiyle karar verildi.

Çocuğun Soyadına İlişkin Kararlar

-
- *Karar No 16: Yargıtay 2. Hukuk Dairesi E. 2018 / 4362 K. 2018 / 12515*
 - *Karar No 17: Yargıtay 2. Hukuk Dairesi E. 2017 / 1097 K. 2018 / 12772*
 - *Karar No 18: Yargıtay 2. Hukuk Dairesi E. 2019/6722 K. 2019/ 10404*
-

YARGITAY 2. HUKUK DAİRESİ

E. 2018/4362

K. 2018/12515

T. 6.11.2018

Taraflar arasındaki davanın yapılan muhakemesi sonunda mahalli mahkemece verilen, yukarıda tarihi ve numarası gösterilen hüküm davacı tarafından temyiz edilmekle, evrak okunup gereği görüşülüp düşünüldü:

Davacı ... 08.09.2014 tarihli dava dilekçesinde; davalılardan ... ile 30.11.2005 tarihinde kesinleşen kararla boşandıklarını, ortak çocuk 29.11.2004 doğum tarihli L'nin velayetinin kendisine verildiğini, davalı babanın ortak çocuğa ilgisiz olduğunu, çocukla uzun süredir görüşmediğini, kendisinin 05.10.2010 tarihinde ... ile evlendiğini, onun soyadını aldığını, ortak çocuğun ... 'i baba olarak bildiğini, çocuğun da babasının soyadını taşımak istemediğini iddia ederek, ortak çocuğun soyadının kendi kızlık soyadı olan ".." olarak değiştirilmesini istemiştir. Duruşmada ortak çocuğun okulda yeni eşi ... soyadını kullandığını anlatmıştır.

Davacı ilk derece mahkemesi, "4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 321. maddesine göre ana ve baba evli ise çocuğun ailenin soyadını taşıyacağı, "Aile" deyiminden babanın anlaşılacağı, soyadının değiştirilmesi istenen ortak çocuğun doğum tarihi itibarıyla ana ve babasının evli olduğu, evlilik birliği içinde doğan çocuğun Türk Medeni Kanunu'nun 321. maddesine göre babanın soyadını aldığı, çocuğun soyadının anne ve babası ile soybağı ilişkisini gösterdiğini, çocuğun soybağının kurulmasıyla kazandığı soyadını velayet hakkına dayanarak değiştirmenin Türk Medeni Kanunu'nun 321. maddesindeki düzenleme karşısında mümkün olmadığı, çocuğun soyadının ancak ergin olduktan sonra Türk Medeni Kanunu'nun 27. maddesindeki koşulların varlığı halinde kendisi tarafından veya babanın Türk Medeni Kanunu'nun 27. maddesindeki koşulları kanıtlayarak kendi soyadını değiştirmesi halinde mümkün olduğu, velayet hakkının anneye soyadı değişikliği için dava hakkı vermediği" gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

Dava, ortak çocuğun soyadının, davacı annenin kızlık soyadı ile değiştirilmesine yöneliktir.

Yapılan yargılama ve toplanan delillerden; ortak çocuk ... tarafların evlilik birliği içinde 29.11.2004 tarihinde doğduğu, tarafların 30.11.2005 tarihinde kesinleşen kararla boşandıkları, boşanma kararı ile birlikte ortak çocuğun velayetinin davacı anneye bırakıldığı anlaşılmaktadır.

Çocuk ile ana arasında soybağı doğumla kurulur. Çocuk ile baba arasında soybağı, ana ile evlilik, tanıma veya hâkim hükmüyle kurulur. Soybağı ayrıca evlât edinme yoluyla da kurulur (TMK m. 282). Evlilik dışında doğan çocuk, ana ve babasının birbiriyle evlenmesi hâlinde kendiliğinden evlilik içinde doğan çocuklara ilişkin hükümlere tâbi olur (TMK m. 292). Çocuk, ana ve baba evli ise ailenin soyadını taşır (TMK m. 321).

Adın değiştirilmesi, ancak haklı sebeplere dayanılarak hâkimden istenebilir. Adın değiştirildiği nüfus siciline kayıt ve ilân olunur. Ad değişmekle kişisel durum değişmez. Adın değiştirilmesinden zarar gören kimse, bunu öğrendiği günden başlayarak bir yıl içinde değiştirme kararının kaldırılmasını dava edebilir (TMK m. 27).

Soyadı, bireyin yaşamıyla özdeşleşen ve kişiliğinin ayrılmaz bir unsuru hâline gelen, birey olarak kimliğin belirlenmesinde en önemli unsurlardan biri ve vazgeçilmez, devredilmez, kişiye sıkı surette bağlı bir kişilik hakkıdır.

Velayet; ana veya babanın, ergin olmayan çocuklarının veya kısıtlanmış ergin çocuklarının kişi varlığına, malvarlığına ve bu iki husus hakkında onları temsiline ilişkin sahip oldukları hakların ve yükümlülüklerin bütününe denir (Akıntürk, Turgut: Türk Medeni Kanunu C.2, Aile Hukuku, İstanbul 2002, s. 400). Velayet, çocuk ergin oluncaya kadar onunla ilgili alınması zorunlu kararları alma hususunda veliye sorumluluk yükler ve onları yetkili kılar. Bu bakımdan modern hukukta velayet, bir hak olduğu kadar aslında çocuğun üstün yararının sağlanması bakımından yetki ve sorumluluk da içerdiğinden, hak ve yükümlülüklerin toplamı olarak kabul edilmektedir. Velayetin nihai amacı, henüz erginliğe ulaşmamış küçüğün, ileride bir yetişkin olarak gelecekteki hayata hazırlanmasını sağlamaktır (... , ... Çocuk Hukuku Çocuk Haklarının Korunması, 2012 s. 220).

Evliliğin feshi veya boşanma hallerinde, velayet hakkı kapsamındaki yetkiler dâhilinde olan çocuğun soyadının belirlenmesi hususunun düzenlendiği

21.6.1934 tarihli ve 2525 sayılı Soyadı Kanunu'nun 4. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan "Evliliğin feshi veya boşanma hallerinde çocuk anasına tevdi edilmiş olsa bile babasının seçtiği veya seçeceği adı alır." şeklindeki düzenleme Anayasa Mahkemesi'nin 8.12.2011 tarihli ve 2010/119 esas, 2011/165 karar sayılı kararı ile iptal edilmiş ve iptal kararı gerekçesinde; kadın ve erkeğin evlilik süresince ve evliliğin sona ermesinde eşit hak ve sorumluluklara sahip olmaları gereğine yer veren uluslararası sözleşme hükümlerine de atıf yapılmak ve eşlerin, evliliğin devamı boyunca ve boşanmada sahip oldukları hak ve yükümlülükler bakımından aynı hukuksal konumda oldukları, erkeğe velayet hakkı kapsamında tanınan çocuğun soyadını seçme hakkının kadına tanınmamasının, velayet hakkının kullanılması bakımından cinsiyete göre ayırım yapılması sonucunu doğuracağı belirtilmek suretiyle itiraz konusu kuralın, Anayasa'nın 10. ve 41. maddelerine aykırı görülmesi nedeniyle iptaline karar verildiği belirtilmiştir. Anayasa Mahkemesi'nin 25.06.2015 ve 2013/3434 numaralı, 11.11.2015 tarih ve 2013/9880 numaralı, 20.07.2017 tarih ve 2014/1826 numaralı bireysel başvuru kararlarında ise; velayet hakkı tevdi edilen çocuğun soyadının kendi soyadı ile değiştirilmesi yönündeki talebin, velayet hakkı ve bu kapsamdaki yetkilerin kullanımı ile ilgili olması sebebiyle Anayasa'nın 20. maddesi kapsamında ele alınması gereken bir hukuki değer olduğunu, koruma, bakım ve gözetim hakkı veya benzer terimlerle ifade edilen velayet hakkı kapsamında, çocuğun soyadını belirleme hakkının da yer aldığını, eşlerin evliliğin devamı boyunca ve boşanmada sahip oldukları hak ve yükümlülükler bakımından aynı hukuksal konumda olduğunu, erkeğe velayet hakkı kapsamında tanınan çocuğun soyadını belirleme hakkının kadına tanınmamasının, velayet hakkının kullanılması bakımından cinsiyete dayalı farklı bir muamele teşkil ettiğini, çocuğun bir aileye mensubiyetinin belirlenmesi amacıyla bir soyadı taşıması ile nüfus kütüklerindeki kayıtların güvenilirliği ve istikrarının sağlanmasında, çocuğun ve kamunun açık bir menfaati bulunmakla birlikte, annenin soyadının çocuğa verilmesinin söz konusu menfaatlerin tesisine olumsuz etkilerinin kesin olarak saptanması gerektiğini ve başvurulara konu yargısal uygulamaların ölçülü olduğunun kabul edilemeyeceğini belirterek, eldeki somut olaya benzer nitelikteki başvurulara konu yargısal kararlarda Anayasa'nın 20. maddesi ile birlikte değerlendirilen Anayasa'nın 10. maddesinde güvence altına alınan ayrımcılık yasağının ihlal edildiğine karar verilmiş, aynı kararlarında ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yapılmak üzere dosyanın ilgili mahkemesine gönderilmesini de kararlaştırmıştır.

Türkiye Cumhuriyeti adına 14 Mart 1985 tarihinde imzalanan "11 Nolu Protokol ile Değişik İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmeye Ek 7 Nolu Protokol"; 6684 sayılı Kanun ile onaylanması uygun bulunarak, 25.03.2016 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanıp yürürlüğe girmiş ve iç hukukumuz halini almıştır. Ek 7 Nolu Protokol'ün 5. maddesine göre, "Eşler, evlilik bakımından, evlilik süresince ve evliliğin bitmesi halinde, kendi aralarındaki ve çocuklarıyla olan ilişkilerinde, özel hukuk niteliği taşıyan hak ve sorumluluklar açısından eşittir. Bu madde, devletlerin çocuklar yararına gereken tedbirleri almalarına engel değildir".

Usulüne göre yürürlüğe konulmuş Milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin Milletlerarası Andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda Milletlerarası Andlaşma hükümleri esas alınır. (Türkiye Cumhuriyeti Anayasası m.90/son).

Kuşkusuz velayet kendisinde bulunan anne veya babanın, çocukla ilgili yapacağı her türlü iş ve işlemde çocuğun üstün yararını koruması gerektiği tartışmasızdır.

Çocuğun üstün yararı, çocuğu ilgilendiren her işte göz önüne alınması zorunlu olan ve belirli bir somut olayda çocuk için en iyisinin ne olduğunu belirlemede dikkate alınan bir ölçüt bir kılavuzdur. Çocuğun üstün yararı çocuğun haklarını garanti altına alan bir işlev de üstlenmektedir (YÜCEL, Özge Ufuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt 1 Sayı 2, Aralık 2013, s. 117-137). Esasın da çocuğun üstün yararına gereken önemin verilmesi, yalnızca çocuğun ya da ana babanın değil, toplumun da menfaatinedir. Çünkü çocuğun sosyal, kültürel, fiziksel ve psikolojik yönden olumlu gelişimi, ilerde toplumda zararlı davranışlarının ortaya çıkmasını da engelleyecektir (BAKTIR, Çetiner Selma, Velayet Hukuku, Ankara 2000 s.33).

Çocuğun üstün yararı gereği, velayetin anneye verilmesi halinde, anne hiçbir gerekçe göstermeden, sırf velayetin kendisinde olduğunu ileri sürerek çocuğa kendi kızlık soyadının verilmesini isteyemez. Anne tarafından çocuğun soyadının değiştirilmesi davası açıldığında, çocuğun üstün yararına bakılır. Eğer çocuğun üstün yararı varsa annenin kızlık soyadı çocuğa verilebilir. Üstün yarar yoksa davanın reddine karar verilmelidir.

Somut olayda, velayet hakkına sahip davacı anne evlendiği yeni eşi ... ortak çocuk tarafından baba olarak bilindiğini, çocuğun okulda onun soyadını kullandığını ileri sürmüştü, ancak çocuğun soyadının kızlık soyadı olan "...” olarak değiştirilmesini talep etmiştir. Yapılan yargılama ve toplanan delillerden çocuğun soyadının annenin kızlık soyadı ile değiştirilmesinde çocuğun üstün yararının bulunmadığı anlaşılmaktadır. Gerçekleşen bu durum karşısında davanın reddine dair hüküm sonucu itibarıyla doğru olduğundan ret gerekçesinin açıklanan şekilde değiştirilerek ve düzeltilerek hükmün onanmasına karar vermek gerekmiştir (HUMK m .438/son).

Temyiz edilen hükmün yukarıda gösterilen sebeple davanın reddine dair gerekçesinin değiştirilerek ve düzeltilerek ONANMASINA, temyiz peşin harcının istek halinde yatırana geri verilmesine, işbu kararın tebliğinden itibaren 15 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere oybirliğiyle karar verildi. 06.11.2018 (Salı)

YARGITAY 2. HUKUK DAİRESİ

E. 2017/1097

K. 2018/12772

T. 12.11.2018

Taraflar arasındaki davanın yapılan muhakemesi sonunda mahalli mahkemece verilen, yukarıda tarihi ve numarası gösterilen hüküm davacı anne tarafından temyiz edilmekle, evrak okunup gereği görüşülüp düşünüldü:

Davacı anne dava dilekçesinde; davalılardan ... ile kesinleşen kararla boşandıklarını, ortak çocuk 15.03.2011 doğum tarihli ...'in velayetinin kendisine verildiğini, davalının davacıyı yatak odasındaki kameraya çekmiş olduğu cinsel içerikli görüntüleri başkalarıyla paylaşmakla tehdit edip para istediğini ve şantajda bulunduğu, bunun için ... hakkında ... 15. Asliye Ceza Mahkemesinde dava açıldığını, tarafların boşanmalarından sonra davalı ...'in ortak çocuğu ile ilgilenmediğini, kendisiyle görüşmek istemeyen, annesine şantaj yaparak tehdit eden babasının soyadını taşımasının çocuğun ruhunda kalıcı izler bırakacağını, çocuğun tüm bakım ve giderleri ile annesinin ilgilendiğini, çocuğun babasının soyadı olan "..." soyismini değil annesinin soyadı "... " olarak tashihine karar verilmesini talep ve dava etmiş, mahkemece; "Davaya konu çocuğun babasının soyismini kullanmayıp annesinin soyadını taşınmasında çocuğun menfaatini gerektirir bir husus bulunmadığı gibi dosyada mevcut Yargıtay 18. Hukuk Dairesinin 2013/14681 Esas, 2013/14217 Karar sayılı 30/10/2013 tarihli ilamı doğrultusunda ve Yargıtay 18. Hukuk Dairesinin 2002/9753 Esas, 2002/11293 karar sayılı, 19/07/2002 tarihli kararında 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 321. maddesi hükmüne göre "Evlilik birliği içinde doğan çocuk ailenin yani babanın soyadını taşır. Boşanma veya ölüm üzerine velayetin annede olması soyadında herhangi bir değişikliğe sebep olamaz," Öngörölmüş olup 4721 sayılı Türk Medeni Kanununa göre çocuk ergin olana kadar baba soyadını taşımaya devam edeceğinden annenin çocuğun soyadını değiştirmesine ilişkin dava açması mümkün olmadığı" gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

Dava ortak çocuğun soyadının, davacı annenin kızlık soyadı ile değiştirilmesine yöneliktir.

Yapılan yargılama ve toplanan delillerden; davacı ile davalının kesinleşen kararlar boşandıkları, boşanma kararı ile birlikte ortak çocuk...ın velayetinin davacı anneye bırakıldığı, davacı annenin halen velayet hak ve sorumluluğuna sahip olduğu anlaşılmaktadır.

Çocuk ile ana arasında soybağı doğumla kurulur. Çocuk ile baba arasında soybağı, ana ile evlilik, tanıma veya hâkim hükmüyle kurulur. Soybağı ayrıca evlât edinme yoluyla da kurulur (TMK m. 282). Evlilik dışında doğan çocuk, ana ve babasının birbiriyle evlenmesi hâlinde kendiliğinden evlilik içinde doğan çocuklara ilişkin hükümlere tâbi olur (TMK m. 292). Çocuk, ana ve baba evli ise ailenin soyadını taşır (TMK m. 321).

Adın değiştirilmesi, ancak haklı sebeplere dayanılarak hâkimden istenebilir. Adın değiştirildiği nüfus siciline kayıt ve ilân olunur. Ad değişmekle kişisel durum değişmez. Adın değiştirilmesinden zarar gören kimse, bunu öğrendiği günden başlayarak bir yıl içinde değiştirme kararının kaldırılmasını dava edebilir (TMK m. 27).

Soyadı, bireyin yaşamıyla özdeşleşen ve kişiliğinin ayrılmaz bir unsuru hâline gelen, birey olarak kimliğin belirlenmesinde en önemli unsurlardan biri ve vazgeçilmez, devredilmez, kişiye sıkı surette bağlı bir kişilik hakkıdır.

Velayet; ana veya babanın, ergin olmayan çocuklarının veya kısıtlanmış ergin çocuklarının kişi varlığına, malvarlığına ve bu iki husus hakkında onları temsiline ilişkin sahip oldukları hakların ve yükümlülüklerin bütününe denir (Akıntürk, Turgut: Türk Medeni Kanunu C.2, Aile Hukuku, 2002, s. 400). Velayet, çocuk ergin oluncaya kadar onunla ilgili alınması zorunlu kararları alma hususunda veliye sorumluluk yükler ve onları yetkili kılar. Bu bakımdan modern hukukta velayet, bir hak olduğu kadar aslında çocuğun üstün yararının sağlanması bakımından yetki ve sorumluluk da içerdiğinden, hak ve yükümlülüklerin toplamı olarak kabul edilmektedir. Velayetin nihai amacı, henüz erginliğe ulaşmamış küçüğün, ileride bir yetişkin olarak gelecekteki hayata hazırlanmasını sağlamaktır (... , ... Çocuk Hukuku Çocuk Haklarının Korunması, 2012 s. 220).

Evliliğin feshi veya boşanma hallerinde, velayet hakkı kapsamındaki yetkiler dâhilinde olan çocuğun soyadının belirlenmesi hususunun düzenlendiği

21.6.1934 tarihli ve 2525 sayılı Soyadı Kanunu'nun 4. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan "Evliliğin feshi veya boşanma hallerinde çocuk anasına tevdi edilmiş olsa bile babasının seçtiği veya seçeceği adı alır." şeklindeki düzenleme Anayasa Mahkemesi'nin 8.12.2011 tarihli ve 2010/119 esas, 2011/165 karar sayılı kararı ile iptal edilmiş ve iptal kararı gerekçesinde; kadın ve erkeğin evlilik süresince ve evliliğin sona ermesinde eşit hak ve sorumluluklara sahip olmaları gereğine yer veren uluslararası sözleşme hükümlerine de atıf yapılmak ve eşlerin, evliliğin devamı boyunca ve boşanmada sahip oldukları hak ve yükümlülükler bakımından aynı hukuksal konumda oldukları, erkeğe velayet hakkı kapsamında tanınan çocuğun soyadını seçme hakkının kadına tanınmamasının, velayet hakkının kullanılması bakımından cinsiyete göre ayırım yapılması sonucunu doğuracağı belirtilmek suretiyle itiraz konusu kuralın, Anayasa'nın 10. ve 41. maddelerine aykırı görülmesi nedeniyle iptaline karar verildiği belirtilmiştir. Anayasa Mahkemesi'nin 25.06.2015 ve 2013/3434 numaralı, 11.11.2015 tarih ve 2013/9880 numaralı, 20.07.2017 tarih ve 2014/1826 numaralı bireysel başvuru kararlarında ise; velayet hakkı tevdi edilen çocuğun soyadının kendi soyadı ile değiştirilmesi yönündeki talebin, velayet hakkı ve bu kapsamdaki yetkilerin kullanımı ile ilgili olması sebebiyle Anayasa'nın 20. maddesi kapsamında ele alınması gereken bir hukuki değer olduğunu, koruma, bakım ve gözetim hakkı veya benzer terimlerle ifade edilen velayet hakkı kapsamında, çocuğun soyadını belirleme hakkının da yer aldığını, eşlerin evliliğin devamı boyunca ve boşanmada sahip oldukları hak ve yükümlülükler bakımından aynı hukuksal konumda olduğunu, erkeğe velayet hakkı kapsamında tanınan çocuğun soyadını belirleme hakkının kadına tanınmamasının, velayet hakkının kullanılması bakımından cinsiyete dayalı farklı bir muamele teşkil ettiğini, çocuğun bir aileye mensubiyetinin belirlenmesi amacıyla bir soyadı taşıması ile nüfus kütüklerindeki kayıtların güvenilirliği ve istikrarının sağlanmasında, çocuğun ve kamunun açık bir menfaati bulunmakla birlikte, annenin soyadının çocuğa verilmesinin söz konusu menfaatlerin tesisine olumsuz etkilerinin kesin olarak saptanması gerektiğini ve başvurulara konu yargısal uygulamaların ölçülü olduğunun kabul edilemeyeceğini belirterek, eldeki somut olaya benzer nitelikteki başvurulara konu yargısal kararlarda Anayasa'nın 20. maddesi ile birlikte değerlendirilen Anayasa'nın 10. maddesinde güvence altına alınan ayrımcılık yasağının ihlal edildiğine karar verilmiş, aynı kararlarında ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yapılmak üzere dosyanın ilgili mahkemesine gönderilmesini de kararlaştırmıştır.

Türkiye Cumhuriyeti adına 14 Mart 1985 tarihinde imzalanan "11 Nolu Protokol ile Değişik İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmeye Ek 7 Nolu Protokol"; 6684 sayılı Kanun ile onaylanması uygun bulunarak, 25.03.2016 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanıp yürürlüğe girmiş ve iç hukukumuz halini almıştır. Ek 7 Nolu Protokol'ün 5. maddesine göre, "Eşler, evlilik bakımından, evlilik süresince ve evliliğin bitmesi halinde, kendi aralarındaki ve çocuklarıyla olan ilişkilerinde, özel hukuk niteliği taşıyan hak ve sorumluluklar açısından eşittir. Bu madde, devletlerin çocuklar yararına gereken tedbirleri almalarına engel değildir".

Usulüne göre yürürlüğe konulmuş Milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin Milletlerarası Andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda Milletlerarası Andlaşma hükümleri esas alınır. (Türkiye Cumhuriyeti Anayasası m.90/son).

Kuşkusuz velayet kendisinde bulunan anne veya babanın, çocukla ilgili yapacağı her türlü iş ve işlemde çocuğun üstün yararını koruması gerektiği tartışmasızdır.

Çocuğun üstün yararı, çocuğu ilgilendiren her işte göz önüne alınması zorunlu olan ve belirli bir somut olayda çocuk için en iyisinin ne olduğunu belirlemede dikkate alınan bir ölçüt bir kılavuzdur. Çocuğun üstün yararı çocuğun haklarını garanti altına alan bir işlev de üstlenmektedir (YÜCEL, Özge Ufuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt 1 Sayı 2, Aralık 2013, s. 117-137). Esasın da çocuğun üstün yararına gereken önemin verilmesi, yalnızca çocuğun ya da ana babanın değil, toplumun da menfaatinedir. Çünkü çocuğun sosyal, kültürel, fiziksel ve psikolojik yönden olumlu gelişimi, ilerde toplumda zararlı davranışlarının ortaya çıkmasını da engelleyecektir (BAKTIR, Çetiner Selma, Velayet Hukuku, Ankara 2000 s.33).

Çocuğun üstün yararı gereği, anne hiçbir gerekçe göstermeden, sırf velayetin kendisinde olduğunu ileri sürerek çocuğa kendi kızlık soyadının verilmesini isteyemez. Anne tarafından çocuğun soyadının değiştirilmesi davası açıldığında, çocuğun üstün yararına bakılır. Eğer çocuğun üstün yararı varsa annenin kızlık soyadı çocuğa verilebilir. Üstün yarar yoksa davanın reddine karar verilmelidir.

Somut olayda, velayet hakkına sahip davacı anne, soyadlarının farklı olmasından çocuğun rahatsız olduğunu ve kendisi ile aynı soyadını taşımak istediğini ileri sürmüştü olup davacı tanıkları da davalı babanın çocuğuna ilgisiz olduğunu, yaklaşık 3,5 yaşında olan çocuğu bir kere bile görmeye gelmediğini, anneyi tehdit ettiğini, tarafların arasında şantaj nedeniyle davalar bulunduğunu, davalı babanın çocuğu doğduğundan beri görmediği gibi onunla maddi manevi olarak da ilgilenmediğini anlatmışlardır. Çocuğun soyadının annenin soyadı ile değiştirilmesi halinde çocuğun üstün yararı bakımından ruhsal gelişiminin olumsuz etkileneceği ileri sürülmediği gibi, aksine çocuğun soyadının annenin soyadıyla değiştirilmesinde çocuğun üstün yararının bulunduğu anlaşılmaktadır. Anayasa Mahkemesi'nin benzer olaylarda verdiği hak ihlaline ilişkin kararları da gözetilerek davanın kabulüne karar vermek gerekirken, yazılı şekilde hüküm kurulması doğru olmayıp hükmün bozulmasına karar vermek gerekmiştir.

Temyiz edilen hükmün yukarıda gösterilen sebeple **BOZULMASINA**, temyiz peşin harcının istek halinde yatırana geri verilmesine, işbu kararın tebliğinden itibaren 15 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere oybirliğiyle karar verildi. 12.11.2018(Pzt.)

YARGITAY 2. HUKUK DAİRESİ

E. 2019/6722

K. 2019/10404

T. 21.10.2019

Taraflar arasındaki davanın yapılan muhakemesi sonunda bölge adliye mahkemesi hukuk dairesince verilen, yukarıda tarihi ve numarası gösterilen hüküm davacı tarafından temyiz edilmekle, evrak okunup gereği görüşülüp düşünüldü:

Davacı anne dava dilekçesinde; davalı ... ile 01.09.2016 tarihinde kesinleşen kararla boşandıklarını, ortak çocuk 26.01.2016 doğumlu ...'in velayetinin kendisine verildiğini, çocuğun kendisi ile yaşadığını ve maddi manevi tüm ihtiyaçlarını kendisinin karşıladığını, davalı babanın çocukla ilgilenmediğini, kişisel ilişki günlerinde dahi çocukla genellikle görüşmediğini, çocuğun bundan sonraki yaşamını kendisi ile geçireceğini, soyadlarının farklı olması sebebi ile resmi işlemlerde zorluklar yaşadığını, çocuğun da okul hayatında bu durumun psikolojisini olumsuz etkileyeceğini iddia ederek, ortak çocuğun soyadının kendi soyadı olan '..' olarak değiştirilmesini talep ve dava etmiş, Kayseri 1. Aile Mahkemesi'nin 20.06.2018 tarihli 2018/364 Esas 2018/539 Karar sayılı ilamı ile soyadının yalnızca velayet hakkının kapsamı içerisinde yer almaması gerektiği, soyadının soybağı ile ilişkili olduğu, eşitlik ilkesinin değil çocuğun menfaatinin üstün tutulması gerektiği, babanın çocuğun kendi soyadını taşımasının zararına olacağı herhangi bir durumun mevcut olmadığı ve çocuğu ile ilgili olduğu gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiş, bu karar üzerine davacı anne tarafından süresinde istinaf kanun yoluna başvurulmuş, Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 1. Hukuk Dairesince 20.03.2019 tarih 2018/2916 Esas 2019/442 Karar sayılı ilamı ile 'velayet sahibi annenin bildirdiği delillerle çocuğun soyadının değiştirilmesinin üstün yararına olduğunu kanıtlayamadığı' gerekçesi ile davacının istinaf talebi esastan reddedilmiş, hüküm davacı anne tarafından temyiz edilmiştir.

Dava münhasıran velayet hakkına sahip davacı annenin ortak çocuğun

soyadının kendi soyadı ile değiştirilmesine yöneliktir.

Yapılan yargılama ve toplanan delillerden; ortak çocuk ...'in tarafların evlilik birliği içinde 26.01.2016 tarihinde doğduğu, tarafların 01.09.2016 tarihinde kesinleşen kararla boşandıkları, boşanma kararı ile birlikte ortak çocuk ...'in velayetinin davacı anneye bırakıldığı, davacı annenin halen velayet hak ve sorumluluğuna sahip olduğu anlaşılmaktadır.

Çocuk ile ana arasında soybağı doğumla kurulur. Çocuk ile baba arasında soybağı, ana ile evlilik, tanıma veya hâkim hükmüyle kurulur. Soybağı ayrıca evlât edinme yoluyla da kurulur (TMK m. 282). Evlilik dışında doğan çocuk, ana ve babasının birbiriyle evlenmesi hâlinde kendiliğinden evlilik içinde doğan çocuklara ilişkin hükümlere tâbi olur (TMK m. 292). Çocuk, ana ve baba evli ise ailenin soyadını taşır. Ancak, ana önceki evliliğinden dolayı çifte soyadı taşıyorsa çocuk onun bekârlık soyadını taşır (TMK m. 321).

Adın değiştirilmesi, ancak haklı sebeplere dayanılarak hâkimden istenebilir. Adın değiştirildiği nüfus siciline kayıt ve ilân olunur. Ad değişmekle kişisel durum değişmez. Adın değiştirilmesinden zarar gören kimse, bunu öğrendiği günden başlayarak bir yıl içinde değiştirme kararının kaldırılmasını dava edebilir (TMK m. 27). Soyadı, bireyin yaşamıyla özdeşleşen ve kişiliğinin ayrılmaz bir unsuru hâline gelen, birey olarak kimliğin belirlenmesinde en önemli unsurlardan biri ve vazgeçilmez, devredilmez, kişiye sıkı surette bağlı bir kişilik hakkıdır.

Velayet; ana veya babanın, ergin olmayan çocuklarının veya kısıtlanmış ergin çocuklarının kişi varlığına, malvarlığına ve bu iki husus hakkında onları temsiline ilişkin sahip oldukları hakların ve yükümlülüklerin bütününe denir (Akıntürk, Turgut: Türk Medeni Kanunu C.2, Aile Hukuku, İstanbul 2002, s. 400). Velayet, çocuk ergin oluncaya kadar onunla ilgili alınması zorunlu kararları alma hususunda veliye sorumluluk yükler ve onları yetkili kılar. Bu bakımdan modern hukukta velayet, bir hak olduğu kadar aslında çocuğun üstün yararının sağlanması bakımından yetki ve sorumluluk da içerdiğinden, hak ve yükümlülüklerin toplamı olarak kabul edilmektedir.

Velayetin nihai amacı, henüz erginliğe ulaşmamış küçüğün, ileride bir yetişkin olarak gelecekteki hayata hazırlanmasını sağlamaktır (AKYÜZ, Emine Çocuk Hukuku Çocuk Haklarının Korunması, 2012 s. 220). 4721 sayılı Kanun'un velayet hakkına ilişkin 335. maddesinde, ergin olmayan çocuğun,

ana ve babasının velayeti altında olduğu, yasal sebep olmadıkça velayetin ana ve babadan alınamayacağı belirtilmek suretiyle evlilik ilişkisi süresince velayet hakkının ve bu kapsamdaki yetkilerin ortak kullanımına işaret edilmiş; 336. maddesinde evlilik devam ettiği sürece ana ve babanın velayeti birlikte kullanacağı, ortak hayata son verilmesi veya ayrılık hâlinde hâkimin velayeti eşlerden birine verebileceği, ana ve babadan birinin ölümü hâlinde velayetin sağ kalana, boşanmada ise çocuk kendisine bırakılan tarafa ait olduğu hüküm altına alınmış, velayet hakkı ve içerdiği yetkilerin kullanımı noktasında da eşlerin eşitliği prensibi yansıtılmaya çalışılmıştır.

Evliliğin feshi veya boşanma hallerinde, velayet hakkı kapsamındaki yetkiler dâhilinde olan çocuğun soyadının belirlenmesi hususunun düzenlendiği 21.6.1934 tarihli ve 2525 sayılı Soyadı Kanunu'nun 4. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan "Evliliğin feshi veya boşanma hallerinde çocuk anasına tevdi edilmiş olsa bile babasının seçtiği veya seçeceği adı alır." şeklindeki düzenleme Anayasa Mahkemesinin 08.12.2011 tarihli ve 2010/119 esas, 2011/165 karar sayılı kararı ile iptal edilmiş ve iptal kararı gerekçesinde, kadın ve erkeğin evlilik süresince ve evliliğin sona ermesinde eşit hak ve sorumluluklara sahip olmaları gereğine yer veren uluslararası sözleşme hükümlerine de atıf yapılmak ve eşlerin, evliliğin devamı boyunca ve boşanmada sahip oldukları hak ve yükümlülükler bakımından aynı hukuksal konumda oldukları, erkeğe velayet hakkı kapsamında tanınan çocuğun soyadını seçme hakkının kadına tanınmamasının, velayet hakkının kullanılması bakımından cinsiyete göre ayırım yapılması sonucunu doğuracağı belirtilmek suretiyle itiraz konusu kuralın, Anayasa'nın 10. ve 41. maddelerine aykırı görülmesi nedeniyle iptaline karar verildiği belirtilmiştir.

Anayasa Mahkemesi'nin 25.06.2015 ve 2013/3434 numaralı, 11.11.2015 tarih ve 2013/9880 numaralı, 20.07.2017 tarih ve 2014/1826 numaralı bireysel başvuru kararlarında ise; velayet hakkı tevdi edilen çocuğun soyadının kendi soyadı ile değiştirilmesi yönündeki talebin, velayet hakkı ve bu kapsamdaki yetkilerin kullanımı ile ilgili olması sebebiyle Anayasa'nın 20. maddesi kapsamında ele alınması gereken bir hukuki değer olduğunu, koruma, bakım ve gözetim hakkı veya benzer terimlerle ifade edilen velayet hakkı kapsamında, çocuğun soyadını belirleme hakkının da yer aldığını, eşlerin evliliğin devamı boyunca ve boşanmada sahip oldukları hak ve yükümlülükler bakımından aynı hukuksal konumda olduğunu, erkeğe velayet hakkı kapsamında tanınan çocuğun soyadını belirleme hakkının

kadına tanınmamasının, velayet hakkının kullanılması bakımından cinsiyete dayalı farklı bir muamele teşkil ettiğini, çocuğun bir aileye mensubiyetinin belirlenmesi amacıyla bir soyadı taşıması ile nüfus kütüklerindeki kayıtların güvenilirliği ve istikrarının sağlanmasında, çocuğun ve kamunun açık bir menfaati bulunmakla birlikte, annenin soyadının çocuğa verilmesinin söz konusu menfaatlerin tesisine olumsuz etkilerinin kesin olarak saptanması gerektiğini ve başvurulara konu yargısal uygulamaların ölçülü olduğunun kabul edilemeyeceğini belirterek, eldeki somut olaya benzer nitelikteki başvurulara konu yargısal kararlarda Anayasa'nın 20. maddesi ile birlikte değerlendirilen Anayasa'nın 10. maddesinde güvence altına alınan ayrımcılık yasağının ihlal edildiğine karar verilmiş, aynı kararlarında ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yapılmak üzere dosyanın ilgili mahkemesine gönderilmesini de kararlaştırmıştır.

Türkiye Cumhuriyeti adına 14 Mart 1985 tarihinde imzalanan "11 Nolu Protokol ile Değişik İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmeye Ek 7 Nolu Protokol", 6684 sayılı Kanun ile onaylanması uygun bulunarak, 25.03.2016 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanıp yürürlüğe girmiş ve iç hukukumuz halini almıştır. Ek 7 Nolu Protokol'ün 5. maddesine göre, "Eşler, evlilik bakımından, evlilik süresince ve evliliğin bitmesi halinde, kendi aralarındaki ve çocuklarıyla olan ilişkilerinde, özel hukuk niteliği taşıyan hak ve sorumluluklar açısından eşittir. Bu madde, devletlerin çocuklaryararına gereken tedbirleri almalarına engel değildir".

Usulüne göre yürürlüğe konulmuş Milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin Milletlerarası Andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda Milletlerarası Andlaşma hükümleri esas alınır. (Türkiye Cumhuriyeti Anayasası m. 90/son).

Kuşkusuz velayet kendisinde bulunan anne veya babanın, çocukla ilgili yapacağı her türlü iş ve işlemde çocuğun üstün yararını koruması gerektiği tartışmasızdır.

Çocuğun üstün yararı, çocuğu ilgilendiren her işte göz önüne alınması zorunlu olan ve belirli bir somut olayda çocuk için en iyisinin ne olduğunu belirlemede dikkate alınan bir ölçüt bir kılavuzdur. Çocuğun üstün yararı çocuğun haklarını garanti altına alan bir işlev de üstlenmektedir (YÜCEL, Özge Ufuk Üniversitesi

Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt 1 Sayı 2, Aralık 2013, s. 117-137). Esasın da çocuğun üstün yararına gereken önemin verilmesi, yalnızca çocuğun ya da ana babanın değil, toplumun da menfaatinedir. Çünkü çocuğun sosyal, kültürel, fiziksel ve psikolojik yönden olumlu gelişimi, ilerde toplumda zararlı davranışlarının ortaya çıkmasını da engelleyecektir (BAKTIR, Çetiner Selma, Velayet Hukuku, Ankara 2000 s.33).

Çocuğun üstün yararı gereği, anne hiçbir gerekçe göstermeden, sırf velayetin kendisinde olduğunu ileri sürerek çocuğa kendi kızlık soyadının verilmesini isteyemez. Anne tarafından çocuğun soyadının değiştirilmesi davası açıldığında, çocuğun üstün yararına bakılır. Eğer çocuğun üstün yararı varsa annenin kızlık soyadı çocuğa verilebilir. Üstün yarar yoksa davanın reddine karar verilmelidir.

Somut olayda, velayet hakkına sahip davacı anne, davalı babanın çocuğa karşı ilgisiz olduğunu, çocuğun yaşamını annesi ile geçirdiğini, her türlü işini kendisinin yerine getirdiğini ve resmi işlemler ile çocuğun okul hayatında bu durumun dezavantajını yaşayacağını ieri sürmüş, davalı baba da 12.06.2019 tarihli temyize cevap dilekçesi ile davacı ile boşandıklarından beri çocuk ile yeterince ilgilenmediğini, bundan sonra da yurt dışında yaşama planı olduğunu, çocuk ile olan bağının büyük ölçüde ortadan kalkacağını, çocuğa yeni yapmış olduğu evlilik ve bu evlilikten de bir çocuğu daha olması nedeniyle zaman ayıramadığını, çocuğun tüm işlerini davacı annenin yerine getirdiğini bu sebeple çocuğun günlük hayatında sorun yaşamaması için davacı annesinin soyadını almasını kabul ettiğini bildirmiştir. Çocuğun soyadının annenin soyadı ile değiştirilmesi halinde çocuğun üstün yararı bakımından ruhsal gelişiminin olumsuz etkileneyeceği ileri sürülmediği gibi dosya kapsamı ve davalı babanın temyize cevap dilekçesindeki beyanlarından çocuğun soyadının annenin soyadı olarak değiştirilmesinin çocuğun üstün yararına olacağı anlaşılmaktadır. Anayasa Mahkemesinin benzer olaylarda verdiği hak ihlaline ilişkin kararları da gözetilerek davanın kabulüne karar vermek gerekirken, yazılı şekilde hüküm kurulması doğru olmayıp hükmün bozulmasına karar vermek gerekmiştir.

Yukarıda açıklanan sebeple Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 1. Hukuk Dairesince 20.03.2019 tarih 2018/2916 Esas 2019/442 Karar sayılı kararının KALDIRILMASINA, Kayseri 1. Aile Mahkemesinin 20.06.2018 tarihli 2018/364 Esas 2018/539 Karar sayılı kararının BOZULMASINA, temyiz peşin harcının istek halinde yatırana geri verilmesine, dosyanın adı geçen ilk derece mahkemesine, kararın bir örneğinin de adı geçen bölge adliye mahkemesi hukuk dairesine gönderilmesine oybirliğiyle karar verildi.

Temsil Kayyımılığına İlişkin Kararlar

-
- *Karar No 19: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu E. 2017/1894 K. 2019/918*
 - *Karar No 20: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu E. 2017/1895 K. 2019/630*
-

YARGITAY HUKUK GENEL KURULU

E. 2017/1894

K. 2019/918

T. 19.09.2019

Taraflar arasındaki “boşanma” davasından dolayı yapılan yargılama sonunda Küçükçekmece 1. Aile Mahkemesince davanın kabulüne dair verilen 31.10.2013 tarih ve 2013/582 E., 2013/909 K. sayılı karar taraf vekillerinin temyizi üzerine Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin 01.07.2014 tarih ve 2014/4685 E., 2014/15053 K. sayılı kararı ile;

“... 1-Dosyadaki yazılara, bozmaya uygun işlem ve araştırma yapılmış olmasına, delillerin takdirinde bir yanlışlık bulunmamasına ve özellikle boşanmaya sebep olan olaylarda sadakat yükümlülüğünü ihlal eden kocanın eşine hakaret içerikli mesajlar gönderen davalı kadına göre daha ağır kusurlu olduğunun ve boşanma kararının Türk Medeni Kanununun 166/2. maddesi uyarınca verildiğinin anlaşılmasına göre tarafların aşağıdaki bentlerin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yersizdir.

2-Hakim, tarafların talep sonuçlarıyla bağlıdır. Fazlasına veya başka bir şeye karar veremez (HMK md. 26/1). Davalı kadın müşterek çocuk için aylık 2000 TL iştirak nafakası talep etmiş ve mahkemece bu yönde de karar verilmiştir. Mahkemece talep olmadığı halde yılda bir kereye mahsus olmak üzere müşterek çocuk için ayrıca 6000 TL'ye hükmedilmesi doğru olmayıp bozmayı gerektirmiştir.

3-Davalı kadın cevap dilekçesinde kendisi için de tedbir nafakası talep etmiş olup, bu talep hakkında olumlu-olumsuz karar verilmemesi de doğru olmamıştır...”

gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle yeniden yapılan yargılama sonunda mahkemece 2. bentte yer alan bozma nedeni yönünden önceki kararda direnilmiştir.

Hukuk Genel Kurulunca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki belgeler okunduktan sonra gereği görüldü:

Dava, evlilik birliğinin sarsılması nedenine dayalı (TMK m. 166/1) boşanma istemine ilişkindir.

Davacı erkek vekili; tarafların boşanmalarına, ortak çocuğun velayetinin tarafına verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı kadın; davanın reddi ile davalı kadın lehine 500,00TL, ortak çocuk lehine de 2.000,00TL tedbir nafakasına hükmedilmesini talep etmiştir.

Yerel mahkemece; davanın kabulü ile tarafların boşanmalarına, ortak çocuğun velayetinin anneye verilmesine, ortak çocuk lehine 1.000,00TL tedbir ve 2.000,00TL iştirak nafakası takdirine, ayrıca tarafların gelir durumları, ortak çocuğun özel lisede öğrenim görmesi ve küçüğün Türkiye ortalamasının çok üstünde aylık geliri bulunan babasının bu olanağından yararlanması gerektiğinden okul öğrenim giderinin bir kısmı olarak her yıl 1 Mayıs ile 31 Mayıs arasında belirlenen iştirak nafakasının eklentisi niteliğinde olmak üzere 6.000,00TL'nin de davacıdan alınarak davalıya ödenmesine karar verilmiştir.

Hüküm taraf vekillerince temyiz edilmiş, karar Özel Dairece yukarıda başlık bölümünde yer alan gerekçelerle kısmen bozulmuştur.

Mahkemece, Özel Daire bozma ilamında 2. bentte yer alan bozma nedeni yönünden; Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi'nde, küçükler hakkında karar verilirken öncelikle küçüklerin yüksek çıkarlarının korunması zorunluluğunun getirildiği, Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin ilk derece mahkemesi olarak verdiği ve Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 26/12/2012 tarih ve 2012/2-508 E. 20121353 K. sayılı kararı ile onanan 24.02.2012 tarih ve 2011/3 E. 2012/1 K. sayılı kararında; 4787 sayılı Yasanın 6. maddesini, başka bir mahkemede taraflar arasında boşanma davası bulunması hâlinde dahi başvuru başka bir aile mahkemesinin, değişik iş dosyasında karşı tarafın savunmasını almaksızın uygulayarak, gerekli önlem ve tedbirleri alabileceğinin belirtildiği, davacı erkek eşin mali durumunun, davalı kadın eşin mali durumuna göre çok iyi olduğu, ortak çocuğun hem annesinin, hem de babasının mali durumunun gerektirdiği yaşamı sürdürmesinin hakkaniyet kuralları gereği olduğu, aile mahkemesi yargıcının iştirak nafakası ve velayet ile ilgili kararlarında tarafların istemleri ile bağlı olmayıp, küçüğün yüksek çıkarları ile bağlı olduğundan bozma kararına uyulmadığı, bu nedenlerle müşterek çocuk için iştirak nafakası dışında yılda bir

kereye mahsus olmak üzere hükmedilen 6.000,00TL yönünden direnilmesine, direnme kararı uyarınca davacının küçüğün giderlerine katılması için her yıl 1 Mayıs ile 31 Mayıs arasında belirlenen iştirak nafakasının eklentisi olmak üzere 6.000,00TL'nin davacıdan alınarak davalıya verilmesine " gerekçesiyle direnme kararı verilmiştir.

Direnme kararı davacı erkek vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Direnme yoluyla Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık; somut olayda tarafların talebi olmaksızın heryıl 1 Mayıs ile 31 Mayıs arasında belirlenen iştirak nafakasının eklentisi niteliğinde, ortak çocuğun öğrenim gideri için belirli bir meblağa hükmedilip, edilemeyeceği noktasında toplanmaktadır.

Türk Medeni Kanununun 182. maddesi hükmüne göre; velayet kendisine verilmeyen eş, çocuğun bakım ve eğitim giderlerine (iştirak nafakası) gücü oranında katılmak zorundadır. Hâkim, istem hâlinde irat biçiminde ödenmesine karar verilen bu giderlerin gelecek yıllarda tarafların sosyal ve ekonomik durumlarına göre ne miktarda ödeneceğini karara bağlayabilir.

İştirak nafakası kapsamına çocuğun yiyecek, giyecek, barınma, sağlık, dinlenme, eğitim, öğretim vs. giderleri girmektedir. Durumun değişmesi hâlinde hâkim istem üzerine nafaka miktarını yeniden belirler veya kaldırır (TMK m. 331). Zira anılan Kanunun 350. maddesinin birinci fıkrasına göre velayetin kaldırılması hâlinde bile ana ve babanın çocuklarının bakım ve eğitim giderlerini karşılama yükümlülükleri devam eder.

Ayrıca Türk Medeni Kanununun 328. maddesinde; "Ana ve babanın bakım borcu, çocuğun ergin olmasına kadar devam eder. Çocuk ergin olduğu hâlde eğitimi devam ediyorsa, ana ve baba durum ve koşullara göre kendilerinden beklenebilecek ölçüde olmak üzere, eğitimi sona erinceye kadar çocuğa bakmakla yükümlüdürler." hükmü yer almaktadır.

Ana babanın bakım yükümlülüğünün doğal sonucu olan iştirak nafakası, çocuğun korunmasına yönelik olup, kamu düzenine ilişkindir ve hâkim talep bulunmasa dahi kendiliğinden iştirak nafakasına hükmedebilecektir. Ancak velayet hakkı kendisine verilen eş iştirak nafakası istemediğini belirtmesi hâlinde hâkim, bu durumun çocuğun üstün yararını zedelemeyeceği kanaatine varması durumunda iştirak nafakasına hükmetmeyebilecektir.

Medeni hukuk yargılamasına hâkim olan ilkelerden biri de taleple bağlılık

ilkesidir. Bu ilke HMK'nın 26. maddesinde açıkça ifade edilmiştir. Buna göre, hâkim tarafların talepleri ile bağlıdır. Kanunlarda yer alan istisnalar dışında talepten fazlasına veya talepten başka bir şeye karar verilemez. Ancak hâkim somut olaya göre talep sonucundan daha aza karar verebilecektir. Bu ilke uyarınca tarafların talep etmediği husus hakkında mahkeme karar veremeyecektir.

Talep, dava açmakla istenilen hukuki sonucu kapsar. Böylelikle yargılama, dava açmakla istenilen hukuki sonuca ulaşma amacına yani talebe yönelik olarak devam ettirilerek bir karar verilir. Aksi hâlde hâkim, iki taraftan birinin talebi olmaksızın, kendiliğinden bir davayı incelemiş ve karara bağlamış olur ki bu husus da aynı Yasanın (HMK) 24. maddesinde yer alan tasarruf ilkesinin ihlali sonucunu doğurur. Çoğun içinde az da vardır kuralı gereğince davacının talep ettiğiinden daha az bir hakkı olduğu sonucuna varıldığı durumlarda taleple bağlılık ilkesi uygulanmaz.

Somut olayda davalı anne tarafından 2.000,00TL iştirak nafakası talep edilmiş ve mahkemece de ortak çocuk lehine 2.000,00TL iştirak nafakasına hükmedilmiştir. Davalı annenin direnmeye konu olan, ortak çocuk lehine iştirak nafakasının eklentisi niteliğinde öğrenim gideri adı altında hükmedilen alacağa ilişkin bir talebi bulunmamaktadır. İstek dışına çıkılarak velayeti anneye bırakılan çocuk için baba aleyhine iştirak nafakası dışında eğitim-öğretim, okul gideri adı altında ayrı bir alacağa hükmetmek infazda da karışıklığa yol açacaktır. Ayrıca koşulların ve ihtiyaçların değişmesi hâlinde iştirak nafakasının arttırılması her zaman istenebilir.

Hukuk Genel Kurulunda yapılan görüşmeler sırasında, iştirak nafakasının kamu düzenine ilişkin olduğu, çocuğun üstün yararının dikkate alınması gerektiği, hâkimin tarafların talebiyle bağlı olmadığı, iştirak nafakasının taleple bağlılık ilkesinin istisnası olduğu, bu sebeplerle direnme kararının doğru olduğu, ancak nafaka miktarı konusunda dosyanın Özel Daireye gönderilmesi gerektiğine yönelik görüş bildirilmiş ise de bu görüş yukarıda açıklanan sebeplerle Kurul çoğunluğunca benimsenmemiştir.

O hâlde, Hukuk Genel Kurulunca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır.

Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

Davacı erkek vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile direnme kararının Özel Daire bozma kararında gösterilen nedenlerden dolayı 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Geçici 3. maddesine göre uygulanmakta olan 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 429. maddesi gereğince BOZULMASINA, istek hâlinde temyiz peşin harcının yatırana geri verilmesine, aynı Kanun'un 440. maddesi uyarınca tebliğ tarihinden itibaren on beş gün içerisinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere 19.09.2019 tarihinde oy çokluğu ile karar verildi.

KARŞI OY

1. Uyuşmazlık, "evlilik birliğinin sarsılması nedeni ile açılan boşanma davasında, velayeti anneye verilen çocuk için talep edilen iştirak nafakasına ilaveten her yıl 1 Mayıs ve 31 Mayıs arasında ödenmek üzere iştirak nafakasının eklentisi niteliğinde ortak çocuğun öğrenim gideri için belirli bir meblağa hükmedilip hükmedilmeyeceği" noktasındadır.

2. İlk derece mahkemesinin bu yöndeki kabul kararı Yüksek Özel Daire tarafından "Hakim, tarafların talep sonuçlarıyla bağlıdır. Fazlasına veya başka bir şeye karar veremez (HMK md. 26/1). Davalı kadın müşterek çocuk için aylık 2000 TL iştirak nafakası talep etmiş ve mahkemece bu yönde de karar verilmiştir. Mahkemece talep olmadığı halde yılda bir kereye mahsus olmak üzere müşterek çocuk için ayrıca 6000 TL'ye hükmedilmesi doğru olmayıp bozmayı gerektirmiştir" gerekçesi ile bozulmuştur.

3. Bozma üzerine yapılan yargılama sonunda ilk derece mahkemesi "4787 sayılı yasanın 6/2-a maddesi küçüklerin bakım ve gözetime yönelik nafaka yükümlülüğü konusunda gerekli önlemleri almak üzere 'Aile Mahkemesi' yargıcını görevlendirdiği, ayrıca Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi uyarınca, küçükler hakkında karar verilirken öncelikle küçüklerin yüksek çıkarlarının korunması zorunluluğu getirildiği, 4787 sayılı yasa iç hukuk kuralımız olup, uluslararası sözleşme niteliğindeki diğer belge de Türkiye Cumhuriyeti tarafından kabul edilmiş olduğundan Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 90. maddesi uyarınca iç hukuk kuralı haline geldiği, kaldı ki, Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin, ilk derece mahkemesi olarak verdiği ve Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 26.12.2012 tarih ve 2012/2-508 E. 2012/1353 K. sayılı kararı ile onanan 24/02/2012 tarih ve 2011/3 E. 2012/1K. sayılı kararında; 4787 sayılı yasanın 6. maddesinin, başka bir mahkemede taraflar arasında boşanma davası bulunması halinde dahi başvurulmuş başka bir aile mahkemesinin, değişik

iş dosyasında karşı tarafın savunmasını almaksızın uygulayarak, gerekli önlem ve tedbirleri alabileceğinin belirtildiği, iştirak nafakasının velayeti kendisine verilen eşe ödenen bir para olmayıp, diğer ebeveynin velayeti kendisinde bulunmayan küçüğün giderlerini karşılaması için ödenmesine karar verilen bir miktar para olduğu, dosyada belirlenen tarafların mali durumlarına göre, davacı erkek eşin mali durumu, velayeti verilen davalı kadın eşin mali durumuna göre çok iyi olduğu, küçüğün hem annesinin, hem de babasının mali durumunun gerektirdiği yaşamı sürdürmesinin hakkaniyet kuralları gereği olduğu, küçük için takdir edilen aylık 2.000,00TL küçüğün babasının mali durumuna göre hayat yaşamasını temin edecek miktarda ise, küçüğün aynı zamanda özel okulda öğrenim görmesi nedeni ile bu öğrenim giderinin bir kısmının da babası tarafından karşılanmasının hakkaniyet ilkeleri uyarınca zorunlu olduğu, 4787 sayılı yasanın 6/2-a maddesinin aile mahkemesi yargıcına görev vermesi nedeni ile aile mahkemesi yargıcının iştirak nafakası ve velayet ile ilgili kararlarında tarafların istemleri ile bağlı olmadığı, küçüğün yüksek çıkarları ile bağlı olduğu” gerekçeleri ile karara karşı direnmiştir.

4. Direnme kararının temyiz edilmesi üzerine Genel Kurulumuz tarafından çoğunluk görüşü ile Özel Dairenin gerekçesi benimsenerek “tarafların talebi almaksızın, her yıl 1 Mayıs ile 31 Mayıs arasında belirlenen iştirak nafakasının eklentisi niteliğinde, ortak çocuğun öğrenim gideri için belirli bir meblağa hükmedilemeyeceği” gerekçesi ile direnme kararı bozulmuştur.

5. Çoğunluk görüşünün, aşağıda açıklanan gerekçe ve özellikle iştirak nafakasının niteliği, bu konudaki yasal açık düzenlemeler ve önceki istikrar kazanan kararlar karşısında isabetli olmadığı kanaatindeyiz.

5.1. İştirak Nafakasının Niteliği: İştirak nafakası, boşanmaya karar verilmesi hâlinde velayeti kendisine verilmeyen eş aleyhine, ergin olmayan çocuk lehine herhangi bir talep almaksızın da hâkim tarafından hükmedilen nafaka türüdür. Verilmesindeki amaç ise ergin olmayan çocuğun yetiştirilmesi için, çocuğun yiyecek, giyecek, barınma, sağlık, dinlenme, eğitim ve öğretim, harçlık ve ulaşım gibi giderlerine velayet kendisine verilmeyen eşin mali gücü oranında katılmasını sağlamaktır (TMK. Mad.182/2) İştirak nafakası, çocuğun yaşı, eğitim durumu, günün ekonomik koşulları ile genel ihtiyaçlar ve ana babanın mali durumuna göre takdir edilir. İştirak nafakası, hukuki niteliği bakımından bir bakım nafakasıdır.

İştirak nafakası kamu düzeni ile ilgili olduğundan boşanma, ayrılık veya

evliliğin iptali davalarında yargıç görevinden ötürü bu konuda bir karar vermek zorundadır.

5.2.Yasal düzenlemeler;

5.2.1. Türk Medeni Kanunu. Madde 182. "Mahkeme boşanma veya ayrılığa karar verirken, olanak buldukça ana ve babayı dinledikten ve çocuk vesayet altında ise vasinin ve vesayet makamının düşüncesini aldıktan sonra, ana ve babanın haklarını ve çocuk ile olan kişisel ilişkilerini düzenler. Velâyetin kullanılması kendisine verilmeyen eşin çocuk ile kişisel ilişkisinin düzenlenmesinde, çocuğun özellikle sağlık, eğitim ve ahlâk bakımından yararları esas tutulur. Bu eş, çocuğun bakım ve eğitim giderlerine gücü oranında katılmak zorundadır. Hâkim, istem hâlinde irat biçiminde ödenmesine karar verilen bu giderlerin gelecek yıllarda tarafların sosyal ve ekonomik durumlarına göre ne miktarda ödeneceğini karara bağlayabilir.

5.2.2. Türk Medeni Kanunu. Madde 184/1.5 (Boşanmada yargılama, aşağıdaki kurallar saklı kalmak üzere Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununa tâbidir) "Boşanma veya ayrılığın fer'î sonuçlarına ilişkin anlaşmalar, hâkim tarafından onaylanmadıkça geçerli olmaz".

5.2.3. 4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev Ve Yargılama Usullerine Dair Kanun. Mad. 6/2.a (Aile mahkemesi, diğer kanunlardaki hükümler saklı kalmak üzere görev alanına giren konularda) "Bakım ve gözetime yönelik nafaka yükümlülüğü konusunda gerekli önlemleri almaya,karar verebilir".

5.2.4. 6100 sayılı HMK. Madde. 26. "Hâkim, tarafların talep sonuçlarıyla bağlıdır; ondan fazlasına veya başka bir şeye karar veremez. Duruma göre, talep sonucundan daha azına karar verebilir. Hâkimin, tarafların talebiyle bağlı olmadığına ilişkin kanun hükümleri saklıdır".

5.2.5 Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi. Madde. 3. "Kamusal ya da özel sosyal yardım kuruluşları, mahkemeler, idari makamlar veya yasama organları tarafından yapılan ve çocukları ilgilendiren bütün faaliyetlerde, çocuğun yararı temel düşüncedir. Taraf Devletler, çocuğun ana-babasının, vasilerinin ya da kendisinden hukuken sorumlu olan diğer kişilerin hak ve ödevlerini de göz önünde tutarak, esenliği için gerekli bakım ve korumayı sağlamayı üstlenirler ve bu amaçla tüm uygun yasal ve idari önlemleri alırlar (Türkiye, Çocuk Hakları Sözleşmesi'ni 2 Ekim 1995'te uygulamaya başlamıştır).

5.3. Emsal kararlar;

5.3.1.Y.HGK. 24.09.2008 gün ve 2008/2-539 Esas, 2008/559 Karar. "TMK.182/2. maddesi "Velayetin kullanılması kendisine verilmeyen eşin çocuk ile kişisel ilişkisinin düzenlenmesinde, çocuğun özellikle sağlık, eğitim ve ahlak bakımından yararları esas tutulur. Bu eş, çocuğun bakım ve eğitim giderlerine gücü oranında katılmak zorundadır." hükmünü içermektedir. Ancak bu hüküm boşanma davası ile birlikte velayetin düzenlenmesi hali için geçerli olup boşanma davasından sonra açılan davalarda eğer istem yok ise veya açıkça istenmediği belirtilmiş ise iştirak nafakasına resen hükmedilemez (HUMK md.72,74). TMK.nun 329. maddesinde "Küçüğe fiilen bakan ana veya baba, diğerine karşı çocuk adına nafaka davası açabilir.."hükmüne yer verilmiştir. Yine TMK nun 331.maddesi "Durumun değişmesi halinde hakim, istem üzerine nafaka miktarını yeniden belirler veya nafakayı kaldırır." şeklindedir. Yani eğer bir boşanma davası sözkonusu değil ise ancak talep halinde mahkemece nafakaya hükmedilir".

5.3.2.Y. HGK. 18.04.2019 gün ve 2017/2-2643 Esas, 2019/484 Karar. "Anlaşmalı olarak boşanmak isteyen eşlerin boşanmanın mali sonuçları ile çocukların durumu hususunda da anlaşmış olmaları ve buna ilişkin düzenlemeyi hâkimin onayına sunmaları gerekir. Taraflar bu hususta mahkemeye bir protokol sunabilecekleri gibi, belirtilen tüm bu hususlarda mahkemeye sözlü olarak da beyanda bulunabilirler. Ancak ikinci durumda sözlü beyanın zapta geçirilmesi ve taraflarca imzalanması gerekir (Akıntürk T: Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku, İkinci Cilt, Ocak 2019, s.271). "Boşanmanın mali sonuçları" ile kastedilen maddi ve manevi tazminat ile yoksulluk nafakası talepleridir (TMK m.174/1-2; m. 175). "Çocukların durumu" ile kastedilen ise, ortak çocukların velayetinin kime verileceği, velayet verilmeyen eş ile çocuklar arasında kurulacak kişisel ilişki ve çocuklar için ödenecek iştirak nafakası ile ilgili düzenlemelerdir. Madde metninden anlaşıldığı üzere; boşanma, boşanmanın mali sonuçları ve çocukların durumu hakkında yapılan düzenlemelerde tarafların serbest iradelerinin uyuşması gerekmekte ise de aynı zamanda hâkimin bu anlaşmayı onaylaması gerekmektedir. Görüldüğü üzere taraflar anlaşma konusunda tamamen özgür bırakılmamıştır".

5.3.3. Y. HGK. 30.05.2018 gün ve 2017/2-2486 Esas, 2018/1148 Karar. "Velayeti kendisine verilmeyen tarafın çocuğun bakım ve eğitim giderlerine gücü oranında katılmak zorunda olduğu da unutulmamalıdır. Burada bahsi geçen katılma durumu iştirak nafakası olarak karşımıza çıkar. Bu nafaka

velayetin değiştirilmesine yönelik yerel mahkeme kararının kesinleşme tarihinden itibaren hükmedilmesi gereken bir nafakadır. Ana ve babanın çocukların kişiliklerine ilişkin hak ve ödevleri, özellikle çocukların şahıslarına bakmak, onları görüp gözetmek, geçimlerini sağlamak, yetiştirilmelerini ve eğitimlerini gerçekleştirmektir. Bu bağlamda sağlayacağı eğitim ile istenilen ölçüde dürüst, kötü alışkanlıklardan uzak, iyi ahlak sahibi, çalışkan ve bilgili bir insan olarak yetiştirmek hak ve yükümlülüğü bulunmaktadır. Velayetin kaldırılması ve değiştirilmesi şartları gerçekleşmedikçe ana ve babanın velayet görevlerine müdahale olunamaz. Öte yandan ayrılık ve boşanma durumunda velayetin düzenlenmesindeki amaç, küçüğün ileriye dönük yararlarıdır. Eş söyleyişle velayetin düzenlenmesinde asıl olan küçüğün yararını korumak ve geleceğini güvence altına almaktır. Velayet kamu düzenine ilişkin olup bu hususta ana ile babanın istek ve beyanlarından ziyade çocuğun menfaatlerinin dikkate alınması zorunludur. Buna göre velayete ilişkin değerlendirme yapılırken göz önünde tutulması gereken temel ilke çocuğun “üstün yararı”dır.

5.3.4. Y. HGK. 23.11.2011 gün ve 2011/3-635 E, 2011/688 K. “Evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerin yerine getirilmemesi veya evlilik birliğine ilişkin önemli bir konuda uyuşmazlığa düşülmesi halinde eşler ayrı ayrı veya birlikte hakimin müdahalesini isteyebilirler. Hakim, bu halde de gerektiği takdirde eşlerden birinin istemi üzerine Kanunda öngörülen önlemleri alır. Tedbir ve iştirak nafakası da hakimin alacağı bu önlemler arasındadır. Hakim, Kanunun takdir yetkisi tanıdığı veya durumun gereklerini ya da haklı sebepleri göz önünde tutmayı emrettiği konularda hukuka ve hakkaniyete göre karar verecektir”

5.3.5. Y. 2. HD. 02.06.2011 gün ve 2010/8242 Esas, 2011/9737 Karar “İştirak nafakası boşanmanın fer’ilerinden olup harç gerekmeden boşanma ve ayrılık davasının her aşamasında yazılı veya sözlü olarak talep edilebileceği gibi, talep olmasa bile, hakim tarafından kendiliğinden dikkate alınması gereklidir. Dava dilekçesinde talep olmadığı halde sonradan iştirak nafakası istenmesi davanın veya talebin genişletilmesi niteliğinde olmayıp; istenmesi hatta mevcut isteğin arttırılması için ıslaha da gerek yoktur. Açıklanan nedenlerle, boşanma veya ayrılık vukuunda çocuk kendisine tevdi edilmemiş tarafın gücüne göre onun bakım ve eğitim giderlerine katılmakla yükümlü olduğu (TMK.md.182) hususu gözetilerek; velayeti temyiz eden anneye verilen çocuk için iştirak nafakasına hükmedilmemesi usul ve yasaya aykırı olmuştur”

6. İştirak nafakasının yukarıda belirtilen hukuki niteliği, yasal düzenlemeler ve emsal içtihatlar dikkate alındığında, boşanma kararı üzerine ergin olmayan çocuk için üstün yararı dikkate alındığında, taleple bağlı olmaksızın hakim tarafından iştirak nafakası karar altına alınabilir. Türk Medeni Kanunu'nun 182, 184, Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev Ve Yargılama Usullerine Dair Kanunu'nun 6. maddeleri taleple bağlılık kuralının istisnalarıdır. Nitekim 6100 sayılı HMK düzenlemesinden çok açıkça "Hâkimin, tarafların talebiyle bağlı olmadığına ilişkin kanun hükümlerinin saklı olduğu" belirtilmiştir. Yerel mahkemece talep edilen miktar dışında iştirak nafakasına ek olarak ayrıca eğitim, öğrenim giderine karar verilmiştir. Bu öğrenim gideri de niteliği itibarı ile iştirak nafakasıdır. İştirak nafakası talep olmadan da hüküm altına alınabileceğine ve taleple bağlılık kuralının istisnası olarak düzenlendiğine göre, hâkimin talep dışında bir miktara karar vermesi yasal düzenlemelere uygundur. Ancak hüküm altına alınacak miktar "çocuğun yaşı, eğitim durumu, günün ekonomik koşulları ile genel ihtiyaçlar ve ana babanın mali durumuna göre" fazla olduğu kabul edildiği zaman, bu yönlerden yargısal denetime tabi tutulmalıdır. Özel Daire ilk derece mahkeme kararının temyiz incelemesinde belirtilen yönlerden bir inceleme ve değerlendirme yapmamış, salt taleple bağlılık kuralından kararı bozmuştur.

Yerel mahkemenin taleple bağlılık kuralının uygulanmayacağı yönünde ki direnme kararı yerindedir. Miktar bakımından denetime tabi tutulması için direnme uygun daireye karar verilmesi gerektiği düşüncesinde olduğumuzdan Sayın çoğunluğun bozma gerekçesine katılmamıştır.

YARGITAY HUKUK GENEL KURULU

E. 2017/1895

K. 2019/630

T. 30.05.2019

Taraflar arasında görülen "itirazın iptali" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda İzmir 12. Aile Mahkemesince davanın reddine dair verilen 03.12.2013 tarih ve 2012/485 E., 2013/870 K. sayılı karar davacı vekilinin temyizi üzerine Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin 04.06.2014 tarih ve 2014/5765 E., 2014/12455 K. sayılı kararı ile;

"..Tarafların, boşanma ve fer'i sonuçlarında anlaşmalarına dayanılarak Türk Medeni Kanununun 166/3. maddesi gereğince boşanmalarına karar verilmiş, kararla müşterek çocukların velayetleri davalı (baba)'ya bırakılmış, karar 12.05.2010 tarihinde kesinleşmiştir. Tarafların aralarında düzenledikleri boşanmaya esas alınan protokolde, müşterek çocukların eğitimlerinin sonuna kadar tüm eğitim giderleri (servis, okul, yemek, gerekirken özel ders ücretleri de dahil olmak üzere) davalı tarafından karşılanacağı, taraflarca kararlaştırılmış protokoldeki bu hüküm boşanma kararına da geçirilmiştir. Boşanma kararının kesinleşmesinden sonra davacı anne tarafından açılan velayetin değiştirilmesi davası sonunda Ankara 3. Aile Mahkemesinin 2011/1346 esas, 2011/1809 karar sayılı karar ile müşterek çocukların velayetlerinin babadan alınarak davacı anneye verilmesine karar verilmiş, karar 23.02.2012 tarihinde kesinleşmiştir. Davacı, anlaşmalı boşanmaya esas alınan hakim tarafından da tasdik edilen protokolden kaynaklanan müşterek çocukların eğitim giderleri ile ilgili harcamalar için ilamsız icra takibinde bulunmuş, davalının süresi içerisinde bu takibe itiraz etmesi üzerine davacı tarafından açılan itirazın iptali davası sonunda, mahkemece "velayet babada iken eğitim giderlerinden sorumluluk maddesinin velayet anneye geçtikten sonra davalı babayı bağlayacağı kabul edilmeyeceği" gerekçe gösterilerek dava reddedilmiştir. Davalı, hakim tarafından tasdik olunan boşanma protokolü ile, müşterek çocukların eğitim giderlerini karşılamayı, velayetin kendisinde olması koşuluna bağlı olmaksızın

üstlenmiştir. Bu protokoldeki taahhüdü ile bağlıdır. O halde işin esasının incelenmesi ve hasıl olacak sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, yazılı gerekçe ile davanın reddi doğru bulunmamıştır..”

gerekçesiyle oy çokluğu ile bozularak dosya yerine geri çevrilmekle yeniden yapılan yargılama sonunda mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulunca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki belgeler okunduktan sonra gereği görüldü:

Dava, anlaşmalı boşanma protokolünden kaynaklanan itirazın iptali istemine ilişkindir.

Davacı kadın vekili; tarafların Türk Medeni Kanunu'nun (TMK) 166/3. maddesi uyarınca anlaşmalı olarak boşandıklarını, velayetin babaya verildiğini ve bu kararın 12.02.2010 tarihinde kesinleştiğini, hem kararda hem de protokolde, müşterek çocukların eğitim ve sair giderlerinin davalı baba tarafından yapılacağına ilişkin hükümlerin yer aldığını, daha sonra Ankara 3. Aile Mahkemesinin 2011/346 E. sayılı dosyasında velayetin değiştirilerek müvekkili olan anneye verildiğini, davalı babanın da “artık velayet anneye bırakıldı, bu nedenle giderlerden ben sorumlu değilim” şeklinde bir savunma getirerek kesinleşen protokol hükmüne rağmen davalının üzerine düşen edimi yerine getirmediğini, müvekkilinin çocukların mağduriyetini engellemek amacıyla servis ve okul ücretlerini ödediğini, ödediği bedellerin rücuen tahsili amacıyla davalı hakkında icra takibi yapıldığını, borçlunun takibe itiraz ettiğini, itirazın haksız ve kötü niyetli olduğunu belirterek davalının itirazının iptaline, takibin devamına, borçlu aleyhine %40 oranında icra inkâr tazminatına hükmedilmesine karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı (erkek) vekili; boşanma davasında eksik ve hatalı olan boşanma protokolüne dayanılarak usulsüz olarak ilamlı icra takibi yapıldığını, bu nedenle şikâyette bulduklarını ve icra takibinin iptal edildiğini, icra mahkemesinin “kesin hüküm taşımayan kararının ilamlı olarak istenemeyeceğine” hükmettiğini, muğlak ve açık hüküm taşımayan mahkeme kararına dayanılarak fahiş harcama ve gider talep edilmesinin mümkün olmadığını belirterek davanın reddine, davacı aleyhine %20 oranında kötüniyet tazminatına hükmedilmesini istemiştir.

Yerel mahkemece; taraflar arasında görülüp kesinleşen İzmir 8. Aile Mahkemesi'nin 2010/375 E. sayılı boşanma davasında çocukların velayetlerinin babaya verildiği ve tasdik edilen protokolde müşterek çocukların eğitim yaşantısının sonuna kadar tüm eğitim giderlerinin baba tarafından karşılanacağına kararlaştırıldığı ancak bu durumun velayetlerin babaya verildiği boşanma dava dosyası ile ilgili olduğu ve velayetlerin anneye geçmesi hâlinde bu tür giderlerin kim tarafından karşılanacağına ilişkin bir açıklık bulunmadığı, bir süre sonra da ortak çocukların velayetlerinin değiştirilerek anneye verildiği, velayet babada iken belirlenen eğitim giderlerinden sorumluluk maddesinin velayet anneye geçtikten sonra da babayı bağlayacağına kabul edilemez olduğu, bu hususun ancak nafakanın artırımı talebinde değerlendirilebileceği gerekçesiyle davanın ve kötü niyet tazminatı talebinin reddine karar verilmiştir.

Davacı (kadın) vekilinin temyizi üzerine karar, Özel Dairece yukarıda başlık kısmında açıklanan gerekçelerle oy çokluğu ile bozulmuştur.

Yerel mahkemece önceki gerekçelerle verilen direnme kararı davacı (kadın) vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Direnme yolu ile Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık, tarafların anlaşmalı olarak boşandığı ve ortak çocuklarının velayetinin babaya verildiği İzmir 8. Aile Mahkemesinin 2010/475 E., 436 K. sayılı kesinleşen mahkeme kararına aynen geçirilen ve tasdik edilen protokol hükmüne göre "müşterek çocukların eğitim yaşantısının sonuna kadar tüm eğitim giderleri (servis-okul yemek-gerekirse özel ders ücretleri de dahil olmak üzere) ... tarafından karşılanacaktır" ibaresinin, velayetin değiştirilerek anneye verilmesi kararından sonra da geçerliğini koruyup korumadığı noktasında toplanmaktadır.

Uyuşmazlığın çözümü bakımından TMK'nın166/3. maddesinin açıklanması gerekli görülmektedir.

Bilindiği üzere, TMK'nın 166. maddesinin 3. fıkrasında; "Evlilik en az bir yıl sürmüş ise, eşlerin birlikte başvurması ya da bir eşin diğerinin davasını kabul etmesi hâlinde, evlilik birliği temelinden sarsılmış sayılır. Bu hâlde boşanma kararı verilebilmesi için, hâkimin tarafları bizzat dinleyerek iradelerinin serbestçe açıklandığına kanaat getirmesi ve boşanmanın mali sonuçları ile çocukların durumu hususunda taraflarca kabul edilecek düzenlemeyi uygun bulması şarttır. Hâkim, tarafların ve çocukların menfaatlerini göz önünde tutarak bu anlaşmada gerekli gördüğü değişiklikleri yapabilir. Bu değişikliklerin

tarafarca da kabulü hâlinde boşanmaya hükmolunur. Bu hâlde tarafların ikrarlarının hâkimi bağlamayacağı hükmü uygulanmaz " düzenlemesi yer almaktadır.

Uygulamada anlaşmalı boşanma olarak adlandırılan bu madde hükmüne göre en az bir yıldan fazla bir süreden beri evli olan tarafların mahkeme huzurunda boşanma, boşanmanın mali sonuçları ve çocukların durumu hakkında yaptıkları düzenlemeler hakkında serbest iradelerinin uyuşması ve hâkimin bu düzenlemeyi onaylaması hâlinde mahkemece boşanma kararı verilebilmektedir.

Madde metninde geçen "boşanmanın mali sonuçları ile çocukların durumu hakkındaki düzenlemelere" ilişkin olarak taraflar mahkemeye bir protokol sunabilecekleri gibi, belirtilen tüm bu hususlarda mahkemeye sözlü olarak da beyanda bulunabilirler. Ancak ikinci durumda sözlü beyanın zapta geçirilmesi ve taraflarca imzalanması gerekir (Akıntürk T: Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku, İkinci Cilt, Ocak 2019, s.271).

Yukarıda belirtildiği gibi anlaşmalı boşanmanın koşullarından biri olan bu anlaşmanın yapılabilmesi için hem eşler hem de boşanma kararı verecek hâkim bakımından bazı koşulların yerine getirilmiş olması gerekmektedir. Bu nedenle eşler arasında yapılan anlaşmanın boşanmanın ferî sonuçlarına ilişkin taraflarca düzenlenen ve hâkimin onay şartına bağlı, kendine özgü bir sözleşme olduğu söylenebilir.

Taraflar kural olarak, bir sözleşmenin içeriğini, kanunda öngörülen sınırlar içinde özgürce belirleyebilirler (6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu m. 26). Kanunun emredici hükümlerine, ahlâka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konu imkânsız olan sözleşmeler ise kesin olarak hükümsüzdür.

Borçlar Kanunu'nda yer alan sözleşme özgürlüğüne getirilen genel nitelikteki bu sınırlamalar, boşanma anlaşmaları için de evlilikle geçerlidir.

Belirtilmelidir ki, sözleşme hukukuna hâkim olan asıl ilke sözleşmeye bağlılık ilkesi olup bu ilke hukuksal güvenlik, doğruluk ve dürüstlük kuralının gereği olarak sözleşme hukukunun temelini oluşturur. Anılan ilkeye göre sözleşme yapıldığı andaki gibi uygulanır.

Bu açıklamalar karşısında somut olay değerlendirildiğinde; tarafların İzmir 5. Aile Mahkemesinin 06.05.2010 tarih, 2010/375 E., 2010/436 K.

sayılı kararı ile anlaşmalı olarak boşanmalarına karar verildiği, kararda velayet hakkının babaya tevdi edildiği ve bu kararın 12.05.2010 tarihinde kesinleştiği anlaşılmaktadır. Taraflarca düzenlenip hâkime sunulan, hâkim tarafından da “aynen tasdikine” karar verilen protokolde tarafların aşağıdaki şartlarla anlaştıkları hususlar tek tek belirtildikten sonra 3. bentte aynen;

“3- Müşterek çocuk A için aylık 250 (ikiyüzelli) TL ve K.T için 250 TL olmak üzere toplam 500 (beşyüz) TL çocukların anneye birlikte oldukları zamanlardaki masrafların karşılanmasını teminen boşanma kararının kesinleşmesinden itibaren ... tarafından, K.Ç adına ... şubesinde mevcut banka hesabına her ayın birinci günü yatırılacaktır.

Müşterek çocukların eğitim yaşantısının sonuna kadar tüm eğitim giderleri (servis-okul yemek-gerekirse özel ders ücretleri de dâhil olmak üzere) ... tarafından karşılanacaktır” düzenlemesinin yer aldığı görülmektedir.

Anlaşıldığı üzere, davalı baba protokol uyarınca müşterek çocukların eğitim giderlerini eğitim yaşantılarının sonuna kadar ödemeyi serbest iradesiyle üstlenmiştir. Mahkemece de tarafların serbest iradesiyle beyanda bulduklarına kanaat getirildikten sonra taraflarca düzenlenen protokol hükümlerinin kamu düzenine, ahlâka ve adaba aykırı olmadığı kabul edilerek onaylanmış ve boşanma kararı verilmiştir. Sözü edilen anlaşmalı boşanma kararının kesinleşmesi ile sözleşme niteliğinde olan protokol hükümleri taraflar için bağlayıcı hâle gelmiştir ve kesinleşen sözleşme hükümlerinden tarafların vazgeçmesi mümkün değildir.

Öteyandan, bu davadan önce de taraflar arasında görülüp sonuçlanan ancak tebliğ işlemleri yapılmadığı için kesinleşmeyen İzmir 5. Aile Mahkemesinin 01.04.2010 tarih, 2010/267 E., 2010/302 K. sayılı dosyasında da velayet hakkı anneye verilmesine karşın yukarıda sözü edilen protokol hükmü aynen muhafaza edilmiştir. Diğer bir anlatımla, protokolde uyuşmazlığa konu “eğitim giderlerinden sorumluluk” maddesi “velayet” hükmünden bağımsız olarak düzenlenmiştir. Dolayısıyla “velayetin değiştirilmesi” hâlinde söz konusu hükmün geçerliliğini yitirdiği kabul edilemez. Anlaşmalı boşanma davasında sunulan ve hâkim tarafından onaylanan protokol hükümleri bir bütündür ve bir kısmının geçerli olduğunu kabul edip, bir kısmının ise uygulanamayacağını ileri sürmek iyi niyet kuralları ile bağdaşmamaktadır. Aksi durum, somut olay açısından çocuğun üstün yararını da zedeler mahiyettedir.

Sonuç itibarıyla, davalı babanın herhangi bir çekince koymadan kabul ettiği

velayetin değiştirilmesi davasını gerekçe göstererek ortak çocukların mağdur olmasına yol açacak şekilde yapılan velayet düzenlemesinden bağımsız olarak ödemeyi taahhüt ettiği eğitim giderlerinden sorumlu olmadığını ileri sürmesi ve bu yönde mahkemece direnme gerekçesi oluşturulması usul ve yasaya aykırı görölmüştür.

Hukuk Genel Kurulunda yapılan görüşmeler sırasında, anlaşmalı boşanma kararında velayet hakkının babaya verildiği ve ortak çocukların eğitim giderlerinin baba tarafından karşılanacağı hususunun hüküm altına alındığı noktasında uyuşmazlık bulunmadığı, ancak ortak çocukların velayetlerinin değiştirilerek babadan alınıp anneye verilmesi durumunda söz konusu hükmün infazının sıkıntı doğuracağı, protokolde yer alan hükümde miktar konusunda bir açıklık bulunmadığı, bu hususun yargılamayı gerektiren bir durum olduğu, mahkemece tarafların ve çocukların menfaatleri de gözetilerek babanın katkısının miktar olarak belirlenmesi ve kararın bu değişik gerekçe ile bozulması gerektiği görüşü ileri sürölmüş ise de bu görüş Kurul çoğunluğunca benimsenmemiştir.

Açıklanan nedenlerle davalı babanın taahhüdü ile bağlı olduğu gözetilerek işin esasının incelenip sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken direnme kararı verilmesi usul ve yasaya aykırıdır.

Bu nedenlerle direnme kararı bozulmalıdır.

Davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile direnme kararının Özel Daire bozma kararında gösterilen nedenlerden dolayı 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Geçici 3. maddesine göre uygulanmakta olan 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 429. maddesi gereğince BOZULMASINA, istek hâlinde temyiz peşin harcının iadesine, aynı Kanun'un 440. maddesi uyarınca kararın tebliğinden itibaren on beş gün içerisinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere 30.05.2019 tarihinde oy çokluğu ile karar verildi.

Uzman Raporlarına İlişkin Kararlar

-
- *Karar No 21: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu E. 2017/2486 K. 2018/1148*
 - *Karar No 22: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu E. 2017/1587 K. 2018/1147*
 - *Karar No 23: Yargıtay 2. Hukuk Dairesi E. 2016/24299 K. 2017/302*
 - *Karar No 24: Yargıtay 2. Hukuk Dairesi E. 2017/6555 K. 2018/1861*
 - *Karar No 25: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu E. 2017/1575 K. 2018/672*
 - *Karar No 26: Yargıtay 2. Hukuk Dairesi E. 2017/4354 K. 2018/14859*
 - *Karar No 27: Yargıtay 2. Hukuk Dairesi E. 2018/7999 K. 2019/49*
 - *Karar No 28: Yargıtay 2. Hukuk Dairesi E. 2018/6932 K. 2019/303*
 - *Karar No 29: Yargıtay 2. Hukuk Dairesi E. 2019/2098 K. 2019/5616*
 - *Karar No 30: Yargıtay 2. Hukuk Dairesi E. 2018/7095 K. 2019/6838*
 - *Karar No 31: Yargıtay 2. Hukuk Dairesi E. 2019/1389 K. 2019/7066*
 - *Karar No 32: Yargıtay 2. Hukuk Dairesi E. 2020/2201 K. 2020/3373*
-

YARGITAY HUKUK GENEL KURULU

E. 2017/2486

K. 2018/1148

T. 30.05.2018

Taraflar arasındaki “velayetin değiştirilmesi” davasından dolayı yapılan yargılama sonunda İstanbul Anadolu 9. Aile Mahkemesince davanın kabulüne dair verilen 18.09.2014 gün ve 2013/1030 E., 2014/706 K. sayılı karar, davalı tarafından temyiz edilmekle, Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin 15.09.2015 gün ve 2015/2239 E., 2015/15952 K. sayılı kararı ile;

“..Davalı taraf, tanıkları Emine ve Figen’in dinlenmesinden açıkça vazgeçmemiştir. Davalı tanıkları Hukuk Muhakemeleri Kanununun 243. ve devamı maddelerinde belirtilen usule uygun olarak çağrılıp dinlenmeden ve davacı annenin yaşam alanında uzman tarafından inceleme yaptırılmadan eksik inceleme ile hüküm tesisi doğru olmayıp, bozmayı gerektirmiştir..”

gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle yeniden yapılan yargılama sonunda mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulunca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki belgeler okunduktan sonra gereği görüşüldü:

Dava, müşterek çocuğun babada olan velayetinin değiştirilerek anneye verilmesi istemine ilişkindir.

Davacı vekili tarafların boşandıklarını ve boşanma kararının 23.02.2011 tarihinde kesinleştiğini, anlaşmalı boşanma davası sırasında müşterek çocuk ...’ın velayetinin babaya verildiğini, davalının bir süre sonra ikinci kez evlendiğini ve bu evlilikten de iki çocuğunun olduğunu, ikinci eşin çocuğun gözetimini kabul etmeyeceğini belirtmesi üzerine çocuğun babaannesinin ve dedesinin

yanına bırakıldığını, davalının velayet hakkından doğan yükümlülükleri yerine getirmediğini S.N'nin 6 yaşında bir kız çocuğu olduğunu, bedensel ve ruhsal manada gelişimini sürdürebilmesi için kendi ebeveynlerine ihtiyaç duyduğunu, davalı babanın şahsi ilişki günlerinde çocuk ile anneyi görüştürmediğini, telefonla konuşturmadığını ileri sürerek çocuğun velayet hakkının davalı babadan alınarak davacı anneye verilmesine karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı, davacı annenin iddialarının gerçeği yansıtmadığını ve asıl amacının yeniden evlenmesi nedeniyle kendisine zarar vermek olduğunu, müşterek çocuğunun bakımını ve gözetimini babaanne ve dedeye teslim etmesi gibi bir olgunun söz konusu olmadığını, kendisinin bir süre önce ikinci evliliğini yaptığını, müşterek çocuk SN'nin kendisi ile birlikte ailesinin yaşadığı evde yeni eşi ve yeni eşinden olan çocukları ile birlikte kaldığını, çocuğu ile davacı annenin görüşmesini engellemediğini; annenin, mahkemece belirtilen günlerde SN ile görüşebileceğini, çocuğa doğumundan beri kendisinin baktığını, çocuğun eğitim hayatına başlayacağını, davalının uzun zaman sonra velayeti talep etmesinin davalının kötü niyetli olduğunun göstergesi olduğunu ifade ederek davanın reddinin gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece (Gaziantep 4. Aile Mahkemesi) eldeki davada davalı babanın ikametgâhının İstanbul olduğu ve davalının yasal süre içerisinde yetki itirazında bulunarak İstanbul mahkemelerinin yetkili olduğunu iddia ettiği, davalının ikametgâhının İstanbul olduğu hususunun davacı annenin de kabulünde bulunduğu, velayetin değiştirilmesi davalarında yetkili mahkemenin davalının dava tarihindeki yerleşim yeri mahkemesi olduğu dikkate alındığında, yetkisizlik kararı verilmesinin yerinde olacağı belirtilerek dosyanın yetkili İstanbul Anadolu Nöbetçi Aile Mahkemesine gönderilmesine karar vermiş, söz konusu bu karar temyiz edilmeksizin 05.12.2013 tarihinde kesinleşmiştir.

Dosyanın İstanbul Anadolu 9. Aile Mahkemesine tevzi edilmesi üzerine yargılamaya bu mahkeme tarafından devam edilmiştir.

Mahkemece dosya içerisindeki bilgi ve belgeler değerlendirildiğinde, tarafların boşanmalarından sonra müşterek çocuk S.N'nin velayetinin babaya verildiği, babanın bir süre önce yeniden evlendiği ve davalının bu evliliğinden de iki çocuğunun olduğu, davalının eşi ve iki çocuğu ile birlikte ailesinden ayrı bir evde ikamet ettiği, müşterek çocuğun ise uzun zamandan beri babaannesinin ve dedesinin yanında kaldığı, bütün ihtiyaçlarının babaanne ve

dede tarafından karşılandığı, müşterek çocuğun babasının yeni evine misafir olarak gidip geldiği, davalının ve ailesinin İstanbul'a taşınmalarından sonra çocuğun annesi ile görüşmesinin de azaldığı, davalı babanın, çocuğun davacı anne ile telefonda görüşmesine de izin vermediği, çocuğun annesi ile daha fazla vakit geçirmek istediği, uzman bilirkişi raporunda da çocuğun yararının annenin şartlarının uygun görülmesi hâlinde anne yanında olduğunun açıklandığı gerekçesiyle davanın kabulüne karar verilmiştir.

Davalının temyizi üzerine hüküm Özel Dairece, yukarıda açıklanan gerekçelerle bozulmuştur.

Yerel Mahkemece 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun (HMK) 241. maddesi içeriğinde tarafların tüm tanıklarının dinlenilmesi gerektiğinin ya da taraflarca tanıkların dinlenmesinden vazgeçilmedikçe dinlenmelerinin mutlak zorunluluk olduğu hususunun vurgulanmadığı, mahkemece ara karar ile geriye kalan diğer davalı tanıklarının dinlenmesinden vazgeçilmemiş ise de nihai karar oluşturulmakla birlikte dosya kapsamı içeriğinin ve dinlenen taraf tanıklarının anlatımlarının yeterli görüldüğü, diğer tanıkların dinlenmesinde yarar görülmediğinin kabulünün gerektiğinin düşünüldüğü ve Özel Dairenin usul yönünden bozma kararı vermesinin HMK'nın 241. maddesine ve dosya kapsamına göre aykırılık teşkil eder nitelikte olduğu, keza dosya kapsamının yeterli görüldüğü, bu nedenle de başka bir araştırmaya gerek duyulmadığı belirtilerek direnme kararı verilmiştir.

Direnme kararı davalı tarafından temyiz edilmiştir.

Direnme yoluyla Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık:

Velayetin değiştirilmesi istemiyle açılan eldeki davada, toplanan delillerden ve dinlenen tanıkların beyanlarından yeterli kanaate ulaştığını belirten hâkimin, davalı tarafın açık bir vazgeçmesi olmasa dahi ... ve ...'ı tanık olarak dinlemekten vazgeçip vazgeçemeyeceği, bu itibarla tanıkların HMK'nın 243 vd. maddeleri uyarınca usulüne uygun olarak çağrılarak dinlenmelerinin gerekip gerekmediği,

Müşterek çocuğun velayetinin davalı babadan alınarak davacı anneye verilmesi hususunda yapılan araştırmanın yeterli olup olmadığı, burada varılacak sonuca göre davacı annenin yaşam alanının uzman tarafından incelenmesine gerek bulunup bulunmadığı noktalarında toplanmaktadır.

Hukuk Genel Kurulunda yapılan görüşmeler sırasında işin esasının incelenmesinden önce çocukları ilgilendiren davalarda çocuk ile velayet sorumluluğuna sahip kişiler arasında çıkar çatışmasının söz konusu olması hâlinde adli merci önünde çocuğu ilgilendiren davalarda çocuğa bir temsilci atanmasının gerektiği, eldeki davada da küçük ile davacı anne ve davalı baba arasında menfaat çatışmasının bulunduğu, bu durum dikkate alındığında 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun (TMK) 426. maddesinin ikinci fıkrası gereğince çocuğu bu davada temsil etmek üzere temsil kayyımı atanması için vesayet makamına ihbarda bulunulmasının gerekip gerekmediği hususu öncelikli olarak tartışılıp, değerlendirilmiştir.

Konunun açıklığa kavuşturulması için öncelikle velayet ve velayetin sona ermesine ilişkin yasal düzenlemelerin incelenmesinde yarar bulunmaktadır.

Velâyet ilişkisinde iki taraf (ebeveyn ve çocuklar) söz konusudur (ÇETİNER, BAKTIR, S.: Velâyet Hukuku, Ankara 2000, s. 32). Velâyet bu nedenle iki kutupludur.

Velayet, küçüklerin ve bazen de kısıtlı ergin çocukların gerek kendilerine gerek mallarına özen gösterme ve onları temsil etme konusunda kanunun ana ve babaya yüklediği yükümlülükler ile bu yükümlülüklerin iyi bir şekilde yerine getirilmesini sağlamak üzere onlara tanıdığı hakların tümüdür (AKINTÜRK, T.: Türk Medeni Hukuku Yeni Kanuna Uyarlanmış Aile Hukuku, 2. Cilt, 9. Baskı, Ankara 2004, s.394).

Öte yandan velayetin değiştirilmesi davası, velayet hakkının anne veya babaya verilmesinden sonra velayet kendisine verilen tarafın durumunun değişmesi ve sonradan ortaya çıkan çeşitli nedenlerden ötürü velayeti alan anne ya da babanın velayet hakkını gereği gibi kullanamaması ile çocuğun menfaatinin gerektirdiği durumlarda açılan bir davadır.

Velayetin değiştirilmesi için bir olayın olması ve bu durumun velayet görevini aksatmış olması gerekir. Bu durum velayetin değiştirilmesini velayetin kaldırılmasından ayırır. Çünkü velayetin kaldırılmasında velayet görevinin ağır bir şekilde kötüye kullanılması veya aşırı bir şekilde ihmal edilmiş olması aranır.

Velayetin değiştirilmesine ilişkin şartlar TMK'da açıkça düzenlenmiştir.

TMK'nın "Durumun Değermesi" başlıklı 183. maddesinde;

“Ana veya babanın başkasıyla evlenmesi, başka bir yere gitmesi veya ölmesi gibi yeni olguların zorunlu kılması hâlinde hâkim, re’sen veya ana ve babadan birinin istemi üzerine gerekli önlemleri alır.”

hükmüne yer verilmiştir.

Söz konusu madde, velayetin değiştirilmesi sebeplerini hüküm altına almıştır. Buna göre; çocukla kişisel ilişki kurulmasının engellenmesi, çocuğun fiilen velayet hakkı olmayan annede ya da babada bırakılması veyahut çocuğun üçüncü kişinin yanında bırakılması, çocuğun menfaatinin gerektirdiği nedenler (örneğin sağlık, eğitim, ahlâk, güvenlik), velayeti kendisinde bulunan annenin ya da babanın yeniden evlenmesi, velayet hakkı kendisine verilen tarafın bir başka yere gitmesi, ölüm veya velayet görevinin kullanılmasının engellenmesi velayetin değiştirilmesi sebepleri olarak sayılabilir.

Velayetin yukarıda sayılan sebeplerin gerçekleşmesi durumunda değişmesinin birtakım sonuçları da ortaya çıkmaktadır. Velayetin değiştirilmesi ile birlikte velayeti kendisinde bulunmayan anne veya babanın çocukla kişisel ilişki kurulmasını isteme hakkı bulunmakta olup, mahkemece de bu ilişkinin kurulması gerekir. Yine velayeti kendisine verilmeyen tarafın çocuğun bakım ve eğitim giderlerine gücü oranında katılmak zorunda olduğu da unutulmamalıdır. Burada bahsi geçen katılma durumu iştirak nafakası olarak karşımıza çıkar. Bu nafaka velayetin değiştirilmesine yönelik yerel mahkeme kararının kesinleşme tarihinden itibaren hükmedilmesi gereken bir nafakadır.

Ana ve babanın çocukların kişiliklerine ilişkin hak ve ödevleri, özellikle çocukların şahıslarına bakmak, onları görüp gözetmek, geçimlerini sağlamak, yetiştirilmelerini ve eğitimlerini gerçekleştirmektir. Bu bağlamda sağlayacağı eğitim ile istenilen ölçüde dürüst, kötü alışkanlıklardan uzak, iyi ahlak sahibi, çalışkan ve bilgili bir insan olarak yetiştirmek hak ve yükümlülüğü bulunmaktadır.

Velayetin kaldırılması ve değiştirilmesi şartları gerçekleşmedikçe ana ve babanın velayet görevlerine müdahale olunamaz.

Öte yandan ayrılık ve boşanma durumunda velayetin düzenlenmesindeki amaç, küçüğün ileriye dönük yararlarıdır. Eş söyleyişle velayetin düzenlenmesinde asıl olan küçüğün yararını korumak ve geleceğini güvence altına almaktır.

Velayet kamu düzenine ilişkin olup bu hususta ana ile babanın istek ve beyanlarından ziyade çocuğun menfaatlerinin dikkate alınması zorunludur.

Buna göre velayete ilişkin değerlendirme yapılırken göz önünde tutulması gereken temel ilke çocuğun "üstün yararı"dır.

TMK'nın "Velayetin Kapsamı" başlıklı 339. maddesinin birinci fıkrasındaki;

"Ana ve baba, çocuğun bakım ve eğitimi konusunda onun menfaatini göz önünde tutarak gerekli kararları alır ve uygularlar..."

şeklindeki yasal düzenleme ile,

Aynı Kanunun "Çocuğun fiil ehliyeti" başlıklı 343. maddenin birinci fıkrasındaki;

"Velâyet altındaki çocuğun fiil ehliyeti, vesayet altındaki kişinin ehliyeti gibidir..." yönündeki hüküm ile "Koruma Önlemleri" başlıklı 346. maddesindeki "Çocuğun menfaati ve gelişmesi tehlikeye düştüğü takdirde, ana ve baba duruma çare bulamaz veya buna güçleri yetmezse hâkim, çocuğun korunması için uygun önlemleri alır."

şeklindeki hüküm de üstün yarara ilişkin temel noktaları içermektedir.

Kaldı ki Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'nin 3. Maddesinde, kamusal ya da özel sosyal yardım kuruluşlarının, mahkemelerin, idari makamların veya yasama organlarının yaptığı ve çocukları ilgilendiren bütün faaliyetlerde çocuğun yararının temel düşünce olduğu; taraf devletlerin çocuğun ana-babasının, vasilerinin ya da kendisinden hukuken sorumlu olan diğer kişilerin hak ve ödevlerini de göz önünde tutarak, esenliği için gerekli bakım ve korumayı sağlamayı üstleneceği ve bu amaçla tüm uygun yasal ve idari önlemleri alacağı ve taraf devletlerin, çocukların bakımı veya korunmasından sorumlu kurumların hizmet ve faaliyetlerinin özellikle güvenlik, sağlık, personel sayısı ve uygunluğu ve yönetimin yeterliliği açısından yetkili makamlarca konulan ölçülere uymalarını taahhüt edeceğinin belirtildiği,

Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi'nin 1. Maddesinde, sözleşmenin 18 yaşına ulaşmamış çocuklara uygulanacağı; sözleşmenin amacının çocukların yüksek çıkarları için haklarını geliştirmek, onlara usule ilişkin haklar tanımak ve bu hakların, çocukların doğrudan ve diğer kişiler veya organlar tarafından bir adli merci önündeki kendilerini

ilgilendiren davalardan bilgilendirilmelerini ve bu davalara katılmalarına izin verilmesini teminen kullanılmasını kolaylaştırmak olduğu; sözleşmenin amaçları açısından bir adli merci önündeki çocukları ilgilendiren davaların, özellikle çocukların ikamet ve çocuklarla şahsî ilişki kurulması gibi velayet sorumluluklarına ilişkin davalar olduğu; her devletin, imza sırasında veya onay, kabul, uygun bulma ve katılma belgesinin tevdiî sırasında, Avrupa Konseyi Genel Sekreterine yönelik bir beyanla, bir adli merci önünde bu sözleşmenin uygulanacağı en az üç çeşit aile uyuşmazlığını belirlemesi gerektiği; tarafların her birinin, ek bir beyanla sözleşmenin uygulanacağı ilave aile uyuşmazlıklarını belirtebileceği veya 5. madde, 9. maddenin ikinci paragrafı, 10. maddenin ikinci paragrafı ve 11. madde ile ilgili bilgi verebileceği; sözleşmenin tarafların çocuk haklarının geliştirilmesi ve kullanılmasında daha elverişli kurallar uygulamalarını engellemeyeceği,

Aynı Sözleşmenin 3. Maddesinde, yeterli idrake sahip olduğu iç hukuk tarafından kabul edilen bir çocuğa, bir adli merci önündeki kendisini ilgilendiren davalarda, yararlanmayı bizzat da talep edebileceği hakların verildiği, bu hakların ilgili tüm bilgileri almak, kendisine danışılmak ve kendi görüşünü ifade etmek ve görüşlerinin uygulanmasının olası sonuçlarından ve her tür kararın olası sonuçlarından bilgilendirilmek olduğu,

Yine Sözleşmenin 6. maddesinde bir çocuğu ilgilendiren davalarda adli merciin, bir karar almadan önce çocuğun yüksek çıkarına uygun karar almak için yeterli bilgiye sahip olup olmadığını kontrol etmesi ve gerektiğinde özellikle velayet sorumluluğunu elinde bulunduranlardan ek bilgi sağlaması, çocuğun iç hukuk tarafından yeterli idrak gücüne sahip olduğunun kabul edildiği durumlarda çocuğun bütün gerekli bilgiyi edindiğinden emin olması, çocuğun yüksek çıkarına açıkça ters düşmediği takdirde gerekirse kendine veya diğer şahıs ve kurumlar vasıtasıyla çocuk için elverişli durumlarda ve onun kavrayışına uygun bir tarzda çocuğa danışması, çocuğun görüşünü ifade etmesine müsaade etmesi ve çocuğun ifade ettiği görüşe gereken önemi vermesinin gerektiği,

Sözleşmenin 9. maddesinde, bir çocuğu ilgilendiren davalarda iç hukuk gereğince çocukla olan çıkar çatışması sonucunda velayet sorumluluğuna sahip kişilerin çocuğu temsil etme yetkisinden men edildiklerinde mahkemenin bu davalarda çocuk için bir özel temsilci atama yetkisinin bulunduğu; tarafların, bir çocuğu ilgilendiren davalarda adlî merciin çocuğu temsil etmek için başka bir temsilciyi, gerekli olduğu takdirde bir avukatı tayin etmek yetkisine sahip

olduğunu sağlama olanağını göz önünde bulunduracakları,

5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu'nun "Temel İlkeler" başlıklı 4. maddesinin (b) bendinde, bu Kanunun uygulanmasında, çocuğun haklarının korunması amacıyla çocuğun yarar ve esenliğinin gözetilmesi ilkesinin esas alınacağı,

Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 12. Maddesinde, taraf devletlerin, görüşlerini oluşturma yeteneğine sahip çocuğun kendini ilgilendiren her konuda görüşlerini serbestçe ifade etme hakkını bu görüşlere çocuğun yaşı ve olgunluk derecesine uygun olarak, gereken özen gösterilmek suretiyle tanıyacakları; bu amaçla çocuğu etkileyen herhangi bir adli veya idari kovuşturmada çocuğun ya doğrudan doğruya veya bir temsilci ya da uygun bir makam yoluyla dinlenilmesi fırsatının, ulusal yasanın usule ilişkin kurallarına uygun olarak çocuğa özellikle sağlanacağı açıkça ifade edilmiştir.

Çocuğun üstün yararını belirlerken onun bedensel, zihinsel, ruhsal, ahlâki ve toplumsal gelişiminin sağlanması amacının gözetilmesinin gerektiği unutulmamalıdır. Anne ve babanın yararı, tarafların boşanmadaki kusurları, ahlâki değer yargıları, sosyal konumları gibi durumları çocuğun üstün yararını etkilemediği ölçüde göz önünde tutulur. Çocuğun üstün yararının anne ve baba karşısında etkilenmesi durumunda ise çocuğun yararını koruyacak ve menfaat çatışmasını engelleyecek düzenlemeler devreye girecektir.

Tam bu noktada "kayım" ve "temsil kayıımı" kavramları karşımıza çıkmaktadır.

Kayım, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun (TMK) 403. maddesinin ikinci fıkrasında da düzenlendiği üzere sadece belirli işleri görmek veya mal varlığını yönetmek için görevlendirilen kişidir. Kayıım olarak atanan kişi, bunun dışındaki işleri yapamayacağı gibi, temsil konusu olan belli olayın dışında kendisine atanmış olduğu kişinin genel temsil yetkisine sahip yasal temsilcisi durumunda da değildir (AKINTÜRK, T.: Türk Medeni Hukuku, Aile Hukuku, İkinci Cilt, s. 485).

Temsil kayıımı ise bir kimsenin belli bir işini görmek, başka bir anlatımla belli bir işte kayıım atandığı gerçek veya tüzel kişiyi temsil etmek için görevlendirilen kişidir.

TMK'nın "Kayıımlığı gerektiren haller" başlıklı 426. maddesine göre;

“Vesayet makamı, aşağıda yazılı olan veya kanunda gösterilen diğer hâllerde ilgilisinin isteği üzerine veya re’sen temsil kayyımı atar:

1. Ergin bir kişi, hastalığı, başka bir yerde bulunması veya benzeri bir sebeple ivedi bir işini kendisi görebilecek veya bir temsilci atayabilecek durumda değilse,

2. Bir işte yasal temsilcinin menfaati ile küçükün veya kısıtlının menfaati çatışıyorsa,

3. Yasal temsilcinin görevini yerine getirmesine bir engel varsa.”

İlgiliye kayyım atanacağı açıkça belirtilmiştir.

Madde metninden de anlaşıldığı üzere temsil kayyımlığı sadece yukarıda sayılan hallerde değil, aynı zamanda Kanunun gösterdiği başka durumlarda da (TMK m. 291, 301, 345, 360. ve 880) atanabilmektedir.

Eldeki dava açısından yukarıda bahsi geçen TMK’nın 426. maddesinin ikinci fıkrasının değerlendirilmesi gerekmektedir. TMK’nın 426. maddesinin ikinci fıkrasının uygulamasında yasal temsilci, küçük veya kısıtlının vasisi ya da küçük (veya kısıtlı) üzerinde velayet hakkına sahip olan kimsedir. Anılan fıkraya göre bir küçükün veya kısıtlının velisi, vasisi, yasal danışmanı veya geçici temsilcisinin bir işi görmesi sırasında, kendi menfaati temsil ettiği küçük ve kısıtlının menfaati ile çatışıyorsa, “zarar uğrama tehlikeleri nedeniyle” söz konusu küçük ve kısıtlının belirli işini görmek için “temsilen” bir kayyım atanacaktır (DURAL, M./ ÖĞÜZ, T. /GÜMÜŞ, M.A.: Türk Özel Hukuku, Aile Hukuku, C.III, İstanbul 2012, s. 450).

Temsil kayyımlığını gerektiren durumların başında yasal temsilci ile küçükün veya kısıtlının menfaatlerinin çatışması hâlinde söz konusu işin nihayete erdirilmesi için küçük veya kısıtlının menfaatlerinin korunması amaçlı temsil kayyımı atanması yer almaktadır.

Temsil kayyımı atanmaksızın menfaat çatışması içerisinde yapılan hukuki işlemler kesin hükümsüzdür.

Bu durumda menfaat çatışması kavramına da kısaca değinmekte fayda bulunmaktadır. İsviçre ve Türk Hukuk öğretisi ve uygulamasında baskın biçimde hakim olan görüşe göre; temsil olunanın menfaatinin ihlaline yönelik salt soyut bir tehlike olasılığının varlığı menfaat çatışmasının varlığının kabulü için

yeterlidir (GÜMÜŞ, M.A.: Türk Medeni Hukukunda Kayımlık, İstanbul 2006, s. 46).

Bununla birlikte velâyet kamu düzenine ilişkin olup, bu hususta anne ile babanın istek ve beyanlarından ziyade çocuğun menfaatlerinin dikkate alınması zorunludur.

Görüldüğü üzere, velayetin değiştirilmesine ilişkin davalar çocuğun güvenliğini doğrudan ilgilendiren davalardır. Bu kadar önemli bir davada, velayet hakkına sahip anne ya da babanın, kural olarak temsil olunanın menfaatine hareket ettiği kabul edilse dahi her zaman çocuğun yararına davranmayacağı, herhangi bir sebeple çocuk aleyhine hareket ederek onun zararına bir durum yaratma ihtimali olduğu da tartışmasızdır. Olağandır ki, bu tür davalarda davanın açılış amacı da diğer tarafın çocuğun menfaatine aykırı davrandığı iddiasıdır. O hâlde çocuk ile yasal temsilcisi arasında bir menfaat çatışmasının olduğu kabul edilerek TMK'nın 426. maddesinin ikinci fıkrası gereğince küçüğe bir temsil kayımlı atanması gerekmektedir.

Somut olayda davacı ile davalının boşandıkları, boşanma davası sırasında müşterek çocuğun velayetinin davalı babaya verildiği, davacı annenin ise davalının velayet hakkından doğan yükümlülükleri yerine getirmedeğini belirterek dava açtığı anlaşılmaktadır. Bu durumda küçük ile davacı anne ve davalı baba arasında menfaat çatışmasının bulunduğu açıktır.

Buna göre küçüğü davada temsil etmek üzere kayımlı atanması için (TMK m. 426/2) yetkili vesayet makamına ihbarda bulunulması, atanacak kayımlının duruşmaya çağırılması ve göstermesi hâlinde delillerinin toplanması ve tüm deliller birlikte değerlendirilerek hasıl olacak sonucuna göre karar verilmesi yerinde olacaktır.

Hâl böyle olunca yerel mahkeme direnme kararı yukarıda açıklanan bu değişik gerekçe ile bozulmalıdır.

Davalının temyiz itirazlarının kabulü ile direnme kararının yukarıda gösterilen bu değişik gerekçe ve nedenlerden dolayı ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Geçici 3. maddesine göre uygulanmakta olan 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 429. maddesi gereğince BOZULMASINA, istek halinde temyiz peşin harcının yatırana geri verilmesine, karar düzeltme yolu açık olmak üzere 30.05.2018 gününde oy birliği ile karar verildi.

YARGITAY HUKUK GENEL KURULU

E. 2017/1587

K. 2018/1147

T. 30.05.2018

Taraflar arasındaki asıl davada “çocuğun babada olan velayetinin kaldırılarak küçüğün vesayetinin dedeye verilmesi”; birleşen davada “dede ile çocuk arasında kişisel ilişki kurulması” davasından dolayı yapılan yargılama sonunda Kayseri 4. Aile Mahkemesince asıl davanın kabulüne; birleşen davada ise karar verilmesine yer olmadığına dair verilen 21.01.2015 gün ve 2014/518 E., 2015/47 K. sayılı karar, davalı vekili tarafından temyiz edilmekle, Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin 08.10.2015 gün ve 2015/16645 E., 2015/17896 K. sayılı kararı ile;

“..1-Harca tabi olan temyiz dilekçesi harç alınmadan temyiz defterine süresi içinde kayıt edilmiş ise sonradan harcı tamamlanmak koşuluyla geçerli olur. (Y.İ.B.K. 25.1.1985 gün 5/1 sayılı) Bu durumda temyiz isteği dilekçenin temyiz defterine kayıt edildiği tarihte yapılmış sayılır. Davalıya gerekçeli karar 13.05.2015 tarihinde tebliğ edilmiş, davalı kararı on beş günlük yasal temyiz süresi içinde temyiz etmiş, temyiz dilekçesi de 28.05.2015 tarihinde temyiz defterine kaydedilmiştir. Temyiz isteği süresindedir. Davalı vekiline, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 434/3. maddesi gereğince, temyiz harç ve giderlerini yatırması için muhtırada tebliğ edilmediğinden, temyiz harcının daha sonra yatırılmış olması sonuç doğurmaz. Temyiz süresinde olduğundan, mahkemenin 08.06.2015 tarihli temyiz dilekçesinin reddine ilişkin ek kararının kaldırılarak temyiz dilekçesinin incelenmesine karar verilmiştir.

2-Dava, velayetinin babadan kaldırılması talep edilen 14.05.2013 doğumlu ...'in dedesi tarafından açılmıştır. ...'in anne ve babası evli iken, ayrı yaşamaya başlamışlar, ...; annesi, anneanne ve dedesi ile birlikte yaşarken, annesi 13.05.2014 tarihinde vefat etmiştir. Bu dava ise 30.06.2014 tarihinde açılmış ve mahkemece de kabul edilmiştir. Davalı baba, dava tarihinde astsubay olarak Uludere ilçesinde görev yapmaktadır. ...'in yaşı, davalı babanın mesleği

ve küçüğün annesinin ölüm tarihi ile dava tarihi arasındaki kısa süre dikkate alındığında, babanın çocuğunu hemen yanına almasının mümkün olmadığı kabulü gerekir. Bu sebeple davalı babanın küçüğü anneanne yanında bırakmış olması velayet görevinin ihmal edildiği sonucunu doğurmaz. Davalı, temyiz dilekçesinde Uludere'deki görev süresinin dolmasına dört ay süre kaldığını da ileri sürmüştür. Türk Medeni Kanununun 348. maddesi koşulları gerçekleşmemiştir. Davanın reddine karar verilmesi gerekirken, yazılı gerekçe ile kabulüne karar verilmesi doğru görülmemiştir..”

gerekçesiyle ikinci bentte gösterilen nedenlerle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle yeniden yapılan yargılama sonunda mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulunca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki belgeler okunduktan sonra gereği görüşüldü:

Asıl dava çocuğun babada olan velayetinin kaldırılarak küçüğün vesayetinin dedeye verilmesi, birleşen dava ise dede ile çocuk arasında kişisel ilişki kurulması istemine ilişkindir.

Davacı vekili asıl dava dosyasında müvekkilinin kızı olan B.D'nin'in eşinden boşanmadığını ancak eşinden ayrı olarak davacıya ait evde çocuğu ile yaşamaya başladığını, 13.05.2014 günü B'nin intihar etmek suretiyle hayatına son verdiğini, müteveffanın geriye 14.05.2013 doğumlu ... isimli bir kız çocuğunun kaldığını, intihar olayından sonra çocuğa müvekkil tarafından bakıldığını, çocuğun tüm tedavisinin uzun zamandır müvekkili tarafından takip edildiğini, davacı dedenin ekonomik ve sosyal anlamda çocuğun bütün ihtiyacını karşılayabilecek yeterlilikte olduğunu ve müvekkilinin, eşi ile birlikte çocuğa bakmak ve gözetmek istediklerini, ...'in babası olan davalı ...'in asker olduğunu ve çocuğa çalıştığı bölgede bakmasının güç bulunduğunu ileri sürerek, 13 aylık torun ...'in davalı üzerinde bulunan velayetinin kaldırılmasını ve çocuğun vesayetinin müvekkiline verilmesini talep etmiştir.

Davacı vekili birleşen dava dosyasında müvekkilinin vefat eden kızı B'nin çocuğu kendisinin ise torunu olan ... ile şahsi münasebet kurulmasını istemiştir.

Davalı vekili asıl dava dosyasında, davalı ile B.D'nin 9 yıllık bir evliliklerinin bulunduğunu, evliliğin ilk 7 yılı çocuklarının olmadığını bu nedenle tedavi gördüklerini, tedavi sürecinde müteveffa B'nin psikolojik sorunlarının başladığını, eşine ve ailesine hayatı çekilmez hale getirdiğini, bir süre sonra tüp bebek tedavisi ile küçük A'nın dünyaya geldiğini, ancak B'nin sağlığının düzelmediğini, B'nin vefatından sonra belli bir süre geçmesine rağmen davacının müvekkiline çocuğu vermediğini ve davalıyı evden kovduğunu, müvekkilinin çocuğuna bakabilecek maddi durumunun ve sigortasının bulunduğunu, aylık maaşının yaklaşık 4000 TL olduğunu belirterek davanın reddi ile küçük A.D'nin velayetinin asli velayet hakkı olan davalı babada kalması gerektiğini savunmuştur.

Davalı vekili birleşen dava dosyasında cevap dilekçesi sunmamıştır.

Mahkemece müşterek çocuğun davalı babadan yeterli ilgiyi görmediği, yargılamanın devamı sırasında çocuğu teslim almasına karşın çocuğu kendi akrabalarına bırakarak görev yerine gittiği, dolayısıyla davalının çocuğu ile yeterli derecede ilgilenmediği ve ilgilenmeyeceğinin de açık olduğu gerekçesiyle asıl dava yönünden 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun (TMK) 348. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca müşterek çocuk ...'in üzerindeki velayetin kaldırılmasına, çocuğun bu aşamada tedbiren davacı yanında kalmasına, karar kesinleştğinde çocuğa vasi tayin edilmesi için Nöbetçi Sulh Hukuk Mahkemesine ihbarda bulunulmasına, birleşen dava yönünden ise her ne kadar davacının çocukla şahsi münasebet kurulması hakkında bir talebi bulunmakta ise de çocuk hakkında koruma kararı verilerek çocuğun bakım ve gözetim yetkisinin ve sorumluluğunun davacıya bırakıldığı dikkate alındığında bu konuda karar verilmesine yer olmadığına karar verilmiştir.

Davalı vekilinin temyizi üzerine hüküm Özel Dairece, yukarıda açıklanan gerekçelerle bozulmuştur.

Yerel Mahkemece küçüğün annesi ile babasının intihar olayından önce ayrı yaşamaya başladıkları, çocuk ...'in doğuştan gelen bir rahatsızlığının bulunduğu, annesinin sağlığı döneminde ve annesi öldükten sonra bu rahatsızlığının devam ettiği, söz konusu rahatsızlık ile anneannesi ve dedesinin ilgilendiği, velayetin kaldırılması davasının açılmasından sonra davalının, müşterek çocuğu dedesinden ve anneannesinden aldığı ve kendi kardeşlerinin yanına bıraktığı, kendisinin de doğuda görev yaptığı yere gittiği, bu esnada davalının kardeşlerinin çocuğa bakamayacaklarını bildirdikleri, devamında da çocuğu

anneanneye ve dedeye teslim ettikleri, davalının daha önceki evliliğinden de bir kız çocuğunun bulunduğu, bu çocuğun velayet hakkının boşandığı eşinde olduğu, ...'in yaşının küçük olması, sağlık problemlerinin bulunması ve sağlık problemlerinin düzenli takip gerektirmesi dikkate alındığında, davalının gerekli özeni gösteremeyeceği kanaatine varıldığı, bu kanaate ulaşılrken sadece davalının askeri personel olup doğuda görev yapıyor olmasının değil aynı zamanda çocuğun yaşı ve sağlık problemleri itibariyle özellikle bir annenin sevgi ve şefkatine ihtiyaç duyacağıının da düşünüldüğü, tedavisinin geciktirilmesinin ...'in sağlığında geriye dönülmez problemlere de sebebiyet vereceği, davalının evliliğin devamı sırasında eşi ve çocuğu ile ilgilenmemesi, çocuğun tedavisinin anneanesi ve dedesi tarafından yaptırıldığı esnada çocuğu alarak kendi kardeşlerinin yanına bırakması ve bu kişilerin çocukla yeterince ilgilenmemeleri, davalı babanın çocuğun sağlığını bu durumda yeterince düşünmemiş olması birlikte değerlendirildiğinde, davalının bir baba olarak çocukla yeterince ilgilenemeyeceğinin de açık olduğu, kaldı ki davalının TMK'nın 348. maddesinin birinci fıkrası anlamında çocuğun sorunları ve sağlık problemleri hususunda deneyimsiz olduğu, öte yandan TMK'nın 348. maddesinin ikinci fıkrası kapsamında da çocuğuna yeterli ilgiyi göstermediği belirtilerek direnme kararı verilmiştir.

Direnme kararı davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Direnme yoluyla Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık: somut olayda velayeti davalı babada bulunan 14.05.2013 doğumlu çocuk ... hakkında TMK'nın 348. maddesi uyarınca velayetin kaldırılması koşullarının oluşup oluşmadığı noktasında toplanmaktadır.

Hukuk Genel Kurulunda yapılan görüşmeler sırasında işin esasının incelenmesinden önce çocukları ilgilendiren davalarda çocuk ile velayet sorumluluğuna sahip kişiler arasında çıkar çatışmasının söz konusu olması hâlinde adli merci önünde çocuğu ilgilendiren davalarda çocuğa bir temsilci atanmasının gerektiği, eldeki davada da küçük ile davalı baba arasında menfaat çatışmasının bulunduğu, bu durum dikkate alındığında 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun (TMK) 426. maddesinin ikinci fıkrası gereğince çocuğu bu davada temsil etmek üzere temsil kayyımı atanması için vesayet makamına ihbarda bulunulmasının gerekip gerekmediği hususu öncelikli olarak tartışılıp, değerlendirilmiştir.

Konunun açıklığa kavuşturulması için öncelikle velayet ve velayetin sona ermesine ilişkin yasal düzenlemelerin incelenmesinde yarar bulunmaktadır.

Velâyet ilişkisinde iki taraf (ebeveyn ve çocuklar) söz konusudur (ÇETİNER, BAKTIR, S.: Velâyet Hukuku, Ankara 2000, s. 32). Velâyet bu edenle iki kutupludur.

Velayet, küçüklerin ve bazen de kısıtlı ergin çocukların gerek kendilerine gerek mallarına özen gösterme ve onları temsil etme konusunda kanunun ana ve babaya yüklediği yükümlülükler ile bu yükümlülüklerin iyi bir şekilde yerine getirilmesini sağlamak üzere onlara tanıdığı hakların tümüdür (AKINTÜRK, T.: Türk Medeni Hukuku Yeni Kanuna Uyarlanmış Aile Hukuku, 2. Cilt, 9. Baskı, Ankara 2004, s.394).

Velayetin kaldırılmasına ilişkin şartlar TMK'da açıkça düzenlenmiştir.

TMK'nın "Velayetin kaldırılması" başlıklı 348. maddesinde;

"Çocuğun korunmasına ilişkin diğer önlemlerden sonuç alınamaz ya da bu önlemlerin yetersiz olacağı önceden anlaşılırsa, hâkim aşağıdaki hâllerde velâyetin kaldırılmasına karar verir:

1. Ana ve babanın deneyimsizliği, hastalığı, başka bir yerde bulunması veya benzeri sebeplerden biriyle velayet görevini gereği gibi yerine getirememesi.

2. Ana ve babanın çocuğa yeterli ilgiyi göstermemesi veya ona karşı yükümlülüklerini ağır biçimde savsaklaması.

Velâyet ana ve babanın her ikisinden kaldırılırsa çocuğa bir vasi atanır.

Kararda aksi belirtilmedikçe, velâyetin kaldırılması mevcut ve doğacak bütün çocukları kapsar."

hükmüne yer verilmiştir.

Maddenin birinci fıkrası, velayetin bu maddede öngörülen sebeplerle kaldırılabilmesinin ana şartını hüküm altına almıştır. Buna göre, velayetin kaldırılabilmesi için çocuğun korunmasıyla ilgili diğer tüm önlemlerin uygulanmış ve bundan bir sonuç alınmamış ya da bu önlemlerin daha başlangıçta yetersiz kalacağıın anlaşılması gerekir.

Maddenin ilk fıkrasının (1) numaralı bendine göre, anne veya babanın

velayet görevini bazı sebeplerle gereği gibi yerine getirememesi gerekir. Görevin gereği gibi yerine getirilememesi; ana ve babanın deneyimsizliği veya hastalığı ya da özürlü olması yahut başka bir yerde bulunması sebebiyle meydana gelebileceği gibi, başka bir sebeple de meydana gelebilir. Bu durumda bentte sayılan hususlar sınırlı sayıda değildir. Burada yer alan sebeplerin ortak özelliği, velayet görevinin gereği gibi yerine getirilmesini engelleyen ve belli bir süreklilik arz eden sebepler olmasıdır.

Velayetin kaldırılması için velayet görevinin ağır bir şekilde kötüye kullanılması veya aşırı bir şekilde ihmal edilmiş olması gerekir. Bu durum velayetin kaldırılmasını velayetin değiştirilmesinden ayırır. Çünkü velayetin değiştirilmesinde yeni bir olayın olması ve bu durumun velayet görevini aksatmış olması aranır.

Velayetin kaldırılmasının sebepleri olarak anne ve babanın deneyimsizliği, hastalığı, özürlü olması, anne ve babanın başka bir yerde bulunması, anne ve babanın çocuğa yeterli ilgiyi göstermemesi ve ihmalkârlığı velayet hak ve görevinin ağır şekilde kötüye kullanılması, velayet hak ve görevinin aşırı derecede savsaklanması, anne-babanın tutuklu bulunması ya da gözaltında olması, anne ve babanın uyuşturucu kullanması ve uyuşturucunun bağımlısı olması sayılabilir.

Velayetin yukarıda sayılan sebeplerin gerçekleşmesi durumunda kaldırılmasının bir takım sonuçları da ortaya çıkmaktadır. Velayetin kaldırılması ile birlikte velayeti kendisinden alınan annenin ve babanın velayeti kaldırılan çocuğun bakım ve eğitim giderlerini karşılama yükümlülükleri devam eder. Yine velayetin anne ve babadan kaldırılması durumunda çocuğa bir vasi atanır. Bununla birlikte velayetin kaldırılmasına karar verilmesi hâlinde çocuğun üstün yararını ve güvenliğinin tehdit eder mahiyette bir durum yok ise anne ve baba ile kişisel ilişki kurulmasına da karar verilir.

Ana ve babanın çocukların kişiliklerine ilişkin hak ve ödevleri, özellikle çocukların şahıslarına bakmak, onları görüp gözetmek, geçimlerini sağlamak, yetiştirilmelerini ve eğitimlerini gerçekleştirmektir. Bu bağlamda sağlayacağı eğitim ile istenilen ölçüde dürüst, kötü alışkanlıklardan uzak, iyi ahlâk sahibi, çalışkan ve bilgili bir insan olarak yetiştirmek hak ve yükümlülüğü bulunmaktadır.

Velayetin kaldırılması ve değiştirilmesi şartları gerçekleşmedikçe ana ve babanın velayet görevlerine müdahale olunamaz.

Öte yandan, ayrılık ve boşanma durumunda velayetin düzenlenmesindeki amaç, küçüğün ileriye dönük yararlarıdır. Eş söyleyişle, velayetin düzenlenmesinde asıl olan, küçüğün yararını korumak ve geleceğini güvence altına almaktır.

Velayet, kamu düzenine ilişkin olup bu hususta ana ile babanın istek ve beyanlarından ziyade çocuğın menfaatlerinin dikkate alınması zorunludur.

Buna göre velayete ilişkin değerlendirme yapılırken göz önünde tutulması gereken temel ilke çocuğın "üstün yararı"dır.

TMK'nın "Velayetin Kapsamı" başlıklı 339. maddesinin birinci fıkrasındaki;

"Ana ve baba, çocuğın bakım ve eğitimi konusunda onun menfaatini göz önünde tutarak gerekli kararları alır ve uygularlar..."

şeklindeki yasal düzenleme ile,

Aynı Kanunun "çocuğın fiil ehliyeti" başlıklı 343. maddenin birinci fıkrasındaki;

"Velâyet altındaki çocuğın fiil ehliyeti, vesayet altındaki kişinin ehliyeti gibidir..." yönündeki hüküm ile "Koruma Önlemleri" başlıklı 346. maddesindeki "Çocuğın menfaati ve gelişmesi tehlikeye düştüğü takdirde, ana ve baba duruma çare bulamaz veya buna güçleri yetmezse hâkim, çocuğın korunması için uygun önlemleri alır."

şeklindeki hüküm de üstün yarara ilişkin temel noktaları içermektedir.

Kaldı ki Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'nin 3. maddesinde, kamusal ya da özel sosyal yardım kuruluşlarının, mahkemelerin, idari makamların veya yasama organlarının yaptığı ve çocukları ilgilendiren bütün faaliyetlerde çocuğın yararının temel düşünce olduğu; taraf devletlerin çocuğın ana-babasının, vasilerinin ya da kendisinden hukuken sorumlu olan diğer kişilerin hak ve ödevlerini de göz önünde tutarak, esenliği için gerekli bakım ve korumayı sağlamayı üstleneceği ve bu amaçla tüm uygun yasal ve idari önlemleri alacağı ve taraf devletlerin, çocukların bakımı veya korunmasından sorumlu kurumların hizmet ve faaliyetlerinin özellikle güvenlik, sağlık, personel sayısı ve uygunluğu ve yönetimin yeterliliği açısından yetkili

makamlarca konulan ölçülere uymalarını taahhüt edeceğinin belirtildiği,

Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi'nin 1. maddesinde, Sözleşmenin 18 yaşına ulaşmamış çocuklara uygulanacağı; Sözleşmenin amacının çocukların yüksek çıkarları için haklarını geliştirmek, onlara usule ilişkin haklar tanımak ve bu hakların, çocukların doğrudan ve diğer kişiler veya organlar tarafından bir adli merci önündeki kendilerini ilgilendiren davalardan bilgilendirilmelerini ve bu davalara katılmalarına izin verilmesini teminen kullanılmasını kolaylaştırmak olduğu; Sözleşmenin amaçları açısından bir adli merci önündeki çocukları ilgilendiren davaların, özellikle çocukların ikameti ve çocuklarla şahsî ilişki kurulması gibi velayet sorumluluklarına ilişkin davalar olduğu; her devletin, imza sırasında veya onay, kabul, uygun bulma ve katılma belgesinin tevdiî sırasında, Avrupa Konseyi Genel Sekreterine yönelik bir beyanla, bir adli merci önünde bu sözleşmenin uygulanacağı en az üç çeşit aile uyuşmazlığını belirlemesi gerektiği; tarafların herbirinin, ek bir beyanla sözleşmenin uygulanacağı ilave aile uyuşmazlıklarını belirtebileceği veya 5. madde, 9. maddenin ikinci paragrafı, 10. maddenin ikinci paragrafı ve 11. madde ile ilgili bilgi verebileceği; Sözleşmenin tarafların çocuk haklarının geliştirilmesi ve kullanılmasında daha elverişli kurallar uygulamalarını engellemeyeceği,

Aynı Sözleşmenin 3. maddesinde, yeterli idrake sahip olduğu iç hukuk tarafından kabul edilen bir çocuğa, bir adli merci önündeki kendisini ilgilendiren davalarda, yararlanmayı bizzat da talep edebileceği hakların verildiği, bu hakların ilgili tüm bilgileri almak, kendisine danışılmak ve kendi görüşünü ifade etmek ve görüşlerinin uygulanmasının olası sonuçlarından ve her tür kararın olası sonuçlarından bilgilendirilmek olduğu,

Yine Sözleşmenin 6. maddesinde, bir çocuğu ilgilendiren davalarda adli merciin, bir karar almadan önce çocuğun yüksek çıkarına uygun karar almak için yeterli bilgiye sahip olup olmadığını kontrol etmesi ve gerektiğinde özellikle velayet sorumluluğunu elinde bulunduranlardan ek bilgi sağlaması, çocuğun iç hukuk tarafından yeterli idrak gücüne sahip olduğunun kabul edildiği durumlarda, çocuğun gerekli bütün bilgiyi edindiğinden emin olması, çocuğun yüksek çıkarına açıkça ters düşmediği takdirde gerekirse kendine veya diğer şahıs ve kurumlar vasıtasıyla çocuk için elverişli durumlarda ve onun kavrayışına uygun bir tarzda çocuğa danışması, çocuğun görüşünü ifade etmesine müsaade etmesi ve çocuğun ifade ettiği görüşe gereken önemi vermesinin gerektiği,

Sözleşmenin 9. maddesinde, bir çocuğu ilgilendiren davalarda iç hukuk gereğince çocukla olan çikar çatışması sonucunda velayet sorumluluğuna sahip kişilerin çocuğu temsil etme yetkisinden men edildiklerinde, mahkemenin bu davalarda çocuk için bir özel temsilci atama yetkisinin bulunduğu; tarafların, bir çocuğu ilgilendiren davalarda adli merciin çocuğu temsil etmek için başka bir temsilciyi, gerekli olduğu takdirde bir avukatı tayin etmek yetkisine sahip olduğunu sağlama olanağını göz önünde bulunduracakları,

5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu'nun "Temel İlkeler" başlıklı 4. maddesinin (b) bendinde bu Kanunun uygulanmasında, çocuğun haklarının korunması amacıyla çocuğun yarar ve esenliğinin gözetilmesi ilkesinin esas alınacağı,

Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 12. maddesinde, taraf devletlerin, görüşlerini oluşturma yeteneğine sahip çocuğun kendini ilgilendiren her konuda görüşlerini serbestçe ifade etme hakkını bu görüşlere çocuğun yaşı ve olgunluk derecesine uygun olarak, gereken özen gösterilmek suretiyle tanıyacakları; bu amaçla çocuğu etkileyen herhangi bir adli veya idari kovuşturmada çocuğun ya doğrudan doğruya veya bir temsilci ya da uygun bir makam yoluyla dinlenilmesi fırsatının, ulusal yasanın usule ilişkin kurallarına uygun olarak çocuğa özellikle sağlanacağı,

açıkça ifade edilmiştir.

Çocuğun üstün yararını belirlerken onun bedensel, zihinsel, ruhsal, ahlâki ve toplumsal gelişiminin sağlanması amacının gözetilmesinin gerektiği unutulmamalıdır. Anne ve babanın yararı, tarafların boşanmadaki kusurları, ahlâki değer yargıları, sosyal konumları gibi durumları çocuğun üstün yararını etkilemediği ölçüde göz önünde tutulur. Çocuğun üstün yararının anne ve baba karşısında etkilenmesi durumunda ise çocuğun yararını koruyacak ve menfaat çatışmasını engelleyecek düzenlemeler devreye girecektir.

Tam bu noktada "kayyım" ve "temsil kayyımı" kavramları karşımıza çıkmaktadır.

Kayyım, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun (TMK) 403. maddesinin ikinci fıkrasında da düzenlendiği üzere sadece belirli işleri görmek veya mal varlığını yönetmek için görevlendirilen kişidir. Kayyım olarak atanan kişi, bunun dışındaki işleri yapamayacağı gibi, temsil konusu olan belli olayın dışında kendisine atanmış olduğu kişinin genel temsil yetkisine sahip yasal

temsilcisi durumunda da değildir (AKINTÜRK, T.: Türk Medeni Hukuku, Aile Hukuku, İkinci Cilt, s. 485).

Temsil kayyımı ise bir kimsenin belli bir işini görmek, başka bir anlatımla belli bir işte kayyım atandığı gerçek veya tüzel kişiyi temsil etmek için görevlendirilen kişidir.

TMK'nın "kayyımlığı gerektiren haller" başlıklı 426. maddesine göre;

"Vesayet makamı, aşağıda yazılı olan veya kanunda gösterilen diğer hâllerde ilgisinin isteği üzerine veya re'sen temsil kayyımı atar:

1. Ergin bir kişi, hastalığı, başka bir yerde bulunması veya benzeri bir sebeple ivedi bir işini kendisi görebilecek veya bir temsilci atayabilecek durumda değilse,

2. Bir işte yasal temsilcinin menfaati ile küçüğün veya kısıtlının menfaati çatışıyorsa,

3. Yasal temsilcinin görevini yerine getirmesine bir engel varsa."

ilgiliye kayyım atanacağı açıkça belirtilmiştir.

Madde metninden de anlaşıldığı üzere temsil kayyımlığı sadece yukarıda sayılan hâllerde değil, aynı zamanda Kanunun gösterdiği başka durumlarda da (TMK m. 291, 301, 345, 360. ve 880) atanabilmektedir.

Eldeki dava açısından yukarıda bahsi geçen TMK'nın 426. maddesinin ikinci fıkrasının değerlendirilmesi gerekmektedir. TMK'nın 426. maddesinin ikinci fıkrasının uygulamasında yasal temsilci, küçük veya kısıtlının vasisi ya da küçük (veya kısıtlı) üzerinde velayet hakkına sahip olan kimsedir. Anılan fıkraya göre, bir küçüğün veya kısıtlının velisi, vasisi, yasal danışmanı veya geçici temsilcisinin bir işi görmesi sırasında, kendi menfaati temsil ettiği küçük ve kısıtlının menfaati ile çatışıyorsa, "zarar uğrama tehlikeleri nedeniyle" söz konusu küçük ve kısıtlının belirli işini görmek için "temsilen" bir kayyım atanacaktır (DURAL, M./ ÖĞÜZ, T. /GÜMÜŞ, M.A.: Türk Özel Hukuku, Aile Hukuku, C.III, İstanbul 2012, s. 450).

Temsil kayyımlığını gerektiren durumların başında; yasal temsilci ile küçüğün veya kısıtlının menfaatlerinin çatışması hâlinde söz konusu işin nihayete erdirilmesi için küçük veya kısıtlının menfaatlerinin korunması amaçlı temsil kayyımı atanması yer almaktadır.

Temsil kayyımı atanmaksızın menfaat çatışması içerisinde yapılan hukuki işlemler kesin hükümsüzdür.

Bu durumda menfaat çatışması kavramına da kısaca değinmekte fayda bulunmaktadır. İsviçre ve Türk Hukuk öğreti ve uygulamasında baskın biçimde hâkim olan görüşe göre; temsil olunanın menfaatinin ihlaline yönelik salt soyut bir tehlike olasılığının varlığı menfaat çatışmasının varlığının kabulü için yeterlidir (GÜMÜŞ, M.A.: Türk Medeni Hukukunda Kayyımlık, İstanbul 2006, s. 46).

Bununla birlikte velayet kamu düzenine ilişkin olup, bu hususta anne ile babanın istek ve beyanlarından ziyade çocuğun menfaatlerinin dikkate alınması zorunludur.

Görüldüğü üzere velayetin kaldırılmasına ilişkin davalar çocuğun güvenliğini doğrudan ilgilendiren davalardır. Bu kadar önemli bir davada, velayet hakkına sahip anne ya da babanın, kural olarak temsil olunanın menfaatine hareket ettiği kabul edilse dahi, her zaman çocuğun yararına davranmayacağı, herhangi bir sebeple çocuk aleyhine hareket ederek onun zararına bir durum yaratma ihtimali olduğu da kaçınılmazdır. Olağandır ki, bu tür davalarda davanın açılış amacı da diğer tarafın çocuğun menfaatine aykırı davrandığı iddiasıdır. O hâlde çocuk ile yasal temsilcisi arasında bir menfaat çatışmasının olduğu kabul edilerek TMK'nın 426. maddesinin ikinci fıkrası gereğince küçüğe bir temsil kayyımı atanması gerekmektedir.

Somut olayda davacının kızı ile davalının evlilik birliklerinin devam etmesine karşın ayrı yaşadıkları, müşterek çocuk ...'in anne yanında kaldığı, ancak annenin intihar etmek suretiyle hayatına son verdiği, davacı dedenin ise kızının vefatından sonra torununa baktığı ve çocuğun tüm tedavisi ile ilgilendiği, bir süre sonra da ...'in babası olan davalının asker olduğunu ve çocuğa çalıştığı bölgede bakmasının güç bulunduğunu belirterek dava açtığı anlaşılmaktadır. Bu durumda küçük ile davalı baba arasında menfaat çatışmasının bulunduğu açıktır.

Buna göre küçüğü davada temsil etmek üzere kayyım atanması için (TMK m. 426/2) yetkili vesayet makamına ihbarda bulunulması, atanacak kayyımın duruşmaya çağrılması ve göstermesi hâlinde delillerinin toplanması ve tüm deliller birlikte değerlendirilerek hasıl olacak sonucuna göre karar verilmesi yerinde olacaktır.

Hukuk Genel Kurulundayapılan görüşmeler sırasında velayetin kaldırılması davasının boşanan eşler arasında olmadığı, davacısının dede, davalısının baba olduğu eldeki davada çocuk ile babası arasında herhangi bir menfaat çatışmasının da bulunmadığı, dede veya herhangi bir ilgili tarafından da açılabilir bu davada çocuğa kayyım atanmasını gerektirecek bir durumun olmadığı, böyle bir uygulamanın gelişmesinin, kötü niyetli davacılara karşı çocuğu, anne veya babanın velayetinin korumasından mahrum bırakabileceği, dolayısıyla yerel mahkeme kararının sadece Özel Daire bozma kararında gösterilen nedenlerle bozulması gerektiği görüşü ileri sürülmüş ise de bu görüş Kurul çoğunluğu tarafından kabul edilmemiştir.

Hâl böyle olunca yerel mahkeme direnme kararı yukarıda açıklanan bu değişik gerekçe ile bozulmalıdır.

SONUÇ: Davalı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile direnme kararının yukarıda gösterilen bu değişik gerekçe ve nedenlerden dolayı ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Geçici 3. maddesine göre uygulanmakta olan 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 429. maddesi gereğince **BOZULMASINA**, istek hâlinde temyiz peşin harcın yatırana geri verilmesine, tebliğ tarihinden itibaren on beş günlük süre içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere 30.05.2018 gününde oy çokluğu ile karar verildi.

KARŞI OY YAZISI

Dava konusu olayda, eşler ayrı yaşarlarken annenin ölmesi üzerine müşterek çocuğun velayeti sadece babasına ait hale gelmiş ve annenin babası olan dede babaya karşı velayetin kaldırılması davası açılmıştır.

Yerel mahkeme tarafından verilen ilk karar özel daire tarafından bozulmuş ve yerel mahkeme tarafından verilen direnme kararı tekrar temyiz edilmiştir.

Yerel mahkemece özel dairece gösterilen bozma nedenlerine göre davanın reddine karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçeyle direnilmesini doğru bulmadığımdan, yerel mahkeme kararının bozulması gerektiği görüşümdedir.

Ancak velayetin kaldırılması davası boşanmış eşler arasında olmadığından ve çocuk ile babası arasında herhangi bir menfaat çekişmesi de bulunmadığından, somut olaydaki gibi dede veya herhangi bir ilgili tarafından

da açılabilir bu tür bir davada çocuğa kayyum atanmasını gerektirecek bir durum yoktur.

Böyle bir uygulamanın gelişmesi, kötü niyetli davacılar karşı çocuğu, anne veya babasının velayetinin korumasından mahrum bırakabilir.

Bu itibarla yerel mahkeme kararının sadece özel dairenin bozma gerekçesiyle bozulması gerekirken, çocuğa kayyum da atanması şeklinde değişik bozma yapılmasını doğru bulmadığımdan saygıdeğer çoğunluğun bu şekilde oluşan kararına muhalifim.

YARGITAY 2. HUKUK DAİRESİ

E. 2016/24299

K. 2017/302

T. 12.1.2017

Taraflar arasındaki davanın yapılan muhakemesi sonunda mahalli mahkemece verilen, yukarıda tarihi ve numarası gösterilen hüküm davalı anne tarafından temyiz edilmekle, evrak okunup gereği görüşülüp düşünüldü:

Davacı babanın vasisi tarafından açılan ortak çocuklar ile davacı baba arasında tedbiren kişisel ilişki kurulmasına yönelik davada, mahkemece davanın kabulüyle çocuklar ile davacı baba arasında kişisel ilişki tesisine karar verilmiştir. Tarafların ortak çocukları idrak çağındadır. Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesinin 12. maddesi iç hukuk tarafından yeterli idrake sahip olduğu kabul edilen çocuklara, kendilerini ilgilendiren davalarda görüşlerini ifade etmeye olanak tanınmasını ve görüşlerine gereken önemin verilmesi gerektiğini öngörmektedir. Velayet ve kişisel ilişki hususu, çocukları ilgilendiren konuların en başında gelir. Düzenleme yapılırken; çocukla ana/baba yararının çatışması halinde, çocuğun yararına üstünlük tanınması gereklidir. Çocuğun yararı ise; çocuğun bedensel, fikri ve ahlaki bakımdan en iyi şekilde gelişebilmesi ve böyle bir gelişmenin gerçekleştirilmesi için, çocuğa sosyal, ekonomik ve kültürel koşulların sağlanmış olmasıdır. Çocuğun bu konulardaki üstün yararını belirlerken; çocuk yetişkin biri olmuş olsaydı, kendisini ilgilendiren bir olayda, kendi yararı için ne gibi bir karar verebilecek idiyse, çocuk için karar verme makamındaki kişinin de aynı yönde karar vermesi, yani çocuğun farazi düşüncesinin esas alınması gerekir. Bu bakımdan yaşı küçük çocuklar S ve İ'nin mahkemece veya istinabe suretiyle baba ile kişisel ilişki düzenlemesi hakkındaki tercihlerinin kendilerinden sorulmalı ve psikolog, pedagog ve sosyal çalışmacıdan oluşan üç kişilik uzman heyetinden (4787 s.K. m.5) ortak çocukların anne ve baba yanındaki barınma ve yaşama koşullarını da değerlendirir içerikte sosyal inceleme raporu alınmalı, tüm deliller birlikte değerlendirilip sonucuna göre karar verilmelidir. Bu hususlar

nazara alınmadan, eksik araştırma ve inceleme ile yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirmiştir.

Temyiz edilen hükmün yukarda gösterilen sebeple BOZULMASINA, bozma sebebine göre sair temyiz itirazlarının şimdilik incelenmesine yer olmadığına, temyiz peşin harcının istenmesi halinde yatırana iadesine, işbu kararın tebliğinden itibaren 15 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 12.01.2017 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 2. HUKUK DAİRESİ

E. 2017/6555

K. 2018/1861

T. 13.02.2018

Taraflar arasındaki davanın yapılan muhakemesi sonunda mahalli mahkemece verilen, yukarıda tarihi ve numarası gösterilen hüküm davalı-davacı erkek tarafından temyiz edilerek; temyiz incelemesinin duruşmalı olarak yapılması istenilmekle; duruşma için belirlenen 13.02.2018 günü temyiz eden davalı-davacı ... vekili Av. ... ve karşı taraf davacı-davalı ... ile vekili Av. ... geldiler. Gelenlerin konuşması dinlendikten sonra işin incelenerek karara bağlanması için duruşmadan sonraya bırakılması uygun görüldü. Bugün dosyadaki bütün kağıtlar okunup gereği görüşülüp düşünüldü:

1-Taraflar anlaşmalı boşanmış, 2007 doğumlu ortak çocuk ...'in velayeti babaya bırakılmış, işbu boşanma kararı da 15.11.2011 tarihinde kesinleşmiştir.

Davacı-davalı anne, dava dilekçesiyle velayetin değiştirilmesi yanında iştirak nafakası istemiş, eğer bu talebi kabul edilmez ise ortak çocukla olan kişisel ilişkisi günlerinin genişletilmesini talep etmiş, davalı-davacı baba da birleşen davasında anlaşmalı boşanma davasıyla kararlaştırılmadığından iştirak nafakasının hüküm altına alınmasını istemiş, mahkemece, kadının velayetin değiştirilmesi, karşı davacı babanın da iştirak nafakası davaları kabul edilerek, ortak çocuğun velayetinin tedbiren anneye verilmesine, velayetin değiştirilmesi davası kesinleştikten sonra çocuk yararına iştirak nafakasına, ayrıca baba içinde çocuğun anneye teslim edileceği tarihe kadar iştirak nafakasına ve babaya verilen iştirak nafakasının da anlaşmalı boşanma davasında ortak çocuk adına devri kararlaştırılan konutun tahmini kira geliri kadar mahsubuna karar verilmiştir.

Velayetin düzenlenmesinde asıl olan çocuğun üstün yararıdır. 4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanununun 5. maddesi gereğince Aile Mahkemesi bünyesinde bulunan psikolog,

pedagog ve sosyal çalışmacıdan oluşan uzmanlardan, her iki ebeveyn ve çocukla görüşmek suretiyle inceleme ve rapor istenip; tarafların barınma, gelir, sosyal ve psikolojik durumlarına göre çocuğun sağlıklı gelişimi için velayeti üstlenmeye engel bir durumun bulunup bulunmadığının araştırılması, mahkemece çocuğun bizzat dinlenerek, görüşü alınıp ve diğer deliller de gözönüne alınmak suretiyle ebeveynlerinden hangisi yanında kalmasının çocuğun menfaatine olacağı tespit edilerek velayet konusunda bir karar verilmesi gerekir.

Somut olayda, mahkemece sosyal hizmet uzmanından alınan 07.04.2015 tarihli raporda ortak çocuğun velayetinin değiştirilmesinin gerekmediği ancak anneye daha uzun süreli kişisel ilişki kurulması gerektiği belirtilmiş, daha sonra davacı-davalı tarafından bu rapora itiraz edilmiş, itiraz üzerine ... Tıp Fakültesi'nde görevli iki doktordan oluşan heyetle tekrardan rapor tanzim ettirilmiş, bu raporda da her iki tarafın velayet görevini yerine getirmesini engelleyecek bir durumlarının olmadığı tespiti yapılarak, ortak çocuğun anneyi

istediği belirtilmekle yetinilmiş, velayet konusunda ise bir görüş belirtilmemiştir. Gerçekleşen bu durum karşısında, mahkemece yukarıda 3. paragrafta belirtilen kıstaslar dikkate alınmadan alınan her iki raporda yetersizdir. Öyleyse, mahkemece psikolog, pedagog ve sosyal çalışmacıdan oluşan uzmanlardan oluşturulacak bir heyetten rapor alınıp, temyiz inceleme tarihi itibarıyla idrak çağındaki ortak çocukta bizzat mahkemede dinlenerek, diğer delillerle birlikte değerlendirildikten sonra, gerçekleşecek sonucu uyarınca bir karar verilmesi gerekirken, eksik inceleme ve araştırmayla yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olmuş, bozmayı gerektirmiştir.

2-Ortak çocuğun velayetinin tedbiren annesine verilmesini gerektirecek derece de bir olayın ya da velayetin baba tarafından kullanılması nedeniyle hemen meydana gelebilecek tehlikelerin varlığı da ispatlanmış değildir. Öyleyse, şartları oluşmadığı halde ve yeterli gerekçe de gösterilmeden velayeti babada bulunan ortak çocuğun velayetinin tedbiren davacı- davalı anneye verilmesi de usul ve kanuna aykırı olup, hükmün bu sebeple de bozulması gerekmiştir.

Temyiz edilen hükmün yukarıda 1. ve 2. bentlerde gösterilen sebeplerle BOZULMASINA, I. bentteki bozma sebebine göre davalı-davacının iştirak nafakaları ile kişisel ilişkiye yönelik temyiz itirazlarının şimdilik incelenmesine yer olmadığına, duruşma için takdir olunan 1630 TL. vekalet ücretinin ...'den

Karar Numarası: 24

alınıp ...'a verilmesine, temyiz peşin harcının istek halinde yatırana geri verilmesine, işbu kararın tebliğinden itibaren 15 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY HUKUK GENEL KURULU

E. 2017/1575

K. 2018/672

T. 04.04.2018

Taraflar arasındaki “velayetin değiştirilmesi” davasından dolayı yapılan yargılama sonunda İzmir 10. Aile Mahkemesince davanın reddine dair verilen 28.05.2013 gün ve 2013/160 E., 2013/432 K. sayılı karar davacı vekilinin temyizi zerine Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin 19.02.2014 gün ve 2013/16655 E., 2014/3236 K. sayılı kararı ile:

“..Velayete ilişkin davalar kamu düzeniyle ilgili olup, re’sen araştırma ilkesi geçerlidir. 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununa göre “basit yargılama’ usulüne tabı olması, delil toplanmamasını gerektirmez. Taraflar tanık göstermiş ise, gösterilen tanıklar dinlenmelidir. Taraflar tanık deliline dayanmış ve açıkça tanıklarının dinlenmesinden vazgeçmiş değildir. Öyleyse, dayandıkları olgu ve vakıaları kanıtlama konusunda taraflara imkan tanınması, “adil yargılama hakkını” içeren “hukuki dinlenilme hakkı” nın bir gereğidir (... md.27).Davacının dava dilekçesinde tanık deliline de dayandığı anlaşıldığına göre davacı tarafa tanıklarını bildirmesi için imkan tanınması, bildirdiği takdirde taraf tanıklarının Hukuk Muhakemeleri Kanununun 240. ve devamı maddeleri gereğince dinlenip, uzman incelemesi (4787 sayılı Kanun 5) de yaptırılarak tüm delilerin hep birlikte değerlendirilmesi suretiyle gerçekleşerek sonucuna göre karar verilmesi gerekirken; eksik inceleme ve araştırma ile yazılı Şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır...”

gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle yeniden yapılan yargılama sonunda mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

Hukuk Genel Kurulunca incelenerek temyiz dilekçesinin süresinde verildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki belgeler okunduktan sonra gereği görüldü:

Dava velayetin değiştirilmesi istemine ilişkindir.

Davacı vekili müvekkili ile davalının anlaşmalı olarak boşandıklarını ve müşterek çocuğun velayetinin anneye verildiğini, boşanma kararı sonrasında davalı annenin G.Ö isimli erkek arkadaşı ile birlikte yaşamaya başladığını, bu durumun çocukta bazı davranış bozukluklarına sebebiyet verdiğini, söz konusu evde davalı ve erkek arkadaşının sürekli kavga etmesi ve 12 yaşında olan çocuğun ergenlik sürecinin birleşmesi nedeniyle olumsuzlukların devam ettiğini, uluslararası sözleşmeler ve Yargıtay içtihatlarına göre idrak çağına gelmiş bulunan çocuğun görüşüne başvurulması gerektiğini belirterek velayetin değiştirilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili, davacının aşırı kuralcı, mükemmeliyetçi, baskıcı, telaşlı, denetleyici bir kişilik yapısına sahip olduğunu, müvekkilinin evlilik devam ederken şiddete maruz kaldığını, aynı şekilde davacının müşterek çocuğa karşı davranışlarının da sorun teşkil ettiğini, davacının amacının müvekkiline zarar vermek olduğunu, müvekkilinin evlenme gayreti içinde olmasının davacıyı kızdırdığını, davacının uygunsuz arkadaşları bulunduğu gibi iş hayatının da istikrarsız olduğunu, müvekkilinin ise düzenli bir iş hayatı olduğunu, müvekkilinin velayet görevini gereği gibi yerine getirdiğini, çocuğun tüm masraflarının müvekkili tarafından karşılandığını belirterek davanın reddine karar verilmesini istemiştir.

Mahkemece, velayetin değiştirilmesi davalarının basit yargılama usulüne tabi olduğu, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun (HMK) 317/3. maddesine göre basit yargılama usulüne tabi davalarda tarafların cevaba cevap ve ikinci cevap dilekçesi veremeyecekleri, HMK'nın 318. maddesinde tarafların dilekçeleri ile birlikte tüm delillerini açıkça ve hangi vakianın delili olduğunu da belirterek bildirmek, ellerinde bulunan delillerini dilekçelerine eklemek ve başkayerlerden gelecek belge ve dosyalar için de bunların bulunabilmesini sağlayan bilgilere dilekçelerinde yer vermek zorunda oldukları, HMK'nın 320/1. maddesinde de mahkememin mümkün olan hâllerde tarafları duruşmaya davet etmeden karar vereceğinin hüküm altına alabileceği hususlarının düzenlendiğini, tarafların dava ve cevap dilekçelerinde tanık deliline dayanmalarına rağmen tanıklarla hangi vakianın ispat edileceğini açıklamadıkları, dolayısıyla

somutlaştırma yüküne aykırı davrandıkları gerekçesiyle hangi vakıayı ispat edeceği belirli olmayan davacı ve davalı tanıklarının dinlenmediği belirtildikten sonra müşterek çocuğun anne yanında kalmasının çocuğun bedeni, fikri ve ahlâki gelişimine engel olacağı veya hemen meydana gelebilecek tehlikelerin varlığının davacı baba tarafından kanıtlanamamış olması ve kendi hayatı ve geleceği hakkında karar verebilecek yaşta olan 26.06.2001 doğumlu müşterek çocuğun isteği dikkate alınarak aile mahkemesi uzmanı tarafından düzenlenen 19.03.2013 havale tarihli rapora itibar olunduğu gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiştir.

Davacı vekilinin temyizi üzerine karar, Özel Dairece yukarıda başlık bölümünde yer alan gerekçe ile bozulmuştur.

Mahkemece, velayet davalarında resen araştırma ilkesinin hakim olduğu, bu ilke gereği resen uzman raporu alındığı, uzman tarafından davacının iddia ettiği hususlar dikkate alınıp çocuğa da sorulup irdelenerek rapor düzenlendiği, böylece davacının tanıkla ispat etmek istediği hususların ayrıca ispat edilmesine gerek kalmadığı, ayrıca ispat edilmesine gerek kalmayan bir hususta tanık dinlenmesinin bir anlamının da olmadığı gerekçesiyle direnme kararı verilmiştir.

Direnme kararı davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Direnme yolu ile Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık; velayetin değiştirilmesi istemli davada, dava dilekçesinde tanık deliline dayanılmasına rağmen mahkemece hangi vakıaların ispat edileceği hususunda somutlaştırma yükünün yerine getirilmediğinden bahisle taraf tanıkları dinlenmeden, müşterek çocuğun beyanı ve uzman raporuna göre davanın kanıtlanamadığı gerekçesiyle reddine karar verilmiş olmasının hukuki dinlenilme hakkının ihlaline yol açıp açmayacağı, burada varılacak sonuca göre HMK'nın 240 ve devamı maddeleri gereğince tanık dinlenmesine gerek olup olmadığı noktasında toplanmaktadır.

Öncelikle HMK'nın 27. maddesinde düzenlenen "hukuki dinlenilme hakkının" açıklanmasında yarar görülmektedir.

"(1) Davanın tarafları, müdahiller ve yargılamanın diğer ilgilileri, kendi hakları ile bağlantılı olarak hukuki dinlenilme hakkına sahiptirler.

(2) Bu hak;

a) Yargılama ile ilgili olarak bilgi sahibi olunmasını,

b) Açıklama ve ispat hakkını,

c) Mahkemenin, açıklamaları dikkate alarak değerlendirmesini ve kararların somut ve açık olarak gerekçelendirilmesini,

içerir”.

Hukuki dinlenilme hakkı çoğunlukla “iddia ve savunma hakkı” olarak bilinmektedir. Ancak bu hak iddia ve savunma hakkı kavramına göre daha geniş ve üst bir kavramdır.

Hakkın temel unsurları maddede tek tek belirtilmiş, böylece uygulamada bu temel yargısal hak konusundaki tereddütlerin önüne geçilmesi amaçlanmıştır.

Bunlardan ilki “bilgilenme hakkı”dır. Bu çerçevede, öncelikle tarafların gerek yargı organlarınca gerek karşı tarafça yapılan işlemler konusunda bilgilendirilmeleri zorunludur. Kişinin kendisinden habersiz yargılama yapılarak karar verilmesi, kural olarak mümkün değildir. Hak sahibinin kendisi ile ilgili yargılama ve yargılamanın içeriği hakkında tam bir şekilde bilgi sahibi olması sağlanmalıdır. Tarafın bilgi sahibi olmadığı işlemler, belge ve bilgiler yargılamada esas alınamaz. Bilgilenmenin şekli bakımından, hukuki dinlenilme hakkına uygun davranılmalı, ilgilinin bilgilenmesi şeklen değil, gerçek anlamda sağlanmaya çalışılmalıdır.

Bu hakkın ikinci unsuru, “açıklama ve ispat hakkı”dır. Taraflar, yargılamayla ilgili açıklamada bulunma, bu çerçevede iddia ve savunmalarını ileri sürme ve ispat etme hakkına sahiptirler. Her iki taraf da bu haktan eşit şekilde yararlanırlar. Bu durum “silahların eşitliği ilkesi” olarak da ifade edilmektedir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin (AİHS) adil yargılanma hakkını düzenleyen 6. maddesinin 1. bendinin ilk cümlesinde yer alan silahların eşitliği ilkesi, yine AİHS’ne göre, mahkeme önünde sahip olunan hak ve vecibeler bakımından taraflar arasında tam bir eşitliğin bulunması ve bu dengenin bütün yargılama boyunca korunmasıdır. Başka bir deyişle, silahların eşitliği ilkesi, davanın taraflarından birini diğeri karşısında avantajlı bir duruma düşürmeyecek şekilde her iki tarafın deliller de dâhil olmak üzere, iddia ve savunmasını ortaya koymak için makul bir olanağa sahip olması, tarafların denge içinde olması demektir. Söz konusu ilke tarafların usulüne uygun olarak mahkemenin önüne

gelmelerini sağlayan tebligat işlemi açısından da önemlidir. Çünkü ancak hukuka uygun bir usulde gerçekleşen tebligat üzerine, durumdan haberdar olan taraflar iddia ve savunmalarını eşit şekilde yapabileceklerdir.

Hukuki dinlenilme hakkının üçüncü unsuru, “tarafların iddia ve savunmalarını yargı organlarının tam olarak dikkate alıp değerlendirmesi”dir. Bu değerlendirmenin de karar gerekçesinde yapılması gerekir (6100 sayılı HMK’nın gerekçesi m. 32). Yargılama bakımından, sadece bir tarafın dinlenip diğerinin dinlenmemesi, tek yönlü karar verilmesi demektir. Yargılamada yer alan taraflar yargılamanın objesi değil, süjesidir. Hukukî dinlenilme hakkı doğru karar verilmesinin garantisidir; bu nedenle, haksızlığa karşı koyabilme imkânı tanır. Bu hak, hukuk devletinin, insan onurunun korunması ve eşitlik ilkesinin, hak arama özgürlüğünün, adil yargılanma hakkının bir gereğidir.

Bu genel açıklamadan sonra somut olay açısından “velayet” ile ilgili düzenlemelerin incelenmesinde yarar görülmektedir.

Türk Medeni Kanunu (TMK) uyarınca velayet, çocukların bakım, eğitim, öğretim ve korunması ile temsil görevlerini kapsar. Aynı zamanda ana babanın velayeti altındaki çocukların kişiliklerine ve mallarına ilişkin hakları, ödevleri, yetkileri ve yükümlülükleri de içerir.

Ana ve babanın çocukların kişiliklerine ilişkin hak ve ödevleri, özellikle çocukların şahıslarına bakmak, onları görüp gözetmek, geçimlerini sağlamak, yetiştirilmelerini ve eğitimlerini gerçekleştirmektir.

Bu noktada; çocuğun, eğitim ile istenilen ölçüde dürüst, kötü alışkanlıklardan uzak, iyi ahlâk sahibi, çalışkan ve bilgili bir insan olarak yetiştirmek hak ve yükümlülüğü bulunan ana ve babanın, sayılan tüm bu unsurlar yönünden çocuğa örnek teşkil etmeleri, çocuğun fiziksel ve ruhsal gelişimine ilişkin tüm önlemleri almaları gerektiği her türlü duraksamadan uzaktır.

Bilindiği üzere ergin olmayan çocuk ana babasının velayeti altındadır (TMK m.335). Evlilik devam ettiği sürece ana ve baba velayeti birlikte kullanırlar. Ancak 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu (TMK)’nun 336. maddesi uyarınca, ortak hayata son verilmiş veya ayrılık hâli gerçekleşmiş ise hâkim, velayeti eşlerden birine verebilir. Velayet ana babadan birinin ölümü hâlinde sağ kalana, boşanmada ise çocuk kendisine bırakılan tarafa aittir.

Belirtmek gerekir ki; velayete ilişkin kararlar kesin hüküm oluşturmaz. TMK'nın 183. maddesinde de "Ana veya babanın başkasıyla evlenmesi, başka bir yere gitmesi veya ölmesi gibi yeni olguların zorunlu kılması hâlinde hâkim, resen veya ana ve babadan birinin istemi üzerine gerekli önlemleri alır" şeklindeki düzenlemeye göre değişen koşullara göre velayetin değiştirilmesi mümkündür.

TMK'nın 349. maddesinde ise; "Velayete sahip ana veya babanın yeniden evlenmesi, velayetin kaldırılmasını gerektirmez. Ancak, çocuğun menfaati gerektirdiğinde velayet sahibi değiştirilebileceği gibi, durum ve koşullara göre velayet kaldırılarak çocuğa vasi de atanabilir." hükmü yer aldığı gibi, TMK'nın 351. maddenin birinci fıkrasında da durumun değişmesi hâlinde çocuğun korunmasına ilişkin önlemlerin yeni koşullara uydurulması gerektiği düzenlemesi mevcuttur.

O hâlde, koşulların değişmesi (TMK m.183, 349, 351/1) veya velayetin değiştirilmesini gerektiren haklı bir sebebin bulunması hâlinde mahkemece velayetin değiştirilmesine karar verilebilir.

Öte yandan, TMK'nun 335 ila 351. maddeleri arasında düzenlenen "velayet"e ilişkin hükümler kural olarak, kamu düzenine ilişkindir ve velayete ilişkin davalarda resen (kendiliğinden) araştırma ilkesi uygulandığından hâkim, tarafların isteği ile bağlı değildir. Velayetin değiştirilmesine yönelik istem incelenirken ebeveynlerin istek ve tercihlerinden ziyade çocuğun üstün yararı göz önünde tutulur.

Nitekim, Hukuk Genel Kurulunun 14.06.2017 gün ve 2017/2-1887 E., 2017/1196 K. sayılı kararında da velayetin düzenlenmesinin kamu düzenine ilişkin olduğu, usulü kazanılmış hak ilkesinin istisnasını oluşturduğu benimsenerek aynı ilkeye vurgu yapılmıştır.

Öğretide ise, kamu düzeni düşüncesiyle mahkemece kendiliğinden (resen) araştırma ilkesinin uygulandığı davalarda, hâkim belli vakıaları kendiliğinden araştırma yetkisine (ve yükümlülüğüne) sahip olduğu için, bu nitelikteki davalarda iddia ve savunmanın genişletilmesi ve değiştirilmesi yasağına ilişkin ilkenin (HMK m.141) uygulanmayacağı açıklandıktan sonra, davanın açılmasından sonra doğan olayların, karşı tarafın izni veya ıslah yoluna başvurulmaksızın ileri sürülebileceği belirtilmektedir (Pekcanitez H.: Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku, C.II, 15. Bası, İstanbul 2017, s.1250;

Tanrıver S.:Medeni Usul Hukuku, C.I, Ankara 2016, s.681,682).

Ayrıca belirtmek gerekir ki, HMK'nın 382.maddesinde "velayetin kaldırılması, velayetin eşlerden birinden alınarak diğerine verilmesi ve kaldırılan velayetin geri verilmesi" isteklerinin "çekişmesiz yargı" işi olarak düzenlendiği, aynı Kanunun "yargılama usulü" başlıklı 385.maddesinin ikinci fıkrasında ise "çekişmesiz yargı işlerinde aksine hüküm bulunmadıkça resen araştırma ilkesinin geçerli olduğu" düzenlenmiştir.

Bu nedenledir ki, velayet, kamu düzenine ilişkin ve çekişmesiz yargı işlerinden olduğundan, mahkemece resen delil toplanabileceği gibi, taraflar da yargılamanın her aşamasında delil sunabilirler. Velayetin düzenlenmesinde asıl olanın, küçüğün yararını korumak ve geleceğini güvence altına almak olduğundan, mahkemece yargılama aşamasında taraflarca ileri sürülen iddialar, meydana gelen yeni gelişmeler göz önünde tutularak tüm deliller büyük bir titizlikle incelenerek sonuca gidilmelidir.

Tüm bu açıklamalar karşısında somut olaya gelindiğinde, davacı baba dava dilekçesinde tanık deliline dayanmasına karşın mahkemece davacı tarafa tanıklarını bildirmesi için gerekli imkân tanınmadan, hukuki dinlenilme hakkına aykırı olacak şekilde karar verilmesi hatalı olduğu gibi, sadece pedagoğ tarafından düzenlenen uzman raporu dikkate alınarak bir değerlendirilme yapılması da doğru görülmemiştir. Mahkemece yapılacak iş, davacı tanıkları dinlendikten ve 4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanununun 5. maddesi gereğince aile mahkemesi bünyesinde bulunan "psikolog, pedagoğ ve sosyal çalışmacıdan" oluşan üç kişilik bilirkişi heyetinden rapor alındıktan sonra diğer tüm deliller birlikte değerlendirilmek suretiyle velayet hususunda bir karar vermektir ibarettir.

Hâl böyle olunca, direnme kararının yukarıda açıklanan bu değişik gerekçe ve nedenle bozulması gerekmiştir.

Davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile, direnme kararının yukarıda gösterilen değişik gerekçe ile 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Geçici 3. maddesine göre uygulanmakta olan 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 429. maddesi gereğince BOZULMASINA, istek hâlinde temyiz peşin harcının yatırana geri verilmesine, aynı Kanun'un 440. maddesi uyarınca tebliğden itibaren on beş günlük süre içerisinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere 04.04.2018 gününde oy birliği ile karar verildi.

YARGITAY 2. HUKUK DAİRESİ

E. 2017/4354

K. 2018/14859

T. 18.12.2018

Taraflar arasındaki davanın yapılan muhakemesi sonunda mahalli mahkemece verilen, yukarıda tarihi ve numarası gösterilen hüküm taraflarca temyiz edilmekle, evrak okunup gereği görüşülüp düşünüldü:

Dava, karşılıklı boşanma davalarının yapılan yargılaması sonucunda mahkemece velayetleri anneye bırakılan 2003 doğumlu ... ve 14.11.2005 doğumlu ... ile davalı karşı davacı baba arasında kurulan ve Dairemiz incelemesinden de geçerek kesinleşen kişisel ilişki bakımından Anayasa Mahkemesi'nin 19/11/2015 tarihli 2014/19725 başvuru numaralı kararıyla verdiği ihlal kararı üzerine yalnızca bu hususa yönelik olarak yapılan yargılamanın yenilenmesi davasıdır.

Mahkemece 28/05/2013 tarihinde verilen ve Yargıtay incelemesinden de geçerek 24.11.2014 tarihinde kesinleşen kişisel ilişki kararında; ortak çocuklar ile babaları ile aynı şehirde yaşadıkları takdirde her ayın 1. ve 3. haftaları Cumartesi günü saat 10:00'dan Pazar günü saat 17:00'a kadar, her yıl dini bayramların 2. günü saat 10:00'dan 3. günü saat 17:00'a kadar, her yıl sömestri tatilinin 1. günü saat 10:00'dan 7. günü saat 17:00'a kadar, her yıl 1 Temmuz günü saat 10:00'dan 31 Temmuz günü saat 17:00'a kadar, ayrı ülkelerde yaşadıkları takdirde, her yıl 1 Temmuz günü saat 10:00'dan 15 Ağustos günü saat 17:00'a kadar babalarının yanında kalmaları ve görüşmeleri suretiyle kişisel ilişki kurulmasına, karar verilmiş, Anayasa Mahkemesi'nin 19/11/2015 tarihli 2014/19725 başvuru numaralı kararıyla 24/11/2014 kesinleşme tarihli... 14. Aile Mahkemesi'nin 2011/91 esas ve 2013/351 karar sayılı hükmün 2. bendinde yazılı kişisel ilişki yönünden kısaca "Anayasa'nın 20. maddesinin davalı-karşı davacı baba bakımından ihlal edildiğinin" belirtildiği, bunun üzerine kişisel ilişki yönünden yeniden yapılan yargılama neticesinde mahkemece; "15.02.2017 tarihli kararıyla velayetleri anneye verilen 15/09/2003 doğumlu...

ile 14/11/2005 doğumlu...’in babaları ile aynı şehirde yaşadıkları takdirde her ayın 1. ve 3. haftaları Cumartesi günü saat 10:00’den Pazar günü saat 17:00’a kadar, her yıl dini bayramların 2. günü saat 10:00’den 3. günü saat 17:00’a kadar, her yıl sömestri tatilinin 1. günü saat 10:00’den 7. günü saat 17:00’a kadar, her yıl 1 Temmuz günü saat 10:00’den 31 Temmuz günü saat 17:00’a kadar babalarının yanında kalmaları ve görüşmeleri suretiyle kişisel ilişki kurulmasına, görüşme bitiminde baba tarafından çocukların anneye teslimine, ayrı ülkelerde yaşadıkları takdirde, her yıl çocukların eğitim takvimleri dikkate alınarak müşterek çocukların yaşadığı ülke resmi tatillerinden işçi bayramı, şükran günü ve kış tatilinin ve bahar tatilinin ikinci günü sabah saat 10:00’den, son günü saat 19:00’a kadar, 1 Temmuz günü saat 10:00’den 20 Temmuz günü saat 17:00’a kadar babalarının yanında kalmaları ve görüşmeleri suretiyle kişisel ilişki kurulmasına “ karar verilmiştir.

Velayet ve kişisel ilişki kamu düzenine ilişkin olup, re’sen araştırma ilkesi geçerlidir. Bu nedenle yargılama sırasında meydana gelen gelişmelerin bile göz önünde tutulması gerekir.

Velayetin ile kişisel ilişki düzenlenmesinde asıl olan çocuğun üstün yararadır. 4787 Sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanununun 5. maddesi gereğince Aile Mahkemesi bünyesinde bulunan psikolog, pedagoğ ve sosyal çalışmacıdan oluşan uzmanlardan, her iki ebeveyn ve çocukla görüşmek suretiyle incelemeye rapor istenip; tarafların barınma, gelir, sosyal ve psikolojik durumlarına göre çocuğun sağlıklı gelişimi için velayeti üstlenmeye engel bir durumun bulunup bulunmadığının araştırılması, mahkemece çocuk ya da çocukların bizzat dinlenerek, görüşü alınıp ve diğer deliller de göz önüne alınmak suretiyle ebeveynlerinden hangisi yanında kalması çocuk ya da çocukların menfaatine olacağı tespit edilerek velayet ya da kişisel ilişki konusunda bir karar verilmesi gerekir.

Velayet ve kişisel ilişki düzenlemesinde; çocukla ana ve baba yararının çatışması halinde, çocuğun yararına üstünlük tanınması gereklidir. Çocuğun yararı ise; çocuğun bedensel, fikri ve ahlaki bakımdan en iyi şekilde gelişebilmesi ve böyle bir gelişmenin gerçekleştirilmesi için, çocuğa sosyal, ekonomik ve kültürel koşulların sağlanmış olmasıdır. Çocuğun bu konulardaki üstün yararını belirlerken; çocuk yetişkin biri olmuş olsaydı, kendisini ilgilendiren bir olayda, kendi yararı için ne gibi bir karar verebilecekti ise, çocuk için karar verme makamındaki kişinin de aynı yönde karar vermesi gerekir; yani çocuğun farazi düşüncesi esas alınmalıdır.

Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesinin 12. maddesiyle Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi'nin 3 ve 6. maddeleri, iç hukuk tarafından yeterli idrake sahip olduğu kabul edilen çocuklara, kendilerini ilgilendiren davalarda görüşlerini ifade etmeye olanak tanınmasını ve görüşlerine gereken önemin verilmesi gerektiğini öngörmektedir. Çocukların üstün yararı gerektirdiği takdirde görüşlerinin aksine karar verilmesi mümkündür. Velayet ve kişisel ilişki hususu, çocukları ilgilendiren konuların en başında gelir.

Yukarıda açıklananlar dikkate alınarak, tüm dosya kapsamından ve mahkemenin de kabulünde olduğu üzere, ortak çocuklar Amerika Birleşik Devletleri'nde yaşamakta ve eğitim/öğretim hayatlarına da bu ülkede devam etmektedirler. Öyleyse, mahkemece ortak çocukların okul durumları, yurtdışındaki tatilleri, eğitim programları konusunda araştırma yapılarak, inceleme tarihi itibariyle idrak çağında olan ortak çocukların bizzat ya da istinabe yoluyla kişisel ilişki konusundaki görüşlerine de başvurulduktan sonra gerektiğinde işbu ilamın 4. paragrafında yazılı kıstaslar ışığında uzman ya da uzmanlardan oluşan bir heyetten de rapor alınarak, velayetleri davacı karşı davalı anne de olan ortak çocuklar ile davalı-karşı davacı baba arasında babalık duygularını tatmin edecek, bu hakkın rahatça kullanılmasına mani olmayacak ve diğer taraftan velayet hakkını kullanan annenin de velayet görevini gereği gibi yerine getirmesini engellemeyecek şekilde ortak çocukların üstün yararı gözetilmek suretiyle bir karar verilmesi gerekirken, yazılı olduğu haliyle eksik incelemeyle hükmün kurulması bozmayı gerektirmiştir.

Temyiz edilen hükmün yukarıda gösterilen sebeple BOZULMASINA, bozma sebebine göre, tarafların diğer temyiz itirazlarının şimdilik incelenmesine yer olmadığına, temyiz peşin harcının istek halinde yatırırlara geri verilmesine, işbu kararın tebliğinden itibaren 15 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 2. HUKUK DAİRESİ

E. 2018/7999

K. 2019/49

T. 14.1.2019

Taraflar arasındaki davanın yapılan muhakemesi sonunda bölge adliye mahkemesi hukuk dairesince verilen, yukarıda tarihi ve numarası gösterilen hüküm davacı tarafından; ortak çocuklar ile davalı baba arasında kurulan kişisel ilişkinin tamamen kaldırılması talebinin reddi yönünden temyiz edilmekle, evrak okunup gereği görüşülüp düşünüldü:

Davacı kadın, davalı ile ortak çocuklar arasında kurulan kişisel ilişkinin kaldırılması ve çocuklar lehine iştirak nafakası hükmedilmesi talebiyle dava açmış, ilk derece mahkemesince her bir çocuk için 750'şer TL iştirak nafakasına hükmedilmiş, kişisel ilişkinin tamamen kaldırılması talebi ise kısmen kabul edilip kısmen reddedilmiş, davalı baba ile ortak çocuklar arasındaki kişisel ilişki sınırlandırılarak her ayın 1. ve 3. haftasına denk gelen pazar günleri saat 09:00 ile 17:00 arasında, dini bayramların 2. günü saat 09:00 ile 17:00 arasında ve Temmuz ayının 1. günü saat 09:00 ile 7. günü 17:00 arasında kişisel ilişki kurulmasına karar verilmiş, karara karşı davacı kadın tarafından istinaf yoluna başvurulması üzerine bölge adliye mahkemesince davacı kadının istinaf talebinin esastan reddine karar verilmiş, hüküm davacı kadın tarafından kişisel ilişkinin tamamen kaldırılmaması yönünden temyiz edilmiştir.

Davacı ile davalı boşanmış, ortak çocuklar 2009 doğumlu ... , 2012 doğumlu R ve 2014 doğumlu L'nin velayetleri davacı anneye verilmiş, davalı baba ile çocuklar arasında yatılı olacak şekilde kişisel ilişki kurulmuş, karar 27.11.2015 tarihinde kesinleşmiştir. Toplanan delillerden davalı babanın, boşanma davasından sonra davacı kadın ve ortak çocuklar... ve Rüzgar'ı kaçırdığı, bu eylemi nedeniyle çocukların olumsuz etkilendikleri, hatta E'nin kekeme olduğu, R'ninkorkudan lavaboya dahi gidemediği, mahkemece alınan sosyal inceleme raporundan çocukların uzmana davalı babalarını görmek istemediklerini söylediği, babalarının annelerine şiddet uyguladığını, kendilerini

kaçırdığını, karanlık bir odaya kilitlediğini beyan ettikleri anlaşılmaktadır. Bunun yanı sıra davalı babanın, davacı anneyi çocukları elinden almakla tehdit ettiğine ilişkin mesajlarının olduğu ve bir çok ceza dosyasının olduğu dosya içeriğinden anlaşılmaktadır. Mahkemece uzman psikolog tarafından tanzim edilen rapora göre öne sürülen psikolojik ve fiziksel şiddet olaylarına çocukların maruz kalması iddiaları nedeniyle çocukların fiziksel ve psikolojik sağlıklarının daha fazla etkilenmemesi ve risk oluşturabilecek herhangi bir durumun içinde olma olasılığını önlemek amacıyla çocuklarla baba arasındaki kişisel ilişkinin dava sonuna kadar tedbiren kaldırılmasının ve davalı babanın sözlü beyanları alındıktan sonra kalıcı duruma ilişkin değerlendirme yapılmasının daha sağlıklı olacağı belirtilmiştir. Ancak mahkemece başkaca bir rapor alınmamış, bu raporla yetinilerek karar verilmiştir. Kişisel ilişki düzenlenirken göz önünde tutulması gereken temel ilke, çocukların “Üstün yararı”dır. Çocukların üstün yararı belirlenirken bedensel, zihinsel, ruhsal, ahlaki ve toplumsal gelişiminin sağlanması amacının gözetilmesi gereklidir. Düzenlenen sosyal inceleme raporu, kişisel ilişkiye yönelik hüküm tesisi yönünden yeterli değildir. Gerçekleşen bu durum karşısında, 4787 Sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanununun 5. maddesi gereğince Aile mahkemesi bünyesinde bulunan psikolog, pedagoğ ve sosyal çalışmacıdan oluşan uzmanlardan her iki ebeveyn ve çocuklarla görüşmek suretiyle inceleme ve rapor istenip; tarafların barınma, gelir, sosyal ve psikolojik durumlarına göre çocukların sağlıklı gelişimi için davalının kişisel ilişkiye engel bir durumun bulunup bulunmadığının ve davacı iddialarının ve bu iddiaların çocuklar üzerindeki etkisinin araştırılması, diğer deliller de göz önüne alınmak suretiyle kişisel ilişki konusunda bir karar verilmesi gerekirken, eksik inceleme ve araştırma ile yazılı şekilde hüküm kurulması doğru olmayıp, bozmayı gerektirmiştir.

Yukarıda açıklanan sebeple ... Bölge Adliye Mahkemesi 2. Hukuk Dairesinin 03.10.2018 tarihli kararının KALDIRILMASINA, ilk derece mahkemesi olan ... 5. Aile Mahkemesi'nin 02.11.2017 tarihli 2016/810 esas, 2017/738 karar sayılı kararının yukarıda gösterilen sebeplerle BOZULMASINA, bozma sebebine göre diğer temyiz itirazlarının incelenmesine yer olmadığına, temyiz peşin harcının istek halinde yatırana geri verilmesine, dosyanın ilk derece mahkemesine, karardan bir örneğinin ilgili bölge adliye mahkemesi hukuk dairesine gönderilmesine oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 2. HUKUK DAİRESİ

E. 2018/6932

K. 2019/303

T. 16.1.2019

Taraflar arasındaki davanın yapılan muhakemesi sonunda mahalli mahkemece verilen, yukarıda tarihi ve numarası gösterilen hüküm davacı-davalı kadın tarafından kusur belirlenmesi, nafaka miktarları, reddedilen tazminat talepleri, kendisine yönelik nafaka talebi hakkında hüküm kurulmaması ve erkeğin davasındaki vekalet ücreti yönünden; davalı-davacı erkek tarafından ise zina sebebine dayalı davasının reddi, kusur belirlenmesi, reddedilen tazminat talepleri ile ortak çocukların velayeti yönünden temyiz edilmekle, evrak okunup gereği görüşülüp düşünüldü:

1-) Dosyadaki yazılara ve mahkemece uyulan bozma kararı gereğince hüküm verilmiş olmasına ve özellikle birleşen davada kadın yararına vekalet ücretine hükmolunduğunun anlaşılmasına göre tarafların aşağıdaki bentlerin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yersizdir.

2-)Mahkemece davalı-davacı erkeğin eşine fiziksel şiddet uyguladığı, davacı-davalı kadının ise başka erkekle gezerek güven sarsıcı davranışlarda bulunduğu gerekçesiyle boşanmaya sebep olan olaylarda tarafların eşit kusurlu oldukları kabul edilerek boşanmalarına hükmedilmiştir. Dairemizin 02.05.2016 tarihli bozma ilanımda davalı-davacı erkeğin kusurlu davranışları belirlenmiş olup mahkemece bozma ilamına uyulmasına rağmen erkeğe bozma ilamında yer alan bu kusurlu davranışlardan sadece fiziksel şiddet eyleminin kusur olarak yüklenmesi doğru olmamıştır. Dairemizin 02.05.2016 tarihli kesinleşen bozma ilamında belirtildiği üzere erkeğin eşine fiziksel şiddet uyguladığı ve hakaret ettiği, eşini tehdit ettiği; yapılan yargılama ve toplanan delillerden mahkemenin de kabulünde olduğu üzere davacı-davalı kadının başka erkekle gezerek güven sarsıcı davranışlarda bulunduğu anlaşılmaktadır. Gerçekleşen bu duruma göre boşanmaya neden olan olaylarda davacı-davalı kadına oranla davalı-davacı erkeğin daha ağır kusurlu olduğunun kabulü

gerekir. Hal böyleyken, tarafların eşit kusurlu kabul edilmesi doğru olmamış ve bozmayı gerektirmiştir.

3-)Yukarıda 2. bentte gösterilen sebeplerle boşanmaya neden olan olaylarda davalı-davacı erkek ağır kusurludur. Gerçekleşen kusurlu davranışlar aynı zamanda kadının kişilik haklarına da saldırı teşkil eder niteliktedir. Kadın yararına TMK m. 174/1-2 koşulları oluşmuştur. Tarafların ekonomik ve sosyal durumları, kusurun ağırlığı ve hakkaniyet kuralları gözetilerek kadın yararına maddi ve manevi tazminata hükmedilmesi gerekirken, yazılı şekilde kadının maddi ve manevi tazminat taleplerinin reddi doğru olmamış ve bozmayı gerektirmiştir.

4-) Mahkemece ortak çocuklar 2004 doğumlu ... ve 2010 doğumlu ...'nin velayetleri anneye bırakılmıştır. Velayetin düzenlenmesinde aslolan çocuğun üstün yararadır. Buna göre 4787 Sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanununun 5. maddesi gereğince Aile Mahkemesi bünyesinde bulunan psikolog, pedagoğ ve sosyal çalışmacıdan oluşan uzmanlardan, taraflar ve ortak çocuklar ile görüşülerek tarafların yaşadığı ortamlarda da inceleme yapılmak suretiyle rapor istenip; tarafların barınma, gelir, sosyal ve psikolojik durumlarına göre çocukların sağlıklı gelişimi için velayeti üstlenmeye engel durumlarının bulunup bulunmadığının araştırılması, idrak çağında bulunan adı geçen ortak çocukların yeniden velayet hakkındaki tercihlerinin sorulması ve tüm deliller birlikte değerlendirilip, ebeveynlerinden hangisiyanında kalmalarının menfaatlerine olacağı tespit edilip, sonucuna göre ortak çocukların velayeti hakkında karar verilmesi gerekirken, eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmesi doğru olmayıp, bozmayı gerektirmiştir.

5-) Davacı-davalı kadın, dava dilekçesinde kendisi için tedbir nafakası ve yoksulluk nafakası talebinde bulunmuş olup kadının bu talepleri hakkında olumlu ya da olumsuz bir karar verilmemesi doğru görülmemiştir.

Temyiz edilen hükmün yukarıda 2., 3., 4. ve 5. bentlerde gösterilen sebeplerle BOZULMASINA, bozma sebebine göre iştirak nafakasına yönelik temyiz itirazlarının şimdilik incelenmesine yer olmadığına, bozma kapsamı dışında kalan temyize konu diğer bölümlerinin ise yukarıda I. bentte gösterilen sebeple ONANMASINA, temyiz peşin harcının istek halinde yatırana geri verilmesine, işbu kararın tebliğinden itibaren 15 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere 16.01.2019 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 2. HUKUK DAİRESİ

E. 2019/2098

K. 2019/5616

T. 8.5.2019

Taraflar arasındaki davanın yapılan muhakemesi sonunda mahalli mahkemece verilen, yukarıda tarihi ve numarası gösterilen hüküm davacı kadın tarafından kusur belirlenmesi, reddedilen yoksulluk nafakası, manevi tazminat, maddi tazminatın miktarı, velayet düzenlemesi yönünden, davalı erkek tarafından ise kusur belirlenmesi, aleyhine hükmedilen maddi tazminat, yargılama gideri ve vekalet ücreti yönünden temyiz edilmekle, evrak okunup gereği görüşülüp düşünüldü:

1-) Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle kanuna uygun sebeplere ve özellikle delillerin takdirinde bir yanlışlık görülmemesine göre, davalı erkeğin tüm, davacı kadının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yersizdir.

2-) İlk derece mahkemesince idrak çağında bulunan çocuklardan, ... ve...’nin velayet haklarının babaya verilmesi yönündeki beyanları, bu doğrultuda düzenlenen bilirkişi raporları, yine ortak çocuk...’nin velayet hakkının anneye verilmesi gerektiği yönündeki bilirkişi raporuna karşın kardeşlerin bir arada bulunmaları gerektiği belirtilerek tarafların ortak çocukları 1999 doğumlu..., 2011 doğumlu ..., 2004 doğumlu ... ve 2006 doğumlu ...’nin velayetleri davalı babaya verilmiştir. Velayet düzenlemesi yapılırken; gözönünde tutulması gereken temel ilke, çocuğun “Üstün yararı” (Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme m. 3; Çocuk Haklarının Kullanılmasına ilişkin Avrupa Sözleşmesi m. 1; TMK m. 339/1. 34.3/1, 346/1; Çocuk Koruma Kanunu m. 4/b) dir. Çocuğun üstün yararını belirlerken; onun bedensel, zihinsel, ruhsal, ahlaki ve toplumsal gelişiminin sağlanması amacının gözetilmesi gereklidir. Ana ve babanın yararları; ahlaki değer yargıları, sosyal konumları gibi durumları, çocuğun üstün yararını etkilemediği ölçüde göz önünde tutulur. Velayet düzenlemesi kamu düzenine ilişkin olup, re’sen araştırma ilkesi geçerlidir.

Bu nedenle yargılama sırasında meydana gelen gelişmelerin bile göz önünde tutulması gerekir. Tarafların davayı kabulü de tek başına hukuki sonuç doğurmaz. Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesinin 12. ve Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesinin 3. ve 6. maddeleri idrak çağındaki çocukların kendilerini ilgilendiren konularda görüşünün alınması ve görüşlerine gereken önemin verilmesini öngörmektedir. Çocuğun üstün yararı gerektirdiği takdirde, görüşlerinin aksine karar verilmesi mümkündür. Dosya kapsamına göre tarafların ortak çocuklarından...’ın inceleme tarihi itibarı ile ergin olduğu, diğer çocuklar ..., ... ve...’nın halen haklarında verilen koruma kararları kapsamında çocuk yetiştirme yurdunda buldukları anlaşılmaktadır. Ortak çocuklardan ...’ın 10.12.2015 tarihli bilirkişi raporunda yer alan beyanında anneye yaşamak istediğini belirttiği, keza 05.02.2016 tarihinde alınan bilirkişi raporunda ortak çocuk...’nın annesinde kalmak istediğini belirttiği ve raporda da velayetin anneye verilmesi gerektiğinin bildirildiği görülmüştür. Mahkemece velayet talebinde bulunan annenin yaşadığı muhitte inceleme yapılmak sureti ile annenin ortak çocukların velayetini alabilecek nitelikte olup olmadığı belirlenmemiştir. Bu kapsamda, 4787 Sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanunun 5. maddesi gereğince, psikolog, pedagog ve sosyal çalışmacıdan oluşan uzmanlar vasıtası ile annenin yaşadığı yerde de inceleme yapıldıktan sonra ..., ... ve... hakkında verilen koruma kararları, daha önceden dosya arasına alınan bilirkişi raporları ile ortak çocukların yatılı olarak kaldığı yurt müdürlüklerinden dosyaları getirtilerek bu bilgi ve belgeler de nazara alınarak psikolog, pedagog ve sosyal çalışmacıdan oluşan bilirkişi heyetinden velayet düzenlemesine ilişkin rapor istenilmesi akabinde tüm deliller hep birlikte değerlendirilip, velayet konusunda bir karar verilmesi gerekirken; bu hususta eksik incelemeyle hüküm tesisi usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirmiştir.

Temyiz edilen hükmün yukarıda 2. bentte gösterilen sebeple BOZULMASINA, bozma kapsamı dışında kalan temyize konu diğer bölümlerinin ise yukarıda I. bentte gösterilen sebeple ONANMASINA, temyiz peşin harcının istek halinde yatırana geri verilmesine, işbu kararın tebliğinden itibaren 15 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 2. HUKUK DAİRESİ

E. 2018 / 7095

K. 2019 / 6838

T. 11.06.2019

Yukarıda tarihi, konusu ve tarafları gösterilen hükmün; onanmasına dair Dairemizin 19.09.2018 gün ve 2016/22629- 2017/9551 sayılı ilamıyla ilgili karar düzeltme isteminde bulunulmakla, evrak okundu, gereği düşünüldü;

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu 1.10.2011 tarihinde yürürlüğe girmiş ise de, bu Kanuna 6217 sayılı Kanunla ilave edilen geçici 3. maddenin (1.) bendinde, Bölge Adliye Mahkemelerinin göreve başlama tarihinden önce verilen kararlar hakkında, kesinleşinceye kadar 1086 sayılı Kanunun 26.09.2014 tarihli ve 5236 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten önceki 427 ila 454. madde hükümlerinin uygulanmasına devam olunacağı hükme bağlandığından, karar düzeltme talebinin incelenmesi gerekmiştir.

1-Temyiz ilamında yer alan açıklamalara göre davalı-karşı davacı erkeğin aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan karar düzeltme itirazları yersizdir.

2-Mahkemece, tarafların ortak çocukları 2006 doğumlu Ş'nin velayeti davacı-karşı davalı anneye verilmiştir.

Velayet düzenlemesi yapılırken; göz önünde tutulması gereken temel ilke, çocuğun "Üstün yararı" (Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme m, 3; Çocuk Haklarının Kullanılmasına ilişkin Avrupa Sözleşmesi m, 1; TMK m. 339/1. 343/1. 346/1; Çocuk Koruma Kanunu m. 4/b) dır. Çocuğun üstün yararını belirlerken; onun bedensel, zihinsel, ruhsal, ahlaki ve toplumsal gelişiminin sağlanması amacının gözetilmesi gereklidir. Ana ve babanın yararları; boşanmadaki kusurları, ahlaki değer yargıları, sosyal konumları gibi durumları çocuğun üstün yararını etkilemediği ölçüde göz önünde tutulur. Velayet düzenlemesinde; çocukla ana ve baba yararının çatışması halinde, çocuğun yararına üstünlük tanınması gereklidir.

Velayet kamu düzenine ilişkin olup, re'sen araştırma ilkesi geçerlidir. Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesinin 12. maddesi ile Çocuk Haklarının Kullanılmasına ilişkin Avrupa Sözleşmesinin 3 ve 6. maddeleri, iç hukuk tarafından yeterli idrake sahip olduğu kabul edilen çocuklara, kendilerini ilgilendiren davalarda görüşlerini ifade etmeye olanak tanınmasını ve görüşlerine gereken önemin verilmesi gerektiğini öngörmektedir. Çocukların üstün yararı gerektirdiği takdirde görüşlerinin aksine karar verilmesi mümkündür. Velayet hususu, çocukları ilgilendiren konuların en başında gelir.

Mahkemece velayet düzenlemesi yapılırken yaşı sebebiyle velayet konusunda görüşünü açıklama olgunluğuna erişen ortak çocuğun görüşüne başvurulmadığı gibi, çocuk ile anne ve babanın yaşam koşullarının ve çocuk ile ebeveynlerin ilişkilerinin değerlendirilmesi bakımından sosyal inceleme raporu da alınmamıştır. O halde; velayet konusunda idrak çağında bulunan ortak çocuk, eğitim, kültür, yaşam olanakları bakımından nerede yaşamak istediği konusunda bilgilendirilerek velayet hakkındaki görüşünün sorulması ile uzman bilirkişiye inceleme yaptırılarak (4787 sayılı Kanun m.5) anne ve babanın barınma ve yaşama koşullarını da değerlendirir içerikte sosyal inceleme raporu alınması ve tüm deliller birlikte değerlendirilip, velayet konusunda bir karar verilmesi gerekirken, eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm kurulması doğru değildir. Ne var ki bu husus temyiz incelemesi sırasında gözden kaçırıldığından davalı-karşı davacı erkeğin bu yöne ilişkin karar düzeltme isteminin kabulüyle Dairemizin 19.09.2018 gün ve 2016/22629 esas- 2018/9551 karar sayılı ilamının velayet düzenlemesine yönelik hükmün onanması bölümünün kaldırılmasına, hükmün açıklanan sebeple bozulmasına karar vermek gerekmiştir.

Yukarıda 2. bentte gösterilen sebeple davalı-karşı davacının karar düzeltme isteğinin Hukuk Muhakemeleri Kanununun 440-442. maddeleri gereğince kısmen kabulüne, Dairemizin 19.09.2018 gün ve 2016/22629 esas - 2018/9551 karar sayılı onama ilamının velayet yönünden kaldırılarak hükmün bu yönden BOZULMASINA, davalı-karşı davacının sair karar düzeltme isteklerinin yukarıda 1. bentte gösterilen sebeple REDDİNE, bozma sebebine göre iştirak nafakasına yönelik itirazların şimdilik incelenmesine yer olmadığına, karar düzeltme harcının istek halinde yatırına geri verilmesine oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 2. HUKUK DAİRESİ

E. 2019/1389

K. 2019/7066

T. 12.6.2019

Taraflar arasındaki davanın yapılan muhakemesi sonunda bölge adliye mahkemesi hukuk dairesince verilen, yukarıda tarihi ve numarası gösterilen hüküm davacı erkek tarafından; tazminatların miktarı ile iştirak nafakası yönünden, davalı kadın tarafından ise; kusur belirlenmesi, tazminatlar ve velayet yönünden temyiz edilmekle, evrak okunup gereği görüşülüp düşünüldü:

1-)Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle kanuna uygun sebeplere ve özellikle delillerin takdirinde bir yanlışlık görülmemesine göre, davacı erkeğin tüm, davalı kadının ise aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yersizdir.

2-) Evlilik birliğinin temelinden sarsılması hukuki sebebine dayalı olarak açılan boşanma davasında; ilk derece mahkemesince, davanın kabulüyle tarafların boşanmalarına, davacı erkek lehine 20.000 TL maddi, 20.000 TL manevi tazminata hükmedilmiş, tarafların müşterek çocuklarının velayeti anneye verilerek, baba ile kişisel ilişki kurulmuştur. Bu karara karşı davacı erkek tarafından velayet ve tazminatların miktarı, davalı kadın tarafından ise kusur belirlenmesi ve tazminatlar yönlerinden istinaf kanun yoluna başvurulmuştur. İstinaf incelemesi yapan bölge adliye mahkemesince, davacı erkeğin velayete, kadının tazminatlara yönelik istinaf başvurularının kabulüyle davacı erkek lehine 10.000 TL maddi, 10.000 TL manevi tazminata hükmedilmiş, ortak çocukların velayeti babaya verilerek, anne ile kişisel ilişki kurulmuştur.

Tarafların 29.09.2007 doğumlu ... ve 21.08.2010 doğumlu ... isimli iki ortak çocukları bulunmaktadır. Dosya arasında bulunan 28.06.2016 tarihli psikolog tarafından düzenlenen sosyal inceleme raporunda; çocukların annelerine muhtaç dönemde buldukları, babanın yıllarca yurt dışında çalışması sebebi ile çocuklar ile baba arasında iletişimin gelişmediği belirtilerek annenin

yaşadığı sosyal çevrenin uygun olması durumunda çocukların velayetlerinin anneye verilmesi gerektiği, sosyal hizmet uzmanınca düzenlenen 29.07.2016 tarihli raporda; çocukların annelerinin yanında yaşamaktan daha mutlu olduklarını dile getirdikleri, anne bakım ve ilgisine muhtaç dönemde oldukları belirtilerek müşterek çocukların velayetlerinin anneye verilmesi gerektiği, sosyal hizmet uzmanınca düzenlenen 21.11.2011 tarihli sosyal inceleme raporunda ise annenin fiziksel, ruhsal yönden sağlıklı, çocuk yetiştirebilecek kapasitede ve ilgili olduğu belirtilerek ortak çocukların velayetlerinin anneye verilmesi gerektiği yönünde görüş bildirilmiştir. Alınan üç ayrı sosyal inceleme raporunda da açıkça belirtildiği ve yapılan yargılama ve toplanan delillerden anlaşıldığı üzere, davacı babanın uzun yıllar yurt dışında çalışması sebebiyle ortak çocukları annenin tek başına büyüttüğü, çocukların anne bakım ve ilgisine muhtaç oldukları, annelerinin yanında daha mutlu olduklarını ifade ettikleri sabittir. Ayrıca davalı kadının 15.01.2019 havale tarihli temyiz dilekçesinin ekinde bulunan belgelerden Ankara İli'ne yerleştiği, düzenli ve gelir getiren bir işi olduğu, ortak çocukları Çankaya İlçesi'nde okula kaydettirdiği anlaşılmaktadır. Açıklanan nedenlerle ortak çocukların velayetlerinin anneye verilmesi çocukların yüksek yararına daha uygundur. Tüm bu hususlar gözetilmeksizin ortak çocukların yargılama sırasında baba yanında kaldıkları ve babaları ile kalmak istedikleri değerlendirilerek yapılarak 3 ayrı uzman raporu dikkate alınmaksızın karar verilmesi doğru olmayıp, bozmayı gerektirmiştir.

Yukarıda 2. bentte gösterilen sebeple temyiz edilen bölge adliye mahkemesi kararının BOZULMASINA, bozma kapsamı dışında kalan temyize konu diğer bölümlerinin ise yukarıda 1. bentte gösterilen sebeple ONANMASINA, aşağıda yazılı harcın davacıya yükletilmesine, peşin harcın mahsubuna 218.50 TL temyiz başvuru harcı peşin yatırıldığından başkaca harç alınmasına yer olmadığına, temyiz peşin harcının istek halinde yatıran davalıya geri verilmesine, dosyanın ilgili bölge adliye mahkemesi hukuk dairesine gönderilmesine oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 2. HUKUK DAİRESİ

E. 2020/2201

K. 2020/3373

T. 29.06.2020

YARGITAY KARARI

MAHKEMESİ : Gaziantep Bölge Adliye Mahkemesi 2. Hukuk Dairesi
DAVA TÜRÜ : Karşılıklı Boşanma- Ziyet Alacağı

Taraflar arasındaki davanın yapılan muhakemesi sonunda bölge adliye mahkemesi hukuk dairesince verilen, yukarıda tarihi ve numarası gösterilen hüküm davacı-davalı erkek tarafından tedbir nafakası, velayet düzenlemesi ve vekalet ücreti yönünden temyiz edilmekle, evrak okunup gereği görüşülüp düşünüldü:

Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle kanuna uygun sebeplere ve özellikle delillerin takdirinde bir yanlışlık görülmemesine göre, davacı-davalı erkeğin aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan sair temyiz itirazları yersizdir.

Boşanma ile birlikte ortak çocuklar 2006 doğumlu Dilara ile 2008 doğumlu Tuana'nın velayeti davalı- davacı anneye bırakılmıştır. Velayet kamu düzenine ilişkin olup resen araştırma ilkesi geçerlidir. Velayetin düzenlenmesinde aslanan çocuğun üstün yararadır. Mahkemece velayet düzenlemesi yapılırken tek uzmanın görüşüne başvurulmuştur. Bu durumda, 4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanununun 5. maddesi gereğince Aile Mahkemesi bünyesinde bulunan psikolog, pedagog ve sosyal çalışmacıdan oluşan uzmanlardan inceleme ve rapor istenip; tarafların barınma, gelir, sosyal ve psikolojik durumlarına göre çocukların sağlıklı gelişimi için velayeti üstlenmeye engel bir durumlarının bulunup bulunmadığının araştırılması ve diğer deliller de gözönüne alınarak velayet konusunda bir karar verilmesi gerekirken; eksik inceleme ve araştırmayla yazılı şekilde karar verilmesi usul ve kanuna aykırı olup, bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ: Temyiz edilen hükmün yukarıda 2. bentte gösterilen sebeple BOZULMASINA, bozma kapsamı dışında kalan temyize konu bölümlerinin ise yukarıda I. bentte gösterilen sebeple ONANMASINA, temyiz peşin harcının istek halinde yatırana geri verilmesine, dosyanın ilgili bölge adliye mahkemesi hukuk dairesine gönderilmesine oybirliğiyle karar verildi.29.06.2020 (Pzt.)

Velayetin Düzenlenmesine İlişkin Kararlar

-
- *Karar No 33: Yargıtay 2. Hukuk Dairesi E. 2016/3160 K. 2017/8818*
 - *Karar No 34: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu E. 2017/2419 K. 2018/1099*
 - *Karar No 35: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu E. 2017 / 2448 K. 2018/1131*
 - *Karar No 36: Yargıtay 2. Hukuk Dairesi E. 2016 / 17662 K. 2018 / 7967*
 - *Karar No 37: Yargıtay 2. Hukuk Dairesi E. 2019/906 K. 2019/1745*
-

YARGITAY 2. HUKUK DAİRESİ

E. 2016/3160

K. 2017/8818

T. 11.07.2017

Taraflar arasındaki davanın yapılan muhakemesi sonunda mahalli mahkemece verilen, yukarıda tarihi ve numarası gösterilen hüküm davalı erkek tarafından kusur belirlemesi, kadın lehine hükmedilen manevi tazminat, velayet ve nafakalar yönünden temyiz edilmekle, evrak okunup gereği görüşülüp düşünüldü:

1-Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle kanuna uygun sebeplere ve özellikle delillerin takdirinde bir yanlışlık görülmemesine göre, davalı erkeğin aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yersizdir.

2-Mahkemece yapılan yargılama neticesinde tarafların müşterek çocuklarından 2003 doğumlu ...'in velayeti babaya, 2009 doğumlu ..'in velayeti anneye verilmiştir. Velayetin düzenlenmesinde, çocukların üstün yararı, ana ve babanın isteklerinden önce gelir. Çocuk Hakları Sözleşmesinin 12. ve Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesinin 3. ve 6. maddeleri uyarınca; iç hukuk tarafından çocuğun idrak gücüne sahip olduğunun kabul edildiği durumlarda, çocuğun, adli merci önündeki kendilerini ilgilendiren davalarda kendi görüşünü ifade etmesine müsaade edilmesi ve yüksek yararına açıkça ters düşmediği takdirde, ifade ettiği görüşe önem verilmesi gerektiği belirtilmektedir. Mahkemece çocukların görüşleri alınmış, her ikisi de baba yanında kalmak istediklerini belirtmişlerdir. Öte yandan, velayet düzenlenirken haklı sebepler bulunmadıkça kardeşlerin birbirlerinden ayrılmaması gerektiği de dikkate alınmalıdır. Öyleyse, mahkemece; velayeti davacı anneye verilen ortak çocuk ...'in de velayeti çocuğun tercihi ve kardeşlerin birarada kalması ilkesi gözetilerek babaya verilmelidir. Açıklanan hususların üzerinde durulmaksızın ortak çocuk Muhammed'in velayetinin davalı anneye verilmesi doğru görülmeyp bozmayı gerektirmiştir.

Temyiz edilen hükmün yukarıda 2. bentte gösterilen sebeple BOZULMASINA, bozma kapsamı dışında kalan temyize konu bölümlerin ise yukarıda 1. bentte gösterilen sebeple ONANMASINA, temyiz peşin harcının istek halinde yatırana geri verilmesine, işbu kararın tebliğinden itibaren 15 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY HUKUK GENEL KURULU

E. 2017/2419

K. 2018/1099

T. 16.05.2018

Taraflar arasındaki “velayetin değiştirilmesi” davasından dolayı yapılan yargılama sonunda ine Asliye Hukuk Mahkemesince (Aile Mahkemesi sıfatıyla) davanın kabulüne dair verilen 24.12.2013 gün ve 2013/332 E., 2013/316 K. sayılı karar, davalı vekili tarafından temyiz edilmekle Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin 22.09.2014 gün ve 2014/17252 E., 2014/17973 K. sayılı kararı ile;

(...Toplanan delillerden; tarafların 13.5.2005 tarihinde boşandıkları, 14.2.2003 doğumlu müşterek ocuk E'nin velayetinin davalı anneye bırakıldığı, davalı annenin 2006 yılında evlenerek Milas'ta yaşamaya başladığı, müşterek çocuğun ise ine İlçesi, Tekeler Köyünde anneannesi ve dedesi ile birlikte yaşamaya devam ettiği, müşterek çocuğun uzun süreli tatillerde annenin yanına gidip kaldığı, diğer zamanlarda da annenin zaman zaman köye gelip müşterek çocuğu gördüğü, annenin ocuğun Milas'ta yanında kalması yönündeki yaklaşımlarının, çocuğun anneanne ve dedesi yanında kalmaktan menmun olması sebebiyle kabul görmediği ve çocuğun bizzat anneanne ve dede ile köyde kalmayı tercih ettiği, bu durumun çocuğun bedensel ve fiziksel gelişimini olumsuz etkilediği yönünde bir delil sunulmadığı gibi, mahkemece alınan uzman raporunda da “davacı babanın ve ailesinin çocuğun velayeti konusunda yüksek motivasyon taşımadıklarının tespit edilip, velayetin annede kalmasının çocuğun yararına olacağı yönünde mütalaaya beyan edildiği”; babanın ise yakın bir köyde ikamet etmesine rağmen aradan geçen sürede müşterek çocukla yeterince ilgilenmediği anlaşılmaktadır. Velayetin düzenlenmesinde, çocukların üstün yararı, ana ve babanın isteklerinden önce gelir. Gerçekleşen bu durum karşısında, davanın reddi gerekirken yazılı gerekçe ile kabulü doğru görülmemiştir...) gerekçesiyle karar bozularak dosya yerine geri çevrilmekle yeniden yapılan yargılama sonunda mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulunca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki belgeler okunduktan sonra gereği görüldü:

Dava, müşterek çocuğun annede olan velayetinin değiştirilerek babaya verilmesi istemine ilişkindir.

Davacı vekili tarafların boşandıklarını, boşanma sırasında müşterek çocukları olan E'nin velayetinin davalı anneye verildiğini, davalının bir süre sonra ikinci kez evlendiğini ve bu evlilikten de iki çocuğunun olduğunu, müşterek çocuğun ikinci eşin isteğiyle anneannesinin ve dedesinin yanına bırakıldığını, davalı annenin ise iki çocuğuyla ve eşiyle Muğla'da yaşadığını, davalının velayet hakkından doğan yükümlülükleri yerine getirmedikçe ileri sürerek davalı annenin velayet hakkının değiştirilerek müvekkili olan babaya verilmesine ve Çine Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2004/424 E., 2005/67 K. sayılı kararı ile hükmedilen nafakanın kaldırılmasına karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı vekili davacının asıl amacının müşterek çocuğa ödediği nafaka yükümlülüğünden kurtulmak olduğunu, davacının çocuğu için takdir edilen 50,00 TL iştirak nafakasını dahi ödemediğini; kaldı ki davacının, çocuğu ile ilgili velayet görevini üstlenip ona sevgi ve şefkat gösterecek birisi olmadığını, müvekkilinin ikinci evliliğini 2006 yılında yaptığını, ancak davacının beş yıllık süre zarfında velayetin değiştirilmesi yönünde bir talebinin bulunmadığını, nafakanın artırılması davasının açılmasından sonra ise bu yola başvurduğunu, müşterek çocuğun anneannesinin ve dedesinin yanında huzurlu olduğunu, davalının müşterek çocuğu çok sevdiğini, müvekkilinin sadece çocuğu görmek için sık sık köye gittiğini, çocuğunun yanında kaldığını, sömestr tatilinde ve yaz tatilinde çocuğu Milas'a götürdüğünü belirterek davanın reddinin gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece dosya içerisindeki bilgi ve belgeler değerlendirildiğinde, müşterek çocuk E'nin uzun zamandan beri anneannesinin ve dedesinin yanında kaldığı, annesinin ise Milas'ta yaşadığı, yani velayet görevlerini yerine getirmesi gereken annenin çocuktan başka bir yerde bulunduğu, annenin bu şekilde velayet görevi ihmal ettiği, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun (TMK) 348/1 maddesi uyarınca "başka bir yerde bulunması" nedeniyle velayet

görevini gereği gibi yerine getirmedeği, davacı babanın da velayet görevini yerine getirmeyeceği konusunda yeterli bir delilin bulunmadığı, yine davacı babanın yeni bir evlilik yaptığı, düzenini kurduğu, Yargıtay içtihatlarına göre asıl olanın velayet olduğu, bu yönü ile velayetin değiştirilmesi şartlarının oluştuğu ve müşterek çocuğun davacı baba tarafından bakılmasının çocuk açısından daha yararlı olacağı, kaldı ki çocuğun ahlaki, fiziksel ve zihinsel gelişiminin baba yanında daha sağlıklı ilerleyeceği gerekçesiyle davanın kabulüne karar verilmiştir.

Davalı vekilinin temyizi üzerine hüküm Özel Dairece, yukarıda açıklanan gerekçelerle bozulmuştur.

Yerel mahkemece çocuğun nesebi ile velayetin kamu düzenine ilişkin olduğu ve TMK'nın velayete ilişkin hükümleri uyarınca velayetin değiştirilmesi, kaldırılması ya da çocuğun himayesini gerektiren bir durumun ortaya çıkması hâlinde hâkimin davanın devamı boyunca resen dâhil olmak üzere gerekli tedbirleri almak zorunda olduğu, annenin ve babanın deneyimsizliği, hastalığı, başka bir yerde bulunması veya benzeri sebeplerle velayet görevini gereği gibi yerine getirmemesi, annenin ve babanın çocuğa yeterli ilgiyi göstermemesi veya çocuğa karşı yükümlülüklerini ağır biçimde savsaklaması gibi durumlarda hâkimin velayet hakkını kaldırabileceği, her ne kadar velayetin kaldırılması ile velayetin değiştirilmesinin sonuçları farklı ise de, velayetin değiştirilmesinde yukarıda belirtilen şartların arandığı, çocuğun menfaatinin korunması bakımından en ağır ve en son tedbirin velayetin kaldırılması olduğu, buna göre çocuk için ortaya çıkan bir tehlike bulunmadığı sürece velayetin değiştirilerek daha önce kendisine velayet bırakılmayan eşe velayetin verilmesi tedbirinin uygulanmasının gerektiği, velayeti annede olan ve anne yanında kalan bir çocuğun tatillerde anneanne yanına gitmesinde hukuken bir sakıncanın bulunmadığı, ancak velayeti annede olan ve sürekli olarak anneannenin yanında kalan, yalnızca tatillerde annesinin yanına giden çocuk için o annenin velayet yükümlülüğünü yerine getirdiğinden söz etmenin mümkün bulunmadığı, bu durumun açıkça TMK'nın 348. maddesinin 1. ve 2. fıkralarının ihlali niteliğinde olduğu, somut olayda davalı annenin Muğla ilinin Milas ilçesinde yaşadığı, müşterek çocuğun ise Aydın ilinin Karpuzlu ilçesi Tekeler Köyünde anneanesi ve dedesi ile birlikte kaldığı, yani velayet hakkına sahip anne ile çocuğun farklı illerde buldukları ve müşterek çocuğa anneanne tarafından bakıldığı sabit olduğu, Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 1., 2. ve Çocuk Hakları Kullanmasına İlişkin Avrupa

Sözleşmesi'nin 3. ve 6. maddelerinde idrak çağındaki çocuğun kendisini ilgilendiren konularda velayet davasına bakan hâkim tarafından görüşünün alınmasını ve alınan bu görüşe gerekli önemin verilmesini öngördüğü, ne var ki bahse konu bu yasal düzenlemenin çocuğun velayetinin değiştirilmesi konusunda yanında kalmak istediği anne veya baba açısından önemli ve geçerli olmadığı, yani çocuğun velayet hakkına sahip olmayan anneannesinin ve dedesinin yanında kalacağı yönündeki beyanının velayetin değiştirilmesi davasında dikkate alınmasının mümkün bulunmadığı, çocuğun görüşünün olası bir velayetin kaldırılması davasında söz konusu olabileceği ve vasi atanması hâlinde dikkate alınmasının gerektiği, velayet düzenlemesinde asıl olanın çocuğun yararı olduğu, anne ve babanın yararı ile çocuğun yararının çakıştığı durumda çocuğun yararına üstünlük tanınmasının doğru olacağı, Özel Dairenin velayet ve vesayet davası arasında üçüncü bir hukuki ilişkiyi tesis ettiği, sosyal inceleme raporunun velayet davasında önemli bir delil olduğu, ancak bu durumun raporun taktiri delil olmasını değiştirmeyeceği, taktiri delillerden hangisine üstünlük tanınacağı ve taktiri delile itibar edilip edilemeyeceğinin ise mahkemenin takdirinde olduğu, nüfus kayıtlarına göre davacının 06.06.2012 tarihinde Nilgün Taş ile evlendiği, davanın ise 20.12.2011 tarihinde açıldığı, velayetin değiştirilmesi davasının kamu düzenine ilişkin olduğu ve resen araştırma ilkesinin geçerli bulunduğu, hüküm gerçekleşinceye kadar olayların hâkim tarafından değerlendirebileceği, Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 1992/2-140 E., 1992/248 K. sayılı kararında da belirtildiği üzere boşanma ile düzenlenen velayetin değiştirilebilmesi için velayet kendisine verilen tarafın ya da velayete konu çocuğun durumunda boşanma hükmünden sonra esaslı değişikliğin şart olduğu ve eldeki davada olduğu gibi ayrıca esaslı değişikliğin önemli olmasının ve süreklilik arz etmesinin gerektiği, yine Hukuk Genel Kurulunun 2013/2-2085 E., 2014/30 K. sayılı kararında yer aldığı üzere velayetin düzenlenmesinde asıl olanın küçüğün yararını korumak ve geleceğini güvence altına almak olduğundan çocuğun fiziksel ve ruhsal gelişimini engelleyen ve süreklilik arz edecek nitelikte bulunan her olayın ve tehlikenin büyüklüğünün değerlendirilerek sonuca varılmasının yerinde olacağı, çocuğun cinsiyeti, doğum tarihi, eğitim durumu, kimin yanında okumakta olduğu, talepte bulunanın çocuğun eğitim durumu ile ilgilenip ilgilenmediği, sağlık durumuna göre tedavi olanaklarının kimin tarafından sağlanabileceği gibi özel durumların da göz önünde tutulmasının doğru olacağı, anneannenin 1960, dedenin ise 1956 doğumlu olduğu, çocuğun babanın yaşı itibari ile babanın yanında kalmasının çocuğun ahlâki, fiziksel ve zihinsel gelişimi açısından

daha yararlı olacağına sabit olduğu, çocuğun mevcut ortamdan memnun olmasının tek başına davanın reddini gerektirmeyeceği belirtilerek direnme kararı verilmiştir.

Direnme kararı davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Direnme yoluyla Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık: somut olayda velayeti davalı annede bulunan 14.02.2003 doğumlu müşterek çocuk E.T hakkında velayetin değiştirilmesi koşullarının oluşup oluşmadığı, buradan varılacak sonuca göre velayetin babaya verilmenin gerekip gerekmediği noktasında toplanmaktadır.

Hukuk Genel Kurulunda yapılan görüşmeler sırasında işin esasının incelenmesinden önce mahkemenin ilk kararında “..Davanın KABULÜNE, ...’de nüfusa kayıtlı Vahdettin ve Makbule oğlu Aydın 14/02/2003 doğumlu TC Kimlik nolu E.T’nin velayetinin davacı babaya verilmesine, Karar kesinleştiğinde bir örneğinin Karpuzlu nüfus müdürlüğüne gönderilmesine,...” şeklinde hüküm oluşturulduğu hâlde, Özel Daire bozma kararından sonra verilen 03.02.2015 tarihli gerekçeli kararda “..bozma ilamına DİRENİLMESİNE, Davanın KABULÜNE,...ERDEM TAŞ’ın velayetinin davacı babaya verilmesine, Karar kesinleştiğinde bir örneğinin Karpuzlu nüfus müdürlüğüne gönderilmesine,...” ve “..Velayet hakları davacı babaya tevdi edilen müşterek çocuk ile davalı anne arasında her ayın son Cuma günü saat 17.00 den Pazar günü saat 17.00 e kadar, dini bayramların 2. günü sabah saat 09.00 dan 3. günü saat 17:00 ye kadar, her yıl Temmuz ayının 1. günü sabah saat 09.00 dan son günü akşam saat 17.00 ye kadar, yarı yıl tatilinin başladığı Cumartesi günü saat 09:00 da kadar başlayıp bir hafta geçmek suretiyle Cumartesi saat 09:00 a kadar şahsi ilişki tesisine,...” şeklinde hüküm kurulduğu anlaşılmalı, yerel mahkemece usulüne uygun direnme kararı oluşturulup oluşturulmadığı hususu ön sorun olarak tartışılıp, değerlendirilmiştir.

Mülga 1086 sayılı HUMK’nın somut olay bakımından uygulanmasına devam olunan 429’uncu maddesine göre bozma kararı üzerine kendiliğinden tarafları duruşmaya davet eden mahkeme tarafları dinledikten sonra Yargıtay bozma kararına uyulup uyulmayacağına karar verir.

Mahkeme bozma kararına uyduktan sonra bu karardan dönemeyeceği gibi direnme kararı verdikten sonra da ilk karardan farklı bir karar vermesi de mümkün değildir. Gerekçe genişletilebilir ise de verilen hükmün ilk karardan farklı olmaması gerekir.

Yine direnme kararları yapıları gereği, kanunun hukuka uygunluk denetimi yapmakla görevli kıldığı Yargıtay dairesinin denetimi sonucunda hukuka aykırı bularak, gerekçesini açıklamak suretiyle bozduğu bir yerel mahkeme kararının, aslında hukuka uygun bulunduğuna, dolayısıyla bozmanın yerinde olmadığına ilişkin iddiaları içerdiklerinden, o iddiayı yasal ve mantıksal gerekçeleriyle birlikte ortaya koymak zorunda olduğu gibi direnilen ve uyulan kısımları da kalem kalem net ve birbirine uygun bir biçimde belirtmelidir.

Nitekim, aynı ilkeler Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 19.03.2008 gün ve 2008/15-278 E., 2008/254 K.; 21.10.2009 gün ve 2009/9-397 E., 2009/453 K. ve 07.05.2014 gün ve 2013/4-1121 E., 2014/626 K. sayılı kararlarında da vurgulanmıştır.

Bu genel açıklamalar ışığında somut olaya bakıldığında, yerel mahkemece bozulan 24.12.2013 gün ve 2013/332 E.. 2013/316 K. sayılı ilk kararda davanın kabulü ile müşterek çocuk E.T'nin davacı babaya verilmesi gerektiği yönünde hüküm oluşturulduğu hâlde, direnme olarak adlandırılan 03.02.2015 gün ve 2014/464 E., 2015/66 K. sayılı kararda çocuğun velayetinin davacı babaya verilmesine karar verildikten sonra davalı anne ile müşterek çocuk arasında kişisel ilişki kurulması yönünde de hüküm kurulduğu anlaşılmaktadır.

Bu durumda direnme kararı verildikten sonra mahkemece yapılması gereken HMK'nın 294 ve 297'nci maddelerine uygun şekilde verilen ilk karar gibi yani 24.12.2013 gün ve 2013/332 E.-2013/316 K. sayılı karar gibi hüküm fıkrası oluşturmak ve buna uygun gerekçeli karar yazmaktır.

Şu hâlde usulüne uygun bir direnme kararından söz etmek mümkün değildir.

Hâl böyle olunca usulüne uygun olmayan direnme kararı bozulmalıdır.

Davalı vekilinin temyiz itirazlarının kabulüyle direnme kararının yukarıda açıklanan gerekçelerle usulden BOZULMASINA, istek hâlinde temyiz peşin harcının yatırana geri verilmesine, bozma nedenine göre sair temyiz itirazlarının incelenmesine şimdilik yer olmadığına, HUMK'nın 440. maddesi uyarınca kararın tebliğinden itibaren 15 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere 16.05.2018 gününde oy birliği ile karar verildi.

YARGITAY HUKUK GENEL KURULU

E. 2017 / 2448

K. 2018 / 1131

T. 23.05.2018

Taraflar arasındaki “velayetin değiştirilmesi” davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Bakırköy 4. Aile Mahkemesince davanın reddine dair verilen 20.06.2014 gün ve 2012/984 E. 2014/526 K. sayılı kararın incelenmesi davacı tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin 17.03.2015 gün ve 2014/21628 E. 2015/4751 K. sayılı ilamı ile;

“..Davacı, evlilik dışı doğan 10.10.2008 doğumlu DE’nin velayetinin kendisine verilmesi ve küçük hakkındaki koruma kararının kaldırılmasını dava etmiştir. Küçük DE, 10.10.2008 doğumlu olup, velayeti Türk Medeni Kanununun 336. maddesi gereğince annesi davalı ...’dadır. Davalı annenin müracatı ile küçük, Bakırköy 3. Çocuk Mahkemesinin 11.11.2008 gün 2008/59 sayılı kararı ile koruma altına alınmış ve 13.12.2008’de evlat edinmek üzere bir aile yanına yerleştirilmiştir.

Davacının 10.08.2009 tarihinde açtığı dava sonunda Bakırköy 6. Aile Mahkemesinin 29.06.2010 tarih 2009/881-2010/516 karar sayılı ilamı ile küçüğün tanınmasına karar verilmiş ve hüküm 04.10.2012’de kesinleşmiştir.

Dosya içindeki belgelerden küçüğün, davalı anne tarafından kabullenilmediği ve annenin psiko-sosyal olarak anneliğe hazır olmadığı gerekçesiyle 13.10.2008’de kuruma verildiği ve 05.11.2008 tarihli dilekçe ile de evlatlık verilmesine onay verildiği anlaşılmaktadır. Toplanan delillerden, davalı annenin velayet görevinin gereğini yerine getirmediği anlaşılmaktadır. Küçük DE hakkında koruma kararının kaldırılması ve Türk Medeni Kanununun 347/2. maddesi gereğince velayetin davacı babaya verilmesi gerekirken, yazılı gerekçeyle ret kararı verilmesi doğru bulunmamıştır...”

gerekçesiyle oy birliğiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulunca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki belgeler okunduktan sonra gereği görüldü: Dava velayetin değiştirilmesi istemine ilişkindir.

Davacı davalılardan Dİ ile evlilik dışı beraberliklerinden doğmuş DE adında bir çocukları olduğunu, çocuğun varlığını annesi sekiz aylık hamileyken öğrendiğini ve davalıyla evlenmek istediğini, ancak davalı ...'ın evlenmek istemediğini, çocuğu da kendisine vermek yerine kendisinden habersiz ve rızası dışında ... Çocuk Yuvası'na teslim ettiğini, bu durumu öğrenmesi üzerine Bakırköy 6. Aile Mahkemesinin 2009/881 E. sayılı dosyası ile tanıma davası açtığını, davanın kabulüne karar verilerek DE'nin nüfusuna tescil edildiğini, Medeni Kanun'dan doğan ve bir baba olarak kendisine tanınan velayet hakkını kullanmak istediğini, çocuğun kurum veya başka bir ailenin koruması altında büyümesini istemediğini, çocuğu yetiştirmek için her türlü sosyal ve ekonomik ortama sahip olduğunu ileri sürerek, küçük DE hakkında verilmiş olan koruma kararının kaldırılması ile velayetin davalı anneden ve vasiden kaldırılarak tarafına verilmesini talep etmiştir.

Davalı ... vekili, davalı ... ile yapılan görüşmede "davacının kendisine tecavüz ettiğini, hamile olduğunu öğreninceye kadar kimseye bu durumu açıklayamadığını, daha sonra ailesine her şeyi anlattığını ve davacı hakkında Didim Cumhuriyet Başsavcılığına suç duyurusunda bulduklarını" bildirdiğini, davacının annesi ve babası ile yapılan görüşmede "oğullarının düzenli bir yaşamının bulunmadığını ve bir çocuğun bakımını sağlayacak yeterlilikte olmadığını" ifade ettiklerini, kurum tarafından hazırlanan raporlarda küçük çocuğun bakımını ve sorumluluğunu davacının taşıyamayacağını anlaşıldığını belirterek davanın reddini istemiştir.

Davalı ... yargılamaya katılmamış ve beyanda bulunmamıştır.

Mahkemece dosya içerisinde mevcut 07.05.2014 tarihli Sosyal İnceleme Raporunda ve duruşmada dinlenen sosyal hizmet uzmanı ile pedagoğun beyanlarında da belirtildiği gibi çocuğun şu anda bulunduğu aileden alınarak davacıya tesliminin gelişimi açısından çocuğa travma yaşatacağı, çocuğun yüksek yararı için hâlen bulunduğu aile yanında kalmasının uygun olacağı, çocuğun anne ve baba bildiği kişilerin biyolojik anne ve babası olmadıklarının kendisine söylenmesine rağmen bunu reddettiği ve konu açıldığında da

agresifleştiği, 18 yaşını doldurduğunda istediği takdirde biyolojik babasıyla görüşmesinin kişiliğinin oluşmasında izlenecek doğru yol olduğu, değişen şartlara göre ileride davacının dava açabileceği gerekçesiyle davanın reddine ve bu aşamada çocukla şahsi ilişki kurulmasına da yer olmadığına karar verilmiştir.

Davacının temyizi üzerine karar, Özel Dairece yukarıda başlık kısmında açıklanan gerekçelerle bozulmuştur.

Mahkemece önceki gerekçeler tekrar edilmek suretiyle direnme kararı verilmiştir.

Direnme hükmü davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Direnme yolu ile Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık: somut olayda küçük DE hakkında koruma kararının kaldırılmasının ve velayetin davacı babaya verilmesinin gerekip gerekmediği noktasında toplanmaktadır.

Bilindiği üzere, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu (TMK)'nun 339-347. maddeleri uyarınca velayet, çocukların bakım, eğitim, öğretim ve korunması ile temsil görevlerini kapsar.

Velayet, aynı zamanda ana babanın velayeti altındaki çocukların kişiliklerine ve mallarına ilişkin hakları, ödevleri, yetkileri ve yükümlülükleri de içerir. Ana ve babanın çocukların kişiliklerine ilişkin hak ve ödevleri, özellikle çocuklara bakmak, onları görüp gözetmek, geçimlerini sağlamak, yetiştirilmelerini ve eğitimlerini gerçekleştirmektir. Bu bağlamda sağlayacağı eğitim ile çocuğu istenilen ölçüde dürüst, kötü alışkanlıklardan uzak, iyi ahlak sahibi, çalışkan ve bilgili bir insan olarak yetiştirmek hak ve yükümlülüğü bulunmaktadır.

Velayet, kamu düzenine ilişkin olup, bu hususta ana ile babanın istek ve beyanlarından ziyade çocuğun menfaatlerinin dikkate alınması zorunludur.

Belirtilmelidir ki, velayetin kaldırılması ve değiştirilmesi şartları gerçekleşmedikçe, ana ve babanın velayet görevlerine müdahale olunamaz.

Velayetin düzenlenmesinde asıl olan, küçüğün yararını korumak ve geleceğini güvence altına almak olduğundan, çocuğun fiziksel ve ruhsal gelişimini engelleyen ve süreklilik arz edeceği anlaşılan her olay, tehlikenin büyüklüğü, doğurabileceği onarılması güç sonuçlar değerlendirilerek sonuca varılmalı; velayetin belirlenmesi ve düzenlenmesinde öncelikle çocuğun yararı göz önünde tutulmalıdır.

Bu kapsamda, çocuğun cinsiyeti, doğum tarihi, eğitim durumu, kimin yanında okumakta olduğu, talepte bulunanın çocuğun eğitim durumu ile ilgilenip ilgilenemeyeceği, sağlığı, sağlık durumuna göre tedavi olanaklarının kimin tarafından sağlanabileceği gibi özel durumuna ilişkin hususlar göz önünde tutulmalıdır.

Velayetin belirlenmesi ve düzenlenmesinde ana babadan kaynaklanan özelliklerin de dikkate alınması kaçınılmazdır. Bu nedenle, mahkemece çocuğu başkasına bırakma, ihmal etme, kaçırma, iradi olarak terk etme, yönlendirme hususları ile tarafın velayet talebinin olup olmaması, şiddet uygulaması, sadakatsizliği, ekonomik durumu, mesleği, yaşadığı ortam, kötü davranışı, alkol bağımlılığı, sağlığı, dengesiz davranışları dikkate alınmalıdır.

Mahkemece, açıklanan özellikler yanında mümkün oldukça çocuğun alıştığı ortamın değiştirilmemesine, kardeşlerin ayrılmamasına özen gösterilmeli, velayetin verileceği taraf yanında kalmasının çocuğun bedeni, fikri, ahlaki gelişmesine engel olup olmayacağı yönünde ciddi ve inandırıcı delil olup olmadığı veya hemen meydana gelecek tehlikenin varlığının ispat edilip edilemediği ve maddi durumun iyiliğinin tek başına velayetin değiştirilmesini gerektirmeyeceği hususu da mutlaka değerlendirilmelidir.

Nitekim açıklanan ilkeler, Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 13.10.2010 gün ve 2010/2-501 E. 2010/492 K.; 23.11.2011 gün ve 2011/2-547 E. 2011/695 K.; 16.03.2012 gün ve 2011/2-884 E. 2012/197 K. ile 06.03.2013 gün ve 2012/2-794 E. 2013/310 K. sayılı kararlarında da benimsenmiştir.

Somut olayda, davacı ile davalılardan ...'un evlilik dışı birlikteliğinden doğan küçük DE'ni 10.10.2008 doğumlu olduğu, davalı ...'ın 13.10.2008 tarihinde verdiği dilekçe ile çocuğu ... Çocuk Yuvasına bıraktığı ve evlat edinilmesine de izin verdiği, bunun üzerine mahkemece küçük DE'nin kuruma yerleştirilmesine ve evlat edinme işlemleri sırasında anne ve babasının rızasının aranmamasına karar verildiği, 31.12.2008 tarihinde evlat edinme öncesi geçici bakım sözleşmesi ile müdahil aileye teslim edildiği, davacının bu durumu öğrenmesiyle Bakırköy 6. Aile Mahkemesinin 2009/881 E. sayılı dosyası ile tanıma davası açtığı, yargılama neticesinde davanın kabulü ile küçük DE'nin tanınarak nüfusta davacı hanesine kaydedilmesine karar verildiği anlaşılmaktadır.

Davacı, Türk Medeni Kanunu'ndan doğan ve bir baba olarak kendisine tanınan velayet hakkını kullanmak istediğini, çocuğun kurum tarafından veya başka bir ailenin koruması altında büyümesini istemediğini, çocuğu yetiştirmek için her türlü sosyal ve ekonomik ortama sahip olduğunu ileri sürerek, küçük DE hakkında verilmiş olan koruma kararının kaldırılması ile velayetin davalı anneden ve vasiden kaldırılarak tarafına verilmesini talep etmiş ise de, dosyada bulunan sosyal inceleme raporlarından ve beyanlardan anlaşılacağı üzere küçük DE'nin henüz 2,5 aylık iken müdahil aileye teslim edildiği, küçüğün sağlık problemleri olması nedeniyle sobalı evde oturan ailenin kombili bir eve taşındığı, evde bulunan odalardan birinin küçüğün ihtiyaçlarına yönelik olarak ve sağlığına uygun nitelikte düzenlendiği, en ufak bir rahatsızlıkta hastaneye götürerek gerekli tetkik ve tedavileri yaptırdıkları, küçüğün bakımı ile bizzat müdahilin ve eşinin ilgilendikleri, çiftin küçüğe özenli davrandıkları, müdahil çiftin ekonomik durumunun iyi olduğu, küçük DE'nin eğitimi için özel bir kuruma verdikleri, küçüğe karşı ebeveyn olmanın sorumluluklarını yerine getirdikleri, küçüğün sevgi kavramının ön plânda olduğu bir aile ortamında büyüdüğü, müdahil çiftin iyi birer rol model oldukları, küçüğün müdahil çiftte anne-baba diyerek hitap ettiği, çift ile çocuk arasında anne-baba-çocuk ilişkisinin tam olarak kurulduğu ve aralarında güçlü bir bağ olduğu, küçük DE'nin akraba ve çevresi tarafından da kabul gördüğü, içinde bulunduğu sosyal ortama uyum sağladığı, davacı babanın ise küçük için yabancı olarak algılandığı, evlatlık olarak verilen çocuklara evlat edinme işlemlerine dair bilgilerin çocuk 4-6 yaşında iken verilmesi gerektiği, küçüğün yaşı itibarıyla biyolojik babasına ilişkin bilgileri kavrayabilecek durumda olmadığı, çocuğun anne-baba olarak hitap ettiği müdahil çiftten ayrılmasının ebeveyn kaybı sonucunu doğuracağı ve küçükte travmaya sebep olacağı anlaşılmaktadır.

Öte yandan sosyal hizmet uzmanı tarafından düzenlenen 02.02.2010 tarihli raporda, davacının anne ve babasının, oğulları EA'nın nerde olduğunu bilmediklerini, davacı ile görüşmediklerini, davacının bir işi, geliri ve düzenli bir yaşamı olmadığı gibi bir çocuğun bakımını üstlenmek bir tarafa kendine bakacak durumunun dahi bulunmadığını beyan ettikleri, davacının kardeşinin ise, abisinin zaman zaman farklı numaralardan aradığını, bir İstanbul'da bir Bodrum'da olduğunu, düzenli bir işi olmadığı için kalacak yeri bulunmadığını, ailesinin de zor şartlarda yaşamaları sebebiyle çocuğun bakımını üstlenemeyeceklerini ifade ettiği hususlarına yer verilmiş olup, davacı babanın tanıma davası açması ile sıcaklığına düzenlenen bu rapordan 3-4 yıl sonra

alınan aksi yöndeki raporlara itibar edilmemiştir. Ayrıca davacının dosyaya yansıyan aylık gelirin belgelere dayanmadığı da açıktır.

Açıklanan nedenlerle küçüğün velâyetinin davacı babaya verilmesi halinde yaşı ve alışageldiği ortamdan koparılmasının onun bedeni, ruhi ve ahlaki gelişimine olumsuz etki yapacağı, sürdürdüğü tüm yaşamının değişeceği anlaşılmakta olup küçüğün bakımını ve sorumluluğunu taşıyabilecek yeterliliğe sahip olduğu yönünde güven telkin etmeyen davacı baba yerine küçüğün üstün yararı için kendisini evlat edinmek isteyen müdahil aile yanında kalmasının çok daha uygun olacağı sonucuna varılmıştır.

Hukuk Genel Kurulunca yapılan görüşmeler sırasında davacının küçük DE'nin biyolojik babası olduğu, asıl olanın velayet olduğu, küçüğün biyolojik babasının velayeti altında kalmasının onun daha yararına olduğu, bu nedenle direnme kararının bozulması gerektiği ileri sürülmüş ise de, bu görüş Kurul çoğunluğunca benimsenmemiştir.

Hâl böyle olunca yerel mahkemenin çocuğun şu anda bulunduğu aileden alınarak davacıya tesliminin, gelişimi açısından çocuğa travma yaşatacağı, çocuğun yüksek yararı için hâlen bulunduğu aile yanında kalmasının uygun olacağı, çocuğun biyolojik anne ve babasının, anne baba bildiği kişiler olmadığı kendisine söylenmesine rağmen bunu reddettiği ve konu açıldığında da agresifleştiği, 18 yaşını doldurduğunda kendi istediği takdirde biyolojik babasıyla görüşmesinin kişiliğinin oluşmasında izlenecek doğru yol olduğu gerekçesiyle verdiği direnme kararı yerindedir.

O hâlde, açıklanan nedenlerle direnme kararı onanmalıdır.

Yukarıda açıklanan nedenlerle davacı vekilinin temyiz itirazlarının reddi ile direnme kararının ONANMASINA, gerekli temyiz ilâm harcı peşin alındığından başka harç alınmasına yer olmadığına, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na eklenen Geçici 3. maddeye göre uygulanmakta olan 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 440. maddesi uyarınca tebliğden itibaren 15 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 23.05.2018 gününde oy çokluğu ile karar verildi.

YARGITAY 2. HUKUK DAİRESİ

E. 2016 / 17662

K. 2018 / 7967

T. 25.06.2018

Taraflar arasındaki davanın yapılan muhakemesi sonunda mahalli mahkemece verilen, yukarıda tarihi ve numarası gösterilen hüküm davacı-davalı erkek tarafından; davalı-davacı kadının kabul edilen boşanma davası, kusur belirlemesi, tazminatlar, nafakalar ve velayet düzenlemesine yönelik olarak temyiz edilerek; temyiz incelemesinin duruşmalı olarak yapılması istenilmekle; duruşma için belirlenen 25/06/2018 günü temyiz eden davacı-davalı ... ile vekili Av. ... ile karşı taraf davalı-davacı ... vekili Av. ... geldiler. Gelenlerin konuşması dinlendikten sonra işin incelenerek karara bağlanması için duruşmadan sonraya bırakılması uygun görüldü. Bugün dosyadaki bütün kağıtlar okunup gereği görüşülüp düşünüldü:

1-Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle kanuna uygun sebeplere ve özellikle delillerin takdirinde bir yanlışlık görülmemesine göre, davacı-davalı erkeğin aşağıdaki bent kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yersizdir.

2-Mahkemece, davacı-davalı babanın kurduğu düzenin sürdürülebilirliği konusunda endişe bulunduğu ve ortak çocukların yaşları gereği anne bakım ve şefkatine muhtaç oldukları gerekçesiyle 18.06.2009 doğumlu Kaan ile 12.06.2012 doğumlu...’in velayetleri davalı-davacı anneye bırakılmıştır.

Velayet düzenlemesi yapılırken; göz önünde tutulması gereken temel ilke, çocuğun “Üstün yararı” (Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme m, 3; Çocuk Haklarının Kullanılmasına ilişkin Avrupa Sözleşmesi m, 1; TMK m. 339/1. 343/1. 346/1; Çocuk Koruma Kanunu m. 4/b) dır. Çocuğun üstün yararını belirlerken; onun bedensel, zihinsel, ruhsal, ahlaki ve toplumsal gelişiminin sağlanması amacının gözetilmesi gereklidir. Ana ve babanın yararları; boşanmadaki kusurları, ahlaki değer yargıları, sosyal konumlan gibi durumları, çocuğun üstün yararını etkilemediği ölçüde gözönünde tutulur.

Velayet düzenlemesinde; çocukla ana ve baba yararının çatışması halinde, çocuğun yararına üstünlük tanınması gereklidir.

Velayet kamu düzenine ilişkin olup, re'sen araştırma ilkesi geçerlidir. Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesinin 12. maddesi ile Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesinin 3. ve 6. maddeleri, iç hukuk tarafından yeterli idrake sahip olduğu kabul edilen

çocuklara, kendilerini ilgilendiren davalarda görüşlerini ifade etmeye olanak tanınmasını ve görüşlerine gereken önemin verilmesi gerektiğini öngörmektedir. Çocukların üstün yararı gerektirdiği takdirde görüşlerinin aksine karar verilmesi mümkündür. Velayet hususu, çocukları ilgilendiren konuların en başında gelir.

Mahkemece velayet düzenlemesi yapılırken üç ayrı sosyal inceleme raporu alınmış her üç raporda da ortak çocukların fiilen birlikte yaşadıkları davacı-davalı babaya bırakılması yönünde görüş bildirilmiştir. Davalı-davacı kadının çocukları bırakarak ortak konutu terkettiği 28.11.2013 tarihinden itibaren ortak çocukların davacı-davalı baba ile birlikte yaşadıkları taraf beyanlarından ve 10.11.2014, 18.12.2014 ve 16.12.2015 tarihlerinde düzenlenen sosyal inceleme raporları içeriklerinden anlaşılmaktadır. 16.12.2015 tarihinde sosyal hizmet uzmanı, psikolog ve pedagog bilirkişiler tarafından düzenlenen sosyal inceleme raporunda; davacı-davalı babanın ortak çocuklarla birlikte daha önce yaşadığı ...'dan...'ya taşındığı, eşinin evi terketmesinden sonra başka bir kadınla birlikte yaşamaya başladığı, ortak çocuklardan...'in ...isimli bu kadınla olumlu ilişki geliştirdiği, davacı-davalı babanın ...'da yeni bir düzen kurmaya çalıştığı, yaşadıkları ev şartlarının fiziksel olarak yeterli olduğu, babanın velayetleri almak konusunda oldukça samimi davrandığı, ...I isimli kadının da çocukların kendileri ile kalmasını istediğini beyan ettiği, babanın velayetleri alabileceği ancak ...da yeni kurduğu düzenin sürdürülebilirliği konusunda endişelerin olduğu rapor edilmiştir. Toplanan delillerden; davacı-davacı annenin ise mahkemenin de kabulünde olduğu üzere, gece saatlerinde alkollü hizmet veren eğlence mekanlarında çalıştığı anlaşılmaktadır. Tarafların ahlaki değer yargıları velayetin düzenlenmesinde tek başına dikkate alınamaz ise de, davacı-davacı kadının çalışma koşulları dikkate alındığında çocukların anne yanındayken kendileri ile annenin yeterince ilgilenilemeyeceği ve çocukların bedeni, fikri ve ahlaki yönden gelişimlerinin olumsuz yönde etkilenebileceği anlaşılmaktadır. Ortak çocukların yaşları dikkate alındığında anne bakım ve şefkatine muhtaçlıkları azalmış olup, annenin evi terkettiği tarihten itibaren

bakım ve gözetimlerinin baba tarafından yerine getirildiği de gözetildiğinde, çocukların üstün yararlarının mevcut şartlarının devamının sağlanmasında olduğunun kabulü gerekir. O halde; şartların değişmesi halinde her zaman yeniden düzenlenmesi mümkün bulunan ortak çocukların velayetlerinin davacı-davalı babaya verilmesine karar vermek gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiş, bozmayı gerektirmiştir.

Temyiz edilen hükmün yukarıda 2. bentte gösterilen sebeple BOZULMASINA, bozma sebebine göre ortak çocuklar yararına hükmolunan iştirak nafakaları ile kişisel ilişki düzenlemesine yönelik temyiz itirazlarının şimdilik incelenmesine yer olmadığına, hükmün temyize konu diğer bölümlerinin ise yukarıda 1. bentte gösterilen sebeple ONANMASINA, duruşma için takdir olunan 1.630 TL vekalet ücretinin H'den alınarak Z'ye verilmesine, temyiz peşin harcının istek halinde yatırıma geri verilmesine, işbu kararın tebliğinden itibaren 15 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 2. HUKUK DAİRESİ

E. 2019/906

K. 2019/1745

T. 27.2.2019

Taraflar arasındaki davanın yapılan muhakemesi sonunda mahalli mahkemece verilen, yukarıda tarihi ve numarası gösterilen hüküm davacı tarafından temyiz edilmekle, evrak okunup gereği görüşülüp düşünüldü:

Davacı anne, boşanma ile velayeti davalı babaya bırakılan ortak çocuk 03.08.2008 doğumlu ...'nın velayetinin değiştirilerek kendisine verilmesini talep etmiş, mahkemece baba tarafından velayet görevinin gereği gibi yerine getirildiği ve velayetin değiştirilmesini gerektiren bir sebebin bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

Velayet düzenlemesinde; çocukla ana ve baba yararının çatışması halinde asıl olan küçüğün yararını korumak ve geleceğini güvence altına almaktır. Çocuğun yararı ise; çocuğun bedensel, fikri ve ahlaki bakımdan en iyi şekilde gelişebilmesi ve böyle bir gelişmenin gerçekleştirilmesi için, çocuğa sosyal, ekonomik ve kültürel koşulların sağlanmış olmasıdır. Çocuğun bu konulardaki üstün yararını belirlerken; çocuk yetişkin biri olmuş olsaydı, kendisini ilgilendiren bir olayda, kendi yararı için ne gibi bir karar verebilecekti ise, çocuk için karar verme makamındaki kişinin de, aynı yönde karar vermesi; yani çocuğun farazi düşüncesi esas alınacaktır.

Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesinin 12. ve Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesinin 3. ve 6. maddeleri idrak çağındaki çocukların kendilerini ilgilendiren konularda görüşünün alınması ve görüşlerine gereken önemin verilmesini öngörmektedir. Çocukların üstün yararı gerektirdiği takdirde, görüşlerinin aksine karar verilmesi mümkündür.

4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu uyarınca velayet, çocukların bakım, eğitim, öğretim ve korunması ile temsil görevlerini kapsar.Velayet, aynı zamanda ana babanın velayeti altındaki çocukların kişiliklerine ve mallarına

ilişkin hakları, ödevleri, yetkileri ve yükümlülükleri de içerir. Ana ve babanın çocukların kişiliklerine ilişkin hak ve ödevleri; özellikle çocukları şahıslarına, bakmak, onları görüp gözetmek, geçimlerini sağlamak, yetiştirilmelerini ve eğitimlerini gerçekleştirmektir. Bu bağlamda sağlayacağı eğitim ile istenilen ölçüde dürüst, kötü alışkanlıklardan uzak, iyi ahlak sahibi, çalışkan ve bilgili bir insan olarak yetiştirmek hak ve yükümlülüğü bulunmaktadır.

Velayet, kamu düzenine ilişkin olup bu hususta ana ile babanın istek ve beyanlarından ziyade çocuğun menfaatlerinin dikkate alınması zorunlu olup, yargılama sırasında meydana gelen gelişmelerin bile göz önünde tutulması gerekir. Buna göre velayetin düzenlenmesinde asıl olan, küçüğün yararını korumak ve geleceğini güvence altına almak olduğundan, çocuğun fiziksel ve ruhsal gelişimini engelleyen ve süreklilik arz edeceği anlaşılan her olay, tehlikenin büyüklüğü, doğuracağı onarılması güç sonuçlar değerlendirilerek sonuca varılmalı; velayetin belirlenmesi ve düzenlenmesinde öncelikle çocuğun yararı göz önünde tutulmalıdır.

Mahkemece yapılan yargılama ve toplanan delillere göre; tarafların boşanmalarına ilişkin kararın 15.11.2011 tarihinde kesinleştiği, tarafların ortak çocuğu 05.10.2010 doğumlu Y'un velayetinin davacı anneye, 03.08.2008 doğumlu H. A'nın velayetinin ise davalı babaya bırakıldığı, tanık beyanlarından ve mahkemece alınan sosyal inceleme raporlarında geçen beyanlardan; velayeti davalı babada bulunan ortak çocuk H. A'nın fiilen babaanne ve büyükbaba ile birlikte yaşadığı, davalı babanın yeni eşi ve yeni eşinden olma çocukları ile birlikte yaşadığı eve arada sırada gittiği, davalı babanın sosyal inceleme raporunu düzenleyen bilirkişiye son 6 yıldır uyuşturucu madde kullandığı ve bu sebeple tedavi gördüğüne ilişkin beyanda bulunduğu, davalı babanın davaya konu çocuğa karşı ilgisiz olduğu anlaşılmaktadır. Davacı anne hakkında yapılan sosyal inceleme raporunda ise, annenin velayet görevini üstlenmesine engel bir durumun bulunmadığı rapor edilmiştir. Gerçekleşen bu duruma göre; ortak çocuğun, velayet görevinin gereklerini fiilen yerine getirmeyen, çocuğa ilgi göstermeyen ve uzun süreli olarak uyuşturucu madde kullanan davalı baba yanında kalması, onun fiziksel ve ruhsal gelişimini olumsuz etkileyecek nitelikte olup, kardeşlerin bir arada yaşamalarının gelişimlerine sağlayacağı olumlu katkılar ile çocuğun üstün yararı gerektirdiği takdirde görüşlerinin aksine de karar verilebileceği dikkate alındığında, yukarıda belirtilen ilkeler çerçevesinde davanın kabulüyle dava konusu ortak çocuğun velayetinin değiştirilmesine karar verilmesi gerekirken, babanın son

dönemde uyuşturucu madde kullandığının tespit edilemediği gerekçesiyle yazılı şekilde hüküm kurulması doğru olmayıp bozmayı gerektirmiştir.

Temyiz edilen hükmün yukarıda gösterilen sebeple BOZULMASINA, temyiz peşin harcının istek halinde yatırana geri verilmesine, işbu kararın tebliğinden itibaren 15 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 27.02.2019 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

Manevi Tazminata İlişkin Karar

-
- *Karar No 38: Yargıtay 4. Hukuk Dairesi E. 2016/9024 K. 2018/6595*
-

YARGITAY 4. HUKUK DAİRESİ

E. 2016/9024

K. 2018/6595

T. 25.10.2018

Davacı ... vekili Avukat ... tarafından, davalı ... aleyhine 12/06/2015 gününde verilen dilekçe ile manevi tazminat istenmesi üzerine mahkemece yapılan yargılama sonunda; davanın reddine dair verilen 25/01/2016 günlü kararın Yargıtayca incelenmesi davacı vekili tarafından süresi içinde istenilmekle temyiz dilekçesinin kabulüne karar verildikten sonra tetkik hakimi tarafından hazırlanan rapor ile dosya içerisindeki kağıtlar incelenerek gereği görüldü.

Davacı vekili; davalının evlenme vaadiyle reşit olmayan müvekkilinin annesini kandırıp cinsel münasebette bulunması sonucu, rıza dışı ilişkiden davacının dünyaya gelmiş olduğunu, dolayısıyla müvekkilinin, davalının kızı olduğunu, bu durumun babalığın tespiti davası ile netleştiğini, davalının, müvekkilini kendi öz çocuğu olduğunu bilmesine rağmen evladı olarak kabul edip nüfusuna almadığı gibi, babalığın gerektirdiği maddi ve manevi sorumluluğunu hiçbir zaman yerine getirmediğini, müvekkilinin doğduğu tarihten itibaren büyük zorluklar ile mücadele ettiğini beyan ederek manevi zararının tazminini istemiştir.

Davalı, davanın reddedilmesi gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece; babalığın tespiti davasından önce davacının davalıya yönelik herhangi bir talebinin bulunmadığının anlaşıldığı, davacının yaşadığı zorlukların, yıllar önce intihar eden annesinden kaynaklandığı gerekçe ile davanın reddine karar verilmiştir.

Bir kişinin fiziki, sosyal ve duygusal kişilik değerlerine iradesi dışı saldırıma sonucu meydana gelen eksilme ve kayıplar manevi zararı oluşturur. Bu tür kişilik hakları hukuka aykırı olarak saldırıya uğrayan kimse, manevi tazminata hükmedilmesini isteyebilir. Kanunlarımız, manevi tazminat verilebilecek olguları sınırlamıştır. Bunlar; kişinin ve ailenin onur ve saygınlığına yönelik

suçlar, kişilik değerlerinin zedelenmesi, isme saldırı, nişan bozulması, evlenmenin feshi, babalığın benimsenmemesi, bedensel zarar ve öldürmedir.

Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'nin 3. maddesi; kamusal ya da özel sosyal yardım kuruluşları, mahkemeler, idari makamlar veya yasama organları tarafından yapılan ve çocukları ilgilendiren bütün faaliyetlerde, çocuğun yararının temel düşünce olması gerektiğini, taraf devletlerin, çocuğun ana-babasının, vasilerinin ya da kendisinden hukuken sorumlu olan diğer kişilerin hak ve ödevlerini de göz önünde tutarak, esenliği için gerekli bakım ve korumayı sağlamayı üstlenmelerini ve bu amaçla tüm uygun yasal ve idari önlemleri almaları gerektiğini hatırlatmaktadır.

Yine, Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Komitesininin 14 numaralı Genel Yorumu'nun ilgili kısmında; mahkemelerce, usuli ya da esasa ilişkin olmaları fark etmeksizin, her durumda çocuğun üstün yararının dikkate alınmasının sağlanması ve çocuğun üstün yararının, bütün uygulama tedbirlerinin alınmasında öncelikli düşünce olması gerekliliğine vurgu yapılmıştır

Öte yandan; ebeveyn ve çocuk arasındaki karşılıklı ilişkinin, aile hayatının temel bir unsurunu teşkil ettiğini kabul eden Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine göre, çocuk ile ebeveynin menfaatleri arasında adil bir dengenin kurulması gerektiği, ancak bu dengelemede çocuğun üstün yararının mahiyet ve ciddiyetine bağlı olarak çocuğun menfaatinin ebeveynin menfaatine göre daha fazla önem taşıyabileceği kabul edilmektedir (AİHM, Şahin Almanya [BD], B. No: 30943/96, 8/7/2003, § 66; Plaza/Palanya, B. No: 18830/07, 25/1/2011, § 71).

Anayasa Mahkemesince benimsenen görüş ise şöyle özetlenebilir: "Anayasa'nın 41. maddesinde çocuğun yüksek yararına aykırı olmadıkça anne ve babasıyla kişisel ve doğrudan ilişki kurma, ilişkiyi sürdürme hakkına sahip olduğu açıkça belirtilmektedir. Bu noktada anne ve baba ile düzenli bir kişisel ilişki sürdürülmesinde çocuğun üstün menfaatinin bulunduğu da göz ardı edilmemelidir. ... Bireyin ana babasını bilme, babasının nüfusuna yazılma ve bunların getireceği haklardan yararlanma, ana ve babasından velayete bağlı görevlerini yerine getirmelerini isteme hakkı, onun maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi kapsamındadır (AYM, Dalga Eda Yıldırım ve Özgün Yıldırım Başvurusu, B. No: 2014/597, K.T: 26/12/2017).

Dava konusu olayda, davalının, davacının annesi olan yaşı küçük mağdure ile rızaen cinsel ilişkiye girme suçundan ceza aldığı ve bu cezanın kesinleştiği, davalının hiçbir zaman davacıyı kendi evladı olarak kabul etmek istemediği, davacının kendi çocuğu olduğunu bildiği hâlde mahkemece babalığa hükmedilene kadar babalığı benimsemeyerek davacının babasından habersiz olarak büyümesine neden olduğu, bu nedenle de davacının üzüntü ve elem duymasına neden olduğu anlaşılmaktadır. Davacının; babası tarafından tanınıp bilinme, babasının nüfusuna yazılma ve bunların getireceği haklardan yararlanma hakkı ile bunun sonucunda babasından velayete bağlı görevlerini yerine getirmesini isteme hakkı, O'nun maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi için gereklidir. Açıklanan nedenlerle davacı yararına uygun miktarda manevi tazminata hükmedilmesi gerekirken yazılı sebeplerle reddine karar verilmesi yerinde görülmemiş ve bozmayı gerektirmiştir.

Temyiz olunan kararın yukarıda gösterilen nedenle BOZULMASINA ve peşin alınan harcın istek halinde geri verilmesine 25/10/2018 gününde oy birliğiyle karar verildi.

BÖLÜM III

DANIŞTAY'IN ÇOCUK HAKLARINA İLİŞKİN GÜNCEL KARARLARI

DANIŞTAY'IN "ÇOCUK HAKLARI"NA İLİŞKİN GÜNCEL KARARLARINA GENEL BİR BAKIŞ

- İdari Yargının "Çocuk Hakları"na Dair Güncel Yaklaşımının Kuş Bakışı Görünümü Üzerine Notlar -

Yargı kararlarında "çocuk adaleti"nin nasıl tecelli ettiğini ortaya koymayı hedefleyen projemizin/çalışmamızın bu bölümünde, *esasen* Danıştay'ın, *istisnaen* de bölge idare ve idare mahkemelerinin "çocuk hakları"na ilişkin güncel kararlarından oluşan seçkiye yer verilmektedir. Seçkiideki kararların tematik tasnifine dair tanıtıcı açıklamalara geçmeden önce, derlenen kararların tespitine ilişkin araştırma ve seçim yöntemi hakkında kısaca bilgi vermek faydalı olacaktır.

Bu bağlamda, öncelikle belirtmek gerekir ki; Danıştay'ın, *doğrudan* veya *dolaylı* olarak "çocuk hakları"nı ilgilendiren güncel kararlarının saptanmasına yönelik proje/çalışma kapsamında, 2015 ila 2020 yılları arasındaki son 5-6 yıllık zaman diliminde verilmiş olan Danıştay kararları araştırılmıştır. Bu doğrultuda yapılan karar taraması neticesinde; *Danıştay Dergisi* ve *Danıştay Kararlar Dergisi*'nin ilgili sayıları ile *Ulusal Yargı Ağı Projesi (UYAP) Bilgi Bankası* ve sair içtihat veri tabanlarında yer alan kararların yanı sıra, çeşitli vesilelerle erişilen ve herhangi bir yerde yayımlanmamış olan kararları da içeren, "çocuk hakları"na dair bir "karar havuzu" oluşturulmuştur.

Anılan karar taraması; Danıştay tarafından "çocuk hakları"na dair bir kavramsallaştırma/terminoloji kullanılıp kullanılmadığı, "çocuk hakları"nı ilgilendiren pozitif hukuk kurallarına ayrıca ve açıkça yollamada bulunulup bulunulmadığı ve Danıştay'ın konuyla ilgili yargısal tutumunun müstakar hâle gelip gelmediği ile sınırlı olmayan, geniş bir bakış açısıyla gerçekleştirilmiştir. Bu noktada, Danıştay'ın *temyiz* ve *kararın düzeltilmesi* kanun yolları aşamasındaki kararları ile *ilk derece mahkemesi* olarak verdiği nihai kararlar ve yürütmenin durdurulması istemi hakkında verdiği kararlar arasında ayırım gözetilmemiştir. Buna

rağmen, “havuz”daki kararların, hem sayı hem de konu bakımından son derece sınırlı olduğu gözlemlenmiştir.

Danıştay’ın -elbette saptanabildiği kadarıyla- doğrudan doğruya konuyla ilgili kararlarının sınırlı olmasının, çeşitli sebeplerden sâdir olabileceği düşünülmüştür. Bu bağlamda, ilk etapta akla gelebilecek muhtemel sebeplerden birkaçı şunlar olmuştur: Konuyla ilgili çok fazla “idari” uyuşmazlık ve dava olmaması; idari yargıda olağan kanun yollarına ilişkin değişikliğin uygulamaya geçmesi sonrasında, pek çok idari davada (özellikle tam yargı davalarında) verilen kararların, “istinaf” aşamasında kesinleşip Danıştay’a intikal etmemesi; Danıştay’ın ilk derece mahkemesi sıfatıyla bakacağı idari davaların da oldukça kısıtlı olması; Danıştay’ın, çoğu kez, “çocuk hakları”na dair ayrı bir kavram setine gerek duymadan hüküm kurması nedeniyle, konuyla ilgili spesifik yaklaşımını saptamanın zorlaşması ve genel olarak Danıştay kararlarının ezici çoğunluğunun yayımlanmaması vb.

Bu olası sebepler bir kenara bırakıldığında, son tahlilde Danıştay kararlarının konu itibarıyla çeşitliliğinin azlığı; ehemmiyet arz ettiğini düşündüğümüz birkaç istisnai hususta, bizi, bölge idare mahkemesi ve idare mahkemesi kararlarını araştırmaya da sevk etmiştir. Bu vesileyle, anılan mercilerin, çocuğun “sağlık hakkı”na ilişkin çok yakın tarihli iki mühim davada vermiş olduğu toplam dört kararı da “karar havuzu”na ilave etme olanağı yakalanmıştır. Bu suretle, *esasen* Danıştay kararlarına özgülenen projede/çalışmada, *ayrık* olarak iki idari davada bölge idare ve idare mahkemelerince verilen kararların da eklendiği “karar havuzu”ndaki tüm idari yargı kararları, Seçici Kurulun takdirine sunulmuştur.

Söz konusu “havuz”da yer alan kararların önemli bir kısmının daha önce herhangi bir mecrada yayımlanmamış olmasını ve uyuşmazlık konularının orijinalliğini de göz önünde bulunduran Kurul, “havuz”daki kararların hemen hepsinin yayımlanmasında fayda olacağını değerlendirmiş; böylece, işbu seçkideki toplam otuz dört adet kararın, ilgili kamuoyunun istifadesine sunulması mümkün olabilmiştir.

Bu noktada, peşinen vurgulanması gereken husus; seçkide yer verilen idari yargı kararlarının tümünün “emsal” nitelik taşımadığıdır. Gerçekten, derlenerek burada yer verilen kararların hepsinin, “yerleşik içtihat” hâline gelmediğinin altı çizilmelidir. Nitekim, aslında istikrar kazanmadığı anlaşılan bazı kararlara da, konusunun önemine ve/veya

içerdiği hukuki argümantasyonun ufuk açıcı özelliğine binaen, seçkide yer verilmesinde yarar görüldüğü belirtilmelidir. Hatta kimi kararlara ise; karar metnindeki “karşı oy” yazılarının, Danıştay tetkik hâkimi ve/veya savcısının düşüncelerinin konu açısından ilgi çekici olması hasebiyle, derlemede yer verildiği de eklenmelidir. Bu tür kararlar ile henüz müstakar hâle gelmemiş olan bir kısım kararların da, konuyla ilgili yapılacak “idari başvuru”lar ve açılacak “idari dava”lar bakımından fikir verebileceği ve yol gösterebileceği mütalaa edilmektedir. Dolayısıyla, çalışmamızın bu bölümündeki idari yargı kararlarının, belirtilen perspektifle okunması/değerlendirilmesi gerekliliği gözden kaçırılmamalıdır.

Açıklanan çerçevede oluşturulan seçkideki kararlar, okuyucuya genel bir başlangıç fikri vermek ve incelemeyi kolaylaştırmak amacıyla, sistematik bir tasnif altında sunulmaktadır. Bu bağlamda, kararlar, biri “torba” nitelik taşıyan, toplam yedi ana başlık ile kategorilere ayrılmaktadır. Tematik bazlı bu sistematik sınıflandırmada, kararlar, konuları ve hukuken öne çıkan nitelikleri dikkate alınmak suretiyle, ilgili başlıklar altında toplanmaktadır. Bu noktada, seçkideki bazı kararların, birden fazla kategoriye (ana başlığı) ilgilendiren boyutlarının mevcudiyeti, kuşkusuz, tematik tasnifi güçleştirmektedir. Bu açıdan, birden fazla kategoriye ilgilendiren kararların, kararın baskın karakteri göz önüne alınarak, en yakın başlığa dercedildiği hatırdta tutulmalıdır. Dolayısıyla, anılan tematik kategorizasyondaki başlıkların, mutlak surette, keskin sınırlarla birbirinden ayrılmayabileceğine hassaten dikkat çekilmelidir.

Bu ön açıklamaların ardından, “çocuk hakları”na dair seçkideki kararların; suça sürüklenen çocuk, kamu hizmetlerine girme hakkı, çalışma ve sözleşme özgürlüğü, eğitim ve öğrenim hakkı, din ve vicdan hürriyeti, yargılama usulü, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının iptal davası açma ehliyeti, koruyucu aile statüsünün iptaline ilişkin idari işleme karşı açılacak davada görevli yargı kolu, çocuk istismarı, çocuğun yayın ve internet ortamında korunması, çocuğun anne ve babasıyla doğrudan kişisel ilişki kurma hakkı, sağlık hakkı gibi konularla ilgili olduğu görülmektedir. Zikredilen konulara ilişkin idari yargı kararları, sistematik olarak yedi ayrı kategoride toplanmaktadır. Tematik çerçevede yapılan bu tasnifte, her bir kategori için belirlenen ana başlıklar şöyledir:

I. Suça sürüklenen çocuğun kamu hizmetlerine girme hakkı ile çalışma ve sözleşme özgürlüğüne ilişkin Danıştay kararları

(1 ila 5 sıra numaralı kararlar)

II. Çocuğun eğitim ve öğrenim hakkı ile din ve vicdan hürriyetine ilişkin Danıştay kararları

(6 ila 11 sıra numaralı kararlar)

III. Çocuk hakları bağlamında yargılama usulüne ilişkin Danıştay kararları: Ehliyet ve görev

(12 ila 14 sıra numaralı kararlar)

IV. Çocuk istismarının önlenmesine, çocuğun yayın ve internet ortamında korunmasına ilişkin Danıştay kararları

(15 ila 19 sıra numaralı kararlar)

V. Çocuğun anne ve babasıyla doğrudan kişisel ilişki kurma hakkına ilişkin Danıştay kararları

(20 ila 28 sıra numaralı kararlar)

VI. Çocuk haklarına ilişkin diğer Danıştay kararları

(29 ve 30 sıra numaralı kararlar)

VII. Çocuğun sağlık hakkına ilişkin Bölge İdare Mahkemesi ve İdare Mahkemesi kararları

(31 ila 34 sıra numaralı kararlar)

Bu kategorilerde yer alan kararların önemli bir kısmının, az evvel belirtildiği üzere, Danıştay'ın ve genel olarak idari yargı yerlerinin konuyla ilgili yerleşik yaklaşımını yansıttığı kuşkuludur. Çoğu konuya ilişkin karar sayılarının azlığı, tekil uyuşmazlıklar bağlamında verilen kararlardan hareketle, genel bir yaklaşım saptamasında bulunulmasını epeyce güçleştirmektedir. Bununla birlikte, bazı konulara ilişkin aynı minvaldeki kararların sayısının görece daha fazla olması ve gerekçelerinin derinliği itibarıyla, ilgili konuya dair bazı ipuçları verdiği yahut birtakım hukuksal sonuçlara ulaşılmasını mümkün kıldığı da yadsınmamaktadır. İşte burada, özellikle bu tür kararlardaki genel yaklaşımlara değinerek, anılan yedi kategoride yer verilen kararlara hızlıca göz atılması ve seçkiye dair tanıtıcı mahiyette birkaç hususa dikkat çekilmesi uygun olacaktır.

Bu bağlamda, birinci kategoride yer alan Danıştay kararlarında; *suça sürüklenen çocukların*¹ bilhassa ileride kamu hizmetlerine girme hakkı ile çalışma ve sözleşme hürriyetini güvence altına alan, eğitim ve öğrenim hakkının teminini de sağlayan, ayrıca özel hayata saygı hakkını da koruyan bir yaklaşım müşahede edilmektedir. Danıştay'ın bu kapsamdaki kararlarında; 5352 sayılı Adli Sicil Kanunu'nun 10. maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca, on sekiz yaşından küçüklerle ilgili adli sicil ve arşiv kayıtlarının ancak soruşturma ve kovuşturma kapsamında yargı yerlerince istenebileceğine, idari makamlara ise bu konuda bilgi verilemeyeceğine dikkat çekilmektedir. Ardından, on sekiz yaşından önce işlediği suç(lar)a ilişkin kayıtların, idari makamların bilgisine sunulması üzerine hakkında yürütülen güvenlik soruşturması olumsuz sonuçlanan davacılar hakkında tesis edilen; *"infaz koruma memurluğu öğrenciliği ile ilişik kesme"*², *"polis meslek eğitim merkezi ile ilişik kesme"*³, *"uzman erbaş kursiyeri sözleşmesi feshedilerek ilişik kesme"*⁴, *"uzman erbaş sınavını kazanmasına rağmen anılan statüye atamama"*⁵ ve *"silahlı özel güvenlik kimlik kartı vermeme"*⁶ yolundaki idari işlemlerin hukuka aykırı olduğu ortaya konulmaktadır.

Aslında nüvesini, Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvurular kapsamında vermiş olduğu iki "ihlal kararı"nda (*"Fatih Saraman"*⁷ ve *"Turgut Duman"*⁸ kararlarında) bulan bu içtihat; çocukken işlenen bir suçtan mahkûmiyetin; kişinin, kamu görevlisi olarak atanmasına, kamu hizmeti sunmasına, serbest meslek icra etmesine, özel teşebbüs faaliyeti yürütmesine ve mesleki eğitim-öğrenim görmesine vs. engel teşkil etmeyeceği manasına geldiği gibi; suça sürüklenen çocuğun kişisel verilerinin ve mahremiyetinin korunması anlamını da taşımaktadır. Nitekim, Danıştay, "kişisel veri" olarak nitelediği, *on sekiz yaşından küçüklerle ilgili adli sicil ve arşiv kayıtlarının idareye*

1 *"Suça sürüklenen çocuk,"* hukuki bir kavram ve kategori olup, 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu'nda tanımlanmıştır. Kanun'un 3. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinin (2) numaralı alt bendine göre, *"suça sürüklenen çocuk"*; kanunlarda suç olarak tanımlanan bir fiili işlediği iddiası ile hakkında soruşturma veya kovuşturma yapılan ya da işlediği fiilden dolayı hakkında güvenlik tedbirine karar verilen çocuğu ifade etmektedir.

2 Bkz. I.3 sıra numaralı karar.

3 Bkz. I.4 sıra numaralı karar.

4 Bkz. I.5 sıra numaralı karar.

5 Bkz. I.1 sıra numaralı karar.

6 Bkz. I.2 sıra numaralı karar.

7 Bkz. AYM: B.N.2014/7256, T.27/02/2019 (RG: T.27/03/2019, S.30727).

8 Bkz. AYM: B.N.2014/15365, T.29/05/2019 (kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr).

verilmesi ve kullanılmasının hukuka aykırı olduğundan bahisle; bu kayıtlara dayanılarak davacıların güvenlik soruşturmalarının olumsuz sonuçlandırılmasının, “özel hayata saygı hakkı”nın ihlali sonucu doğurduğuna da işaret etmektedir. Ezcümle, Danıştay, bu kategorideki kararlarıyla; aslında suça sürüklenen çocuğun geleceğine konulan “ipoteği” kaldırmış olmakla, çocuk hukukuna önemli bir katkı sunmaktadır.

İkinci kategoride ise; çocuğun eğitim ve öğrenim hakkının çeşitli veçhelerine ilişkin olarak Danıştay’ın muhtelif kararlarına yer verilmektedir. Bunlardan, özellikle, ortaokul ve lisede öğrenim gören kız öğrencilere okul içerisinde başörtüsü takma serbestisi getiren “Millî Eğitim Bakanlığına Bağlı Okul Öğrencilerinin Kılık ve Kıyafetlerine Dair Yönetmelikte Değişiklik Yapılması Hakkında Yönetmelik” hakkındaki kararlar, çocuğun din ve vicdan hürriyeti bakımından da önemli sonuçlar doğurmaktadır.⁹ Esasen bu “bıçak sırtı” konuda, Danıştay’ın; “laiklik ilkesi”, “din ve vicdan hürriyeti”, “eğitim ve öğrenim hakkı”, “takdir yetkisi” ve “kamu yararı” ekseninde yaptığı mufassal tahlil neticesinde; başörtüsü serbestisi getiren Yönetmelik hükmünü oyçokluğuyla hukuka uygun bulduğu gözlemlenmektedir. Diğer yandan, yine anılan Yönetmelik ile öğrencilerin vücuda dövme ve makyaj yapamayacağı, pirsing takamayacağı gibi hususlarda getirilen kısıtlayıcı kuralların da; öğrencilerin belli bir düzen ve disiplin içinde eğitim hizmetinden faydalanabilmesi açısından, Danıştay tarafından, “kamu yararı ve hizmet gerekleri”ne uygun bulunduğu müşahede edilmektedir.¹⁰ Bu kategorideki diğer kararlarda da, çocuğun eğitim ve öğrenim hakkının çeşitli boyutlarını ilgilendiren bazı mühim saptamalara rastlanmaktadır.

Diğer yandan, üçüncü kategoride yer alan Danıştay kararlarında ise; çocuk haklarını ilgilendiren, yargılama usulü bağlamındaki iki genel yaklaşımın önem arz ettiği anlaşılmaktadır. Bunlardan birincisi, Türkiye Barolar Birliği’nin, “çocuk hakları”nı ilgilendiren düzenleyici idari işlemlere karşı iptal davası açmaya ehliyetli olmadığını ve bu tür davaların ehliyet yönünden reddine hükmedilmesi gerektiğini ortaya koyan Danıştay kararlarıdır. Gerçekten, “Millî Eğitim Bakanlığı Eğitim Kurumları Sosyal Etkinlikler Yönetmeliği”¹¹ ve “Özel Öğrenci

9 Bkz. II.6 ve II.7 sıra numaralı karar.

10 Bkz. II.7 sıra numaralı karar.

11 Bkz. III.12 sıra numaralı karar.

Barınma Hizmetleri Yönetmeliği”nin¹² iptali istemiyle, Türkiye Barolar Birliği tarafından açılmış olan iki davada da, Danıştay; söz konusu düzenlemelerin avukatlık mesleği ve Türkiye Barolar Birliği’nin görev alanı ile ilgisi bulunmadığını; dolayısıyla, davacı Türkiye Barolar Birliği ile dava konusu Yönetmelik hükümleri arasında güncel, kişisel ve meşru bir menfaat ilişkisinin kurulamayacağından bahisle davanın ehliyet yönünden reddi gerektiğini vurgulamaktadır.

Oysa, “karşı oy”da da belirtildiği gibi; barolar ve Türkiye Barolar Birliği, diğer kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ve üst kuruluşlarından farklı olarak, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu uyarınca, hukukun üstünlüğünü, insan haklarını korumak ve savunmak işlevine de sahiptir. İlaveten, davada ileri sürülen hukuka aykırılık nedenleri de dikkate alındığında, iptal davasında aranan subjektif ehliyet koşulu, “karşı oy”daki gibi geniş yorumlanarak; Türkiye Barolar Birliği’nin, dava konusu düzenleyici idari işlemlerin iptalini istemekte güncel, kişisel ve meşru menfaat ihlali şartının gerçekleştiği sonucuna ulaşılması pekâlâ mümkündür. Hâl böyle olunca, aksi yöndeki kararın eleştiriye açık olduğu belirtilmeden geçilmemelidir.

Ayrıca, üçüncü kategoride yer alan ve yargılama usulüne ilişkin olan bir diğer kararın ise; “koruyucu aile statüsünün iptali”ne ilişkin idari işlemin iptali istemiyle açılan davada görevli yargı kolu meselesi hakkında verildiği görülmektedir. Meselenin özü, anılan davanın, idare mahkemesinin mi, yoksa aile mahkemesinin mi görev alanına dâhil olduğu noktasında temerküz etmektedir. Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu’nun, söz konusu davanın idari yargının değil, adli yargının görev alanına girdiğini ve aile mahkemeleri tarafından karara bağlanması gerektiğini belirttiği kararındaki gerekçeler eleştiriye açık olup; “karşı oy”da izlenen argümantasyon, “idari rejim” bakımından dikkate değer görünmektedir.¹³

Öte yandan, seçkinin dördüncü kategorisinde ise, çocuk istismarının önlenmesi ile çocuğun yayın ve internet ortamında korunmasına ilişkin önemli kararlar yer almaktadır. Bu yöndeki Danıştay kararları içerisinde; “çocuk istismarı”nın, sadece “cinsel istismar”dan ibaret olmadığını ve “istismar” kavramının geniş yorumlandığını gösteren bir 13. Daire kararı, göze çarpmaktadır.¹⁴ Çocuk hukuku bakımından önemli ve

12 Bkz. III.13 sıra numaralı karar.

13 Bkz. III.14 sıra numaralı karar.

14 Bkz. IV.15 sıra numaralı karar.

ilgi çekici nitelikteki bu kararda, özetle, çocuğun reyting malzemesi olarak kullanılamayacağı ortaya konulmuş olmaktadır. Öbür taraftan, Danıştay 10. Dairesi'nin, çok yakın bir tarihte, "Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlardan Hükümlü Olanlara Uygulanacak Tedavi ve Diğer Yükümlülükler Hakkında Yönetmelik" in bazı hükümlerine ilişkin olarak vermiş olduğu karar; 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 103. maddesinde tanımlanan "*çocukların cinsel istismarı*" suçundan dolayı hapis cezasına mahkûm olanları da ilgilendirmesi hasebiyle, çocuk hukuku bakımından ehemmiyet arz eden sonuçlar doğurmaktadır.¹⁵ Ayrıca, dördüncü kategoride yer alan diğer kararlarda, Danıştay'ın, genel olarak, çocuğu koruyucu bir yargısal tavır sergilediği gözlemlenmektedir.

Beşinci kategoride, "çocuğun anne ve babasıyla doğrudan kişisel ilişki kurma hakkına ilişkin Danıştay kararları" başlığı altında toplanan kararlar ise; esasen, kamu görevlisi statüsünde bulunan anne ve babanın naklen atanma(ma)sına müteallik idari işlemlerden doğan iptal davaları ile yabancılar hukuku bağlamında tesis edilen ve Türkiye'ye giriş yasağı konulması gibi muhtelif işlemlerden kaynaklanan iptal davalarına ilişkindir. Bu kararlar içerisinde; bilhassa, öğretmen olan ebeveynin, çocuğun öğrenim durumu nedeniyle "aile birliği" mazeretine istinaden naklen atanmasına cevaz vermeyen kararda, Danıştay tetkik hâkimi ve Danıştay savcısının aksi yöndeki düşünceleri dikkat çekicidir.¹⁶ Öte yandan, bu kategoride yer verilen kararların seçiminde; kararda, genel olarak "çocuk hakları" ile irtibatlandırma yapılabilecek ifadelerin bulunmasının yeterli görüldüğü, ayrıca ve açıkça çocuk bağlamında somut bir değerlendirme yapıp yapılmadığının aranmadığı özellikle vurgulanmalıdır.

Buraya kadar açıklanan kategorilerden hiçbirine tam olarak uymayan iki karara ise, mecburen, "torba" nitelikteki altıncı kategoride yer verilmesi zarureti hâsıl olmaktadır. "Çocuk haklarına ilişkin diğer Danıştay kararları" başlığıyla ifade edilen bu genel kısımda; ilk olarak, daha evvel hakkında korunma kararı alınmış olan davacının, 2828 sayılı Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Kanunu'nun ek 1. maddesi uyarınca kamu kurum ve kuruluşlarında işe yerleştirme talebinin reddine ilişkin işlemin iptali istemiyle açtığı davanın karar düzeltme aşamasında verilen bir Danıştay kararı mevcuttur.¹⁷ Karardaki hukuki değerlendirme, konuyla

15 Bkz. IV.18 sıra numaralı karar.

16 Bkz. V.20 sıra numaralı karar.

17 Bkz. VI.29 sıra numaralı karar.

ilgili önemli noktalara temas etmektedir. “Torba” kategoride, ikinci olarak ise, anne karnında iken vefat eden bebeğin, bu nedenle hukuk âleminde kişilik kazanmadığına ve ceninin hak ehliyeti bulunmadığına yönelik, aslında hukuken “malumun ilamı” sayılabilecek bir saptama içeren Danıştay kararına yer verilmektedir.¹⁸ Böylece, derlemenin, “çocuk hakları”nı doğrudan veya dolaylı biçimde ilgilendiren Danıştay kararlarına ilişkin ilk altı kategorisi tamamlanmaktadır.

Nihayet, seçkinin yedinci (son) kategorisinde ise; çocuğun sağlık hakkına ilişkin Bölge İdare Mahkemesi ve İdare Mahkemesi kararlarına yer verilmektedir. Bu bağlamda, ilkin, engelli çocuğa evde bakım hizmeti sunulması hakkında verilen ve istinaf aşamasından da geçerek kesinleşen iptal kararında değinilen gerekçeler son derece önemlidir. Davacının ağır engelli kızına evde bakım hizmeti sunulması kapsamında bakıcı verilmesi talebiyle yapılan idari başvurunun reddine ilişkin işlemin iptali istemiyle açılan davada, Ankara 9. İdare Mahkemesi tarafından verilen iptal kararında; “sosyal devlet ilkesi”ne yapılan vurgu ve engelli çocuğa ikametgâhında evde bakım hizmeti verilebileceği, söz konusu çocuğun ailesi yanında evde bakımının öncelikli olduğu yolundaki değerlendirme dikkate şayandır.¹⁹ Üstelik, bu karara karşı yapılan istinaf başvurusunun, Ankara Bölge İdare Mahkemesi 11. İdari Dava Dairesi tarafından reddedilmiş olması; aynı kanaatin istinaf merciinde de karşılık bulduğunu göstermektedir.²⁰

Keza, “SMA”²¹ hastası bebeğin tedavisi için ihtiyaç duyulan pahalı ilacın yurt dışından tedariki ve kullanımı istemiyle yapılan idari başvurunun zımnen reddine ilişkin işleme karşı açılan iptal davasında, Ankara 11. İdare Mahkemesi’nce verilen yürütmenin durdurulması kararı da büyük bir önem arz etmektedir.²² Çok kısa bir süre önce verilen bu kararda; “yürütmenin durdurulması” kararı verilebilmesi için öngörülen kümülatif koşulların ne şekilde gerçekleştiğinin, oldukça doyurucu biçimde izah edildiği; özellikle de, dava konusu işlemin uygulanması hâlinde doğacak olan “telafisi güç veya imkânsız zararlar”ın çarpıcı biçimde tecessüm ettirildiği gözlemlenmektedir. Üstelik, anılan yürütmenin durdurulması kararına karşı yapılan itirazın, Ankara Bölge

18 Bkz. VI.30 sıra numaralı karar.

19 Bkz. VII.32 sıra numaralı karar.

20 Bkz. VII.31 sıra numaralı karar.

21 Bir kas hastalığı türü olan “SMA”nın açılımı şöyledir: *Spinal Musküler Atrofi*.

22 Bkz. VII.34 sıra numaralı karar.

İdare Mahkemesi 7. İdari Dava Dairesi tarafından reddedilmiş olması; aynı yaklaşımın bölge idare mahkemesince de benimsendiğini gözler önüne sermektedir.²³ “Yürütmenin durdurulması” müessesesinin, çocuğun sağlık hakkının gerçekleştirilmesi bağlamında ne denli kritik bir öneme sahip olduğunun güzel bir örneği olan bu kararlar; kanaatimizce, idari yargılama hukuku enstrümanlarının, *çocuğun yüksek/üstün yararının* yaşama geçirilmesinde son derece işlevsel bir rol üstlenebileceğini de hatırlatmaktadır.

Dr. Serdar YILMAZ

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
İdare Hukuku Anabilim Dalı
serdar.yilmaz@law.ankara.edu.tr

²³ Bkz. VII.33 sıra numaralı karar.

Suça Sürüklenen Çocuğun Kamu Hizmetlerine Girme Hakkı ile Çalışma ve Sözleşme Özgürlüğüne İlişkin Kararlar

-
- *Karar No I.1: Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu
E. 2018/4265 K. 2019/4012*
 - *Karar No I.2: Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu
E. 2018/1379 K. 2019/6314*
 - *Karar No I.3: Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu
E. 2017/2396 K. 2019/4011*
 - *Karar No I.4: Danıştay 8. Daire E. 2019/3389 K. 2019/6351*
 - *Karar No I.5: Danıştay 12. Daire E. 2019/3372 K. 2019/9303*
-

DANIŞTAY İDARİ DAVA DAİRELERİ KURULU

E. 2018/4265

K. 2019/4012

KARAR DÜZELTME İSTEMİNDE BULUNAN (DAVACI) :

VEKİLİ :

KARŞI TARAF (DAVALI): Milli Savunma Bakanlığı- ANKARA

VEKİLİ :

İSTEMİN KONUSU: Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunca verilen, Ankara 8. İdare Mahkemesinin 20/04/2016 tarih ve E:2016/1651, K:2016/1032 sayılı ısrar kararının onanmasına ilişkin 25/04/2018 tarih ve E:2016/3892, K:2018/1966 sayılı karara karşı, davacı karar düzeltme isteminde bulunmaktadır.

YARGILAMA SÜRECİ

Dava konusu istem: 2011 yılı 1. dönem uzman erbaş temini faaliyeti kapsamında Kara Kuvvetleri Komutanlığınca açılan uzman erbaş sınavını kazanan davacının Uzman Erbaş Yönetmeliği'nin uzman erbaş olarak alınacaklarda aranacak şartları düzenleyen 6. maddesinde belirtilen şartları taşımadığı gerekçesiyle işlemlerinin iptal edilmesine ilişkin 13/02/2012 günlü işlemin iptali ile yoksun kaldığı özlük haklarının ödenmesine karar verilmesi istenilmiştir.

İlk Derece Mahkemesi kararının özeti: Ankara 8. İdare Mahkemesi'nin 19/12/2013 tarih ve E:2012/682, K:2013/1800 sayılı kararıyla; Uzman Erbaş Yönetmeliği'nde, "taksirli suçlar hariç olmak üzere, affa veya zamanaşımına uğramış yahut para cezasına çevrilmiş ya da ertelenmiş ve adli sicilden çıkarılmış olsa dahi, bir cürümden hükümlü bulunmamak" uzman erbaş olarak alınacaklarda aranacak şartlar arasında sayıldığı, davacı hakkında Amasya 1. Asliye Ceza Mahkemesi'nin 25/12/2003 tarih ve E:2003/325, K:2003/113

sayılı kararı ile Türk Ceza Kanunu'nun 283/1 maddesi uyarınca 3 gün hapis cezası ile cezalandırılmasına, hapis cezasının 34.671.000-TL ağır para cezasına çevrilerek cezanın teciline karar verildiğinin anlaşıldığı; bu durumda, Yönetmelikte aranan şartları haiz olmadığı anlaşıldığından, anılan gerekçelerle atamaya ilişkin işlemlerinin iptal edilmesine yönelik dava konusu işlemde hukuka aykırılık görülmediği gerekçesiyle, davanın reddine karar verilmiştir.

Daire kararının özeti: Danıştay Onikinci Dairesi'nin karar düzeltme aşamasında verdiği 02/12/2015 tarih ve E:2015/4837, K:2015/6384 sayılı kararla; 2011 yılı 1. dönem uzman erbaş temini faaliyeti kapsamında Kara Kuvvetleri Komutanlığınca açılan uzman erbaş sınavını kazanan davacı hakkında verilen Amasya 1. Asliye Ceza Mahkemesi'nin 25/12/2003 tarih ve E:2003/325, K:2003/113 sayılı kesinleşmiş kararı nedeniyle, davacının Uzman Erbaş Yönetmeliği'nin uzman erbaş olarak alınacaklarda aranacak şartları düzenleyen 6. maddesinde belirtilen şartları taşımadığı gerekçesiyle işlemlerinin iptal edilmesine karar verildiği; Türk Ceza Kanununun 283. maddesi gereğince cezalandırılması istemiyle davacı hakkında açılan kamu davasında, Amasya 1. Asliye Ceza Mahkemesince TCK'nın 283/1 maddesi uyarınca indirimler uygulandıktan sonra sanığın 3 gün hapis cezası ile cezalandırılmasına, hapis cezasının 34.671.000-TL ağır para cezasına çevrilerek cezanın teciline karar verildiği görülmekte ise de, davacıya isnat edilen fiili işlediği tarih itibarıyla 16 yaşında olduğu, işlediği suç tasnii fiilini babasına karşı işlediği, ceza mahkemesindeki savunmasında suçlamayı kabul ettiği, pişman olduğunu söylediği, davacının babasının ceza mahkemesinde verdiği ifadesinde oğlundan şikayetçi olmadığını beyan ettiği, davacıya isnat edilen eylemin, yapacağı kamu görevinin niteliğine aykırı olmadığı; bu duruma göre, davacının güvenlik soruşturmasının olumsuz sonuçlandığından söz edilemeyeceğinden, atama şartlarını taşımadığından bahisle atamasının yapılmamasına ilişkin dava konusu işlemde hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle Ankara 8. İdare Mahkemesi'nin 19/12/2013 tarih ve E:2012/682, K:2013/1800 sayılı kararı bozulmuştur.

İlk Derece Mahkemesi ısrar kararının özeti: Ankara 8. İdare Mahkemesi'nin 20/04/2016 tarih ve E:2016/1651, K:2016/1032 sayılı kararıyla, davanın reddi yolundaki ilk kararda ısrar edilmiştir.

Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu kararının özeti: Davacının temyiz başvurusu üzerine Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunun 25/04/2018 tarih ve E:2016/3892, K:2018/1966 sayılı kararıyla temyize konu ısrar kararı hukuk ve usule uygun bulunmuş ve kararın onanmasına karar verilmiştir.

KARAR DÜZELTME TALEP EDENİN İDDİALARI : Davacı tarafından, suç tarihi itibarıyla yaşının 16 olduğu ve mevzuata göre çocuk olarak kabul edildiği, bu sebeple dava konusu işlemin gerek iç gerekse uluslararası hukuk yönünden kabul edilemeyeceği, zira 09/12/1994 tarih ve 4058 sayılı Kanun ile onaylanan Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'nin 40. maddesi ile 5352 sayılı Adli Sicil Kanunu'nun 10. maddesinin 3. fıkrası uyarınca çocuk olduğu döneme ilişkin sabıka kayıtlarına dayanılarak tesis edilen işlemin açıkça hukuka aykırı olduğu ileri sürülerek davanın reddi yolundaki ısrar kararının onanmasına dair kararın düzeltilmesi talep edilmektedir.

SAVUNMANIN ÖZETİ: Karar düzeltme isteminin reddi gerektiği savunulmaktadır.

DANIŞTAY TETKİK HAKİMİ ... DÜŞÜNCESİ: Olayda, davacının atama şartlarını taşımadığından bahisle idarece işlemlerinin iptaline karar verilmiş ise de, atama şartlarını taşımadığı yönündeki tespite esas olan bilgi ve belgeler, 4045 sayılı Kanun çerçevesinde yapılan güvenlik soruşturması sonucunda idareye verildiğinden, 4045 sayılı Kanun'un 1. maddesi olaya uygulanacak hukuk kuralı niteliğindedir.

Anılan Kanun hükmü bakımından, Anayasa Mahkemesinin 27/02/2019 tarih ve 2014/7256 başvuru numaralı "Fatih Saraman" ve 29/05/2019 tarih ve 2014/15365 başvuru numaralı "Turgut Duman" kararlarında:

"Öncelikle belirtilmesi gerekir ki, temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasına ilişkin kanunların şeklen var olması yeterli değildir. Kanunilik ölçütü aynı zamanda maddi bir içeriği de gerektirmekte olup bu noktada kanunun niteliği önem kazanmaktadır. Kanunla sınırlama ölçütü sınırlamanın erişilebilirliğini, öngörülebilirliğini ve kesinliğini ifade etmekte; böylece uygulayıcının keyfî davranışlarının önüne geçtiği gibi kişinin hukuku bilmesine de yardımcı olmakta; bu yönüyle hukuk güvenliği teminatı sağlamaktadır.

Kanunun bu gerekliliklere uygun olduğunun söylenebilmesi için, ilgili

normun keyfiliğe karşı uygun bir koruma sağlaması, yetkili makamlara verilen yetkinin genişliğini ve icra edilme biçimlerini yeterli bir netlikte tanımlaması gerekmektedir.

Bununla birlikte, ilgili kanuni düzenlemenin söz konusu sınırlamaya ilişkin temel çerçeveyi ortaya koymakla birlikte özellikle uygulama koşulları ve usule ilişkin ayrıntıları düzenleyici işlemlere bırakması mümkündür. Ancak bu ihtimalde de söz konusu düzenleyici işlemin yine muhataplarınca ulaşılabilir olması ve içeriği hakkında ilgilileri yeterince aydınlatacak nitelik ve açıklıkta olması gerekmektedir.

Belirli kamu görevlerinde çalıştırılacak personel hakkında uygulanan güvenlik soruşturması ve arşiv araştırmasının kanuni dayanağı 4045 sayılı Kanundur. 4045 sayılı Kanunda güvenlik soruşturması ve arşiv araştırmasının kamu kurum ve kuruluşlarında yetkili olmayan kişilerin bilgi sahibi olmaları hâlinde devlet güvenliğinin, ulusal varlığın ve bütünlüğün, iç ve dış menfaatlerin zarar görebileceği veya tehlikeye düşebileceği bilgi ve belgelerin bulunduğu gizlilik dereceli birimler ile askerî teşkilatlarda, emniyet ve istihbarat teşkilatlarında çalıştırılacak kamu personeli, ceza infaz kurumları ve tutukevlerinde çalışacak personel hakkında yapılacağı düzenlenmiştir.

Kamu görevlilerinin sadakat, tarafsızlık ve devlete bağlılık yükümlülüğü çerçevesinde devleti temsil eden ve millî güvenlik bakımından hassasiyet içeren bazı kamu görevlerine atanacak kişiler bakımından daha sıkı nitelikler aranması ve birtakım sınırlamaların getirilmesi doğaldır. Bu şekilde aranan nitelikler ve kanunlarda öngörülen kısıtlamalar, kamu hizmetinin etkin ve sağlıklı bir biçimde yürütülmesi amacına yöneliktir.

Dolayısıyla idarenin millî güvenlik açısından önem arz eden kadrolara atanacak kişilerin tabi olacağı güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması konusunda kanunla temel çerçeveyi ortaya koyan kurallar getirmesi elbette mümkündür. Bu çerçevenin kanunla belirlenmesinden sonra uygulama koşulları ve usule ilişkin ayrıntılar düzenleyici işlemlerle belirlenebilir. Üstelik millî güvenlik ile ilgili alanlarda çalışacak personelin seçimi ve kontrolü bakımından konuyu düzenleyen kanunda aranacak öngörülebilirlik koşulunun diğer alanlardakilere göre daha esnek olacağı da söylenebilir. Ancak yine de bu alanda düzenleme getiren kanun ile diğer alt mevzuatın kişilere, kamu makamlarına hangi koşullarda ve hangi sınırlar içinde bu tür gizli tedbirler uygulama ve potansiyel olarak özel hayatın gizliliğine yönelik müdahalelerde

bulunma yetkisi verildiğini yeterince açık olarak gösterecek ve olası kötüye kullanmalara karşı yeterli güvence sağlayacak şekilde kaleme alınmış olması gerekir.

4045 sayılı Kanun'un güvenlik soruşturmasına ve arşiv araştırmasına konu edilecek bilgi ve belgelerin neler olduğu, bu bilgilerin nerelerden elde edileceği ve ne suretle ve ne kadar süre ile saklanacağı, kişilerin söz konusu bilgilere itiraz etme olanağı olup olmadığı, bilgilerin bir müddet sonra silinmesinin mümkün olup olmadığı veya silinmesine dair izlenecek usulün ne olduğu, gizlilik dereceli kamu personeli ile meslek gruplarının tespiti, güvenlik soruşturmasının ve arşiv araştırmasının usul ve esasları ile bunu yapacak mercilerin kimler olduğu ile ilgili hiçbir düzenleme getirmedeği görülmektedir. Bunun yanı sıra kanunlarda, kesinleşmiş ceza mahkumiyetlerine dair ilk olarak akla gelmesi ve uygulanması gereken kanun olan 5352 sayılı Kanun'a atıf içeren bir düzenlemenin bulunmadığı, bireyleri keyfiliğe karşı koruyucu hiçbir hükme yer verilmediği anlaşılmaktadır. Aynı şekilde Güvenlik Soruşturması ve Arşiv Araştırması Yönetmeliğinin de elde edilen bilgilerin saklanma süreleri, bilgilerin bir müddet sonra silinmesinin mümkün olup olmadığı veya silinmesine dair izlenecek usulün ne olduğu, kişilerin söz konusu bilgilere itiraz etme olanağı olup olmadığı hususlarını düzenlemediği, bireylerin özel hayatına saygı hakkının güvencelerini sağlayacak hükümlerden yoksun olduğu anlaşılmaktadır."

İfadelerine yer verilmek suretiyle, güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması yapılmasının özel hayata saygı hakkına müdahale teşkil ettiği, temel ve hak ve özgürlükler bakımından sınırlama yapılırken kanunilik ilkesine riayet edilmesi gerektiği, bu konunun kanuni dayanağı olan 4045 sayılı Kanun'un 1. maddesinin temel hakkı kısıtlama konusunda kanunilik kriteri bakımından gerekli şartları taşımadığı ortaya konulmaktadır.

Bu durumda, Anayasa Mahkemesinin anılan kararları uyarınca idarelerce yapılacak tüm güvenlik soruşturmaları ve arşiv araştırmaları bakımından temel hak ihlali gündeme gelecektir ki bu durumun uygulama bakımından çok ciddi sorunlar doğuracağı tabiidir.

Açıklanan nedenle, Anayasa'nın 152. maddesi uyarınca 4045 sayılı Kanun'un 1. maddesinin iptali için Anayasa Mahkemesine başvurulması ve başvuru üzerine verilecek karara göre karar düzeltme istemi hakkında karar verilmesi gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Karar veren Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunca, davacının karar düzeltme dilekçesinde öne sürdüğü hususlar, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun Geçici 8. maddesi uyarınca uygulanmasına devam edilen 3622 sayılı Kanun ile değişik 54. maddesi hükmüne uygun bulunduğundan, karar düzeltme isteminin kabulü ile Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunca verilen 25/04/2018 tarih ve E:2016/3892, K:2018/1966 sayılı onama kararı kaldırılarak, Ankara 8. İdare Mahkemesinin 20/04/2016 tarih ve E:2016/1651, K:2016/1032 sayılı ısrar kararına yönelik davacının temyiz istemi yeniden incelendi, gereği görüldü:

İNCELEME VE GEREKÇE:

MADDİ OLAY :

07/09/2003 tarihinde "suç tasnii" suçunu işlediği isnadına bağlı olarak 28/02/1987 doğumlu davacı hakkında, Amasya 1. Asliye Ceza Mahkemesi nezdinde dava açılmıştır. Yargılama sonucunda; Amasya 1. Asliye Ceza Mahkemesi'nin 25/12/2003 tarih ve E:2003/325, K:2003/113 sayılı kararıyla, davacının mülga 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun "Suç Tasnii Ve Resmî Mercileri İğfal" başlıklı 283. maddesinin 1. fıkrası uyarınca indirim sebepleri göz önünde bulundurularak 3 gün hapis cezası ile cezalandırılmasına, hapis cezasının ağır para cezasına çevrilmesine ve cezanın teciline karar verilmiştir.

Daha sonra, 2011 yılı 1. dönem uzman erbaş temini faaliyeti kapsamında Kara Kuvvetleri Komutanlığınca açılan uzman erbaş sınavını kazanan davacı hakkında yapılan güvenlik soruşturması sonucunda, hakkında Amasya 1. Asliye Ceza Mahkemesi'nin 25/12/2003 tarih ve E:2003/325, K:2003/113 sayılı kararı ile verilmiş mahkumiyet hükmü bulunduğu tespit edildiği, bu nedenle, davacının Uzman Erbaş Yönetmeliği'nin uzman erbaş olarak alınacaklarda aranacak şartları düzenleyen 6. maddesinde belirtilen şartları taşımadığı gerekçesiyle işlemlerinin iptal edilmesine karar verilmiştir.

Bunun üzerine, temyizen incelenen dava açılmıştır.

İLGİLİ MEVZUAT :

5352 sayılı Adli Sicil Kanunu'nun 6. maddesinde: "Kamu davasının açılmasının ertelenmesine ve hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin kararlar, ancak bir soruşturma veya kovuşturmayla bağlantılı olarak mahkeme,

hâkim, askerî hâkim, Cumhuriyet Başsavcılığı veya askerî savcılık tarafından istenmesi halinde verilmek üzere kaydedilir.” hükmü, **aynı Kanun’un 10. maddesinin 3. fıkrasında ise**: “Onsekiz yaşından küçüklerle ilgili adlî sicil ve arşiv kayıtları; ancak soruşturma ve kovuşturma kapsamında değerlendirilmek üzere Cumhuriyet başsavcılıkları, hâkim veya mahkemelerce istenebilir.” hükmü yer almaktadır.

657 sayılı Devlet Memurları Kanunu’nun 48. maddesinde, Devlet memurluğuna alınacaklarda aranılan genel ve özel şartlar belirtilerek, özel şartlar arasında kurumların özel kanun ve diğer mevzuatında aranan şartları taşımak gerektiği hüküm altına alınmıştır.

3269 sayılı Uzman Erbaş Kanunu’nun 19. maddesinde, “Personelde aranacak nitelikler, müracaat şekli ve zamanı, müracaatın kabul edilmesi, sözleşmenin yapılması ve feshedilmesi sebepleri, verilecek sicilin şekil ve usulleri görevde başarısız olma ve kendilerinden istifade edilememe halleri ve bunlara yapılacak işlem şekli, sözleşmenin uzatılmasında uygulanacak esaslar, uzman onbaşlıların uzman çavuş olabilmeleri için gerekli şartlar, astsubay sınıfına geçirilecekler için uygulanacak esaslar, astlık üstlük münasebetleri ile bu hususlardaki işlem şekli ve ilgili diğer hususlar kanunun yürürlüğe girmesini takip eden 6 ay içerisinde Milli Savunma Bakanlığı ve İçişleri Bakanlığınca müştereken çıkarılacak bir yönetmelikte gösterilir.” hükmüne yer verilmiştir.

Uzman Erbaş Yönetmeliği’nin 6. maddesinin işlem tarihinde yürürlükte bulunan halinde de, “Taksirli suçlar hariç olmak üzere; affa veya zamanaşımına uğramış yahut para cezasına çevrilmiş ya da ertelenmiş ve adlî sicilden çıkarılmış olsa dahi, bir cürümden hükümlü bulunmamak,” uzman erbaş olarak alınacaklarda aranacak şartlar arasında sayılmıştır.

4045 sayılı Güvenlik Soruşturması, Bazı Nedenlerle Görevlerine Son Verilen Kamu Personeli ve Kamu Görevine Alınmayanların Haklarının Geri Verilmesine ve 1402 Numaralı Sıkıyönetim Kanununda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun’un 1. maddesinin dava konusu işlem tarihi itibarıyla yürürlükte bulunan halinde; “Güvenlik Soruşturması ve Arşiv Araştırması; ... askeri, emniyet ve istihbarat teşkilatlarında çalıştırılacak kamu personeli ve ceza infaz kurumları ve tutukevlerinde çalışacak personel hakkında yapılır. Devletin güvenliğini, ulusun varlığını ve bütünlüğünü iç ve dış menfaatlerinin zarar görebileceği ve tehlikeye düşebileceği bilgi ve belgeler ile gizlilik dereceli kamu personeli ile meslek gruplarının tespiti

birim ve kısımlarının tanımlarının yapılması güvenlik soruşturmasının ve arşiv araştırmasının usul ve esasları ile bunu yapacak merciler ve üst kademe yöneticilerinin kimler olduğu Bakanlar Kurulu kararı ile yürürlüğe konulacak yönetmelik ile düzenlenir.” hükmü bulunmaktadır.

12/04/2000 tarih ve 24018 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan Güvenlik Soruşturması ve Arşiv Araştırması Yönetmeliği’nin (Yönetmelik) “Kapsam” kenar başlıklı 2. maddesinde: “Bu Yönetmelik; yetkili olmayan kişilerin bilgi sahibi olmaları halinde Devletin güvenliğinin, iç ve dış menfaatlerinin, ulusal varlığın ve bütünlüğün zarar görebileceği veya tehlikeye düşebileceği bilgi ve belgeleri, bunların toplanmasını ve işlemini yürüten bakanlıklar ile kamu kurum ve kuruluşlarının ilgili birim ve kısımlarının belirlenmesini, Türk Silahlı Kuvvetlerinde, emniyet ve istihbarat teşkilatlarında, ceza infaz kurumları ve tutukevlerinde çalışacak personeli, ayrıca bakanlıklar ile kamu kurum ve kuruluşlarının yurtdışı teşkilatlarında sürekli görevlendirilecek bütün personel için yapılacak güvenlik soruşturması ve arşiv araştırmasının esas ve usullerini, bunu yapacak mercileri, hakkında güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması yapılacak gizlilik dereceli yerlerde çalışan kamu personeli ile meslek grupları ve üst kademe yöneticilerini kapsar.” kuralına, **Yönetmelik’in “Güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması yapacak makamlar” kenar başlıklı 7. maddesinde:** “Güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması, Milli İstihbarat Teşkilatı Müsteşarlığı, Emniyet Genel Müdürlüğü ve mahalli mülki idare amirlikleri tarafından yapılır. İçişleri Bakanlığı Kaçakçılık İstihbarat Harekat ve Bilgi Toplama Dairesi Başkanlığındaki bilgi kayıtları ile Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğündeki adli sicil kaydı, talepleri üzerine, güvenlik soruşturması ve arşiv araştırmasını yapacak makamlar ile Türk Silahlı Kuvvetlerinin ilgili birimlerine verilir.” kuralına, **Yönetmelik’in “Hakkında güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması yapılacak personel” kenar başlıklı 8. maddesinde:** “Güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması; gizlilik dereceli birim ve kısımlar ile askeri, emniyet, istihbarat teşkilatlarında ve ceza infaz kurumları ve tutukevlerinde çalıştırılacak personel hakkında yapılır. Emniyet Genel Müdürlüğü ve mahalli mülki idare amirlikleri, güvenlik soruşturması ve arşiv araştırmasını; bakanlıklar, kamu kurum ve kuruluşlarının gizlilik dereceli birim ve kısımları ile yurtdışı teşkilatında ve askeri, emniyet, istihbarat teşkilatlarında ve ceza infaz kurumu ve tutukevlerinde çalıştırılacak personel hakkında yapar.” kuralına yer verilmiştir.

Aynı Yönetmeliğin “Türk Silahlı Kuvvetlerince Yapılacak Güvenlik Soruşturması ve Arşiv Araştırması” başlıklı 9. maddesinde; “Türk Silahlı Kuvvetlerinin kadro ve kuruluşlarında yer alacak personelin güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması, Türk Silahlı Kuvvetlerince bu Yönetmeliğe uygun olarak hazırlanacak yönerge uyarınca yapılır.” hükmü yer almıştır.

Yönetmeliğin ‘Güvenlik soruşturması ve arşiv araştırmasında araştırılacak hususlar’ başlıklı 11. maddesinde,

“Güvenlik soruşturması ve arşiv araştırmasında kişinin içinde bulunduğu ortam da dikkate alınarak;

a) Kimlik kontrolü, kimlik kayıtlarının doğruluk derecesi, uyrukluğu, geçmişte yabancı bir devletin uyrukluğuna girip girmediği,

b) Kolluk kuvvetleri tarafından halen aranıp aranmadığı, kolluk kuvvetlerinin ve istihbarat ünitelerinin arşivlerinde bilgiler bulunup bulunmadığı, adli sicil kaydının ve hakkında bir tahdidin olup olmadığı,

c) Yıkıcı faaliyetlerde bulunup bulunmadığı ve 5816 sayılı Atatürk Aleyhine İşlenen Suçlar Hakkında Kanuna ve Atatürk ilke ve inkılaplarına aykırı davranıp davranmadığı,

d) Şeref ve haysiyetini ihlal edecek ve görevine yansıyacak şekilde kumara, uyuşturucuya, içkiye, paraya ve aşırı bir şekilde menfaatine düşkün olup olmadığı, ahlak ve adaba aykırı davranıp davranmadığı,

e) Yabancılarla, özellikle hasım ve hasım olması muhtemel Devlet mensupları ve temsilcileriyle ilgi derecesinin iç yüzü ve nedeni,

f) Sır saklama yeteneğinin olup olmadığı,

araştırılır.” kuralına,

‘Güvenlik Soruşturması ve Arşiv Araştırmasında İzlenecek Yöntem’ başlıklı 12. maddesinde de;

“ ...

c) Güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması yapılması isteminin ilgili makama ulaşmasından itibaren arşiv araştırması sonuçları en geç 30 gün, güvenlik soruşturması sonuçları en geç 60 gün içinde cevaplandırılır.

Soruşturma ve araştırma sonucunu içeren bilgi ve belgeler ilgilinin güvenlik makamlarındaki dosyasında asgari 'gizli' gizlilik derecesinde saklanır.

d) Güvenlik soruşturması ve arşiv araştırmasını isteyen makama, kişi hakkında karar vermeye yeterli bilgiler aktarılır.

e) Güvenlik soruşturması ve arşiv araştırmasının nasıl ve ne şekilde yapılacağı, soruşturma ve araştırma yapmaya yetkili makamların görev talimatları ile belirlenir.

f) Mahalli mülki idare amirliklerince yapılmış olan güvenlik soruşturması ve arşiv araştırmasında olumsuz durumu saptananların evrakının bir örneği dosya açılmak üzere Emniyet Genel Müdürlüğüne gönderilir.

g) Güvenlik soruşturması ve arşiv araştırmasında olumsuz durumu saptananlarla ilgili bilgiler Milli İstihbarat Teşkilatı Müsteşarlığı ve Emniyet Genel Müdürlüğüne karşılıklı olarak birbirlerine aktarılır..

.. " kuralına yer verilmiştir.

HUKUKİ DEĞERLENDİRME:

Somut olayda davacı hakkında yapılan güvenlik soruşturması neticesinde elde edilen bilgilerden hareketle, on sekiz yaşından küçükken işlediği suçun kayıtlarına dayanılarak, Uzman Erbaş Yönetmeliği'nin uzman erbaş olarak alınacaklarda aranacak şartları düzenleyen 6. maddesinde belirtilen şartları taşımadığı gerekçesiyle işlemlerinin iptaline karar verildiği anlaşılmaktadır.

Belirli kamu görevlerinde çalıştırılacak personel hakkında uygulanan güvenlik soruşturması ve arşiv araştırmasının kanuni dayanağı 4045 sayılı Kanun'dur. 4045 sayılı Kanun'un dava konusu işlem tarihi itibarıyla yürürlükte bulunan halinde, güvenlik soruşturması ve arşiv araştırmasının; kamu kurum ve kuruluşlarında yetkili olmayan kişilerin bilgi sahibi olmaları hâlinde devlet güvenliğinin, ulusal varlığın ve bütünlüğün, iç ve dış menfaatlerin zarar görebileceği veya tehlikeye düşebileceği bilgi ve belgelerin bulunduğu gizlilik dereceli birimler ile askerî teşkilatlarda, emniyet ve istihbarat teşkilatlarında çalıştırılacak kamu personeli, ceza infaz kurumları ve tutukevlerinde çalışacak personel hakkında yapılacağı düzenlenmiştir.

Kamu görevlilerinin sadakat, tarafsızlık ve devlete bağlılık yükümlülüğü çerçevesinde devleti temsil eden ve millî güvenlik bakımından hassasiyet

içeren bazı kamu görevlerine atanacak kişiler bakımından daha sıkı nitelikler aranması ve birtakım sınırlamaların getirilmesi doğaldır. Bu şekilde aranan nitelikler ve kanunlarda öngörülen kısıtlamalar, kamu hizmetinin etkin ve sağlıklı bir biçimde yürütülmesi amacına yöneliktir.

Dolayısıyla idarenin millî güvenlik açısından önem arz eden kadrolara atanacak kişilerin tabi olacağı güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması konusunda kanunla temel çerçeveyi ortaya koyan kurallar getirmesi mümkündür.

Ancak, bu alanda yapılan düzenlemelerin diğer kanuni düzenlemelerle gelişmemesi ve diğer düzenlemelerde gözetilen amaçları ortadan kaldırır nitelikte de olmaması gerekmektedir.

Bu bağlamda, 4045 sayılı Kanun'un 1. maddesinin işlem tarihindeki halî incelendiğinde; maddede, kişilerin geçmiş ceza mahkûmiyetlerine ilişkin kayıtlar bakımından hangi suçların kamu görevine girmeye engel olacağı ve on sekiz yaşından küçükken işlenen suçlara dair kayıtların güvenlik soruşturmasının olumsuz sonuçlanmasına sebep olup olmayacağı konusunda hiçbir belirleme yapılmadığı, suçlar arasında herhangi bir ayırım ve derecelendirme öngörülmediği, aynı şekilde tecil ya da hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına konu kararların güvenlik soruşturmasının olumsuz sonuçlandırılmasının bir sebebi olup olmayacağı hususunda herhangi düzenlemeye yer verilmediği anlaşılmaktadır.

Öte yandan, Anayasa'nın 10., 41., 58., 61. ve 141. maddelerinde; devletin çocukların korunması, topluma kazandırılması ve yargılanmalarının özel kurallara tabi tutulması konularında gerekli tedbirleri alacağı, teşkilat ve tesisleri kuracağı belirtilmek suretiyle bazı pozitif yükümlülükler öngörülmüştür.

Devletin çocukların korunması ile ilgili bahsedilen pozitif yükümlülükleri kapsamında hukukumuzda bazı kanuni düzenlemelere yer verildiği görülmektedir. Bunlardan biri de çocukların işledikleri bir suç nedeniyle kamu görevlerinden sürekli olarak yasaklanamayacaklarını öngören kanuni düzenlemedir. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 53. maddesinde, kasten işlediği bir suçtan dolayı hapis cezasına mahkum olmuş ve fiili işlediği sırada on sekiz yaşını doldurmamış olanların sürekli bir kamu görevini üstlenmekten mahrum bırakılmayacakları ifade edilmiştir.

Aynı şekilde 5352 sayılı Kanun'un 10. maddesinin 3. fıkrasında on sekiz yaşından küçüklerle ilgili adli sicil ve arşiv kayıtlarının ancak soruşturma ve kovuşturma kapsamında değerlendirilmek üzere Cumhuriyet başsavcılıkları, hakim veya mahkemelerce istenebileceği düzenlenmiştir. Buna göre on sekiz yaşından küçükken işlenen bir suça ait kayıtların idari makamlara bildirilmesi hukuken mümkün değildir.

Nitekim, Anayasa Mahkemesinin 27/02/2019 tarih ve 2014/7256 başvuru numaralı "Fatih Saraman" kararında, on sekiz yaşından küçükken işlenmiş suç hakkında verilen kararın ancak yargı merciilerince istenilebileceği ve başvuru konusu olayda bu bilgiler 5352 sayılı Kanun'un 10. maddesinin 3. fıkrasına aykırı şekilde idari makamlara verildiğinden özel hayata saygı hakkının ihlal edildiğine karar verilmiştir.

Bu açıklamalar ışığında somut olay ele alındığında; davacının on sekiz yaşından küçükken işlediği suça ilişkin kaydın, 5352 sayılı Kanun'un 10. maddesinin 3. fıkrasında yer alan hükme aykırı şekilde idari makamlara verilmiş olduğu anlaşıldığından, anılan Kanun hükmüne aykırı şekilde elde edilen bilgi ve belgelere dayalı olarak yapılan güvenlik soruşturması üzerine davacının atama şartlarını taşımadığından bahisle tesis edilen dava konusu işlemde hukuka uyarlık bulunmadığı sonucuna varılmıştır.

Bu durumda, İdare Mahkemesinin davanın reddine yönelik ısrar kararında hukuki isabet bulunmamaktadır.

KARAR SONUCU:

Açıklanan nedenlerle;

1. Davacının temyiz isteminin kabulüne;

2. Davanın yukarıda özetlenen gerekçeyle reddine ilişkin Ankara 8. İdare Mahkemesinin 20/04/2016 tarih ve E:2016/1651, K:2016/1032 sayılı ısrar kararının **BOZULMASINA**,

3. Yeniden bir karar verilmek üzere dosyanın Ankara 8. İdare Mahkemesine gönderilmesine,

4. 02/10/2019 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

DANIŞTAY İDARİ DAVA DAİRELERİ KURULU

E. 2018/1379

K. 2019/6314

TEMYİZ EDEN (DAVACI) :

KARŞI TARAF (DAVALI) : Bingöl Valiliği- BİNGÖL

İSTEMİN KONUSU : Erzurum 2. İdare Mahkemesinin 14/12/2017 tarih ve E:2017/2857, K:2017/3798 sayılı ısrar kararının temyizen incelenerek bozulması istenilmektedir.

YARGILAMA SÜRECİ :

Dava konusu istem: 5188 sayılı Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanun kapsamında davacıya silahlı özel güvenlik kimlik kartı verilmemesine ilişkin 24/08/2010 tarih ve 589 sayılı Bingöl Emniyet Müdürlüğü işleminin iptali istenilmiştir.

İlk Derece Mahkemesi kararının özeti: Elazığ 2. İdare Mahkemesinin 30/06/2011 tarih ve E:2010/933, K:2011/591 sayılı kararıyla; davacının, hırsızlık suçundan hüküm giydiği ve hakkındaki hükmün kesinleşmiş olduğu, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 146. maddesinde suç olarak düzenlenen eylemi sebebiyle silahlı özel güvenlik görevlisi olamayacak olan davacının talebinin reddine ilişkin işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

Daire kararının özeti: Danıştay Onuncu Dairesinin 18/03/2015 tarih ve E:2011/10739 K:2015/1153 sayılı kararıyla;

5188 sayılı Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanun'un 10. maddesinde, özel güvenlik görevlilerinde aranacak şartların belirlendiği ve maddenin (d) bendinde, "Kasten işlenen bir suçtan dolayı bir yıl veya daha fazla süreyle hapis cezasına ya da affa uğramış olsa bile Devletin güvenliğine karşı işlenen suçlarla, zimmet, irtikap, rüşvet, **hırsızlık**, dolandırıcılık ... suçlarından

mahkum olmamak" şartına yer verildiği,

Dosyanın incelenmesinden; 02/09/1973 doğumlu olan davacının, 27/06/1991 tarihinde onsekiz yaşından küçükken işlediği "kullanma hırsızlığı" suçundan 1 ay 10 gün hapis cezasıyla cezalandırıldığı ve neticeten bu cezasının para cezasına çevrilerek ertelendiği, bu kararın 16/06/1993 tarihinde kesinleştiği, ertelenen mahkumiyet kararının, davacının deneme süresini iyi halle geçirmesi sonucu mülga 765 sayılı Türk Ceza Kanunu uyarınca vaki olmamış sayıldığı,

Bu itibarla davacının durumunun, vaki olmamış sayılan mahkumiyet nedeniyle 5188 sayılı Kanun'un 10. maddesinin (d) bendi kapsamında değerlendirilemeyeceği,

Öte yandan, 5188 sayılı Kanun'un 11. maddesinde belirtilen Valilikçe yapılacak güvenlik soruşturması sonucunun olumlu bulunması gerektiğinden; ertelenen mahkumiyete esas fiilin niteliğinin özel güvenlik hizmeti ile bağdaşmadığı gözetilerek, aynı Kanun'un 11. maddesindeki Valilik yetkisi kapsamında değerlendirilmesi sonucu güvenlik soruşturması olumsuz olarak değerlendirilerek, bu durumun özel güvenlik görevlisi çalışma izni verilmemesi işlemine dayanak alınabileceği,

Ancak, olayda, işlemin dayanağını teşkil eden, davacı hakkındaki mahkumiyet kararına konu hırsızlık suçunun on sekiz yaşından küçükken işlendiği sabit olup; 5352 sayılı Adli Sicil Kanunu'nun 10. maddesinin 3. fıkrası gereği, "Onsekiz yaşından küçüklerle ilgili adli sicil ve arşiv kayıtları; ancak soruşturma ve kovuşturma kapsamında değerlendirilmek üzere Cumhuriyet başsavcılıkları, hâkim veya mahkemelerce" istenebileceğinden; davacının on sekiz yaşından küçükken işlediği herhangi bir suçun idari makamlara bildirilmesinin hukuken mümkün olmadığı, dolayısıyla, idari makamlara bildirilmemesi gereken adli sicil kaydının, idari işlem tesisine dayanak alınmasına da yasal olanak bulunmadığı sonucuna varılarak Elazığ 2. İdare Mahkemesinin 30/06/2011 tarih ve E:2010/933, K:2011/591 sayılı kararının bozulmasına karar verilmiştir.

İlk Derece Mahkemesi ısrar kararının özeti: Danıştay Onuncu Dairesinin bozma kararından sonra Elazığ 2. İdare Mahkemesince verilen 28/09/2017 tarih ve E:2017/634, K:2017/760 sayılı yetki ret kararı üzerine Erzurum 2. İdare Mahkemesi esasına kaydedilen iş bu davada, Erzurum 2. İdare Mahkemesinin

14/12/2017 tarih ve E:2017/2857, K:2017/3798 sayılı kararıyla;

5352 sayılı Adli Sicil Kanunu'nun 10. maddesinin 3. fıkrasında yer alan; on sekiz yaşından küçüklerle ilgili adli sicil ve arşiv kayıtlarının; ancak soruşturma ve kovuşturma kapsamında değerlendirilmek üzere Cumhuriyet başsavcılıkları, hâkim veya mahkemelerce istenebileceği yolundaki hükmün, on sekiz yaşından küçükler hakkında herhangi bir işlem tesis edilirken adli sicil ve arşiv kayıtlarının ilgili idareler veya kurumlar tarafından istenemeyeceği ancak soruşturma ve kovuşturma kapsamında değerlendirilmek üzere ilgili Cumhuriyet başsavcılıkları, hâkim veya mahkemelerce istenebileceği şeklinde anlaşılması gerektiği,

Olayda davacının "hırsızlık" suçunu 27/06/1991 tarihinde on sekiz yaşından küçükken işlemiş olduğu ancak, 06/04/2010 tarihinde on sekiz yaşını ikmal ettikten sonra silahlı özel güvenlik görevliliği başvurusunda bulunduğu, davalı idarenin de mevzuatın kendisine vermiş olduğu yetki ile on sekiz yaşından büyük olan davacı hakkında alınan adli sicil kaydına dayanarak işlem tesis ettiği dikkate alındığında, on sekiz yaşından küçüklerle ilgili bir arşiv sicil kaydına dayanılarak işlem tesis edildiğinden bahsedilemeyeceği,

Aksi düşünülmedüğünde, on sekiz yaşından küçükken en ağır suçları işlemiş kişilere dahi başvuruları halinde silahlı özel güvenlik belgesi verilmesi gerekeceği sonucunun doğacağı, bu durumun silahlı özel güvenlik sertifikası verilmesinde aranan özel şartların amacına tamamen aykırı olacağı kanaatine varıldığı gerekçesi eklenmek suretiyle davanın reddi yolundaki ilk kararda ısrar edilmiştir.

TEMYİZ EDENİN İDDİALARI : Davacı tarafından, 1993 yılında ve daha on sekiz yaşını ikmal etmeden almış olduğu cezanın ertelendiği ve daha sonra vaki olmamış sayıldığı, cezanın üzerinden uzun zaman geçtiği ve söz konusu cezanın adli sicil arşiv kaydından dahi silindiği, ayrıca on sekiz yaşından küçükken işlemiş olduğu suça ilişkin kayıtların Adli Sicil Kanunu uyarınca idari makamlara verilmesinin mümkün olmadığı, bununla birlikte dava konusu işlemin hukuka aykırı olduğunun Danıştay Onuncu Dairesinin bozma kararı ile de ortaya konulduğu, bu sebeple davanın reddi yolundaki kararın bozulması gerektiği ileri sürülmektedir.

KARŞI TARAFIN SAVUNMASI : Davalı idare tarafından, savunma

verilmemiştir.

DANIŞTAY TETKİK HÂKİMİ ... DÜŞÜNCESİ : Davacının temyiz isteminin kabulü ile İdare Mahkemesi kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Karar veren Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunca, Tetkik Hâkiminin açıklamaları dinlendikten ve dosyadaki belgeler incelendikten sonra gereği görüşüldü:

İNCELEME VE GEREKÇE:

MADDİ OLAY :

27/06/1991 tarihinde gerçekleşen olay sebebi ile hırsızlık suçunu işlediği isnadına bağlı olarak, 02/09/1973 doğumlu olan davacı hakkında ceza davası açılmıştır. Yargılama sonucunda Bingöl Asliye Ceza Mahkemesinin 07/05/1993 tarih ve E:1991/156, K:1993/143 sayılı kararıyla davacının "kullanma hırsızlığı" suçundan 1 ay 10 gün hapis cezasıyla cezalandırılmasına ve neticeten bu cezasının para cezasına çevrilerek ertelenmesine karar verilmiştir. Bu karar, 16/06/1993 tarihinde kesinleşmiştir.

Daha sonra, 06/04/2010 tarihinde, 5188 sayılı Kanun kapsamında gerekli eğitimini tamamladığından bahisle silahlı özel güvenlik görevliliği başvurusunda bulunan davacı hakkında, 28/06/2010 tarihli işleme, silahsız özel güvenlik kimlik kartı düzenlenmiş, ancak silahlı kimlik kartı düzenlenemeyeceği bildirilmiştir.

Davacının, tarafına silahlı özel güvenlik kimlik kartı verilmemesinin hukuka aykırı olduğundan bahisle yapmış olduğu 03/08/2010 tarihli başvurunun reddine ilişkin 24/08/2010 tarih ve 589 sayılı Bingöl Emniyet Müdürlüğü işleminin iptali istemiyle temyizden bakılan dava açılmıştır.

İLGİLİ MEVZUAT :

5188 sayılı Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanun'un 10. maddesinin, dava konusu işlemin tesis edildiği tarihte yürürlükte bulunan halinde özel güvenlik görevlilerinde aranacak şartlar belirlenmiş ve maddenin (d) bendinde, "Kasten işlenen bir suçtan dolayı bir yıl veya daha fazla süreyle hapis cezasına

ya da affa uğramış olsa bile Devletin güvenliğine karşı işlenen suçlarla, zimmet, irtikap, rüşvet, **hırsızlık**, dolandırıcılık suçlarından mahkum olmamak" şartına yer verilmiştir.

Aynı Kanun'un 11. maddesinde, özel güvenlik görevlisi olarak istihdam edilecekler hakkında valilikçe güvenlik soruşturması yapılacağı, soruşturma sonucu olumlu olanlara, bu Kanun'un 14. maddesinde belirtilen özel güvenlik temel eğitimini başarıyla bitirmiş olmak şartıyla, valilikçe beş yıl süreli çalışma izni verileceği; 12. maddesinde de, özel güvenlik görevlilerine valilikçe kimlik kartı verileceği hükme bağlanmıştır.

Öte yandan; Mülga 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 95. maddesinin 2. fıkrasında, "Cürüm ile mahkum olan kimse, hüküm tarihinden itibaren beş sene içinde işlediği diğer her cürümden dolayı evvelce verilen ceza cinsinden bir cezaya yahut hapis veya ağır hapis cezasına mahkum olmazsa, cezası tecil edilmiş olan mahkumiyeti esasen vaki olmamış sayılır." hükmü yer almaktadır.

5352 sayılı Adli Sicil Kanunu'nun 10. maddesinin 3. fıkrasında da, "Onsekiz yaşından küçüklerle ilgili adli sicil ve arşiv kayıtları; ancak soruşturma ve kovuşturma kapsamında değerlendirilmek üzere Cumhuriyet başsavcılıkları, hâkim veya mahkemelerce istenebilir." hükmüne yer verilmiştir.

HUKUKİ DEĞERLENDİRME:

Uyuşmazlığa konu olayda, davacı hakkında "hırsızlık" suçu nedeniyle verilen ve ertelenen mahkumiyet kararının, deneme süresini iyi halle geçirmesi sonucu Mülga 765 sayılı Kanun'un yukarıda aktarılan maddesi gereği esasen vaki olmamış sayıldığı; bu itibarla davacının durumunun, ertelenen mahkumiyet nedeniyle 5188 sayılı Kanun'un 10. maddesinin (d) bendi kapsamında değerlendirilemeyeceği açıktır.

Bununla birlikte, 5188 sayılı Kanun'un yukarıda aktarılan maddelerinden görüleceği üzere, özel güvenlik görevlisi olabilmek için, hem Kanun'un 10. maddesinde sayılan koşulların taşınması, hem de 11. maddede belirtilen Valilikçe yapılacak güvenlik soruşturması sonucunun olumlu bulunması gerekmektedir.

Bu çerçevede, olayın güvenlik soruşturması bağlamında da irdelenmesi gerekmektedir.

Ancak olayda, davacı hakkındaki ertelenen mahkumiyet kararına konu suçun davacı tarafından on sekiz yaşından küçükken işlendiği sabit olup; 5352 sayılı Adli Sicil Kanunu'nun 10. maddesinin 3. fıkrası gereği, on sekiz yaşından küçüklerle ilgili adli sicil ve arşiv kayıtları; ancak soruşturma ve kovuşturma kapsamında değerlendirilmek üzere Cumhuriyet başsavcılıkları, hâkim veya mahkemelerce" istenebileceğinden; davacının on sekiz yaşından küçükken işlediği anılan suçun idari makamlara bildirilmesi ve idari makamlara bildirilmemesi gereken bu suça ait adli sicil kaydının, idari işlem tesisine dayanak alınması hukuken mümkün bulunmamaktadır.

Bu itibarla, on sekiz yaşından küçükken işlediği suça ait adli sicil kaydı dayanak alınarak davacının güvenlik soruşturmasının olumsuz sonuçlandığından bahisle tesis edilen dava konusu işlemde ve davanın reddine ilişkin İdare Mahkemesi kararında hukuka uyarlık görülmemiştir.

KARAR SONUCU:

Açıklanan nedenlerle;

1. Davacının temyiz isteminin kabulüne;

2. Davanın yukarıda özetlenen gerekçeyle reddine ilişkin Erzurum 2. İdare Mahkemesinin temyize konu 14/12/2017 tarih ve E:2017/2857, K:2017/3798 sayılı ısrar kararının **BOZULMASINA,**

3. Yeniden bir karar verilmek üzere dosyanın Erzurum 2. İdare Mahkemesine gönderilmesine,

4. Bu kararın tebliğ tarihini izleyen günden itibaren 15 (onbeş) gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 09/12/2019 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

DANIŞTAY İDARİ DAVA DAİRELERİ KURULU

E. 2017/2396

K. 2019/4011

TEMYİZ EDEN (DAVACI) :

VEKİLİ :

KARŞI TARAF (DAVALILAR) : 1- Adalet Bakanlığı- ANKARA

VEKİLİ:

2- Siverek Adli Yargı İlk Derece Adalet Komisyonu Başkanlığı- ŞANLIURFA

İSTEMİN KONUSU : Ankara 13. İdare Mahkemesinin 17/03/2017 tarih ve E:2017/639, K:2017/854 sayılı ısrar kararının temyizden incelenerek bozulması istenilmektedir.

YARGILAMA SÜRECİ :

Dava konusu istem: Siverek T Tipi Kapalı Ceza İnfaz Kurumunda infaz koruma memuru öğrencisi olan ve hizmet öncesi eğitimini tamamlayan davacının, güvenlik soruşturmasının olumsuz sonuçlandığından bahisle infaz koruma memuru öğrenciliğine geçici kabulüne ilişkin Bakanlık Oluru'nun iptali ile infaz koruma memuru öğrenciliği ile ilişkisinin kesilmesine ilişkin 19/07/2013 tarih ve 6863 sayılı işlemin iptali istenilmiştir.

İlk Derece Mahkemesi kararının özeti: Ankara 13. İdare Mahkemesinin 13/02/2014 tarih ve E:2013/1377, K:2014/265 sayılı kararıyla;

Davacı hakkında yapılan güvenlik soruşturmasında, Patnos Asliye Ceza Mahkemesinin 05/09/2012 tarih ve E:2008/33, K:2012/444 sayılı kararı ile "silahla yaralama" suçundan 7 ay 15 gün hapis cezası ile cezalandırılmasına ve hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına; silahla tehdit suçundan 10 ay hapis cezası ile cezalandırılmasına ve hükmün açıklanmasının geri

bırakılmasına karar verildiğinin tespit edildiği, davacının atanacağı görevin önemi ve niteliği de dikkate alınarak hakkındaki güvenlik soruşturmasının olumsuz sonuçlandırıldığı anlaşıldığı, bu sebeple tesis edilen işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

Daire kararının özeti: Danıştay Onikinci Dairesinin 09/12/2015 tarih ve E:2015/1772, K:2015/6749 sayılı kararıyla;

Olayda, davacının güvenlik soruşturmasının olumsuz sonuçlanmasına dayanak teşkil eden, silahla yaralama suçundan, 7 ay 15 gün hapis cezası ile cezalandırılmasına ve hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına; silahla tehdit suçundan 10 ay hapis cezası ile cezalandırılmasına ve hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin Patnos Asliye Ceza Mahkemesinin 05/09/2012 tarih ve E:2008/33, K:2012/444 sayılı kararının incelenmesinden; davacının köy merası nedeniyle aralarında husumet bulunan kişilere karşı, silahla yaralama, silahla tehdit suçunu işlediği tarihte on sekiz yaşından küçük olduğu, "suça sürüklenen çocuk" sıfatıyla yargıldığı, olayın özelliği ve fiilinin niteliği göz önüne alındığında, bu durumunun hakkında yapılan güvenlik soruşturmasının olumsuz sonuçlanmasına yol açabilecek nitelikte olmadığı sonucuna varılarak Ankara 13. İdare Mahkemesinin 13/02/2014 tarih ve E:2013/1377, K:2014/265 sayılı kararının bozulmasına karar verilmiştir.

İlk Derece Mahkemesi ısrar kararının özeti: Ankara 13. İdare Mahkemesinin 17/03/2017 tarih ve E:2017/639, K:2017/854 sayılı kararıyla davanın reddi yolundaki ilk kararda ısrar edilmiştir.

TEMYİZ EDENİN İDDİALARI : Davacı tarafından, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 231. maddesinde: "Sanığa yüklenen suçtan dolayı yapılan yargılama sonunda hükmolunan ceza, iki yıl (2) veya daha az süreli hapis veya adlî para cezası ise; mahkemece, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilir. Uzlaşmaya ilişkin hükümler saklıdır. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması, kurulan hükmün sanık hakkında bir hukukî sonuç doğurmamasını ifade eder." kuralına yer verildiği, bu kuralda açıkça ifade edildiği üzere hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verildiğinden mahkumiyet kararının kendisi hakkında hukuki sonuç doğurmasının mümkün olmadığı, ayrıca düzenlemede bilinçli olarak hükümlü değil sanık ifadesinin kullanıldığı, söz konusu eylemin gerçekleştiği tarihte yaşı itibarıyla suça sürüklenen çocuk olarak tanımlandığı, tüm bu sebeplerle dava konusu işlemde hukuka uyarlık bulunmadığı ve aksi yöndeki ısrar kararının

bozulması gerektiği ileri sürülmektedir.

KARŞI TARAFIN SAVUNMALARI : Davalı idarelerden Adalet Bakanlığı tarafından, İdare Mahkemesince verilen kararın usul ve hukuka uygun bulunduğu ve temyiz dilekçesinde öne sürülen nedenlerin, kararın bozulmasını gerektirecek nitelikte olmadığı belirtilerek temyiz isteminin reddi gerektiği savunulmuş; Siverek Adli Yargı İlk Derece Adalet Komisyonu Başkanlığı tarafından ise savunma verilmemiştir.

DANIŞTAY TETKİK HÂKİMİ ... DÜŞÜNCESİ : Anayasa Mahkemesinin 27/02/2019 tarih ve 2014/7256 başvuru numaralı "Fatih Saraman" ve 29/05/2019 tarih ve 2014/15365 başvuru numaralı "Turgut Duman" kararlarında :

"Öncelikle belirtilmesi gerekir ki, temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasına ilişkin kanunların şeklen var olması yeterli değildir. Kanunilik ölçütü aynı zamanda maddi bir içeriği de gerektirmekte olup bu noktada kanunun niteliği önem kazanmaktadır. Kanunla sınırlama ölçütü sınırlamanın erişilebilirliğini, öngörülebilirliğini ve kesinliğini ifade etmekte; böylece uygulayıcının keyfi davranışlarının önüne geçtiği gibi kişinin hukuku bilmesine de yardımcı olmakta; bu yönüyle hukuk güvenliği teminatı sağlamaktadır.

Kanunun bu gerekliliklere uygun olduğunun söylenebilmesi için, ilgili normun keyfiliğe karşı uygun bir koruma sağlaması, yetkili makamlara verilen yetkinin genişliğini ve icra edilme biçimlerini yeterli bir netlikte tanımlaması gerekmektedir.

Bununla birlikte, ilgili kanuni düzenlemenin söz konusu sınırlamaya ilişkin temel çerçeveyi ortaya koymakla birlikte özellikle uygulama koşulları ve usule ilişkin ayrıntıları düzenleyici işlemlere bırakması mümkündür. Ancak bu ihtimalde de söz konusu düzenleyici işlemin yine muhataplarınca ulaşılabılır olması ve içeriği hakkında ilgilileri yeterince aydınlatacak nitelik ve açıklıkta olması gerekmektedir.

Belirli kamu görevlerinde çalıştırılacak personel hakkında uygulanan güvenlik soruşturması ve arşiv araştırmasının kanuni dayanağı 4045 sayılı Kanundur. 4045 sayılı Kanunda güvenlik soruşturması ve arşiv araştırmasının kamu kurum ve kuruluşlarında yetkili olmayan kişilerin bilgi sahibi olmaları hâlinde devlet güvenliğinin, ulusal varlığın ve bütünlüğün, iç ve dış menfaatlerin zarar görebileceği veya tehlikeye düşebileceği bilgi ve

belgelerin bulunduğu gizlilik dereceli birimler ile askerî teşkilatlarda, emniyet ve istihbarat teşkilatlarında çalıştırılacak kamu personeli, ceza infaz kurumları ve tutukevlerinde çalışacak personel hakkında yapılacak düzenlenmiştir.

Kamu görevlilerinin sadakat, tarafsızlık ve devlete bağlılık yükümlülüğü çerçevesinde devleti temsil eden ve millî güvenlik bakımından hassasiyet içeren bazı kamu görevlerine atanacak kişiler bakımından daha sıkı nitelikler aranması ve birtakım sınırlamaların getirilmesi doğaldır. Bu şekilde aranan nitelikler ve kanunlarda öngörülen kısıtlamalar, kamu hizmetinin etkin ve sağlıklı bir biçimde yürütülmesi amacıyla yöneliktir.

Dolayısıyla idarenin millî güvenlik açısından önem arz eden kadrolara atanacak kişilerin tabi olacağı güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması konusunda kanunla temel çerçeveyi ortaya koyan kurallar getirmesi elbette mümkündür. Bu çerçevenin kanunla belirlenmesinden sonra uygulama koşulları ve usule ilişkin ayrıntılar düzenleyici işlemlerle belirlenebilir. Üstelik millî güvenlik ile ilgili alanlarda çalışacak personelin seçimi ve kontrolü bakımından konuyu düzenleyen kanunda aranacak öngörülebilirlik koşulunun diğer alanlardakilere göre daha esnek olacağı da söylenebilir. Ancak yine de bu alanda düzenleme getiren kanun ile diğer alt mevzuatın kişilere, kamu makamlarına hangi koşullarda ve hangi sınırlar içinde bu tür gizli tedbirler uygulama ve potansiyel olarak özel hayatın gizliliğine yönelik müdahalelerde bulunma yetkisi verildiğini yeterince açık olarak gösterecek ve olası kötüye kullanmalara karşı yeterli güvence sağlayacak şekilde kaleme alınmış olması gerekir.

4045 sayılı Kanun'un güvenlik soruşturmasına ve arşiv araştırmasına konu edilecek bilgi ve belgelerin neler olduğu, bu bilgilerin nerelerden elde edileceği ve ne suretle ve ne kadar süre ile saklanacağı, kişilerin söz konusu bilgilere itiraz etme olanağı olup olmadığı, bilgilerin bir müddet sonra silinmesinin mümkün olup olmadığı veya silinmesine dair izlenecek usulün ne olduğu, gizlilik dereceli kamu personeli ile meslek gruplarının tespiti, güvenlik soruşturmasının ve arşiv araştırmasının usul ve esasları ile bunu yapacak mercilerin kimler olduğu ile ilgili hiçbir düzenleme getirmediği görülmektedir. Bunun yanı sıra kanunlarda, kesinleşmiş ceza mahkumiyetlerine dair ilk olarak akla gelmesi ve uygulanması gereken kanun olan 5352 sayılı Kanun'a atıf içeren bir düzenlemenin bulunmadığı, bireyleri keyfiliğe karşı koruyucu hiçbir hükme yer verilmediği anlaşılmaktadır. Aynı şekilde Güvenlik Soruşturması ve Arşiv Araştırması Yönetmeliğinin de elde edilen bilgilerin saklanma

süreleri, bilgilerin bir müddet sonra silinmesinin mümkün olup olmadığı veya silinmesine dair izlenecek usulün ne olduğu, kişilerin söz konusu bilgilere itiraz etme olanağı olup olmadığı hususlarını düzenlemediği, bireylerin özel hayatına saygı hakkının güvencelerini sağlayacak hükümlerden yoksun olduğu anlaşılmaktadır.”

ifadelerine yer verilmek suretiyle, güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması yapılmasının özel hayata saygı hakkına müdahale teşkil ettiği, temel ve hak ve özgürlükler bakımından sınırlama yapılırken kanunilik ilkesine riayet edilmesi gerektiği, bu konunun kanuni dayanağı olan 4045 sayılı Kanun'un 1. maddesinin temel hakkı kısıtlama konusunda kanunilik kriteri bakımından gerekli şartları taşımadığı ortaya konulmaktadır.

Bu durumda, Anayasa Mahkemesinin anılan kararları uyarınca idarelerce yapılacak tüm güvenlik soruşturmaları ve arşiv araştırmaları bakımından temel hak ihlali gündeme gelecektir ki bu durumun uygulama bakımından çok ciddi sorunlar doğuracağı tabiidir.

Açıklanan nedenle, Anayasa'nın 152. maddesi uyarınca 4045 sayılı Kanun'un 1. Maddesinin iptali için Anayasa Mahkemesine başvurulması ve başvuru üzerine verilecek karara göre temyiz incelemesinin yapılması gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Karar veren Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunca, Tetkik Hâkiminin açıklamaları dinlendikten ve dosyadaki belgeler incelendikten sonra gereği görüşüldü:

İNCELEME VE GEREKÇE:

MADDİ OLAY :

31/08/2007 tarihinde yaşanan bir olay sebebi ile yaralama ve silahla tehdit suçunu işlediği isnadına bağlı olarak 10/01/1990 doğumlu davacı hakkında Patnos Asliye Ceza Mahkemesinde kamu davası açılmıştır. Yargılama sonucunda; Patnos Asliye Ceza Mahkemesinin 05/09/2012 tarih ve E:2008/33, K:2012/444 sayılı kararıyla silahla yaralama suçundan 7 ay 15 gün hapis cezası ile cezalandırılmasına ve hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına;

silahla tehdit suçundan 10 ay hapis cezası ile cezalandırılmasına ve hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmiştir.

Daha sonra, Siverek T Tipi Kapalı Ceza İnfaz Kurumunda infaz koruma memuru öğrencisi olan ve hizmet öncesi eğitimini tamamlayan davacı hakkında yapılan güvenlik soruşturması, Patnos Asliye Ceza Mahkemesinin 05/09/2012 tarih ve E:2008/33, K:2012/444 sayılı anılan kararı nedeniyle olumsuz olarak sonuçlandırılmış ve bu sebeple ceza ve infaz kurumlarında çalışması uygun görülmemekle infaz koruma memuru öğrenciliğine geçici kabulüne ilişkin Bakanlık Oluru'nun iptaline, infaz koruma memuru öğrenciliği ile ilişkisinin kesilmesine karar verilmiştir.

Bunun üzerine, temyizden incelenen dava açılmıştır.

İLGİLİ MEVZUAT :

5352 sayılı Adli Sicil Kanunu'nun 6. maddesinde: "Kamu davasının açılmasının ertelenmesine ve hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin kararlar, ancak bir soruşturma veya kovuşturmayla bağlantılı olarak mahkeme, hâkim, askerî hâkim, Cumhuriyet Başsavcılığı veya askerî savcılık tarafından istenmesi halinde verilmek üzere kaydedilir." hükmü, **aynı Kanun'un 10. maddesinin 3. fıkrasında ise:** "Onsekiz yaşından küçüklerle ilgili adli sicil ve arşiv kayıtları; ancak soruşturma ve kovuşturma kapsamında değerlendirilmek üzere Cumhuriyet başsavcılıkları, hâkim veya mahkemelerce istenebilir." hükmü yer almaktadır.

657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 48. maddesinde, Devlet memurluğuna alınacaklarda aranılan genel ve özel şartlar belirtilerek, özel şartlar arasında kurumların özel kanun ve diğer mevzuatında aranan şartları taşımak gerektiği hüküm altına alınmıştır.

10/07/2003 tarih ve 25164 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Adalet Bakanlığı Memur Sınav, Atama ve Nakil Yönetmeliği'nin "Özel şartlar" kenar başlıklı 6. maddesinin 18. fıkrasında: "Ceza infaz kurumları ve tutukevleri ile denetimli serbestlik müdürlüklerinde görev alacak bütün unvanlardaki personel için ayrıca aranacak şartlar; ... b) Güvenlik soruşturması olumlu olmak,..." hükmü yer almaktadır.

4045 sayılı Güvenlik Soruşturması, Bazı Nedenlerle Görevlerine Son Verilen Kamu Personeli ve Kamu Görevine Alınmayanların Haklarının

Geri Verilmesine ve 1402 Numaralı Sıkıyönetim Kanununda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun'un 1. maddesinin dava konusu işlem tarihi itibarıyla yürürlükte bulunan halinde; "Güvenlik Soruşturması ve Arşiv Araştırması; ... askeri, emniyet ve istihbarat teşkilatlarında çalıştırılacak kamu personeli ve ceza infaz kurumları ve tutukevlerinde çalışacak personel hakkında yapılır. Devletin güvenliğini, ulusun varlığını ve bütünlüğünü iç ve dış menfaatlerinin zarar görebileceği ve tehlikeye düşebileceği bilgi ve belgeler ile gizlilik dereceli kamu personeli ile meslek gruplarının tespiti birim ve kısımlarının tanımlarının yapılması, güvenlik soruşturmasının ve arşiv araştırmasının usul ve esasları ile bunu yapacak merciler ve üst kademe yöneticilerinin kimler olduğu Bakanlar Kurulu kararı ile yürürlüğe konulacak yönetmelik ile düzenlenir." hükmü bulunmaktadır.

12/04/2000 tarih ve 24018 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Güvenlik Soruşturması ve Arşiv Araştırması Yönetmeliği'nin (Yönetmelik) "Kapsam" kenar başlıklı 2. maddesinde: "Bu Yönetmelik; yetkili olmayan kişilerin bilgi sahibi olmaları halinde Devletin güvenliğinin, iç ve dış menfaatlerinin, ulusal varlığın ve bütünlüğün zarar görebileceği veya tehlikeye düşebileceği bilgi ve belgeleri, bunların toplanmasını ve işlemini yürüten bakanlıklar ile kamu kurum ve kuruluşlarının ilgili birim ve kısımlarının belirlenmesini, Türk Silahlı Kuvvetlerinde, emniyet ve istihbarat teşkilatlarında, ceza infaz kurumları ve tutukevlerinde çalışacak personeli, ayrıca bakanlıklar ile kamu kurum ve kuruluşlarının yurtdışı teşkilatlarında sürekli görevlendirilecek bütün personel için yapılacak güvenlik soruşturması ve arşiv araştırmasının esas ve usullerini, bunu yapacak mercileri, hakkında güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması yapılacak gizlilik dereceli yerlerde çalışan kamu personeli ile meslek grupları ve üst kademe yöneticilerini kapsar." kuralına, **Yönetmelik'in "Güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması yapacak makamlar" kenar başlıklı 7. maddesinde:** "Güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması, Milli İstihbarat Teşkilatı Müsteşarlığı, Emniyet Genel Müdürlüğü ve mahalli mülki idare amirlikleri tarafından yapılır. İçişleri Bakanlığı Kaçakçılık İstihbarat Harekat ve Bilgi Toplama Dairesi Başkanlığındaki bilgi kayıtları ile Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğündeki adli sicil kaydı, talepleri üzerine, güvenlik soruşturması ve arşiv araştırmasını yapacak makamlar ile Türk Silahlı Kuvvetlerinin ilgili birimlerine verilir." kuralına, **Yönetmelik'in "Hakkında güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması yapılacak personel" kenar başlıklı 8. maddesinde:** "Güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması; gizlilik dereceli birim ve kısımlar ile askeri, emniyet, istihbarat teşkilatlarında

ve ceza infaz kurumları ve tutukevlerinde çalıştırılacak personel hakkında yapılır. Emniyet Genel Müdürlüğü ve mahalli mülki idare amirlikleri, güvenlik soruşturması ve arşiv araştırmasını; bakanlıklar, kamu kurum ve kuruluşlarının gizlilik dereceli birim ve kısımları ile yurtdışı teşkilatında ve askeri, emniyet, istihbarat teşkilatlarında ve ceza infaz kurumu ve tutukevlerinde çalıştırılacak personel hakkında yapar.” kuralına yer verilmiştir.

Aynı Yönetmeliğin ‘Güvenlik soruşturması ve arşiv araştırmasında araştırılacak hususlar’ başlıklı 11. maddesinde,

“Güvenlik soruşturması ve arşiv araştırmasında kişinin içinde bulunduğu ortam da dikkate alınarak;

a) Kimlik kontrolü, kimlik kayıtlarının doğruluk derecesi, uyrukluğ u, geçmişte yabancı bir devletin uyrukluğ u na girip girmediğ i,

b) Kolluk kuvvetleri tarafından halen aranıp aranmadığ ı, kolluk kuvvetlerinin ve istihbarat ünitelerinin arşivlerinde bilgiler bulunup bulunmadığ ı, adli sicil kaydının ve hakkında bir tahdidi olup olmadığ ı,

c) Yıkıcı faaliyetlerde bulunup bulunmadığ ı ve 5816 sayılı Atatürk Aleyhine İşlenen Suçlar Hakkında Kanuna ve Atatürk ilke ve inkılaplarına aykırı davranıp davranmadığ ı,

d) Şeref ve haysiyetini ihlal edecek ve görevine yansıyacak şekilde kumara, uyuşturucuya, içkiye, paraya ve aşırı bir şekilde menfaatine düşkün olup olmadığ ı, ahlak ve adaba aykırı davranıp davranmadığ ı,

e) Yabancılarla, özellikle hasım ve hasım olması muhtemel Devlet mensupları ve temsilcileriyle ilgi derecesinin iç yüzü ve nedeni,

f) Sır saklama yeteneğ inin olup olmadığ ı,

araştırılır.” kuralına,

‘Güvenlik Soruşturması ve Arşiv Araştırmasında İzlenecek Yöntem’ başlıklı 12. maddesinde de;

“ ...

c) Güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması yapılması isteminin ilgili makama ulaşmasından itibaren arşiv araştırması sonuçları en geç 30

gün, güvenlik soruşturması sonuçları en geç 60 gün içinde cevaplandırılır. Soruşturma ve araştırma sonucunu içeren bilgi ve belgeler ilgilinin güvenlik makamlarındaki dosyasında asgari 'gizli' gizlilik derecesinde saklanır.

d) Güvenlik soruşturması ve arşiv araştırmasını isteyen makama, kişi hakkında karar vermeye yeterli bilgiler aktarılır.

e) Güvenlik soruşturması ve arşiv araştırmasının nasıl ve ne şekilde yapılacağı, soruşturma ve araştırma yapmaya yetkili makamların görev talimatları ile belirlenir.

f) Mahalli mülki idare amirliklerince yapılmış olan güvenlik soruşturması ve arşiv araştırmasında olumsuz durumu saptananların evrakının bir örneği dosya açılmak üzere Emniyet Genel Müdürlüğüne gönderilir.

g) Güvenlik soruşturması ve arşiv araştırmasında olumsuz durumu saptananlarla ilgili bilgiler Milli İstihbarat Teşkilatı Müsteşarlığı ve Emniyet Genel Müdürlüğüne karşılıklı olarak birbirlerine aktarılır..

.. " kuralına yer verilmiştir.

HUKUKİ DEĞERLENDİRME:

Somut olayda davacının on sekiz yaşından küçükken işlediği suçun kayıtlarının Patnos İlçe Emniyet Müdürlüğü tarafından ilgili Adalet Komisyonu Başkanlığına verildiği, bu kayıt dikkate alınmak suretiyle davacının güvenlik soruşturmasının olumsuz sonuçlandırıldığı anlaşılmaktadır.

Kamu görevlilerinin sadakat, tarafsızlık ve devlete bağlılık yükümlülüğü çerçevesinde devleti temsil eden ve millî güvenlik bakımından hassasiyet içeren bazı kamu görevlerine atanacak kişiler bakımından daha sıkı nitelikler aranması ve birtakım sınırlamaların getirilmesi doğaldır. Bu şekilde aranan nitelikler ve kanunlarda öngörülen kısıtlamalar, kamu hizmetinin etkin ve sağlıklı bir biçimde yürütülmesi amacına yöneliktir.

Dolayısıyla idarenin, millî güvenlik açısından önem arz eden kadrolara atanacak kişilerin tabi olacağı güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması konusunda kanunla temel çerçeveyi ortaya koyan kurallar getirmesi mümkündür.

Ancak, bu alanda yapılan düzenlemelerin, Anayasa ve diğer kanuni düzenlemelerle çelişmemesi, diğer düzenlemelerde gözetilen amaçları ortadan kaldırır nitelikte de olmaması gerekmektedir.

Belirli kamu görevlerinde çalıştırılacak personel hakkında uygulanan güvenlik soruşturması ve arşiv araştırmasının kanuni dayanağı 4045 sayılı Kanun'dur. 4045 sayılı Kanun'un dava konusu işlem tarihi itibarıyla yürürlükte bulunan 1. maddesinde, güvenlik soruşturması ve arşiv araştırmasının; kamu kurum ve kuruluşlarında yetkili olmayan kişilerin bilgi sahibi olmaları hâlinde devlet güvenliğinin, ulusal varlığın ve bütünlüğün, iç ve dış menfaatlerin zarar görebileceği veya tehlikeye düşebileceği bilgi ve belgelerin bulunduğu gizlilik dereceli birimler ile askerî teşkilatlarda, emniyet ve istihbarat teşkilatlarında çalıştırılacak kamu personeli, ceza infaz kurumları ve tutukevlerinde çalışacak personel hakkında yapılacağı düzenlenmiştir. Maddede, kişilerin geçmiş ceza mahkûmiyetlerine ilişkin kayıtlar bakımından hangi suçların kamu görevine girmeye engel olacağı ve on sekiz yaşından küçükken işlenen suçlara dair kayıtların güvenlik soruşturmasının olumsuz sonuçlanmasına sebep olup olmayacağı konusunda hiçbir belirleme yapılmadığı, suçlar arasında herhangi bir ayırım ve derecelendirme öngörülmediği, aynı şekilde hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına konu kararların, güvenlik soruşturmasının olumsuz sonuçlandırılmasının bir sebebi olup olmayacağı hususunda herhangi bir düzenlemeye yer verilmediği anlaşılmaktadır.

Öte yandan, Anayasa'nın 10., 41., 58., 61. ve 141. maddelerinde; devletin çocukların korunması, topluma kazandırılması ve yargılanmalarının özel kurallara tabi tutulması konularında gerekli tedbirleri alacağı, teşkilat ve tesisleri kuracağı belirtilmek suretiyle bazı pozitif yükümlülükler öngörülmüştür.

Devletin çocukların korunması ile ilgili bahsedilen pozitif yükümlülükleri kapsamında hukukumuzda bazı kanuni düzenlemelere yer verildiği görülmektedir. Bunlardan biri de çocukların işledikleri bir suç nedeniyle kamu görevlerinden sürekli olarak yasaklanamayacaklarını öngören kanunî düzenlemedir. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 53. maddesinde, kasten işlediği bir suçtan dolayı hapis cezasına mahkum olmuş ve fiili işlediği sırada on sekiz yaşını doldurmamış olanların sürekli bir kamu görevini üstlenmekten mahrum bırakılmayacakları ifade edilmiştir.

Aynı şekilde 5352 sayılı Kanun'un 10. maddesinin 3. fıkrasında, on sekiz yaşından küçüklerle ilgili adli sicil ve arşiv kayıtlarının, ancak soruşturma ve

kovuşturma kapsamında değerlendirilmek üzere Cumhuriyet başsavcılıkları, hakim veya mahkemelerce istenebileceği düzenlenmiştir. Buna göre on sekiz yaşından küçükken işlenen suçlara ait kayıtların, idari makamlara bildirilmesi hukuken mümkün değildir. Nitekim, Anayasa Mahkemesinin 27/02/2019 tarih ve 2014/7256 başvuru numaralı "Fatih Saraman" kararında, on sekiz yaşından küçükken işlenmiş suç hakkında verilen kararın ancak yargı mercilerince istenilebileceği ve başvuru konusu olayda, bu nitelikteki bilgiler 5352 sayılı Kanun'un 10. maddesinin 3. fıkrasına aykırı şekilde idari makamlara verildiğinden özel hayata saygı hakkının ihlal edildiğine karar verilmiştir.

Bu açıklamalar ışığında somut olay ele alındığında; davacının on sekiz yaşından küçükken işlediği suça ilişkin kaydın, 5352 sayılı Kanun'un 10. maddesinin 3. fıkrasında yer alan hükme aykırı şekilde idari makamlara verilmiş olduğu anlaşıldığından, anılan Kanun hükmüne aykırı şekilde elde edilen bilgi ve belgelere dayalı olarak yapılan güvenlik soruşturması üzerine tesis edilen dava konusu işlemde hukuka uyarlık bulunmadığı sonucuna varılmıştır.

Bu durumda, İdare Mahkemesinin davanın reddine yönelik ısrar kararında hukuki isabet bulunmamaktadır.

KARAR SONUCU:

Açıklanan nedenlerle;

1. Davacının temyiz isteminin kabulüne;

2. Davanın yukarıda özetlenen gerekçeyle reddine ilişkin Ankara 13. İdare Mahkemesinin temyize konu 17/03/2017 tarih ve E:2017/639, K:2017/854 sayılı ısrar kararının **BOZULMASINA,**

3. Yeniden bir karar verilmek üzere dosyanın Ankara 13. İdare Mahkemesine gönderilmesine,

4. Bu kararın tebliğ tarihini izleyen günden itibaren 15 (onbeş) gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 02/10/2019 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

DANIŞTAY 8. DAİRE

E. 2019/3389

K. 2019/6351

TEMYİZ EDEN (DAVACI):

VEKİLİ:

KARŞI TARAF (DAVALI) : Emniyet Genel Müdürlüğü- ANKARA

VEKİLİ :

İSTEMİN KONUSU : Ankara Bölge İdare Mahkemesi 4. İdari Dava Dairesinin 24/01/2019 gün ve E:2018/3499, K:2019/40 sayılı kararının, temyizden incelenerek bozulması istenilmektedir.

YARGILAMA SÜRECİ :

Dava konusu istem: Dava; Erzincan Polis Meslek Eğitim Merkezi (POMEM)'ne 19. dönem özel hareket öğrenci adayı olarak geçici kaydı yapılan davacının, güvenlik soruşturması ve arşiv araştırmasının olumsuz olması gerekçesiyle Eğitim Merkezi ile ilişkisinin kesilmesine dair 15.09.2017 tarih ve 2017/07 sayılı işleminin iptali istemiyle açılmıştır.

İlk Derece Mahkemesi kararının özeti: Ankara 18. İdare Mahkemesince verilen 06/09/2018 tarih ve E:2018/175, K:2018/1360 sayılı kararda; davacıya yargılandığı Van 3. Asliye Ceza Mahkemesi'nin 2010/193 esas sayılı kararı ile kamu malına zarar verme suçundan 2 ay 15 günlük hapis cezası verildiği, anılan cezanın, Polis Meslek Eğitim Merkezleri Giriş Yönetmeliği'nin 8. maddesinin birinci fıkrasının (g) bendinin (1) numaralı alt bendinde belirtilen bir yıl cezanın altında olduğu, öte yandan Yönetmeliğin aynı maddesinin (2) numaralı alt bendinde, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmiş olsa bile "hırsızlık" suçundan mahkûm olmamak kuralına yer verildiği, bu kapsamda davacının hakkında açılan Van 3. Asliye Ceza Mahkemesindeki davada

“hırsızlığa teşebbüs” suçundan yargılandığı ve bu yargılama sonucunda “hırsızlığa teşebbüs” suçundan 2 ay 15 gün hapis cezasına çarptırıldığı, ayrıca davacı hakkında verilen mahkumiyet kararlarının adli para cezasına çevrildiği ve hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verildiği, kesinleşme tarihinden itibaren öngörülen 3 yıllık denetim süresinin de dolduğu, suç tarihinde davacının yaşının 12 olduğu, bu yaştaki birinin işlemiş olduğu fiilin niteliğini ve olayın özelliğini tam olarak kavramasının beklenemeyeceği hususları göz önünde alındığında, davacının güvenlik soruşturmasının olumsuz sonuçlanmasından bahisle okulu ile ilişkisinin kesilmesine ilişkin işlemde hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle dava konusu işlemin iptaline karar verilmiştir.

Bölge Mahkemesi kararının özeti: Ankara Bölge İdare Mahkemesi 4. İdari Dava Dairesinin 24/01/2019 gün ve E:2018/3499, K:2019/40 sayılı kararıyla, davacının, “hırsızlığa teşebbüs” suçundan yargılandığı ve hakkında ve 2 ay 15 gün süreyle hapis cezası takdir edilerek hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verildiği anlaşılmakla, bu karar nedeniyle Özel Harekat Birimlerinde İstihdam Edilmek Üzere Polis Meslek Eğitim Merkezine Alınacak Öğrencilerin Giriş Şartları ve Eğitim Öğretimlerine İlişkin Usul ve Esasların 7. maddesinin 1. fıkrasının (e-2) bendi ile 21. ve 30. maddeleri uyarınca POMEM’den ilişkisinin kesilmesine ilişkin dava konusu işlemde hukuka aykırılık aksi yöndeki İdare Mahkemesi kararında ise hukuki isabet bulunmadığı gerekçesiyle istinaf başvurusunun kabulüne, Ankara 18. İdare Mahkemesince verilen 06/09/2018 gün ve E:2018/175, K:2018/1360 sayılı kararının kaldırılmasına, davanın reddine karar verilmiştir.

TEMYİZ EDENİN İDDİALARI : Davacı vekili tarafından, davacının ilişkisinin kesilmesine neden olan hırsızlığa teşebbüs suçunu işlediği tarihte 12 yaşında olduğu ve suçu işlediği sırada ceza sorumluluğunun tespiti amacıyla uzman hekim görüşü alınması gerekirken bu yapılmadan verilen cezada hukuka uygunluk bulunmadığı ileri sürülmektedir.

KARŞI TARAFIN SAVUNMASI : Savunma verilmemiştir.

DANIŞTAY TETKİK HÂKİMİ ... DÜŞÜNCESİ : Temyiz isteminin kabulü ile Bölge İdare Mahkemesi kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Karar veren Danıştay Sekizinci Dairesince, dosya tekemmül ettiğinden yürütmenin durdurulması istemi hakkında ayrıca bir karar verilmeksizin Tetkik Hâkiminin açıklamaları dinlendikten ve dosyadaki belgeler incelendikten sonra işin gereği görüşüldü:

İNCELEME VE GEREKÇE:

MADDİ OLAY:

Dava; Erzincan Polis Meslek Eğitim Merkezi (POMEM)'ne 19. dönem özel hareket öğrenci adayı olarak geçici kaydı yapılan davacının, güvenlik soruşturması ve arşiv araştırmasının olumsuz olması gerekçesiyle Eğitim Merkezi ile ilişkisinin kesilmesine dair 15.09.2017 tarih ve 2017/07 sayılı işleminin iptali istemiyle açılmıştır.

İLGİLİ MEVZUAT:

Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 20 . Maddesinde " :... Herkes, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir. Bu hak; kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsar. Kişisel veriler, ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir." hükmü yer almaktadır.

3201 sayılı Emniyet Teşkilatı Kanunu'nun Ek-24. maddesinin 3. fıkrasına dayanılarak hazırlanan "Özel Harekât Birimlerinde İstihdam Edilmek Üzere Polis Meslek Eğitim Merkezlerine Alınacak Öğrencilerin Giriş Şartları ve Eğitim Öğretimlerine İlişkin Usul ve Esasların", "Adaylarda Aranacak Şartlar" başlıklı 7. maddesinin (1- e) bendinde;

"26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 53 üncü maddesinde belirtilen süreler geçmiş olsa bile, adayın kendisinin ve evli ise eşinin;

1) ...

2) Affa uğramış veya hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmiş olsa bile devletin güvenliğine karşı suçlar, Anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar, zimmet, irtikâp, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, güveni kötüye kullanma, hileli iflas, ihaleye fesat karıştırma, edimin ifasına fesat karıştırma, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama, kaçakçılık veya cinsel dokunulmazlığa karşı suçlardan dolayı mahkûm olmamak veya bu suçlardan dolayı devam etmekte olan bir soruşturma veya kovuşturma bulunmamak veya kovuşturması uzlaşma ile neticelenmemiş olmak,...” Polis Meslek Eğitim Merkezine giriş şartları arasında sayılmış, öte yandan “Kesin kayıt-kabul” başlıklı 21. maddesinin 2. fıkrasında da “Güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması olumsuz olan veya Sağlık Yönetmeliğinde belirtilen nitelikleri taşımadıkları anlaşılan, istifa eden ya da vefat eden adayların dosyaları POMEM Müdürlüğü tarafından Başkanın onayı ile işlemden kaldırılmak üzere Başkanlığa gönderilir.” hükmüne yer verilmiş ve ayrıca anılan düzenlemenin “Okuldan ayrılma ve çıkarılma” başlıklı 30.maddesinde;

(3) İlgili mevzuat hükümleri saklı kalmak şartıyla;

a) Giriş ile ilgili nitelikleri taşımadıkları öğrenimleri sırasında anlaşılanların,

b) Sağlık kurulları tarafından verilecek raporlara dayalı olarak, Genel Müdürlük Sağlık İşleri Dairesi Başkanlığı tarafından öğrenci olarak devamına imkân kalmadığı belirlenenlerin,

c) 657 sayılı Devlet Memurları Kanununa göre memur olma niteliğini öğrenimleri sırasında kaybedenlerin

Yönetim Kurulunun kararı, POMEM Müdürünün teklifi ve Başkanın onayı ile ilişkileri kesilir...” düzenlemesine yer verilmiştir.

5352 sayılı Adli Sicil Kanununun 10. maddesinin 3. fıkrasında “Onsekiz yaşından küçüklerle ilgili adlî sicil ve arşiv kayıtları; ancak soruşturma ve kovuşturma kapsamında değerlendirilmek üzere Cumhuriyet başsavcılıkları, hâkim veya mahkemelerce istenebilir.” hükmü yer almaktadır.

HUKUKİ DEĞERLENDİRME:

Dava, dosyasının incelenmesinden, 01.06.2017 tarihinde Erzincan Polis Meslek Eğitim Merkezine geçici kaydı yapılan davacı hakkında; hırsızlığa teşebbüs ve kamu malına zarar verme suçlarından Van 3. Asliye Ceza

Mahkemesi'nde dava açıldığı, yapılan yargılama sonucunda; 25/05/2011 tarih ve E:2010/193, K:2011/185 sayılı kararı ile "Hırsızlığa teşebbüs" suçundan 2 ay 15 gün hapis cezası ile cezalandırıldığı, bu cezanın 2.000 TL adli para cezasına çevrildiği ve hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına "kamu malına zarar verme" suçuna ilişkin olarak ise 2 ay 15 gün hapis cezası ile cezalandırılmasına karar verildiği, verilen cezanın 2.000 TL adli para cezasına çevrildiği ve hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına bu kararın 01.07.2011 tarihinde kesinleştiği, daha sonra bu durumun öğrenilmesi üzerine, okula giriş ile ilgili şartları taşımadığı gerekçesiyle 16.09.2017 tarih ve 2017/07 sayılı işlemle davacının Eğitim Merkezi ile ilişkisinin kesildiği, bu işlemin iptali istemiyle de bakılan davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

Olayda, davacının yargılandığı Van 3. Asliye Ceza Mahkemesi'nin 2010/193 esas sayılı dosyasında davacıya kamu malına zarar verme suçundan verilen 2 ay 15 günlük hapis cezasının, "Özel Harekât Birimlerinde İstihdam Edilmek Üzere Polis Meslek Eğitim Merkezlerine Alınacak Öğrencilerin Giriş Şartları ve Eğitim Öğretimlerine İlişkin Usul ve Esasların", "Adaylarda Aranacak Şartlar" başlıklı 7. maddesinin (1- e) bendin belirtilen bir yıl cezanın altında olduğu; öte yandan Usul ve Esasların aynı maddesinin (2) numaralı alt bendinde, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmiş olsa bile "hırsızlık" suçundan mahkûm olmamak kuralına yer verildiği, davacı hakkında Van 3. Asliye Ceza Mahkemesinde açılan davada ise adı geçen "hırsızlığa teşebbüs" suçundan yargılandığı ve "hırsızlığa teşebbüs" suçundan 2 ay 15 gün hapis cezasına çarptırıldığı bunun arşiv araştırması sonucu davalı idarece öğrenilmesi üzerine davacının Eğitim Merkezi ile ilişkisinin kesildiği görülmektedir.

Anayasa Mahkemesinin 2014/7256 başvuru numaralı Fatih Saraman'ın başvurusu üzerine verdiği kararda özetle; *"Adalet Bakanlığınca yapılan sınavda başarılı olarak infaz ve koruma memurluğuna yerleştirilmesi düşünülen başvuru hakkında Adli Yargı İlk Derece Mahkemesi Adalet Komisyonu (Komisyon) Başkanlığınca güvenlik soruşturması işlemlerine başlanmıştır. Emniyet Müdürlüğü tarafından Komisyon'a gönderilen yazıda, güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması sonucunda başvurucuya hırsızlık suçundan işlem yapıldığının tespit edildiği bildirilmiştir. Başvurucunun hırsızlık suçu nedeniyle 5 ay hapis cezası ile cezalandırılmasına hükmedildiği, cezanın ağır para cezasına çevrildiği ve ertelendiği, suçu işlediği tarihte ise 18 yaşından küçük olduğu anlaşılmıştır.*

Bunun üzerine Komisyon Başkanlığı, Adalet Bakanlığı Ceza ve Tevkifevleri

Genel Müdürlüğüne, başvurucunun devlet memurluğuna atanacaklarda aranan şartları taşımadığı ve istihdam edilmesinin uygun olmayacağı yönünde görüş bildirmiştir.

Başvurucu, atama işleminin yapılmaması nedeniyle İdare Mahkemesinde iptal davası açmış, Mahkeme davayı reddetmiştir. Başvurucunun temyiz istemi Danıştay tarafından reddedilmiş ve hüküm onanmıştır.

Anayasa Mahkemesince İl Emniyet Müdürlüğünden başvurucu hakkındaki mahkeme kararının nasıl ve nereden tespit edildiği sorulmuş, başvurucu hakkında hırsızlık suçu nedeniyle hazırlık tahkikatı yapılmış olduğu, bunun üzerine Cumhuriyet Başsavcılığı ile yapılan yazışma sonucunda söz konusu mahkeme kararının temin edildiği öğrenilmiştir.

Anayasa'nın 20. maddesinde güvence altına alınan özel hayata saygı hakkı kapsamında korunan hukuki menfaatlerden biri de bireyin mahremiyet hakkıdır.

İdarenin, millî güvenlik açısından önem arz eden kadrolara atanacak kişilerin tabi olacağı güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması konusunda temel çerçeveyi ortaya koyan kurallar getirmesi elbette mümkündür. Ancak bu alanda düzenleme getiren mevzuatın kişilere, kamu makamlarına hangi koşullarda ve sınırlar içinde bu tür gizli tedbirler uygulama ve potansiyel olarak özel hayatın gizliliğine yönelik müdahalelerde bulunma yetkisi verildiğini yeterince açık olarak gösterecek şekilde kaleme alınmış olması gerekir.

Belirli kamu görevlerinde çalıştırılacak personele uygulanan güvenlik soruşturması ve arşiv araştırmasının dayanağı olan 4045 sayılı Kanun, soruşturma ve araştırmaya konu edilecek bilgi ve belgelerin neler olduğu, bu bilgilerin nerelerden elde edileceği, ne suretle ve ne kadar süre ile saklanacağı gibi konularla ilgili düzenleme içermemektedir. Bu açıdan söz konusu Kanun'un temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasını içeren konuyla ilgili temel esasları, ilkeleri ve çerçeveyi belirlemiş olduğundan söz etmek mümkün değildir. Buna göre başvuruya konu müdahalenin dayanağı olan düzenlemenin kanunilik şartını sağlamadığı sonucuna varılmıştır.

Bunun yanı sıra kanunlarda, kesinleşmiş ceza mahkûmiyetlerine uygulanması gereken kanun olan 5352 sayılı Kanun'a atıf içeren düzenlemenin bulunmadığı, bireyleri keyfiliğe karşı koruyucu hiçbir hükme yer verilmediği anlaşılmıştır. Aynı şekilde Güvenlik Soruşturması ve Arşiv Araştırması

Yönetmeliğinin de bireylerin özel hayatına saygı hakkının güvencelerini sağlayacak hükümlerden yoksun olduğu görülmüştür.

Devletin çocukların korunması ile ilgili pozitif yükümlülükleri kapsamında hukukumuzda bazı kanuni düzenlemelere de yer verildiği görülmektedir. Bunlardan biri çocukların işledikleri bir suç nedeniyle kamu görevlerinden sürekli olarak yasaklanamayacakları ilkesidir. 5237 sayılı Kanun'da, kasten işlediği bir suçtan dolayı hapis cezasına mahkûm olmuş ve fiili işlediği sırada 18 yaşını doldurmamış olanların sürekli bir kamu görevini üstlenmekten mahrum bırakılmayacakları ifade edilmiştir.

Aynı şekilde 5352 sayılı Kanun'da 18 yaşından küçüklerle ilgili adli sicil ve arşiv kayıtlarının ancak soruşturma ve kovuşturma kapsamında değerlendirilmek üzere Cumhuriyet başsavcılıkları, hâkim veya mahkemelerce istenebileceği düzenlenmiştir. Buna göre kişilerin 18 yaşından küçükken işlediği herhangi bir suça ait kayıtların idari makamlara bildirilmesi hukuken mümkün değildir.

Öte yandan somut olayda başvurucunun yazılı ve sözlü sınavı kazandığının ilan edilmiş olduğu, 18 yaşından küçükken işlediği suça ilişkin kaydın 5352 sayılı Kanun'da yer alan hükme açıkça aykırı şekilde idari makamlara verilmiş olduğu dikkate alındığında özel hayata saygı hakkına yönelik müdahalenin bu yönüyle de kanuni dayanaktan yoksun olduğu anlaşılmıştır.

Anayasa Mahkemesi açıklanan gerekçelerle Anayasa'nın 20. maddesinde güvence altına alınan özel hayata saygı hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir."

Bu durumda Anayasa Mahkemesinin yukarıda belirtilen kararında yer aldığı gibi adli sicil ve arşiv kayıtlarının hangi durumlarda hangi makamlarca istenebileceği 5352 sayılı Kanun'da açıkça düzenlenmesine karşın davalı idarece bu Kanun hükmüne aykırı olarak ve Anayasa'nın 20. maddesinde yer alan özel hayata saygı hakkı ihlal edilerek elde edilen arşiv kaydına dayanılarak tesis edilen işlemde hukuka uyarlık bulunmamaktadır.

Ayrıca suç tarihinde davacının yaşının 12 olduğu, bu yaştaki birinin işlemiş olduğu fiilin niteliğini ve olayın özelliğini tam olarak kavramasının beklenemeyeceği, olayın gelişimi değerlendirildiğinde fiilin teşebbüs aşamasında kaldığı ve tamamlanmadığı hususları göz önüne alındığında dava konusu işlemde bu açıdan da hukuka uyarlık bulunmamaktadır.

KARAR SONUCU:

Açıklanan nedenlerle;

1. 2577 sayılı Kanun'un 49. maddesine uygun bulunan davacının temyiz isteminin kabulüne,

2. Davanın yukarıda özetlenen gerekçeyle temyize konu Ankara Bölge İdare Mahkemesi 4. İdari Dava Dairesinin 24/01/2019 gün ve E:2018/3499, K:2019/40 sayılı kararının **BOZULMASINA,**

3. Kullanılmayan 73,10 TL yürütmeyi durdurma harcının ve artan posta giderinin istemi hâlinde davacıya idareye iadesine,

4. Yeniden bir karar verilmek üzere dosyanın Ankara Bölge İdare Mahkemesi 4. İdari Dava Dairesine gönderilmesine, 01/07/2019 tarihinde kesin olarak oyçokluğu ile karar verildi.

KARŞI OY :

X- İdare ve vergi mahkemeleri tarafından verilen kararların temyiz yolu ile incelenip bozulabilmeleri 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49. maddesinin 1. fıkrasında yazılı nedenlerin bulunmasına bağlıdır.

Ankara Bölge İdare Mahkemesi 4. İdari Dava Dairesince verilen kararın dayandığı gerekçe usul ve yasaya uygun olup, bozulmasını gerektiren bir neden bulunmadığından, temyiz isteminin reddi ile anılan kararın onanması gerektiği görüşüyle çoğunluk kararına katılmıyorum.

DANIŞTAY 12. DAİRE

E. 2019/3372

K. 2019/9303

TEMYİZ EDEN (DAVACI):

VEKİLLERİ:

KARŞI TARAF (DAVALI) : Milli Savunma Bakanlığı / ANKARA

VEKİLİ :

İSTEMİN KONUSU : Konya Bölge İdare Mahkemesi 4. İdari Dava Dairesince verilen 18/04/2019 tarihli, E:2019/301, K:2019/531 sayılı kararının temyizden incelenerek bozulması istenilmektedir.

YARGILAMA SÜRECİ

Dava konusu istem: Kara Kuvvetleri Komutanlığı Isparta Terörizmle Mücadele Eğitim ve Tatbikat Merkezi Komutanlığı'nda uzman erbaş kursiyeri olarak görev yapan davacının, güvenlik soruşturması olumsuz sonuçlandığından bahisle sözleşmesinin feshine ilişkin 01/06/2018 tarih ve MRK.Ş.:17217803-1980-1334581-18 sayılı işlemin iptali ile ilişik kesme tarihi ile göreve iade edildiği tarih arasında geçen döneme ilişkin görev aylıkları ve aylık farklarının tahakkuk tarihlerinden itibaren ödeme tarihine kadar işletilecek yasal faiziyle birlikte ödenmesine karar verilmesi istenilmiştir.

İlk Derece Mahkemesi kararının özeti: Isparta İdare Mahkemesince verilen 19/12/2018 tarih ve E:2018/994, K:2018/1765 sayılı kararda; davacının uzman erbaş sözleşmesinin feshedilmesine neden olarak suç uydurma suçundan 16 gün hapis cezası ile cezalandırılmasının gösterildiği, Konya 3. Çocuk Mahkemesince hükmedilen cezanın otuz günden daha fazla hapis cezası olmadığı, Konya (Kapatılan) 3. Çocuk Mahkemesinin 07.09.2018 tarihli

kararı ile davanın düşmesine karar verildiği, bunların yanında ceza mahkemesi kararının içeriği incelendiğinde davacının eyleminin uzman erbaşlık göreviyle bağdaşmayacak nitelik de taşımadığı, bu nedenle güvenlik soruşturması ve arşiv araştırmasının olumsuz sonuçlandığından bahisle sözleşmesinin feshine ilişkin dava konusu işlemde hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle iptaline, davacının işlem nedeniyle yoksun kaldığı parasal haklarının (görev aylıkları ve aylık farklarının) tahakkuk tarihlerinden itibaren işletilecek yasal faiziyle birlikte ödenmesine karar verilmiştir.

Bölge İdare Mahkemesi kararının özeti: Konya Bölge İdare Mahkemesi 4. İdari Dava Dairesince; davacının Konya 3. Çocuk Mahkemesi'nin 25.11.2014 tarih ve E:2014/464, K:2014/719 sayılı kararıyla cürüm tasnii suçundan 16 gün hapis cezası ile cezalandırılmasına, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ve 3 yıl süre ile herhangi yükümlülük belirlenmeden denetim süresine tabi tutulmasına karar verildiği, bu kararın güvenlik soruşturmasının olumsuz sonuçlanmasına dayanak teşkil ettiği, davacının 3 yıllık denetim süresi içerisinde yeni bir suç işlememesi üzerine Konya (Kapatılan) 3. Çocuk Mahkemesi'nin 07.09.2018 tarihli kararı ile davanın düşmesine karar verildiği, güvenlik soruşturmasının olumsuz sonuçlanmasının sözleşmenin feshi sebebi sayılacağı, verilen ceza ertelense, seçenek yaptırımlara çevrilse, hükmün açıklanması geri bırakılsa veya affa uğrasa bile "cürüm tasnii" suçundan dolayı mahkum olunmasının göreve engel hal olduğu, bu nedenle davacının sözleşmesinin feshine ilişkin dava konusu işlemde hukuka aykırılık, İdare Mahkemesi kararında hukuki isabet bulunmadığı gerekçesiyle istinaf başvurusunun kabulü ile idare mahkemesi kararının kaldırılmasına, davanın reddine karar karar verilmiştir.

TEMYİZ EDENİN İDDİALARI : Davacı tarafından, çocuk yaşta iken verilen cezayla birlikte hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ve 3 yıllık denetime tabi tutulmasına karar verildiği, bu 3 yıllık denetim süresinin uzman erbaşlık eğitimine başladığı 26.02.2018 tarihinden önce 04.12.2017 tarihinde olduğu, yapılan başvuru üzerine mahkemece davanın düşmesine karar verildiği, fiili işlediği sırada 18 yaşını doldurmadığı, 18 yaşından küçükken işlediği kasıtlı bir suçtan mahkum olanların kamu görevine alınmasına hiçbir hukuki engelin bulunmadığı, işlemin hukuka aykırı olduğu, bu nedenle bölge idare mahkemesi kararının bozulmasına karar verilmesi gerektiği ileri sürülmektedir.

KARŞI TARAFIN SAVUNMASI : Davalı idare tarafından, davacının iddialarının bozulması istenen karar ve savunma dilekçeleriyle ayrıntılı olarak karşılandığı, dolayısıyla verilen kararda hukuka aykırılık bulunmadığı belirtilerek istemin reddi gerektiği savunulmuştur.

DANIŞTAY TETKİK HÂKİMİ :

DÜŞÜNCESİ : Davacının temyiz isteminin kabulü ile Bölge İdare Mahkemesi kararının bozulmasına karar verilmesi gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Karar veren Danıştay Onikinci Dairesince, Tetkik Hâkiminin açıklamaları dinlendikten ve dosyadaki belgeler incelendikten sonra, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 17. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca davacının duruşma istemi yerinde görülmemekle ve dosya tekemmül ettiğinden yürütmenin durdurulması istemi hakkında ayrıca bir karar verilmeksizin işin gereği görüldü:

İNCELEME VE GEREKÇE:

MADDİ OLAY :

Davacı, Isparta Terörizmle Mücadele Eğitim ve Tatbikat Merkez Komutanlığı'nda uzman erbaş kursiyeri olarak görev yapmaktadır.

Davacı hakkında yaptırılan güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması sonucu, 14.07.2014 tarihinde (18 yaşından küçük olduğu dönem) işlediği iddia edilen bir fiil nedeniyle "suç uydurma" suçundan yargılandığı ve Konya 3. Çocuk Mahkemesi'nin 25.11.2014 tarihli ve E:2014/464, K:2014/719 sayılı kararı ile 16 gün hapis cezası ile cezalandırılmasına, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına, üç yıl süreyle denetime tabi tutulmasına karar verildiği yolundaki bilgi notu üzerine güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması olumsuz değerlendirilerek 01.06.2018 tarihli ve 1334581-18 sayılı dava konusu işlemde sözleşmesinin feshine karar verildiği, bunun üzerine bakılan davanın açıldığı anlaşılmıştır.

Davacı hakkında verilen bu karardan sonra üç yıllık denetim süresinin dolması üzerine davacı tarafından 05.09.2018 havale tarihli dilekçe ile yapılan başvuru sonunda Konya (Kapatılan) 3. Çocuk Mahkemesi'nin 07.09.2018

tarihli ve E:2014/464, K:2014/719 sayılı kararı ile davanın düşmesine karar verilmiştir.

İLGİLİ MEVZUAT:

Anayasa'nın "Özel hayatın gizliliği" başlıklı 20. maddesinin birinci fıkrasında;

"Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz" hükmüne, üçüncü fıkrasında; "Herkes, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir. Bu hak; kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsar. Kişisel veriler, ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir." hükmüne yer verilmiştir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin "Özel ve aile hayatına saygı hakkı" başlıklı 8. maddesinde de;

"(1) Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve yazışmasına saygı gösterilmesi hakkına sahiptir.

(2) Bu hakkın kullanılmasına bir kamu makamının müdahalesi, ancak müdahalenin yasayla öngörülmüş ve demokratik bir toplumda ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli bir tedbir olması durumunda söz konusu olabilir," hükmü yer almaktadır.

6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun 6. maddesinde;

"(1) Kişilerin ırkı, etnik kökeni, siyasi düşüncesi, felsefi inancı, dini, mezhebi veya diğer inançları, kılık ve kıyafeti, dernek, vakıf ya da sendika üyeliği, sağlığı, cinsel hayatı, ceza mahkûmiyeti ve güvenlik tedbirleriyle ilgili verileri ile biyometrik ve genetik verileri özel nitelikli kişisel veridir.

(2) Özel nitelikli kişisel verilerin, ilgilinin açık rızası olmaksızın işlenmesi yasaktır.

(3) Birinci fıkrada sayılan sağlık ve cinsel hayat dışındaki kişisel veriler, kanunlarda öngörülen hâllerde ilgili kişinin açık rızası aranmaksızın işlenebilir. Sağlık ve cinsel hayata ilişkin kişisel veriler ise ancak kamu sağlığının korunması, koruyucu hekimlik, tıbbî teşhis, tedavi ve bakım hizmetlerinin yürütülmesi, sağlık hizmetleri ile finansmanının planlanması ve yönetimi amacıyla, sır saklama yükümlülüğü altında bulunan kişiler veya yetkili kurum ve kuruluşlar tarafından ilgilinin açık rızası aranmaksızın işlenebilir.

(4) Özel nitelikli kişisel verilerin işlenmesinde, ayrıca Kurul tarafından belirlenen yeterli önlemlerin alınması şarttır.” hükmü yer almaktadır.

657 sayılı Devlet Memurları Kanunu’nun 48. maddesinde devlet memurluğuna alınmaya ilişkin genel ve özel şartlar düzenlenmiş; B/2 bendinde “Kurumların özel kanun veya diğer mevzuatında aranan şartları taşımak” özel şartlar arasında sayılmıştır.

5352 sayılı Adli Sicil Kanunu’nun 10. maddesinin üçüncü fıkrasında, “Onsekiz yaşından küçüklerle ilgili adlî sicil ve arşiv kayıtları; ancak soruşturma ve kovuşturma kapsamında değerlendirilmek üzere Cumhuriyet başsavcılıkları, hâkim veya mahkemelerce istenebilir. ” hükmü yer almaktadır.

07/09//2005 tarihli ve 25929 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan Adli Sicil Yönetmeliği’nin 12. maddesinin dördüncü fıkrasında, “Onsekiz yaşından küçüklerle ilgili adlî sicil ve arşiv kayıtları; ancak soruşturma ve kovuşturma kapsamında değerlendirilmek üzere mahkeme, hâkim veya savcılıklarca istenebilir.” hükmü ile 14. maddesinin birinci fıkrasında, “Onsekiz yaşından küçüklerle ilgili adlî sicil ve arşiv kayıtları ancak soruşturma ve kovuşturma kapsamında değerlendirilmek üzere mahkeme, hâkim veya savcılıklara talep halinde verilir.” hükmü yer almaktadır.

HUKUKİ DEĞERLENDİRME:

Anayasa Mahkemesi’nin 27/02/2019 tarihli ve 2014/7256 Başvuru no’lu kararında özetle;

“Somut olayda başvurucunun on sekiz yaşından küçükken işlediği suçun kayıtlarının Adana Valiliği Emniyet Müdürlüğü tarafından Komisyon Başkanlığına verildiği, bu kaydın dikkate alınmak suretiyle güvenlik soruşturmasının olumsuz sonuçlandığı, başvurucunun sözleşmeli infaz ve koruma memurluğuna atamasının yapılmadığı anlaşılmaktadır.

Resmi makamlar tarafından muhafaza edilmekte olan, başvuru hakkında yürütülen ceza yargılamasına dair bilgilerin özel hayata saygı hakkı anlamında kişisel nitelikli veriler olduğu açıktır. Söz konusu kişisel verinin kamu kurumlarıyla paylaşılması ve güvenlik soruşturmalarında kullanılmasının Anayasa'nın 20. maddesinde güvence altına alınan özel hayata saygı hakkına bir müdahale oluşturduğu sonucuna varılmıştır...

...Öte yandan somut olayda başvuru yazılı ve sözlü sınavı kazandığının ilan edilmiş olduğu, on sekiz yaşından küçükken işlediği suçla ilişkin kaydın 5352 sayılı Kanun'un 10. maddesinin (3) numaralı fıkrasında yer alan hükme açıkça aykırı şekilde idari makamlara verilmiş olduğu dikkate alındığında özel hayata saygı hakkına yönelik müdahalenin bu yönüyle de kanuni dayanaktan yoksun olduğu anlaşılmaktadır.." değerlendirmelerine yer verilmiştir.

Dosya içerisinde yer alan bilgi ve belgeler ile Anayasa Mahkemesi kararı doğrultusunda dava konusu olay incelendiğinde, 10.10.1996 doğumlu olan ve hakkındaki ceza mahkûmiyetine konu suçu işlediği 14.07.2014 tarihinde on sekiz yaşından küçük olan davacının, on sekiz yaşından küçükken işlediği bu suça ilişkin kayıtların Konya Valiliği İl Emniyet Müdürlüğü tarafından Milli Savunma Bakanlığı Personel Temin Daire Başkanlığına verilmesi üzerine, ilgili kurum tarafından bu kaydın dikkate alınması suretiyle davacı hakkındaki güvenlik soruşturmasının olumsuz sonuçlandığı görülmüştür.

Bu durumda, davacının adli sicil kaydında görünmeyen, on sekiz yaşından küçükken işlediği suça ilişkin kaydın, yukarıda yazılı Kanun ve Yönetmelik hükümleri uyarınca, ancak soruşturma ve kovuşturma kapsamında değerlendirilmek üzere Cumhuriyet başsavcılıkları, hâkim veya mahkemelerce istenebileceği açık olduğundan, kişisel veri niteliğinde olan bu kaydın, güvenlik soruşturması kapsamında ilgili kamu kurumuna verilmesi ve güvenlik soruşturmasında kullanılması hukuka aykırı olduğundan, hukuka aykırı şekilde idari makamlara verilen bu kaydın değerlendirilmesi suretiyle güvenlik soruşturmasının olumsuz sonuçlandırılması, Anayasa'nın 20. maddesi ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesi uyarınca "özel hayata saygı hakkının" ihlâli sonucunu doğurmaktadır.

Bu itibarla, davacının on sekiz yaşından küçükken işlediği suça ilişkin kayda dayanılarak güvenlik soruşturmasının olumsuz sonuçlanması suretiyle öğrencilikten ilişikinin kesilmesine ilişkin dava konusu işlemde hukuka

uyarlık, davanın reddi yönündeki Bölge İdare Mahkemesi kararında hukuki isabet görülmemiştir.

KARAR SONUCU:

Açıklanan nedenlerle;

1. Davacının temyiz isteminin kabulüne,

2. Dava konusu işlemin yukarıda özetlenen gerekçeyle iptaline ilişkin Isparta İdare Mahkemesi kararına yönelik olarak yapılan istinaf başvurusunun kabulü ile İdare Mahkemesi kararının kaldırılması davanın reddi yolundaki temyize konu Konya Bölge İdare Mahkemesi

4. İdari Dava Dairesince verilen 18/04/2019 tarihli, E:2019/301, K:2019/531 sayılı kararının **BOZULMASINA,**

3. Kullanılmayan 73,10 TL yürütmeyi durdurma harcının istemi hâlinde davacıya iadesine,

4. Yeniden bir karar verilmek üzere dosyanın Konya Bölge İdare Mahkemesi 4. İdari Dava Dairesine gönderilmesine, (karar düzeltme yolu kapalı olmak üzere) 27/11/2019 tarihinde oyçokluğuyla karar verildi.

(x) KARŞI OY :

Temyiz isteminin reddi ile usul ve Yasaya uygun olan Bölge İdare Mahkemesi kararının onanmasına karar verilmesi gerektiği görüşüyle çoğunluk kararına katılmıyorum.

Çocuğun Eğitim ve Öğrenim Hakkı ile Din ve Vicdan Hürriyetine İlişkin Kararlar

-
- *Karar No II.6: Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu
E. 2016/3012 K. 2019/4009*
 - *Karar No II.7: Danıştay 8. Daire E. 2018/5026 K. 2019/8831*
 - *Karar No II.8: Danıştay 8. Daire E. 2014/6591 K. 2018/6772*
 - *Karar No II.9: Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu
E. 2016/3051 K. 2018/4817*
 - *Karar No II.10: Danıştay 8. Daire E. 2019/9234*
 - *Karar No II.11: Danıştay 2. Daire E. 2016/14354 K. 2020/1153*
-

DANIŞTAY İDARİ DAVA DAİRELERİ KURULU

E. 2016/3012

K. 2019/4009

TEMYİZ EDEN (DAVACILAR) :

KARŞI TARAF (DAVALILAR) : 1- Cumhurbaşkanlığı (Başbakanlık) - ANKARA

VEKİLLERİ:

2- Milli Eğitim Bakanlığı

VEKİLİ:

İSTEMİN KONUSU : Danıştay Sekizinci Dairesinin 11/02/2016 tarih ve E:2015/1257, K:2016/959 sayılı kararının temyizden incelenerek bozulması istenilmektedir.

YARGILAMA SÜRECİ :

Dava konusu istem: 27/09/2014 tarih ve 29132 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan, Milli Eğitim Bakanlığına Bağlı Okul Öğrencilerinin Kılık ve Kıyafetlerine Dair Yönetmelikte Değişiklik Yapılması Hakkında Yönetmeliğin 1. maddesinin iptali istenilmiştir.

Daire kararının özeti: Danıştay Sekizinci Dairesinin 11/02/2016 tarih ve E:2015/1257, K:2016/959 sayılı kararıyla; dava dilekçesinde öne sürülen iddiaların, Milli Eğitim Bakanlığına Bağlı Okul Öğrencilerinin Kılık ve Kıyafetlerine Dair Yönetmeliğin 3. maddesinin 6. fıkrasının yürürlükten kaldırılarak ortaokul ve liselerdeki kız öğrencilerin okul içinde başlarını örtmelerine imkan tanınmasına ilişkin kurallara yönelik olduğu anlaşıldığından, inceleme ve değerlendirmenin buna yönelik yapılacağı,

Dava konusu uyuşmazlığın çözümünü temelde dört bağlamda ele almak gerekeceği, bunlardan birincisinin Cumhuriyetin temel niteliklerinden biri

olan laiklik ilkesi, ikincisinin temel hak ve hürriyetler (din ve vicdan hürriyeti ile eğitim hakkı) ve bunların sınırlandırılması, üçüncüsünün takdir hakkı ve son olarak kamu yararı kavramı olduğu,

Dava konusu Yönetmelik ile eğitim ve öğretime ilişkin kamu hizmetinden, ortaokul ve liselerdeki kız öğrencilerden isteyenlerin dini inançları gereği başörtüsü takarak, isteyenlerin de başı açık olarak yararlanabileceği,

Anayasa'nın 2. maddesinin gerekçesi ile Anayasa Mahkemesinin 20/09/2012 tarih ve E:2012/65, K:2012/128 sayılı kararında yer verilen tanım bir arada değerlendirildiğinde; laiklik ilkesinin, devletin niteliğinde hayat bulan, her ferdin istediği inanca, mezhebe sahip olabilmesi, ibadetini yapabilmesi ve dinî inançlarından dolayı diğer vatandaşlardan farklı bir muameleye tâbi kılınmamasını sağlayan ve en önemlisi din ve vicdan hürriyetini teminat altına alan bir kavram olduğu sonucuna varıldığı,

Anayasa'nın 2. maddesinde, Türkiye Cumhuriyetinin laik olmasının yanında demokratik olduğunun da belirtildiği, dolayısıyla laiklik kavramının, din ve vicdan özgürlüğünden, din ve vicdan özgürlüğünün de demokrasiden bağımsız olarak değerlendirilemeyeceği,

Bireylerin mensup olduğu dinin, inançlarının veya kültürlerinin bir gereği olarak başörtüsü taktığı, bu davranışlarının süreklilik arz ettiği ve başörtüsünün büyük bir toplumsal kabul de gördüğü,

Birey, başörtüsünün mensup olduğu dinin, inançlarının veya kültürlerinin bir gereği olduğunu, bu nedenle takmadığı zaman iç dünyasında eksiklik hissedeceğini, kendi kabulüne göre bunun bir zorunluluk olduğunu hissediyorsa, daha açık bir ifade ile yaşamında ve davranışlarında önemli bir rolü varsa ve bu rol süreklilik arz ediyor, toplumsal kabul de görüyorsa bu hususun din ve vicdan özgürlüğü kapsamında korunması gerektiği, ancak bu özgürlüğün dışsal boyutunun mutlak anlamda sınırsız olduğu anlamının çıkarılmaması gerektiği,

Anayasamıza ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne göre din ve vicdan özgürlüğünün dışsal boyutunun bazı durumlarda sınırlandırılabilirliği, din ve vicdan özgürlüğünün içsel boyutu hiçbir şekilde sınırlandırılmazken, dışsal boyutunun sınırlandırılabilmesinin ise farklı hukuki durumlara tabi olduğu,

Din ve vicdan hürriyetinin dışsal boyutunun sınırlandırılması konusunda öncelikle iç hukukumuzda göre değerlendirme yapmak gerektiği, Anayasamızda, din ve vicdan özgürlüğünün 24. maddede düzenlendiği, söz konusu düzenlemede; 14. madde hükümlerine aykırı olmamak şartıyla ibadet, dinî âyin ve törenlerin serbest olduğu, kimsenin, ibadete, dinî âyin ve törenlere katılmaya, dinî inanç ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamayacağı, dinî inanç ve kanaatlerinden dolayı kınanamayacağı ve suçlanamayacağının vurgulandığı, 14. maddede ise, din ve vicdan özgürlüğünün (temel hak ve hürriyet), insan haklarına dayanan demokratik ve lâik Cumhuriyeti ortadan kaldırmayı amaçlayan faaliyetler biçiminde kullanılamayacağı hükmüne yer verildiği,

Sınırlamanın nasıl yapılacağı hususunun ise, 13. maddede düzenlendiği, buna göre; temel hak ve hürriyetlerin, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabileceği,

Ortaokul ve liselerde açıkça başörtüsünü yasaklayan herhangi bir anayasal ya da yasal bir hüküm bulunmadığı, dava konusu düzenlemeyle ise, bir sınırlama değil, din ve vicdan hürriyeti kapsamında devlete düşen pozitif yükümlülük gereği serbestlik getirildiği,

Bununla birlikte, laiklik ilkesinin, Anayasa'da belirtilen temel hak ve hürriyetlerden bağımsız olarak değerlendirilemeyeceği, çünkü Anayasa'nın 14. maddesine göre din ve vicdan özgürlüğünün dışsal boyutunun sınırlandırılabilmesi için insan haklarına dayanan demokratik ve lâik Cumhuriyeti ortadan kaldırmayı amaçlayan bir faaliyetin olması gerektiği, maddede "insan hakları, demokrasi ve laik Cumhuriyet" ibareleri bir arada kullanıldığı, bu nedenle, bu kavramların temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması konusunda hiçbir zaman ayrı yorumlanamayacağı, dolayısıyla Anayasa'da temel hak ve hürriyetler ile laiklik ilkesi arasında adil bir dengenin kurulduğu,

Dava konusu düzenlemede ise, bu dengeyi orantısız hale getirir bir nitelik bulunmadığı, sonuç olarak iç hukukumuzda laiklik ilkesi ile din özgürlüğü bağlamında bireylerin ortaokul ve liselerde başörtüsü takmasının, birbiriyle çelişen kavramlar değil, birbirinin dengeleyici unsurları olduğu,

Öte yandan Anayasa'nın "Eğitim ve öğrenim hakkı ve ödevi" başlıklı 42. maddesinde, kimsenin, eğitim ve öğrenim hakkından yoksun

birakılamayacağı, öğrenim hakkının kapsamının kanunla tespit edileceği ve eğitim ve öğretimin, Atatürk ilkeleri ve inkılâpları doğrultusunda, çağdaş bilim ve eğitim esaslarına göre, Devletin gözetim ve denetimi altında yapılacağı belirtildiği, 1739 sayılı Milli Eğitim Temel Kanunu'nda da benzer hükümlere yer verildiği, bu hükümlerin Anayasa'nın "din ve vicdan" hürriyeti bölümünde geçen ifadelerle aynı doğrultuda olduğu, dolayısıyla yukarıda "din ve vicdan özgürlüğü" kapsamında yapılan değerlendirmelerin "eğitim hakkı" için de geçerli olduğu,

Uyuşmazlık uluslararası sözleşmelere göre değerlendirildiğinde de, başörtüsünün, tarihi, dini ve kültürel boyutuyla uzun yıllar toplumun büyük bir kısmında kabul gördüğü ve gündelik yaşamın bir parçası haline geldiği, başörtüsü takan bireylerle, takmayanların uzun yıllar bir arada hatta aynı aile ortamında bile sorunsuz bir şekilde yaşamaya devam ettiklerinin bilindiği, bunun da başörtüsü takan bireylerin, diğer kişiler üzerinde sistematik bir baskı oluşturmadığını gösterdiği, dava dosyasına ise, davacıların belirttiği varsayımlar dışında bir baskı oluşturulduğuna dair bir bilgi, belge veya olgu sunulmadığı, dolayısıyla bu hususlar bir arada değerlendirildiğinde, toplum algımıza göre baş örtüsünün "pasif bir sembol" olarak görüldüğüne kuşku bulunmadığı, çünkü dinin, inancın veya kültürlerin gereği olarak başörtüsünün toplumsal bir kabul gördüğü ve bireyler/öğrenciler üzerinde dini bir etki ve baskı oluşturabilecek yönünün kanıtlanmadığı, hal böyle olunca bu serbestlikten yararlanmayanların temel hak ve özgürlüklerinin engellendiğinden bahsedilemeyeceği,

Uyuşmazlık konusu düzenleme çocuk haklarını da kapsadığından konunun bu yönüyle de değerlendirilmesi gerektiği, Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'nin, çocuğun düşünce vicdan ve din özgürlüğünü düzenleyen 14. maddesi ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Birinci Protokolünün "Eğitim hakkı" başlıklı 2. maddesinin aynı doğrultuda olduğu, buna göre devletlerin, anne ve babanın, çocuklarının düşünce, vicdan ve din özgürlükleri hakkının kullanılmasında çocuğa yol gösterme konusundaki hak ve ödevlerine saygı göstermesi gerektiği, dolayısıyla yukarıda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi yönünden yapılan değerlendirmelerin Çocuk Haklarına Dair Sözleşme için de geçerli olduğu,

Bununla birlikte, Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'nin 28. maddesinde devletlerin okullarda düzenli biçimde devamın sağlanması ve okulu terketme oranlarının düşürülmesi için önlem almaları, eğitim alanında, özellikle

cehaletin ve okuma yazma bilmemenin dünyadan kaldırılmasına katkıda bulunmak ve çağdaş eğitim yöntemlerine ve bilimsel ve teknik bilgilere sahip olunmasını kolaylaştırmak amacıyla uluslararası işbirliğini güçlendirilmesi gerektiğinin belirtildiği, gerçekten de toplumumuzda kız çocuklarının yaygın olarak başörtüsü yasağı nedeniyle anne ve babaları tarafından okula gönderilmediklerinin bilindiği, dava konusu düzenlemeyle getirilen başörtüsü engelinin kaldırılması ile bu sorununda önüne geçilebileceğinden, daha açık bir ifade ile okula gitmeme ve okulu terk etme oranı azalacağından, bu yönüyle dava konusu düzenlemenin kamu yararına uygun olduğunun anlaşıldığı,

Bu durumda, gerek iç hukukumuzda göre gerekse uluslararası sözleşmelere göre idareye verilen takdir hakkı bağlamında yapılan dava konusu düzenlemede laiklik ilkesi ile temel hak ve hürriyetlerin kullanılması konusunda bir orantısızlık, kamu yararına ve hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

TEMYİZ EDENİN İDDIALARI : Davacılar tarafından, dava konusu Yönetmelik değişikliği ile birlikte ortaokul ve liselerdeki kız öğrencilerin başlarını örtmelerine imkan tanındığı, bu durumun Anayasa'nın 2., 10. ve 42. maddesine, Milli Eğitim Temel Kanunu'nun 2. maddesine ve Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmelere aykırı olduğu ileri sürülmektedir.

KARŞI TARAFIN SAVUNMALARI : Davalı idareler tarafından, Danıştay Sekizinci Dairesince verilen kararın usul ve hukuka uygun bulunduğu ve temyiz dilekçesinde öne sürülen nedenlerin, kararın bozulmasını gerektirecek nitelikte olmadığı belirtilerek temyiz isteminin reddi gerektiği savunulmaktadır.

DANIŞTAY TETKİK HÂKİMİ ... DÜŞÜNCESİ : Temyiz isteminin reddi ile Daire kararının onanması gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Karar veren Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunca, Tetkik Hâkiminin açıklamaları dinlendikten ve dosyadaki belgeler incelendikten sonra gereği görüldü:

HUKUKİ DEĞERLENDİRME:

Danıştay dava dairelerinin nihai kararlarının temyizen incelenerek bozulması, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesinde yer alan;

“a) Görev ve yetki dışında bir işe bakılmış olması,

b) Hukuka aykırı karar verilmesi,

c) Usul hükümlerinin uygulanmasında kararı etkileyebilecek nitelikte hata veya eksikliklerin bulunması” sebeplerinden birinin varlığı hâlinde mümkündür.

Temyizen incelenen karar usul ve hukuka uygun olup, temyiz dilekçesinde ileri sürülen iddialar kararın bozulmasını gerektirecek nitelikte görülmemiştir.

KARAR SONUCU:

Açıklanan nedenlerle;

1. Davacıların temyiz isteminin reddine,

2. Davanın yukarıda özetlenen gerekçeyle reddine ilişkin Danıştay Sekizinci Dairesinin 11/02/2016 tarih ve E:2015/1257, K:2016/959 sayılı kararının **ONANMASINA**,

3. Bu kararın tebliğ tarihini izleyen günden itibaren 15 (onbeş) gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 02/10/2019 tarihinde oyçokluğu ile karar verildi.

KARŞI OY

X- Dava; 27/9/2014 tarih ve 29132 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren “Milli Eğitim Bakanlığına Bağlı Okul Öğrencilerinin Kılık ve Kıyafetlerine Dair Yönetmelikte Değişiklik Yapılması Hakkında Yönetmelik”in 1. maddesinin, Türk milli eğitiminin gereklerine ve laik eğitim sistemine aykırı olduğu öne sürülerek iptali istemiyle açılmıştır.

Dava konusu Yönetmelik değişikliği ile davalı idareler tarafından 27/11/2012 tarihinde Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe konulan ana Yönetmeliğin “Temel İlkeler” başlıklı 3. maddesinin altıncı fıkrası yürürlükten kaldırılmış ve 4. maddesinin birinci fıkrasının (d) ve (e) bentleri değiştirilmiştir. Yönetmeliğin yürürlükten kaldırılan 3. maddesinin altıncı fıkrası, “Kız öğrenciler, imam-hatip ortaokul ve liseleri ile çok programlı liselerin imam-hatip programlarında tüm derslerde, ortaokul ve liselerde ise seçmeli Kuran-ı Kerim derslerinde başlarını örtebilir.” hükmünü içermekte ve daha önceki mevzuatla getirilen, ortaokul ve liselerde öğrencilerin okul içinde baş açık bulunmaları gerektiğine ilişkin genel kurala, imam-hatip ortaokul ve liselerinin kız öğrencileri ile Kuran-ı Kerim seçmeli ders öğrencileri için bir istisna getirmekteydi. Dava konusu Yönetmelik değişikliği ile söz konusu istisna hükmü tamamen kaldırılmış ve böylece ortaokul ve liselerdeki kız öğrencilerin okul içinde başlarını örtmelerine imkân tanınmıştır.

Dava konusu Yönetmeliğin 3. maddesinin (e) bendinde yapılan değişiklik ile okul içinde baş açık bulunma kuralının artık sadece okul öncesi eğitim kurumları ve ilkokullar için geçerli olacağı öngörülmektedir.

Davalı idareler bu değişikliğin gerekçesi olarak, Türkiye’de laikliğin Devletin temel ilkelerinden olmasının %99’u Müslüman olan toplumdaki bireylerin başlarını örtmelerini yasaklamayı gerektirmediğini, Devletin görevinin kişinin dini tercih hürriyetini kısıtlamak değil, korumak olması gerektiğini, yapılan düzenlemenin Anayasa ve uluslararası sözleşmelerle güvence altına alınan din ve vicdan hürriyeti alanını genişletici nitelikte olduğunu, bu durumun Anayasa Mahkemesinin son kararları ve uluslararası insan hakları sözleşmelerine ilişkin yargı kararları ile de uyumlu olduğunu belirtmektedirler.

Anayasa’nın “Eğitim ve öğrenim hakkı ve ödevi” başlıklı 42. maddesinin üçüncü fıkrasında, eğitim ve öğretimin Atatürk ilkeleri ve inkılâpları doğrultusunda, çağdaş bilim ve eğitim esaslarına göre, Devletin

gözetim ve denetimi altında yapılacağı, bu esaslara aykırı eğitim ve öğretim yerleri açılmayacağı belirtildikten sonra, dördüncü fıkrasında, eğitim ve öğretim hürriyetinin, Anayasa'ya sadakat borcunu ortadan kaldırmayacağı vurgulanmıştır.

Öte yandan, 1739 sayılı Milli Eğitim Temel Kanunu'nun 2. maddesinde; Türk Milletinin bütün fertlerini, insan haklarına ve Anayasa'nın başlangıcındaki temel ilkelere dayanan demokratik, laik ve sosyal bir hukuk Devleti olan Türkiye Cumhuriyetine karşı görev ve sorumluluklarını bilen ve bunları davranış haline getirmiş yurttaşlar ve hür ve bilimsel düşünme gücüne, geniş bir dünya görüşüne sahip verimli kişiler olarak yetiştirmek, Türk Milletini çağdaş uygarlığın yapıcı, yaratıcı, seçkin bir ortağı yapmak Türk Milli Eğitiminin genel amacı olarak belirlenmiştir.

Dava konusu düzenleme ile ortaokul ve liselerde başın açık olması gerektiğine ilişkin genel ilke ortadan kaldırılmakta ve yukarıda belirtilen anayasal ve yasal kurallara aykırı şekilde, Medeni Kanunumuzun 11. maddesine göre henüz ergin olmayan kız öğrencilerin eğitim öğretim gördükleri okul içerisinde başlarını dini kurallara göre örtmelerine olanak tanınmaktadır.

Türkiye Cumhuriyetinin, Anayasa'nın 2. maddesinde öngörüldüğü şekilde demokratik, laik, sosyal bir hukuk devleti olması, din kuralları ile Anayasa ve yasalar tarafından öngörülen kuralların birbiriyle çeliştiği durumlarda Anayasa kurallarının esas alınmasını gerektirir. Dolayısıyla toplum hayatına ilişkin kurallar konulurken, nüfusumuzun %99'unun Müslüman olduğu kabulünden hareket etmek laiklik ilkesinin giderek ortadan kaldırılması anlamını taşır. Böylece başörtüsü konusunda dün imam-hatip öğrencilerine tanınan bir istisna, bugün ortaöğretimdeki bütün kız öğrenciler için bir hak haline dönüşür. Eğer kuralların kaynağı toplumun çoğunluğunun dini eğilimleri olmaya başlarsa laik düzenin devamından söz etmek imkânsız hale gelir.

Din ve vicdan özgürlüğünün, temel bir insan hakkı olarak Anayasamızda (md. 24), Birleşmiş Milletlerin Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmesi'nde (MSHS) (md. 18) ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde (AİHS) (md. 9) yer aldığı konusunda herhangi bir kuşku yoktur. Anayasamız ve tarafı olduğumuz uluslararası sözleşmelerde din ve vicdan özgürlüğüne yer verilmekle birlikte, bunun sınırlanabileceği durumlar da ilgili metinlerde (Anayasa md. 13-14, MSHS md. 18/3, AİHS md. 9/2) gösterilmiştir. Genel olarak bu hakkın kullanımına getirilen sınırlamalarda amaç, hakkın kötüye

kullanımını önlemek ve kamu güvenliğini, düzenini, sağlığını, ahlâkını ya da başkalarının temel hak ve özgürlüklerini korumak olarak ifade edilmektedir. Dolayısıyla birbiriyle çelişkili gibi gözüken, bir yandan temel bir hakkın tanınması, bir yandan da buna getirilebilecek sınırlamalara yer verilmesi hususlarında, konuya ilişkin olarak verilmiş bulunan Anayasa Mahkemesi ve AİHM kararları yol gösterici mahiyette olacaktır.

Din ve vicdan özgürlüğü kapsamında kadınların kamusal alanda başörtüsü/türban takabilmelerine imkân sağlayan hukuki düzenlemeler Anayasa Mahkemesinin 05/06/2008 tarih ve E:2008/16, K:2008/116 sayılı kararı (Anayasa'nın 10. maddesine eklenen ve yükseköğretimde başörtüsünü serbest kılmayı amaçlayan ibarelerin iptali); 16/01/1998 tarih ve E:1997/1 (SPK), K:1998/1 sayılı parti kapatma kararı (Dinsel nedenlere dayanılarak başörtüsü ve türbanla boyun ve saçlarının örtülmesine resmi daire ve üniversitelerde serbestlik tanınması Anayasa'daki laiklik ilkesine aykırılık oluşturur); 09/04/1991 tarih ve E:1990/36, K:1991/8 sayılı kararı (Üniversitelerde kılık-kıyafet serbestisinin dini inanç sebebiyle boyun ve saçların örtü ve türbanla kapatılmasını ve dinsel nitelikteki giysileri kapsamadığı gerekçesiyle 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nda yapılan değişikliğin iptali isteminin reddi), 07/03/1989 tarih ve E:1989/1, K:1989/12 sayılı kararı (2547 sayılı Yükseköğretim Kanununda yapılan değişiklik ile öğrenci ve öğretim elemanlarının yükseköğretim kurumlarında başörtüsü takmalarına imkân sağlayan yasa değişikliğinin iptali) ile Anayasamızın başlangıç bölümünde ve 2. maddesinde yer alan ilkelere aykırı bulunmuştur. Anayasa Mahkemesi sözü edilen kararlarında; kamusal alanda dinsel giysi ve simgelerin kullanılmasına getirilen sınırlamaların Anayasamızın başlangıç bölümündeki ilkelerin ve 2. maddede yer alan Türkiye Cumhuriyetinin demokratik, laik ve sosyal bir hukuk devleti olduğu kuralının bir gereği olduğuna, dolayısıyla bu alanda getirilen sınırlamaların da yine Anayasa'nın 13. ve 14. maddelerinde ifade edilen laik cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkelerine uygun olduğuna, aksi yönde getirilen yasal değişikliklerin de bu nedenle Anayasa'ya aykırı olduğuna hükmetmiştir.

Davalı idarelerin dosyada mevcut savunmalarında Anayasa Mahkemesinin konuyla ilgili "son içtihatları" olarak iki karardan söz edilmektedir. Bu kararlardan ilki E:2012/65, K:2012/128 sayılı karardır. Bu kararın davalı idarelerin savunmalarında aktarılan bölümünde Anayasa Mahkemesince laiklik ilkesiyle ilgili olarak genel bazı değerlendirmelerde bulunulmakta ve

1739 sayılı Milli Eğitim Temel Kanunu'nun 25. maddesinde, ortaokul ve liselerde "Kuran-ı Kerim ve Hazreti Peygamberimizin hayatının" seçmeli ders olarak okutulmasına imkân sağlayan yasal değişikliğin Anayasa'ya aykırı olmadığına hükmedilmektedir.

Alıntılara yer verilen ikinci Anayasa Mahkemesi kararı ise 2014/256 sayılı bireysel başvuruya ilişkindir ve konusunu, duruşmaya başörtüsü ile girmek isteyen bir avukatın bu isteğinin mahkemece geri çevrilmesi ve bu eylemin başvuruçunun anayasal haklarını ihlal ettiği iddiası oluşturmaktadır. Anayasa Mahkemesi bu kararında yine laiklik ilkesine yönelik olarak bazı yorumlar yaptıktan sonra, başvuruçunun anayasal haklarının (10. ve 24. maddeler yönünden) ihlal edildiğine karar vermiştir. Dolayısıyla, davalı idareler tarafından Anayasa Mahkemesinin konuya ilişkin son içtihadına emsal olarak sunulan her iki kararın da, ortaokul ve liselerdeki kız öğrencilerin okul içinde başlarını örtmelerine imkân tanıyan dava konusu Yönetmelik değişikliği ile doğrudan bir ilgisi bulunmamaktadır.

Anayasa Mahkemesinin ve Danıştayın çeşitli kararları ile biçimlenen ülke uygulamasının ne ölçüde evrensel hukuk kurallarına uygun olduğu, özellikle tarafı olduğumuz insan haklarına ilişkin uluslararası sözleşmeler ışığında ilgililerce çeşitli vesilelerle AİHM 'de açılan davalarla test edilme imkânı bulmuştur.

Devlet, din veya inancın açığa vurulmasına AİHS'nin 9. maddesinin 2. fıkrası çerçevesinde "kamu güvenliği yararına, kamu düzeninin, genel sağlığın ya da ahlâkın ve başkalarının haklarının ve özgürlüklerinin korunması için" müdahale edebilir (meşru amaç koşulu). Strazburg Mahkemesi, çeşitli kararlarında, örneğin Karaduman v. Türkiye (90), Bulut v. Türkiye (91), Dahlab v. İsviçre (98), Kurtulmuş v. Türkiye (01), El Morsli v. Fransa (06), Ghazal v. Fransa (08), Singh v. Fransa (08) kararlarında dini kıyafetlere yönelik kısıtlamaların "başkalarının hakları ve özgürlüklerinin korunması" ölçütüne başvurularak getirilebileceğini ve devletlere bu konuda kayda değer bir takdir yetkisi tanındığını vurgulamaktadır. Mahkeme bu takdir hakkını tanıırken özellikle kamusal alanda dini yansızlığın güvence altına alınmasını amaçlamaktadır.

Bu konular yakın zamanda AİHM tarafından önce Daire (2004), daha sonra da Büyük Daire (2005) düzeyinde Leyla Şahin v. Türkiye davasında ayrıntılı olarak tartışılmış ve davacının üniversitede başörtüsü takmasına getirilen kısıtlamaların AİHS'nin 9. maddesinin 2. fıkrası kapsamında meşru olduğuna

karar verilmiştir. Mahkeme kararında, başörtüsüne getirilen kısıtlamaların demokratik bir toplumda gerekli olduğu sonucuna ulaşırken hem laikliğin hem de kadın-erkek eşitliğinin sağlanması amaçlarına atıfta bulunmuştur. Aynı kararlarda başörtüsünün “cinsiyet eşitliği ilkesi ile bağdaştırılması zor dini davranış kurallarıyla kadınlara getirildiği görülen ve hoşgörü, başkalarına saygı ve hepsinin ötesinde eşitlik ve ayrımcılık yasağı mesajı ile kolaylıkla bağdaştırılmayan güçlü bir dışsal simge olduğu” nitelemesini yapmıştır.

AİHM’in konuya ilişkin kararları incelendiğinde, bu alandaki içtihatların tutarlılık arz ettiği anlaşılmaktadır. Bunun gerekçesi ise şöyle açıklanmaktadır (Murdoch, AİHS Kapsamında Düşünce, Vicdan ve Din Özgürlüğü Hakkının Korunması (2012), s. 53): “Laiklik, özgürlük ve eşitliğin buluşma noktasıdır ve zorunlu olarak din ve vicdan özgürlüğünü gerektirir. Ayrıca laiklik bireyin radikal hareketler kaynaklı, harici baskılardan korunmasına yardımcı olur. Devletin bağımsız bir arabulucu olarak bu rolü, Strazburg Mahkemesinin 9. madde altındaki içtihatları ile tutarlıdır.” Bunun doğal sonucu olarak, özel alandan kamusal, kamusalda resmi alana doğru gidildikçe bireysel özgürlüklerin ve bu bağlamda dinsel simge ve giysilerin kullanımının, ülkenin özgül koşulları da dikkate alınarak diğerlerinin davranışlarından daha kolayca etkilenecek yaşta bulunan öğrencilik çağındaki çocukların hak ve özgürlüklerinin korunması ve kamu düzeninin sağlanmasına yönelik meşru bir amaca hizmet etmek üzere sınırlandırılmasında hukuksal bir sakınca bulunmamaktadır.

Bu haliyle, dava konusu düzenleme, Anayasa’nın Cumhuriyetin niteliklerini düzenleyen 2. maddesine, kanun önünde eşitliği düzenleyen 10. maddesindeki “herkesin dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşit olduğunu” öngören hükümlerine, eğitim ve öğretim hakkı ve ödevini düzenleyen 42. maddesine ve Milli Eğitim Temel Kanunu’nun yukarıda belirtilen hükümlerine aykırı olduğundan, davanın reddi yolundaki Daire kararının bozulması gerektiği oyuyla, karara katılmıyoruz.

DANIŞTAY 8. DAİRE

E. 2018/5026

K. 2019/8831

DAVACI : Eğitim ve Bilim Emekçileri Sendikası

VEKİLİ :

DAVALILAR : 1- Cumhurbaşkanlığı

VEKİLİ :

2- Milli Eğitim Bakanlığı

VEKİLİ :

DAVANIN KONUSU :

27/09/2014 gün ve 29132 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Milli Eğitim Bakanlığına Bağlı Okul Öğrencilerinin Kılık ve Kıyafetlerine Dair Yönetmelikte Değişiklik Yapılması Hakkında Yönetmeliğin 1. maddesinin iptali istenilmektedir.

DAVACININ İDDİALARI :

Davacı sendika tarafından; dava konusu Yönetmeliğin "d) Okullarda yüzü açık bulunur; siyasî sembol içeren simge, şekil ve yazıların yer aldığı fular, bere, şapka, çanta ve benzeri materyalleri kullanamaz; saç boyama, vücuda dövme ve makyaj yapamaz, pirsing takamaz, bıyık ve sakal bırakamaz" kısmı yönünden anılan Yönetmelik değişikliğinin öğrencilerin hak ve özgürlüklerinin geliştirilmesini amaçlamadığı ve Yönetmeliğin yürürlüğe konuluş amacı ile genel hukuk ilkelerine aykırı yasaklar içerdiği, "e) Okul öncesi eğitim kurumlarında ve ilkokullarda okul içinde baş açık bulunur." kısmının ise laik eğitim sistemine aykırılık teşkil ettiği ileri sürülmektedir.

DAVALI CUMHURBAŞKANLIĞI'NIN SAVUNMASI :

Dava konusu Yönetmelik değişikliği ile din ve vicdan hürriyeti kapsamında bir tercih serbestisinin getirildiği, ortaokul ve liselerde isteyen kız öğrencilerin başı açık, isteyen kız öğrencilerin ise başörtüsü ile eğitim ve öğretimlerine devam edebileceği, kılık kıyafet serbestisine getirilen sınırlamalar yönünden ise velilerin şikayetleri ve sağlıkçıların görüşü alınarak anılan düzenlemelerin yapıldığı savunulmaktadır.

DAVALI MİLLİ EĞİTİM BAKANLIĞI'NIN SAVUNMASI:

Dava konusu edilen Yönetmelik değişikliğinin Anayasanın 24 ve 42. maddeleri ile uluslararası sözleşmelere aykırılık taşımayan dava konusu düzenlemenin hukuka uygun olduğu savunulmaktadır.

DANIŞTAY TETKİK HÂKİMİ :

DÜŞÜNCE : Davanın reddi gerektiği düşünülmektedir.

DANIŞTAY SAVCISI :

DÜŞÜNCE : Dava; 27/09/2014 günlü, 29132 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Millî Eğitim Bakanlığına Bağlı Okul Öğrencilerinin Kılık ve Kıyafetlerine Dair Yönetmelikte Değişiklik Yapılması Hakkında Yönetmeliğin 1. maddesinin iptali istemiyle açılmıştır.

Dava konusu yönetmelik değişikliği ile 27/11/2012 tarihinde Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğüne konulan ana yönetmeliğin "Temel İlkeler" başlıklı 3. maddesinin altıncı fıkrası yürürlükten kaldırılmış ve 4. maddesinin birinci fıkrasının (d) ve (e) bentleri değiştirilmiştir. Yönetmeliğin yürürlükten kaldırılan 3. maddesinin altıncı fıkrası, "Kız öğrenciler, imam-hatip ortaokul ve liseleri ile çok programlı liselerin imam-hatip programlarında tüm derslerde, ortaokul ve liselerde ise seçmeli Kuran-ı Kerim derslerinde başlarını örtebilir." hükmünü içermekte ve daha önceki mevzuatla getirilen, ortaokul ve liselerde öğrencilerin okul içinde baş açık bulunmaları gerektiğine ilişkin genel kurala, imam-hatip ortaokul ve liselerinin kız öğrencileri ile Kuran-ı Kerim seçmeli ders öğrencileri için bir istisna getirmekteydi. Dava konusu yönetmelik değişikliği ile söz konusu istisna hükmü tamamen kaldırılmış ve böylece ortaokul ve liselerdeki kız öğrencilerin okul içinde başlarını örtmelerine imkân tanınmıştır.

Dava konusu yönetmeliğin 3. maddesinin (e) bendinde yapılan değişiklik

ile okul içinde baş açık bulunma kuralının artık sadece okul öncesi eğitim kurumları ve ilkokullar için geçerli olacağı öngörülmektedir.

Davalı idareler bu değişikliğin gerekçesi olarak, "Türkiye'de laikliğin devletin temel ilkelerinden olmasının %99'u Müslüman olan toplumdaki bireylerin başlarını örtmelerini yasaklamayı gerektirmediğini, devletin görevinin kişinin dini tercih hürriyetini kısıtlamak değil, korumak olması gerektiğini, yapılan düzenlemenin anayasa ve uluslararası sözleşmelerle güvence altına alınan din ve vicdan hürriyeti alanını genişletici nitelikte olduğunu, bu durumun Anayasa Mahkemesinin son kararları ve uluslararası insan hakları sözleşmelerine ilişkin yargı kararları ile de uyumlu olduğunu" belirtmektedirler.

Anayasa'nın "Eğitim ve öğrenim hakkı ve ödevi" başlıklı 42. maddesinin 3. fıkrasında, eğitim ve öğretimin Atatürk ilkeleri ve inkılâpları doğrultusunda, çağdaş bilim ve eğitim esaslarına göre, Devletin gözetim ve denetimi altında yapılacağı, bu esaslara aykırı eğitim ve öğretim yerleri açılmayacağı belirtildikten sonra, dördüncü fıkrasında, eğitim ve öğretim hürriyetinin, Anayasaya sadakat borcunu ortadan kaldıramayacağı vurgulanmıştır.

Öte yandan, 1739 sayılı Milli Eğitim Temel Kanunu'nun 2. maddesinde, Türk Milletinin bütün fertlerini, insan haklarına ve Anayasanın başlangıcındaki temel ilkelere dayanan demokratik, laik ve sosyal bir hukuk Devleti olan Türkiye Cumhuriyetine karşı görev ve sorumluluklarını bilen ve bunları davranış haline getirmiş yurttaşlar ve hür ve bilimsel düşünme gücüne, geniş bir dünya görüşüne sahip verimli kişiler olarak yetiştirmek, Türk Milletini çağdaş uygarlığın yapıcı, yaratıcı, seçkin bir ortağı yapmak Türk Milli Eğitiminin genel amacı olarak belirlenmiştir.

Dava konusu düzenleme ile ortaokul ve liselerde başın açık olması gerektiğine ilişkin genel ilke ortadan kaldırılmakta ve yukarıda belirtilen Anayasal ve yasal kurallara aykırı şekilde, Medeni Kanunumuzun 11. maddesine göre henüz ergin olmayan kız öğrencilerin eğitim öğretim gördükleri okul içerisinde başlarını dini kurallara göre örtmelerine olanak tanınmaktadır.

Türkiye Cumhuriyetinin Anayasanın 2. maddesinde öngörüldüğü şekilde demokratik, laik, sosyal bir hukuk devleti olması, din kuralları ile Anayasa ve yasalar tarafından öngörülen kuralların birbiriyle çeliştiği durumlarda anayasa kurallarının esas alınmasını gerektirir. Dolayısıyla toplum hayatına ilişkin kurallar konulurken, nüfusumuzun %99'unun Müslüman olduğu kabulünden hareket

etmek laiklik ilkesinin giderek ortadan kaldırılması anlamını taşır. Böylece başörtüsü konusunda dün imam-hatip öğrencilerine tanınan bir istisna, bugün ortaöğretimdeki bütün kız öğrenciler için bir hak haline dönüşür. Eğer kuralların kaynağı toplumun çoğunluğunun dini eğilimleri olmaya başlarsa laik düzenin devamından söz etmek imkânsız hale gelir.

Din ve vicdan özgürlüğünün, temel bir insan hakkı olarak Anayasamızda (md. 24), Birleşmiş Milletlerin Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmesinde (MŞHS) (md. 18) ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde (AİHS) (md. 9) yer aldığı konusunda herhangi bir kuşku yoktur. Anayasamız ve tarafı olduğumuz uluslararası sözleşmelerde din ve vicdan özgürlüğüne yer verilmekle birlikte, bunun sınırlanabileceği durumlar da ilgili metinlerde (Anayasa md. 13-14, MŞHS md. 18/3, AİHS md. 9/2) gösterilmiştir. Genel olarak bu hakkın kullanımına getirilen sınırlamalarda amaç, hakkın kötüye kullanımını önlemek ve kamu güvenliğini, düzenini, sağlığını, ahlâkını ya da başkalarının temel hak ve özgürlüklerini korumak olarak ifade edilmektedir. Dolayısıyla birbiriyle çelişkili gibi gözüken, bir yandan temel bir hakkın tanınması, bir yandan da buna getirilebilecek sınırlamalara yer verilmesi hususlarında, konuya ilişkin olarak verilmiş bulunan Anayasa Mahkemesi ve AİHM kararları yol gösterici mahiyette olacaktır.

Din ve vicdan özgürlüğü kapsamında kadınların kamusal alanda başörtüsü/türban takabilmelerine imkân sağlayan hukuki düzenlemeler Anayasa Mahkemesinin 05/06/2008 günlü, E:2008/16, K:2008/116 sayılı kararı (Anayasanın 10. maddesine eklenen ve yükseköğretimde başörtüsünü serbest kılmayı amaçlayan ibarelerin iptali); 16/01/1998 günlü, E:1997/1 (SPK), K:1998/1 sayılı parti kapatma kararı (Dinsel nedenlere dayanılarak başörtüsü ve türbanla boyun ve saçlarının örtülmesine resmi daire ve üniversitelerde serbestlik tanınması Anayasadaki laiklik ilkesine aykırılık oluşturur); 09/04/1991 günlü, E:1990/36, K:1991/8 sayılı kararı (Üniversitelerde kılık-kıyafet serbestisinin dini inanç sebebiyle boyun ve saçlarının örtü ve türbanla kapatılmasını ve dinsel nitelikteki giysileri kapsamadığı gerekçesiyle 2547 sayılı yasada yapılan değişikliğin iptali isteminin reddi), 07/03/1989 günlü, E:1989/1, K:1989/12 sayılı kararı (2547 sayılı Yükseköğretim Kanununda yapılan değişiklik ile öğrenci ve öğretim elemanlarının yükseköğretim kurumlarında başörtüsü takmalarına imkân sağlayan yasa değişikliğinin iptali) ile Anayasamızın başlangıç bölümünde ve 2. maddesinde yer alan ilkelere aykırı bulunmuştur. Anayasa Mahkemesi sözü edilen kararlarında; kamusal

alanda dinsel giysi ve simgelerin kullanılmasına getirilen sınırlamaların Anayasamızın başlangıç bölümündeki ilkelerin ve 2. maddede yer alan Türkiye Cumhuriyetinin demokratik, laik ve sosyal bir hukuk devleti olduğu kuralının bir gereği olduğuna, dolayısıyla bu alanda getirilen sınırlamaların da yine Anayasanın 13. ve 14. maddelerinde ifade edilen laik cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkelerine uygun olduğuna, aksi yönde getirilen yasal değişikliklerin de bu nedenle Anayasaya aykırı bulunduğuna hükmetmiştir.

Davalı idarelerin dosyada mevcut savunmalarında Anayasa Mahkemesinin konuyla ilgili "son içtihatları" olarak iki karardan söz edilmektedir. Bu kararlardan ilki E:2012/65, K:2012/128 sayılıdır. Bu kararın davalı idarelerce savunmalarda aktarılan bölümünde Anayasa Mahkemesince laiklik ilkesiyle ilgili olarak genel bazı değerlendirmelerde bulunmakta ve 1739 sayılı Milli Eğitim Temel Kanununun 25. maddesinde, ortaokul ve liselerde "Kuran-ı Kerim ve Hazreti Peygamberimizin hayatının" seçmeli ders olarak okutulmasına imkân sağlayan yasal değişikliğin Anayasaya aykırı olmadığına hükmedilmektedir. Alıntılara yer verilen ikinci Anayasa Mahkemesi kararı ise 2014/256 sayılı bireysel başvuruya ilişkindir ve konusunu, duruşmaya başörtüsü ile girmek isteyen bir avukatın bu isteğinin mahkemece geri çevrilmesi ve bu eylemin başvuruçunun anayasal haklarını ihlal ettiği iddiası oluşturmaktadır. Anayasa Mahkemesi bu kararında yine laiklik ilkesine yönelik olarak bazı yorumlar yaptıktan sonra, başvuruçunun anayasal haklarının (10. ve 24. maddeler yönünden) ihlal edildiğine karar vermiştir. Dolayısıyla, davalı idareler tarafından Anayasa Mahkemesinin konuya ilişkin son içtihadına emsal olarak sunulan her iki kararın da, ortaokul ve liselerdeki kız öğrencilerin okul içinde başlarını örtmelerine imkân tanıyan dava konusu yönetmelik değişikliği ile doğrudan bir ilgisi bulunmamaktadır.

Anayasa Mahkemesinin ve Danıştayın çeşitli kararları ile biçimlenen ülke uygulamasının ne ölçüde evrensel hukuk kurallarına uygun olduğu, özellikle tarafı olduğumuz insan haklarına ilişkin uluslararası sözleşmeler ışığında ilgililerce çeşitli vesilelerle AİHM 'de açılan davalarla test edilme imkânı bulmuştur.

Devlet, din veya inancın açığa vurulmasına AİHS'nin 9. maddesinin 2. fıkrası çerçevesinde "kamu güvenliği yararına, kamu düzeninin, genel sağlığın ya da ahlâkın ve başkalarının haklarının ve özgürlüklerinin korunması için" müdahale edebilir (meşru amaç koşulu). Strazburg Mahkemesi, çeşitli kararlarında, örneğin Karaduman v. Türkiye (90), Bulut v. Türkiye (91), Dahlab v.

İsviçre (98), Kurtulmuş v. Türkiye (01), El Morsli v. Fransa (06), Ghazal v. Fransa (08), Singh v. Fransa (08) kararlarında dini kıyafetlere yönelik kısıtlamaların “başkalarının hakları ve özgürlüklerinin korunması” ölçütüne başvurularak getirilebileceğini ve devletlere bu konuda kayda değer bir takdir yetkisi tanındığını vurgulamaktadır. Mahkeme bu takdir hakkını tanıırken özellikle kamusal alanda dini yansızlığın güvence altına alınmasını amaçlamaktadır.

Bu konular yakın zamanda AİHM tarafından önce Daire (2004), daha sonra da Büyük Daire (2005) düzeyinde Leyla Şahin v. Türkiye davasında ayrıntılı olarak tartışılmış ve davacının üniversitede başörtüsü takmasına getirilen kısıtlamaların AİHS'nin 9. maddesinin 2. fıkrası kapsamında meşru olduğuna karar verilmiştir. Mahkeme kararında, başörtüsüne getirilen kısıtlamaların demokratik bir toplumda gerekli olduğu sonucuna ulaşırken hem laikliğin hem de kadın-erkek eşitliğinin sağlanması amaçlarına atıfta bulunmuştur. Aynı kararlarda başörtüsünün “cinsiyet eşitliği ilkesi ile bağdaştırılması zor dini davranış kurallarıyla kadınlara getirildiği görülen ve hoşgörü, başkalarına saygı ve hepsinin ötesinde eşitlik ve ayrımcılık yasağı mesajı ile kolaylıkla bağdaştırılmayan güçlü bir dışsal simge olduğu” nitelmesini yapmıştır.

AİHM'in konuya ilişkin kararları incelendiğinde, bu alandaki içtihatların tutarlılık arz ettiği anlaşılmaktadır. Bunun gerekçesi ise şöyle açıklanmaktadır (Murdoch, AİHS Kapsamında Düşünce, Vicdan ve Din Özgürlüğü Hakkının Korunması (2012), s. 53): “Laiklik, özgürlük ve eşitliğin buluşma noktasıdır ve zorunlu olarak din ve vicdan özgürlüğünü gerektirir. Ayrıca laiklik bireyin radikal hareketler kaynaklı, harici baskılardan korunmasına yardımcı olur. Devletin bağımsız bir arabulucu olarak bu rolü, Strazburg Mahkemesinin 9. madde altındaki içtihatları ile tutarlıdır.” Bunun doğal sonucu olarak, özel alandan kamusal, kamusal resmi alana doğru gidildikçe bireysel özgürlüklerin ve bu bağlamda dinsel simge ve giysilerin kullanımının, ülkenin özgül koşulları da dikkate alınarak diğerlerinin davranışlarından daha kolayca etkilenecek yaşta bulunan öğrencilik çağındaki çocukların hak ve özgürlüklerinin korunması ve kamu düzeninin sağlanmasına yönelik meşru bir amaca hizmet etmek üzere sınırlandırılmasında hukuksal bir sakınca bulunmamaktadır.

Bu haliyle, dava konusu düzenlemenin, Anayasanın Cumhuriyetin niteliklerini düzenleyen 2. maddesine, kanun önünde eşitliği düzenleyen 10. maddesindeki “herkesin dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşit olduğunu” öngören hükümlerine, eğitim ve öğretim hakkı ve ödevini

düzenleyen 42. maddesinin ve Milli Eğitim Temel Kanununun yukarıda belirtilen hükümlerine aykırı olduğu sonucuna varılmıştır.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu düzenlemenin iptali gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Karar veren Danıştay Sekizinci Dairesince, Tetkik Hâkiminin açıklamaları dinlendikten ve dosyadaki belgeler incelendikten sonra gereği görüldü:

İNCELEME VE GEREKÇE:

Dava; 27/09/2014 günlü, 29132 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan Milli Eğitim Bakanlığına Bağlı Okul Öğrencilerinin Kılık ve Kıyafetlerine Dair Yönetmelikte Değişiklik Yapılması Hakkında Yönetmeliğin 1. maddesinin iptali istemiyle açılmıştır.

Dairemizin 08/12/2016 günlü, E:2014/9197, K:2016/10393 sayılı kararıyla; kamu görevlileri sendikalarının, tüzel kişiliklerinden kaynaklanan genel hak ve fiil ehliyetine dayanarak menfaatlerini ihlal eden idari işlemlere karşı bizzat idari yargıda dava açabilmelerinin, üyelerinin ortak çıkarlarının korunması ve hukuki yardım gerekliliğinin ortaya çıkması durumunda ise üyelerini veya bunların mirasçılarının temsili durumunda mümkün olduğu, dava konusu edilen düzenlemenin kapsamında yer alan öğrencilerin nitelikleri dikkate alındığında Sendika’nın bütün üyelerinin ortak çıkarlarını gözetmek açısından dava açma ehliyetinin bulunmadığı, dava açma ehliyeti ile ilgili koşullar arasında yer almayan genel kamu yararı kavramından hareketle davacı sendikanın dava açma ehliyetinin bulunduğu sonucuna varılmayacağı gerekçesiyle, davanın ehliyet yönünden reddine karar verilmiştir.

Dairemiz kararının davacı sendika tarafından temyiz edilmesi üzerine, İdari Dava Daireleri Kurulu’nun 28/12/2017 günlü, E:2017/830, K:2017/4818 sayılı kararıyla davacı kamu görevlileri sendikasının bakılan davayı açmasının 4688 sayılı Kanun’da yer verilen “Ortak hak ve menfaatlerin izlenmesi” ifadesi kapsamında değerlendirilmesi gerektiği ve iş bu davada davacı Sendikanın kişisel ve güncel menfaati mevcut olduğu gerekçesiyle Dairemiz kararının bozulmasına karar verilmiştir.

Bu nedenle, Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu’nun bozma kararı üzerine yeniden bir karar verilmesi gerekmektedir.

ESAS YÖNÜNDEN:

İlgili Mevzuat:

Anayasa'nın "Yönetmelikler" başlıklı 124. maddesinde, başbakanlık, bakanlıklar ve kamu tüzelkişilerinin, kendi görev alanlarını ilgilendiren kanunların ve tüzüklerin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla yönetmelik çıkarabilecekleri hüküm altına alınmıştır.

14.6.1973 tarih ve 1739 sayılı Milli Eğitim Temel Kanunu ile 25.8.2011 tarih ve 652 sayılı Milli Eğitim Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnameye dayanılarak hazırlanan dava konusu Yönetmeliğin 1. maddesinde; "26/11/2012 tarihli ve 2012/3959 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile yürürlüğe konulan Millî Eğitim Bakanlığına Bağlı Okul Öğrencilerinin Kılık ve Kıyafetlerine Dair Yönetmeliğin 3 üncü maddesinin altıncı fıkrası yürürlükten kaldırılmış ve 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (d) ve (e) bentleri aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

d) Okullarda yüzü açık bulunur; siyasî sembol içeren simge, şekil ve yazıların yer aldığı fular, bere, şapka, çanta ve benzeri materyalleri kullanamaz; saç boyama, vücuda dövme ve makyaj yapamaz, pirsing takamaz, bıyık ve sakal bırakamaz,

e) Okul öncesi eğitim kurumlarında ve ilkokullarda okul içinde baş açık bulunur." kuralı yer almaktadır.

Öte yandan dava konusu Yönetmeliğin değiştirilmeden önceki şeklinin 3. maddesinin 6. fıkrasında "Kız öğrenciler, imam-hatip ortaokul ve liseleri ile çok programlı liselerin imam-hatip programlarında tüm derslerde, ortaokul ve liselerde ise seçmeli Kur'an-ı Kerim derslerinde başlarını örtebilir" düzenlemesi; 4. maddesinde "d) Siyasî sembol içeren simge, şekil ve yazıların yer aldığı fular, bere, şapka, çanta ve benzeri materyalleri kullanamaz ve giysileri giyemez, e) Okul içinde baş açık, saçlar temiz ve boyasız olarak bulunur, makyaj yapamaz, bıyık ve sakal bırakamaz. 3 üncü maddenin altıncı fıkrası hükümleri saklıdır." hükümleri yer almaktaydı.

Dava konusu Yönetmeliğin 1. maddesinin "d) Okullarda yüzü açık bulunur; siyasî sembol içeren simge, şekil ve yazıların yer aldığı fular, bere, şapka, çanta ve benzeri materyalleri kullanamaz; saç boyama,

vücuda dövme ve makyaj yapamaz, pirsing takamaz, bıyık ve sakal bırakamaz.” kısmı yönünden incelenmesi:

Millî Eğitim Bakanlığına Bağlı Okul Öğrencilerinin Kılık ve Kıyafetlerine Dair Yönetmeliğin, Millî Eğitim Bakanlığına bağlı resmî ve özel okul öncesi, ilkokul, ortaokul ve lise öğrencilerinin kılık ve kıyafetlerine dair usûl ve esasları düzenlediği ve anılan Yönetmeliğin 4. maddesinde yer alan sınırlamalar dışında okul öncesi, ilkokul, ortaokul ve liselerde kılık ve kıyafetin serbest olduğu görülmekte olup 4. maddede kılık ve kıyafet yönünden bazı sınırlamalara yer verildiği anlaşılmaktadır.

Yönetmeliğin 4. maddesine baktığımızda; öğrencilerin öğrenim gördükleri okulun arması ve rozeti dışında nişan, arma, sembol, rozet ve benzeri takılar takamayacağı, insan sağlığını olumsuz yönde etkileyen ve mevsim şartlarına uygun olmayan kıyafetler ve yırtık veya delikli kıyafetler ile şeffaf kıyafetler giyemeyeceği, vücut hatlarını belli eden şort, tayt gibi kıyafetler ile diz üstü etek, derin yırtmaçlı etek, kısa pantolon, kolsuz tişört ve kolsuz gömlek giyemeyeceği, okullarda yüzü açık bulunacağı, siyasî sembol içeren simge, şekil ve yazıların yer aldığı fular, bere, şapka, çanta ve benzeri materyalleri kullanamayacağı, saç boyama, vücuda dövme ve makyaj yapamayacağı, pirsing takamayacağı, bıyık ve sakal bırakamayacağı anlaşılmaktadır.

Her ne kadar davacı sendika tarafından dava konusu edilen Yönetmelik maddesi ile öğrencilerin kılık ve kıyafet yönünden özgürlüklerinin kısıtlandığı iddia edilmekte ise de; Millî Eğitim Bakanlığına bağlı resmî ve özel okul öncesi, ilkokul, ortaokul ve liselerde kural olarak kılık ve kıyafetin serbest olduğu ancak öğrencilerin belli bir düzen ve disiplin içinde eğitim hizmetinden faydalanabilmesi için dava konusu edilen madde hükmünde bazı sınırlamalara yer verildiği anlaşılmaktadır.

Bu durumda; dava konusu Yönetmeliğin 1. maddesinin “d) Okullarda yüzü açık bulunur; siyasî sembol içeren simge, şekil ve yazıların yer aldığı fular, bere, şapka, çanta ve benzeri materyalleri kullanamaz; saç boyama, vücuda dövme ve makyaj yapamaz, pirsing takamaz, bıyık ve sakal bırakamaz.” kısmında hukuka ve kamu yararı ile hizmet gereklerine aykırılık görülmemiştir.

Dava Konusu Yönetmeliğin 1. maddesinin “e) Okul öncesi eğitim kurumlarında ve ilkokullarda okul içinde baş açık bulunur.” kısmı yönünden incelenmesi:

Anayasa'nın Başlangıç kısmında "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**" ifadesi yer almaktadır.

Anayasa'nın 2. maddesinde Türkiye Cumhuriyeti'nin "toplumun huzuru, millî dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, **demokratik, lâik ve sosyal bir hukuk Devleti**" olduğu hükmü, "Devletin Temel Amaç ve Görevleri" başlıklı 5. maddesinde; "Devletin temel amaç ve görevleri, Türk milletinin bağımsızlığını ve bütünlüğünü, ülkenin bölünmezliğini, Cumhuriyeti ve demokrasiyi korumak, kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak; **kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddî ve manevî varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmaktır.**" hükmü, "Temel hak ve hürriyetlerin niteliği" başlıklı 12. maddesinde; "**Herkes, kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahiptir.** Temel hak ve hürriyetler, kişinin topluma, ailesine ve diğer kişilere karşı ödev ve sorumluluklarını da ihtiva eder." hükmü, "Temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması" başlıklı 13. maddesinde; "Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve **ancak kanunla sınırlanabilir.** Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz" hükmü, "Temel hak ve hürriyetlerin kötüye kullanılmaması" başlıklı 14. maddesinde; "Anayasada yer alan hak ve hürriyetlerden hiçbirisi, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmayı ve insan haklarına dayanan **demokratik ve lâik Cumhuriyeti ortadan kaldırmayı** amaçlayan faaliyetler biçiminde kullanılamaz. Anayasa hükümlerinden hiçbirisi, Devlete veya kişilere, Anayasayla tanınan temel hak ve hürriyetlerin yok edilmesini veya Anayasada belirtilenden daha geniş şekilde sınırlandırılmasını amaçlayan bir faaliyette bulunmayı mümkün kılacak şekilde yorumlanamaz. Bu hükümlere aykırı faaliyette bulunanlar hakkında uygulanacak müeyyideler, kanunla düzenlenir." hükmü, "Din ve vicdan hürriyeti" başlıklı 24. maddesinde de; "**Herkes, vicdan, dinî inanç ve kanaat hürriyetine sahiptir.** 14 üncü madde hükümlerine aykırı olmamak şartıyla ibadet, dinî âyin ve törenler serbesttir. Kimse, ibadete, dinî

âyin ve törenlere katılmaya, dinî inanç ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz; dinî inanç ve kanaatlerinden dolayı kınanamaz ve suçlanamaz. Din ve ahlâk eğitim ve öğretimi Devletin gözetim ve denetimi altında yapılır. Din kültürü ve ahlâk öğretimi ilk ve ortaöğretim kurumlarında okutulan zorunlu dersler arasında yer alır. Bunun dışındaki din eğitim ve öğretimi ancak, kişilerin kendi isteğine, küçüklerin de kanunî temsilcisinin talebine bağlıdır. Kimse, Devletin sosyal, ekonomik, siyasî veya hukukî temel düzenini kısmen de olsa, din kurallarına dayandırma veya siyasî veya kişisel çıkar yahut nüfuz sağlama amacıyla her ne suretle olursa olsun, dini veya din duygularını yahut dince kutsal sayılan şeyleri istismar edemez ve kötüye kullanamaz.” hükümleri yer almaktadır.

Anayasa'nın “Eğitim ve öğrenim hakkı ve ödevi” başlıklı 42. maddesinde de; **“Kimse, eğitim ve öğrenim hakkından yoksun bırakılamaz. Öğrenim hakkının kapsamı kanunla tespit edilir ve düzenlenir.** Eğitim ve öğretim, Atatürk ilkeleri ve inkılâpları doğrultusunda, çağdaş bilim ve eğitim esaslarına göre, Devletin gözetim ve denetimi altında yapılır. Bu esaslara aykırı eğitim ve öğretim yerleri açılmaz. Eğitim ve öğretim hürriyeti, Anayasaya sadakat borcunu ortadan kaldırmaz. İlköğretim, kız ve erkek bütün vatandaşlar için zorunludur ve Devlet okullarında parasızdır. Özel ilk ve orta dereceli okulların bağlı olduğu esaslar, Devlet okulları ile erişilmek istenen seviyeye uygun olarak, kanunla düzenlenir.” hükümlerine yer verilmiştir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin “Düşünce, vicdan ve din özgürlüğü” başlıklı 9. maddesinde:

“1. Herkes, düşünce, vicdan ve din özgürlüğü hakkına sahiptir; bu hak, dinini ya da inancını değiştirme özgürlüğünü ve ister tek başına isterse de başkalarıyla birlikte topluluk içinde, aleni ya da gizli olarak, ibadet etmek, öğretmek, uygulamak ve bunlara uymak şeklinde dinini ya da inancını açıklama özgürlüğünü içerir.

2. Bir kimsenin dinini ya da inancını açıklama özgürlüğü ancak, kamu emniyeti yararı, kamu düzeninin, sağlığın ya da ahlakın korunması için, yahut başkalarının haklarının ve özgürlüklerinin korunması için, hukukun öngördüğü ve bir demokratik toplumda gerekli olan sınırlamalara tabi tutulacaktır.” ifadelerine yer verilmiştir.

Ayrıca aynı Sözleşmenin birinci protokolünün “Eğitim hakkı” başlıklı 2. maddesinde; **“Hiç kimse eğitim hakkından yoksun bırakılamaz. Devlet, eğitim ve öğretim alanında yükleneyeceği görevlerin yerine getirilmesinde, ana ve babanın bu eğitim ve öğretimin kendi dini ve felsefi inançlarına göre yapılmasını sağlama haklarına saygı gösterir.”** ifadelerine yer

İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi’nin 18. maddesinde de: **“Herkesin düşünce, vicdan ve din özgürlüğüne hakkı vardır. Bu hak, din veya topluca, açık olarak ya da özel biçimde öğrenim, uygulama, ibadet ve dinsel törenlerle açığa vurma özgürlüğünü içerir.”** ifadeleri yer almıştır.

1739 sayılı Milli Eğitim Temel Kanununun “Türk Milli Eğitiminin Amaçları” bölümünün “Genel amaçlar” başlıklı 2. maddesinde “Türk Milli Eğitiminin genel amacı, Türk Milletinin bütün fertlerini, Atatürk inkılap ve ilkelerine ve Anayasada ifadesini bulan Atatürk milliyetçiliğine bağlı; Türk Milletinin milli, ahlaki, insani, manevi ve kültürel değerlerini benimseyen, koruyan ve geliştiren; ailesini, vatanını, milletini seven ve daima yüceltmeye çalışan, **insan haklarına ve Anayasanın başlangıcındaki temel ilkelere dayanan demokratik, laik ve sosyal bir hukuk Devleti olan Türkiye Cumhuriyetine karşı görev ve sorumluluklarını bilen ve bunları davranış haline getirmiş yurttaşlar olarak yetiştirmek**” hükmü, “Türk Milli Eğitiminin Temel İlkeleri” bölümünün “Genellik ve eşitlik” başlıklı 4. maddesinde; **“Eğitim kurumları dil, ırk, cinsiyet, engellilik ve din ayırımı gözetilmeksizin herkese açıktır. Eğitimde hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınmaz.”** hükmü, 12. maddesinde; **“Türk milli eğitiminde laiklik esastır. Din kültürü ve ahlak öğretimi ilköğretim okulları ile lise ve dengi okullarda okutulan zorunlu dersler arasında yer alır.”** hükümleri yer almaktadır.

Yukarıda belirtilen mevzuatın değerlendirilmesinden, dava konusu uyuşmazlığın çözümünü temelde dört bağlamda ele almak gerekecektir. Bunlardan birincisi Cumhuriyetin temel niteliklerinden biri olan laiklik ilkesi, ikincisi temel hak ve hürriyetler (din ve vicdan hürriyeti ile eğitim hakkı) ve bunların sınırlandırılması, üçüncüsü takdir hakkı ve son olarak kamu yararı kavramıdır.

Dava konusu Yönetmelik ile eğitim ve öğretime ilişkin kamu hizmetinden, ortaokul ve liselerdeki kız öğrencilerden isteyenler dini inançları gereği başörtüsü takarak, isteyenler de başı açık olarak yararlanabilecektir.

Laiklik ilkesi ile temel hak ve hürriyetlerin kullanılmasında adil bir dengenin sağlanabilmesi için yukarıda değinilen Anayasa'nın ilgili maddelerinin bir arada değerlendirilmesi gerekecektir.

Anayasa'nın 2. maddesinde geçen laiklik kavramı yine bu maddenin gerekçesinde tanımlanmıştır. Anılan maddenin gerekçesinde *"Hiçbir zaman dinsizlik anlamına gelmeyen lâiklik ise, her ferdin istediği inanca, mezhebe sahip olabilmesi, ibadetini yapabilmesi ve **dinî inançlarından dolayı diğer vatandaşlardan farklı bir muameleye tâbi kılınmaması anlamına gelir**"* denilmektedir.

Anayasa Mahkemesince de laiklik, *" bireyin ya da toplumun değil, devletin bir niteliği"* olarak, laik devlet de, *"**resmî bir dine sahip olmayan, din ve inançlar karşısında eşit mesafede duran, bireylerin dinî inançlarını barış içerisinde serbestçe öğrenebilecekleri ve yaşayabilecekleri bir hukuki düzeni tesis eden, din ve vicdan hürriyetini güvence altına alan devlet**"* olarak tanımlanmıştır. Yine aynı kararda *"laiklik, devlete negatif ve pozitif yükümlülükler yüklemektedir. **Negatif yükümlülük, devletin bir dini ya da inancı resmî olarak benimsememesini ve bireylerin din ve vicdan hürriyetine zorunlu nedenler olmadıkça müdahale etmemesini gerektirmektedir. Pozitif yükümlülük ise devletin din ve vicdan hürriyetinin önündeki engelleri kaldırılması, kişilerin inandıkları gibi yaşayabileceği uygun bir ortamı ve bunun için gerekli imkanları sağlaması ödevini beraberinde getirmektedir.**"* denilmektedir. (20/09/2012 tarih ve E:2012/65, K:2012/128 sayılı karar)

Yukarıdaki açıklamalar bir arada değerlendirildiğinde laiklik, devletin niteliğinde hayat bulan, her ferdin istediği inanca, mezhebe sahip olabilmesi, ibadetini yapabilmesi ve dinî inançlarından dolayı diğer vatandaşlardan farklı bir muameleye tâbi kılınmamasını sağlayan ve en önemlisi din ve vicdan hürriyetini teminat altına alan bir kavramdır.

Diğer yandan Anayasa Mahkemesi'nin BN:2014/256 ve 25.6.2014 tarihli kararında da benzer ifadelere yer verilmiştir.

Anayasa'nın 2. maddesinde Türkiye Cumhuriyetinin laik olmasının yanında demokratik olduğu da belirtilmiştir. Dolayısıyla bu kavram (laiklik) din ve vicdan özgürlüğünden, din ve vicdan özgürlüğü de demokrasiden bağımsız olarak değerlendirilemez. Diğer yandan laikliğin iç hukukumuzdaki

tanımının yukarıda belirtilen şekilde olmasıyla birlikte laiklik taraftarı olmanın bir "kanaat" olduğu Avrupa İnsan Hakları Mahkemesince belirtilmiştir (AİHM, Lautsi ve Diğerleri-İtalya). Ayrıca bir kanaat ya da inanç korunurken diğer bir kanaat ya da inancın korunmaması temel hak ve özgürlüklere aykırılık teşkil eder. Burada adil bir dengenin kurulması ise ancak özgürlük, demokrasi ve çoğulculuk anlayışıyla sağlanabilir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi başka bir kararında demokratik toplumun bir uzlaşma rejimi olduğu, bazen kişilerin haklarını kullanırken fedakarlıkta bulunmalarının istenebileceği belirtilmiştir (AİHM, Leyla Şahin-Türkiye). Demokratik toplum, bir uzlaşma rejimi olduğuna göre, bu fedakarlığın hem dini inançların dışı vurulmasında hem de güçlü bir laiklik kanaatine sahip olanlar tarafından karşılıklı olarak gösterilmesi gerektiği unutulmamalıdır. Burada devletin görevi ise temel hak ve hürriyetlerin kullanılması konusunda adil bir dengeyi sağlamaktır. Diğer yandan Leyla Şahin-Türkiye ve Kurtulmuş-Türkiye kararında dini inançları açığa vuran davranışların sınırlandırılması konusunda devletlerin takdir hakkı olduğu vurgulanmıştır. Buna göre dini konularda yapılan düzenlemelerde devletin takdir yetkisine sahip olduğu belli çerçevede Avrupa İnsan Hakları Mahkemesince kabul edilmiş bulunmaktadır.

Anayasada ve uluslararası sözleşmelerde bireylerin manevi iç dünyasını ilgilendiren boyutuyla din dokunulmaz bir hak olarak ve herhangi bir sınırlamaya konu olamayacak şekilde düzenleme alanı bulmuş ve korunmuş bulunmaktadır. Örneğin Anayasanın 24. maddesine göre herkes vicdan, dinî inanç ve kanaat hürriyetine sahiptir. Yine Anayasanın 15. maddesine göre savaş halinde dahi bu özgürlüğe dokunulamayacağı açıkça belirtilmiştir. Bu özgürlük Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde de korunmuş ve 9. madde de herkesin düşünce, din ve vicdan özgürlüğüne sahip olduğu vurgulanmıştır. Din, inanç, düşünce veya vicdan gibi kavramların temel insan ihtiyaçlarından olduğu bilinmektedir. Bu ihtiyaçlar insanın doğası gereğidir. Bunları gidermediği takdirde birey kendisini iyi hissetmeyecek, yaşam seviyesi düşecek, manevi bütünlüğü gelişmeyecektir. Bu yüzden manevi iç dünyaya ilişkin bu konular evrensel ve ulusal bazda çeşitli düzenlemelerle koruma altına alınmıştır. Ayrıca söz konusu bu kavramlar kişinin yaşamında ve davranışlarında önemli bir rolü olduğu takdirde koruma altına alınmaktadır (AİHM, Campbell ve Cosans-Birleşik Krallık). Bununla birlikte bu davranışlarda süreklilik, insan onuruna saygılı olunması ve toplumsal kabul onun bir inanç veya dini bir gereklilik olarak adlandırılması hususunda önemli bir unsurdur. Dolayısıyla her davranış, bir inanç ya da dini gereklilik olarak değerlendirilemez.

Her şeyden önce bireyler mensup olduğu dinin, inançlarının veya kültürlerinin bir gereği olarak başörtüsü takmaktadırlar ve bu davranışları süreklilik arz etmekte ve başörtüsü büyük bir toplumsal kabul de görmektedir. Birey başörtüsünün mensup olduğu dinin, inançlarının veya kültürlerinin bir gereği olduğunu, bu nedenle takmadığı zaman iç dünyasında eksiklik hissedeceğini, kendi kabulüne göre bunun bir zorunluluk olduğunu hissediyorsa, daha açık bir ifade ile yaşamında ve davranışlarında önemli bir rolü varsa ve bu rol süreklilik arz ediyor, toplumsal kabul de görüyorsa bu husus din ve vicdan özgürlüğü kapsamında korunmalıdır. Ancak bu özgürlüğün dışsal boyutunun mutlak anlamda sınırsız olduğu anlamı çıkarılmamalıdır. Daha açık bir ifade ile din ve vicdan özgürlüğünün dışsal boyutu kişinin dinini, inancını ve düşüncesini dışa vurma şeklidir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 9. maddesinde dışa vurma, tek başına veya topluca, açıkça veya özel tarzda ibadet, öğretim, uygulama ve ayin yapmak suretiyle yapılabileceği belirtilmiştir. İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinin 18. maddesine göre de herkes düşünce, vicdan ve din özgürlüğünü, din veya topluca, açık olarak ya da özel biçimde öğrenim, uygulama, ibadet ve dinsel törenlerle açığa vurabilecektir. Başörtüsü takmanın da bu özgürlükler kapsamında bir dışa vurum şekli olduğu açıktır. Öte yandan başörtüsü takmanın dini bir gereklilik mi, bir ibadet şekli mi veya kültürel bir gereklilikten dolayı mı olduğuna kişi kendisi karar verecektir. Bu karar din veya inanca ilişkin olmakla beraber kişinin manevi iç dünyası ile ilgili yönüdür. Bu durumda başörtüsü takmanın dinsel, inançsal ve kültürel bir uygulama olduğu, dışsal bir boyutunun bulunduğu ve yukarıda atıf yapılan sözleşmeler gereği din ve vicdan özgürlüğü kapsamında korunması gerektiği yönünde bir duraksama bulunmamaktadır.

Anayasamıza ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine göre din ve vicdan özgürlüğünün dışsal boyutu bazı durumlarda sınırlandırılabilir. Yukarıda değinildiği üzere din ve vicdan özgürlüğünün içsel boyutu hiçbir şekilde sınırlandırılmazken, dışsal boyutunun sınırlandırılabilmesi ise farklı hukuki durumlara tabidir.

Din ve vicdan hürriyetinin dışsal boyutunun sınırlandırılması konusunda öncelikle iç hukukumuza göre değerlendirme yapmak gerekir. Anayasamızda, din ve vicdan özgürlüğü 24. maddede düzenlenmiş, sınırlandırılabilirliği konulara ilişkin 14. maddeye göndermede bulunulmuştur. 24. madde de 14 üncü madde hükümlerine aykırı olmamak şartıyla ibadet, dinî âyin ve törenlerin serbest olduğu, kimsenin, ibadete, dinî âyin ve törenlere katılmaya, dinî inanç

ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamayacağı, dinî inanç ve kanaatlerinden dolayı kınanamayacağı ve suçlanamayacağı vurgulanmıştır. 14. maddede ise din ve vicdan özgürlüğünün (temel hak ve hürriyet), insan haklarına dayanan demokratik ve lâik Cumhuriyeti ortadan kaldırmayı amaçlayan faaliyetler biçiminde kullanılmayacağı hüküm altına alınmıştır. Sınırlamanın nasıl yapılacağı ise 13. maddede belirtilmiştir. Buna göre Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilecektir. Yine Anayasa hükümlerinin, Devlete veya kişilere, Anayasayla tanınan temel hak ve hürriyetlerin yok edilmesini veya Anayasada belirtilenden daha geniş şekilde sınırlandırılmasını amaçlayan bir faaliyette bulunmayı mümkün kılacak şekilde yorumlanamayacağı vurgulanarak bize bu hükümleri nasıl ve hangi çerçevede yorumlayabileceğimiz konusunda yol gösterilmiştir. Sonuçta sınırlama Anayasal ilkelere uygun olarak ancak Kanunla yapılabilecektir. Belirtmek gerekir ki ortaokul ve liselerde açıkça başörtüsünü yasaklayan herhangi bir anayasal ya da yasal bir hüküm bulunmamaktadır. Dava konusu düzenlemeyle ise bir sınırlama değil, din ve vicdan hürriyeti kapsamında devlete düşen pozitif yükümlülük gereği serbestlik getirilmiştir. Daha önce idarenin bu kapsamda aldığı bir kararla ortaokul ve liselerde kılık- kıyafetlere ilişkin bir Yönetmelik çıkartılmış, ancak yasallık ilkesine uygun ve yine takdir yetkisine dayalı olarak dava konusu düzenleme ile değiştirilmiştir. Sonuç olarak mevzuatımıza göre ortaokul ve liselerde başörtüsünü yasaklayan yasal bir hüküm yoktur, bu konuda temel hak ve hürriyetlere bir sınırlama getirilmemiştir.

Bununla birlikte laiklik ilkesi Anayasa'da belirtilen temel hak ve hürriyetlerden bağımsız olarak değerlendirilemez. Çünkü Anayasanın 14. maddesine göre din ve vicdan özgürlüğünün dışsal boyutunun sınırlandırılabilmesi için insan haklarına dayanan demokratik ve lâik Cumhuriyeti ortadan kaldırmayı amaçlayan bir faaliyetin olması gerekmektedir. Maddede "insan hakları, demokrasi ve laik Cumhuriyet" ibareleri bir arada kullanılmıştır. Bu da gösteriyor ki bu kavramlar temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması konusunda hiçbir zaman ayrı yorumlanamayacaktır. Dolayısıyla Anayasada temel hak ve hürriyetler ile laiklik ilkesi arasında adil bir denge kurulmuştur. Dava konusu düzenlemede ise bu dengeyi orantısız hale getirir bir nitelik bulunmamaktadır. Sonuç olarak iç hukukumuzda laiklik ilkesi ile din özgürlüğü bağlamında bireylerin ortaokul ve liselerde başörtüsü takması, birbiriyle çelişen kavramlar değil, birbirinin dengeleyici unsurlarıdır.

Öte yandan Anayasamızda “Eğitim ve öğrenim hakkı” 42. maddede düzenlenmiştir. Buna göre kimse, eğitim ve öğrenim hakkından yoksun bırakılmayacak, **öğrenim hakkının kapsamı kanunla tespit edilecek** ve eğitim ve öğretim, **Atatürk ilkeleri ve inkılâpları doğrultusunda**, çağdaş bilim ve eğitim esaslarına göre, Devletin gözetim ve denetimi altında yapılacaktır. Yukarıda belirtilen 1739 sayılı Milli Eğitim Temel Kanununda da benzer hükümlere yer verilmiştir.

Bu hükümler Anayasa’nın “din ve vicdan” hürriyeti bölümünde geçen ifadelerle aynı doğrultudadır. Dolayısıyla yukarıda “din ve vicdan özgürlüğü” kapsamında yapılan değerlendirmeler “eğitim hakkı” için de geçerlidir.

Uyuşmazlık Uluslararası Sözleşmelere göre değerlendirildiğinde de, başörtüsünün dinsel bir sembol olduğu hususunda bir ihtilaf yoktur. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi dinsel bir sembolün toplumda nasıl algılandığı konusunun ulusal makamların takdirinde olduğunu vurgulamıştır (AİHM, Singh-Fransa). Daha açık bir ifade ile bu karara göre başörtüsünün “kuvvetli dış sembol” veya “pasif dış sembol” olarak sayılması, toplumların yapısına göre nasıl algılandığına göre değişecek ve bu belirleme ulusal makamların takdirine bırakılacaktır. Davalı idarelerin savunmalarında da belirttiği gibi ülkemizde başörtüsü, tarihi, dini ve kültürel boyutuyla uzun yıllar toplumun büyük bir kısmında kabul görmüş ve gündelik yaşamın bir parçası haline gelmiştir. Başörtüsü takan bireylerle, takmayanların uzun yıllar bir arada hatta aynı aile ortamında bile sorunsuz bir şekilde yaşamaya devam ettikleri bilinmektedir. Bu da başörtüsü takan bireylerin, diğer kişiler üzerinde sistematik bir baskı oluşturmadığını göstermektedir. Dava dosyasına ise davacıların belirttiği varsayımlar dışında bir baskı oluşturulduğuna dair bir bilgi, belge veya olgu sunulamamıştır. Kaldı ki Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de Lautsi ve Diğerleri kararında İtalya’da okullarda haç işaretinin asılı durmasının laiklik ilkesine aykırı olmadığına, çocuklar üzerinde bir dini etkisinin bulunmadığına, ayrıca bu sembolün “pasif bir sembol” olduğuna karar vermiştir (AİHM, Lautsi ve Diğerleri-İtalya).

Dolayısıyla bu hususlar bir arada değerlendirildiğinde toplum algımıza göre baş örtüsünün “pasif bir sembol” olarak görüldüğüne kuşku yoktur. Çünkü dinin, inancın veya kültürlerin gereği olarak başörtüsü toplumsal bir kabul görmüş ve bireyler/öğrenciler üzerinde dini bir etki ve baskı oluşturabilecek yönü kanıtlanamamıştır. Hal böyle olunca bu serbestlikten yararlanmayanların temel hak ve özgürlüklerinin engellendiğinden bahsedilemeyecektir.

Uyuşmazlık konusu düzenleme çocuk haklarını da kapsadığından konunun bu yönüyle de değerlendirilmesi gerekmektedir. Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'nin 14. maddesinde

"1.Taraf Devletler, çocuğun düşünce, vicdan ve din özgürlükleri hakkına saygı gösterirler.

2. Taraf Devletler, **ana-babanın** ve gerekiyorsa yasal vasilerin; çocuğun yeteneklerinin gelişmesiyle bağdaşır **biçimde haklarının kullanılmasında çocuğa yol gösterme konusundaki hak ve ödevlerine, saygı gösterirler.**

3. **Bir kimsenin dinini ve inançlarını açıklama özgürlüğü kanunla öngörülmek ve gerekli olmak kaydıyla yalnızca kamu güvenliği, düzeni, sağlık ya da ahlâki ya da başkalarının temel hakları ve özgürlüklerini korumak gibi amaçlarla sınırlandırılabilir."** ifadeleri; 28. maddesinde "1.Taraf Devletler, çocuğun eğitim hakkını kabul ederler ve bu hakkın fırsat eşitliği temeli üzerinde tedricen gerçekleştirilmesi görüşüyle özellikle: a.İlköğretimi herkes için zorunlu ve parasız hale getirirler;

b. Ortaöğretim sistemlerinin genel olduğu kadar mesleki nitelikte de olmak üzere çeşitli biçimlerde örgütlenmesini teşvik ederler ve bunların tüm çocuklara açık olmasını sağlarlar ve gerekli durumlarda mali yardım yapılması ve öğretimi parasız kılmak gibi uygun önlemleri alırlar;

c. Uygun bütün araçları kullanarak, yüksek öğretimi yetenekleri doğrultusunda herkese açık hale getirirler;

d. Eğitim ve meslek seçimine ilişkin bilgi ve rehberliği bütün çocuklar için elde edilir hale getirirler;

e. Okullarda düzenli biçimde devamın sağlanması ve okulu terketme oranlarının düşürülmesi için önlem alırlar.

2. Taraf Devletler, okul disiplininin çocuğun insan olarak taşıdığı saygınlıkla bağdaşır biçimde ve bu Sözleşme'ye uygun olarak yürütülmesinin sağlanması amacıyla gerekli olan tüm önlemleri alırlar.

3. Taraf Devletler eğitim alanında, **özellikle cehaletin ve okuma yazma bilmemenin** dünyadan kaldırılmasına katkıda bulunmak ve çağdaş eğitim yöntemlerine ve bilimsel ve teknik bilgilere sahip olunmasını kolaylaştırmak amacıyla uluslararası işbirliğini güçlendirir ve teşvik ederler. Bu konuda,

gelişmekte olan ülkelerin gereksinimleri özellikle gözönünde tutulur.” ifadeleri, 29. maddede “I.Taraf Devletler çocuk eğitiminin aşağıdaki amaçlara yönelik olmasını kabul ederler:

a. Çocuğun kişiliğinin, yeteneklerinin, zihinsel ve bedensel yeteneklerinin mümkün

b. İnsan haklarına ve temel özgürlüklere, Birleşmiş Milletler Andlaşmasında benimsenen ilkelere saygısının geliştirilmesi;

c. Çocuğun ana-babasına, kültürel kimliğine, dil ve değerlerine, çocuğun yaşadığı veya geldiği menşe ülkenin ulusal değerlerine ve kendisinininkinden farklı uygarlıklara saygısının geliştirilmesi;

d. Çocuğun, anlayışı, barış, hoşgörü, cinsler arası eşitlik ve ister etnik, ister ulusal, ister dini gruplardan, isterse yerli halktan olsun, tüm insanlar arasında dostluk ruhuyla, özgür bir toplumda, yaşantıyı, sorumlulukla üstlenecek şekilde hazırlanması;

e. Doğal çevreye saygısının geliştirilmesi.

2. Bu maddenin veya 28’inci maddenin hiçbir hükmü gerçek ve tüzel kişilerin öğretim kurumları kurmak ve yönetmek özgürlüğüne, bu maddenin 1 inci fıkrasında belirtilen ilkelere saygı gösterilmesi ve bu kurumlarda yapılan eğitimin Devlet tarafından konulmuş olan asgari kurallara uygun olması koşuluyla, aykırı sayılacak biçimde yorumlanmayacaktır.” ifadelerine yer verilmiştir.

Yukarıda belirtilen Çocuk Hakları Sözleşmesinin 14. maddesi ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Birinci Protokolünün “eğitim hakkı” başlıklı 2. maddesi aynı doğrultudadır. Buna göre devletler, anne ve babanın, çocuklarının düşünce, vicdan ve din özgürlükleri hakkının kullanılmasında çocuğa yol gösterme konusundaki hak ve ödevlerine, saygı göstermelidir. Dolayısıyla yukarıda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi yönünden yapılan değerlendirmeler Çocuk Hakları Sözleşmesi için de geçerlidir. Ayrıca Avrupa İnsan hakları Mahkemesinin Lautsi ve Diğerleri-İtalya kararında uyuşmazlık, ağırlıklı olarak bu protokolün 2. maddesine göre incelenmiştir. Daha açık bir ifade ile devletler eğitim alanını düzenlerken ana ve babanın bu eğitim ve öğretimin kendi dini ve felsefi inançlarına göre yapılmasını sağlama haklarına saygı gösterecektir. Bu kararda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin birinci

protokolünün 2. maddesinin, 9. maddesine oranla devletlere daha geniş takdir hakkı verdiği vurgulanmıştır. Dolayısıyla bu yönden dava konusu düzenleme Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'ye aykırılık teşkil etmemektedir.

Bununla birlikte Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'nin diğer maddelerinden bahsetmekte fayda vardır. Sözleşmenin 28. maddesinde devletlerin okullarda düzenli biçimde devamin sağlanması ve okulu terketme oranlarının düşürülmesi için önlem almaları, eğitim alanında, özellikle cehaletin ve okuma yazma bilmemenin dünyadan kaldırılmasına katkıda bulunmak ve çağdaş eğitim yöntemlerine ve bilimsel ve teknik bilgilere sahip olunmasını kolaylaştırmak amacıyla uluslararası işbirliğini güçlendirilmesi gerektiği belirtilmiştir. Gerçekten de toplumumuzda kız çocuklarının yaygın olarak başörtüsü yasağı nedeniyle anne ve babaları tarafından okula gönderilmedikleri bilinmektedir. Dava konusu düzenlemeyle getirilen başörtüsü engelinin kaldırılması ile bu sorunun da önüne geçilebileceğinden, daha açık bir ifade ile okula gitmeme ve okulu terk etme oranı azalacağından bu yönüyle dava konusu düzenlemenin kamu yararına uygun olduğu anlaşılmaktadır.

Ayrıca bu sözleşme de eğitimin, çocuğun ana-babasına, kültürel kimliğine, dil ve değerlerine, çocuğun yaşadığı veya geldiği menşee ülkenin ulusal değerlerine ve kendisinininkinden farklı uygarlıklara saygısının geliştirilmesi, yine çocuğun, anlayışı, barış, hoşgörü, cinsler arası eşitlik ve ister etnik, ister ulusal, ister dini gruplardan, isterse yerli halktan olsun, tüm insanlar arasında dostluk ruhuyla, özgür bir toplumda, yaşantıyı, sorumlulukla üstlenecek şekilde hazırlanması amacıyla yapılması gerektiği vurgulanmıştır.

Çocuk Hakları Sözleşmesinde değinildiği gibi, isteyen inanc ve kanaatine göre yaşayabilmesi ve bunu ifade edebilmesinin bireylerin/ çocuğun gelişimi açısından önemli bir husus olduğu, gerçekten de yukarıda vurgulandığı gibi bireyin/çocuğun, toplumda farklı düşünce ve inançların olduğunu görmesinin saygı, demokrasi ve bir arada yaşayabilme duygusunu geliştireceği, en basit anlamda bir "etkilenme" olacaksa bu etkilenmenin farklı düşünce ve inançların olduğunu görmekle olumlu yönde olacağı, öte yandan bu özgürlüğün getirilmesinin, devletin farklı inanç ve kanaatlere eşit mesafede olduğunu göstermesi bakımından da önemli bulunduğu, bu bağlamda da ayrımcılık yasağının ihlal edildiğinden bahsedilemeyeceği sonucuna ulaşılmaktadır. Bununla birlikte çocuğun bilimsel gelişimine daha çok olanak sağlanmasıyla eğitimde fırsat eşitliğinin sağlanması güçlenecek, başörtüsü engellerinin kaldırılması suretiyle eğitimden yararlanma oranı daha

da artacaktır. Bu boyutlarıyla da uyumsuzluk değerlendirildiğinde dava konusu düzenlemede kamu yararına aykırılık bulunmamaktadır.

Bu durumda, gerek iç hukukumuzda göre gerekse Uluslararası Sözleşmelere göre idareye verilen takdir hakkı bağlamında yapılan dava konusu düzenlemede laiklik ilkesi ile temel hak ve hürriyetlerin kullanılması konusunda bir orantısızlık, kamu yararına ve hukuka aykırılık bulunmamaktadır.

Nitekim; dava konusu edilen Yönetmelik değişikliğinin bu kısmı yönünden Dairemizin 08/12/2016 tarihli ve E:2014/11160, K:2016/10436 sayılı kararı ile de davanın reddine karar verilmiştir.

KARAR SONUCU:

Açıklanan nedenlerle;

1. 27/09/2014 günlü, 29132 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan Milli Eğitim Bakanlığına Bağlı Okul Öğrencilerinin Kılık ve Kıyafetlerine Dair Yönetmelikte Değişiklik Yapılması Hakkında Yönetmeliğin 1. maddesinin “d) Okullarda yüzü açık bulunur; siyasî sembol içeren simge, şekil ve yazıların yer aldığı fular, bere, şapka, çanta ve benzeri materyalleri kullanamaz; saç boyama, vücuda dövme ve makyaj yapamaz, pirsing takamaz, bıyık ve sakal bırakamaz.” kısmı yönünden **oybirliğiyle DAVANIN REDDİNE,**

2. Dava Konusu Yönetmeliğin 1. maddesinin “e) Okul öncesi eğitim kurumlarında ve ilkokullarda okul içinde baş açık bulunur.” kısmı yönünden ise **oyçokluğuyla DAVANIN REDDİNE**

3. Ayrıntısı aşağıda gösterilen toplam 731,30 TL yargılama giderinin davacı üzerinde bırakılmasına,

4. Karar tarihinde yürürlükte bulunan Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi uyarınca 2.475,00 TL vekâlet ücretinin davacıdan alınarak davalı idarelere verilmesine,

5. Posta gideri avansından artan tutarın kararın kesinleşmesinden sonra istemi halinde davacıya iadesine,

6. Bu kararın tebliğ tarihini izleyen 30 (otuz) gün içerisinde Danıştay Dava Daireleri Kuruluna temyiz yolu açık olmak üzere,

16/10/2019 tarihinde oyçokluğu ile karar verildi.

KARŞI OY

X- Dava; 27/9/2014 günlü, 29132 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren Milli Eğitim Bakanlığı’na Bağlı Okul Öğrencilerinin Kılık ve Kıyafetlerine Dair Yönetmelikte Değişiklik Yapılması Hakkında Yönetmeliğin 1. maddesinin, Türk milli eğitiminin gereklerine ve laik eğitim sistemine aykırı olduğu öne sürülerek iptali istemiyle açılmıştır.

14.6.1973 tarih ve 1739 sayılı Milli Eğitim Temel Kanunu ile 25.8.2011 tarih ve 652 sayılı Milli Eğitim Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnemeye dayanılarak hazırlanan dava konusu Yönetmeliğin 1. maddesinde; “26/11/2012 tarihli ve 2012/3959 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile yürürlüğe konulan Millî Eğitim Bakanlığına Bağlı Okul Öğrencilerinin Kılık ve Kıyafetlerine Dair Yönetmeliğin 3 üncü maddesinin altıncı fıkrası yürürlükten kaldırılmış ve 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (d) ve (e) bentleri aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

d) Okullarda yüzü açık bulunur; siyasî sembol içeren simge, şekil ve yazıların yer aldığı fular, bere, şapka, çanta ve benzeri materyalleri kullanamaz; saç boyama, vücuda dövme ve makyaj yapamaz, pirsing takamaz, bıyık ve sakal bırakamaz,

e) Okul öncesi eğitim kurumlarında ve ilkokullarda okul içinde baş açık bulunur.” kuralı yer almaktadır.

Dava Konusu Yönetmeliğin 1. maddesinin “e) Okul öncesi eğitim kurumlarında ve ilkokullarda okul içinde baş açık bulunur.” kısmının incelenmesi:

Dava konusu yönetmelik değişikliği ile davalı idareler tarafından 27/11/2012 tarihinde Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğüne konulan ana yönetmeliğin “Temel İlkeler” başlıklı 3. maddesinin altıncı fıkrası yürürlükten kaldırılmış ve 4. maddesinin birinci fıkrasının (d) ve (e) bentleri değiştirilmiştir. Yönetmeliğin yürürlükten kaldırılan 3. maddesinin altıncı fıkrası, “Kız öğrenciler, imam-hatip ortaokul ve liseleri ile çok programlı liselerin imam-hatip programlarında tüm derslerde, ortaokul ve liselerde ise seçmeli Kuran-ı Kerim derslerinde başlarını örtebilir.” hükmünü içermekte ve daha önceki mevzuatla getirilen, ortaokul ve liselerde öğrencilerin okul içinde baş açık

bulunmaları gerektiğine ilişkin genel kurala, imam-hatip ortaokul ve liselerinin kız öğrencileri ile Kuran-ı Kerim seçmeli ders öğrencileri için bir istisna getirmektedir. Dava konusu yönetmelik değişikliği ile söz konusu istisna hükmü tamamen kaldırılmış ve böylece ortaokul ve liselerdeki kız öğrencilerin okul içinde başlarını örtmelerine imkân tanınmıştır.

Dava konusu Yönetmeliğin 3. maddesinin (e) bendinde yapılan değişiklik ile okul içinde baş açık bulunma kuralının artık sadece okul öncesi eğitim kurumları ve ilkokullar için geçerli olacağı öngörülmektedir.

Anayasa'nın "Eğitim ve öğrenim hakkı ve ödevi" başlıklı 42. maddesinin 3. fıkrasında, eğitim ve öğretimin Atatürk ilkeleri ve inkılâpları doğrultusunda, çağdaş bilim ve eğitim esaslarına göre, Devletin gözetim ve denetimi altında yapılacağı, bu esaslara aykırı eğitim ve öğretim yerleri açılmayacağı belirtildikten sonra, dördüncü fıkrasında, eğitim ve öğretim hürriyetinin, Anayasaya sadakat borcunu ortadan kaldıramayacağı vurgulanmıştır.

Öte yandan, 1739 sayılı Milli Eğitim Temel Kanunu'nun 2. maddesinde, Türk Milletinin bütün fertlerini, insan haklarına ve Anayasanın başlangıcındaki temel ilkelere dayanan demokratik, laik ve sosyal bir hukuk Devleti olan Türkiye Cumhuriyetine karşı görev ve sorumluluklarını bilen ve bunları davranış haline getirmiş yurttaşlar ve hür ve bilimsel düşünme gücüne, geniş bir dünya görüşüne sahip verimli kişiler olarak yetiştirmek, Türk Milletini çağdaş uygarlığın yapıcı, yaratıcı, seçkin bir ortağı yapmak Türk Milli Eğitiminin genel amacı olarak belirlenmiştir.

Dava konusu düzenleme ile ortaokul ve liselerde başın açık olması gerektiğine ilişkin genel ilke ortadan kaldırılmakta ve yukarıda belirtilen Anayasal ve yasal kurallara aykırı şekilde, Medeni Kanunumuzun 11. maddesine göre henüz ergin olmayan kız öğrencilerin eğitim öğretim gördükleri okul içerisinde başlarını dini kurallara göre örtmelerine olanak tanınmaktadır.

Türkiye Cumhuriyetinin Anayasanın 2. maddesinde öngörüldüğü şekilde demokratik, laik, sosyal bir hukuk devleti olması, din kuralları ile Anayasa ve yasalar tarafından öngörülen kuralların birbiriyle çeliştiği durumlarda anayasa kurallarının esas alınmasını gerektirir. Dolayısıyla toplum hayatına ilişkin kurallar konulurken, nüfusumuzun %99'unun Müslüman olduğu kabulünden hareket etmek laiklik ilkesinin giderek ortadan kaldırılması anlamını taşır. Böylece başörtüsü konusunda dün imam-hatip öğrencilerine tanınan bir istisna,

bugün ortaöğretimdeki bütün kız öğrenciler için bir hak haline dönüşür. Eğer kuralların kaynağı toplumun çoğunluğunun dini eğilimleri olmaya başlarsa laik düzenin devamından söz etmek imkânsız hale gelir.

Din ve vicdan özgürlüğünün, temel bir insan hakkı olarak Anayasamızda (md. 24), Birleşmiş Milletlerin Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmesinde (MSHS) (md. 18) ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde (AİHS) (md. 9) yer aldığı konusunda herhangi bir kuşku yoktur. Anayasamız ve tarafı olduğumuz uluslararası sözleşmelerde din ve vicdan özgürlüğüne yer verilmekle birlikte, bunun sınırlanabileceği durumlar da ilgili metinlerde (Anayasa md. 13-14, MSHS md. 18/3, AİHS md. 9/2) gösterilmiştir. Genel olarak bu hakkın kullanımına getirilen sınırlamalarda amaç, hakkın kötüye kullanımını önlemek ve kamu güvenliğini, düzenini, sağlığını, ahlâkını ya da başkalarının temel hak ve özgürlüklerini korumak olarak ifade edilmektedir. Dolayısıyla birbiriyle çelişkili gibi gözüken, bir yandan temel bir hakkın tanınması, bir yandan da buna getirilebilecek sınırlamalara yer verilmesi hususlarında, konuya ilişkin olarak verilmiş bulunan Anayasa Mahkemesi ve AİHM kararları yol gösterici mahiyette olacaktır. Din ve vicdan özgürlüğü kapsamında kadınların kamusal alanda başörtüsü/türban takabilmelerine imkân sağlayan hukuki düzenlemeler Anayasa Mahkemesinin 05/06/2008 günlü, E:2008/16, K:2008/116 sayılı kararı (Anayasanın 10. maddesine eklenen ve yükseköğretimde başörtüsünü serbest kılmayı amaçlayan ibarelerin iptali); 16/01/1998 günlü, E:1997/1 (SPK), K:1998/1 sayılı parti kapatma kararı (Dinsel nedenlere dayanılarak başörtüsü ve türbanla boyun ve saçlarının örtülmesine resmi daire ve üniversitelerde serbestlik tanınması Anayasadaki laiklik ilkesine aykırılık oluşturur); 09/04/1991 günlü, E:1990/36, K:1991/8 sayılı kararı (Üniversitelerde kılık-kıyafet serbestisinin dini inanç sebebiyle boyun ve saçlarının örtü ve türbanla kapatılmasını ve dinsel nitelikteki giysileri kapsamadığı gerekçesiyle 2547 sayılı yasa yapılan değişikliğin iptali isteminin reddi), 07/03/1989 günlü, E:1989/1, K:1989/12 sayılı kararı (2547 sayılı Yükseköğretim Kanununda yapılan değişiklik ile öğrenci ve öğretim elemanlarının yükseköğretim kurumlarında başörtüsü takmalarına imkân sağlayan yasa değişikliğinin iptali) ile Anayasamızın başlangıç bölümünde ve 2. maddesinde yer alan ilkelere aykırı bulunmuştur. Anayasa Mahkemesi sözü edilen kararlarında; kamusal alanda dinsel giysi ve simgelerin kullanılmasına getirilen sınırlamaların Anayasamızın başlangıç bölümündeki ilkelerin ve 2. maddede yer alan Türkiye Cumhuriyetinin demokratik, laik ve sosyal bir hukuk devleti olduğu kuralının bir gereği olduğuna, dolayısıyla bu alanda getirilen

sınırlamaların da yine Anayasanın 13. ve 14. maddelerinde ifade edilen laik cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkelerine uygun olduğuna, aksi yönde getirilen yasal değişikliklerin de bu nedenle Anayasaya aykırı bulunduğuna hükmetmiştir.

Davalı idarelerin dosyada mevcut savunmalarında Anayasa Mahkemesinin konuyla ilgili "son içtihatları" olarak iki karardan söz edilmektedir. Bu kararlardan ilki E:2012/65, K:2012/128 sayılıdır. Bu kararın davalı idarelerce savunmalarda aktarılan bölümünde Anayasa Mahkemesince laiklik ilkesiyle ilgili olarak genel bazı değerlendirmelerde bulunulmakta ve 1739 sayılı Milli Eğitim Temel Kanununun 25. maddesinde, ortaokul ve liselerde "Kuran-ı Kerim ve Hazreti Peygamberimizin hayatının" seçmeli ders olarak okutulmasına imkân sağlayan yasal değişikliğin Anayasaya aykırı olmadığına hükmedilmektedir.

Alıntılarına yer verilen ikinci Anayasa Mahkemesi kararı ise 2014/256 sayılı bireysel başvuruya ilişkindir ve konusunu, duruşmaya başvurusu ile girmek isteyen bir avukatın bu isteğinin mahkemece geri çevrilmesi ve bu eylemin başvuruçunun anayasal haklarını ihlal ettiği iddiası oluşturmaktadır. Anayasa Mahkemesi bu kararında yine laiklik ilkesine yönelik olarak bazı yorumlar yaptıktan sonra, başvuruçunun anayasal haklarının (10. ve 24. maddeler yönünden) ihlal edildiğine karar vermiştir. Dolayısıyla, davalı idareler tarafından Anayasa Mahkemesinin konuya ilişkin son içtihadına emsal olarak sunulan her iki kararın da, ortaokul ve liselerdeki kız öğrencilerin okul içinde başlarını örtmelerine imkân tanıyan dava konusu yönetmelik değişikliği ile doğrudan bir ilgisi bulunmamaktadır.

Anayasa Mahkemesinin ve Danıştayın çeşitli kararları ile biçimlenen ülke uygulamasının ne ölçüde evrensel hukuk kurallarına uygun olduğu, özellikle tarafı olduğumuz insan haklarına ilişkin uluslararası sözleşmeler ışığında ilgililerce çeşitli vesilelerle AİHM 'de açılan davalarda verilen kararlarla kıyaslanma imkanı bulmuştur.

Devlet, din veya inancın açığa vurulmasına AİHS'nin 9. maddesinin 2. fıkrası çerçevesinde "kamu güvenliği yararına, kamu düzeninin, genel sağlığın ya da ahlâkın ve başkalarının haklarının ve özgürlüklerinin korunması için" müdahale edebilir (meşru amaç koşulu). Strazburg Mahkemesi, çeşitli kararlarında, örneğin Karaduman v. Türkiye (90), Bulut v. Türkiye (91), Dahlab v. İsviçre (98), Kurtulmuş v. Türkiye (01), El Morsli v. Fransa (06), Ghazal v. Fransa (08), Singh v. Fransa (08) kararlarında dini kıyafetlere yönelik kısıtlamaların

“başkalarının hakları ve özgürlüklerinin korunması” ölçütüne başvurularak getirilebileceğini ve devletlere bu konuda kayda değer bir takdir yetkisi tanındığını vurgulamaktadır. Mahkeme bu takdir hakkını tanıırken özellikle kamusal alanda dini yansızlığın güvence altına alınmasını amaçlamaktadır.

Bu konular yakın zamanda AİHM tarafından önce Daire (2004), daha sonra da Büyük Daire (2005) düzeyinde Leyla Şahin v. Türkiye davasında ayrıntılı olarak tartışılmış ve davacının üniversitede başörtüsü takmasına getirilen kısıtlamaların AİHS’nin 9. maddesinin 2. fıkrası kapsamında meşru olduğuna karar verilmiştir. Mahkeme kararında, başörtüsüne getirilen kısıtlamaların demokratik bir toplumda gerekli olduğu sonucuna ulaşırken hem laikliğin hem de kadın-erkek eşitliğinin sağlanması amaçlarına atıfta bulunmuştur. Aynı kararlarda başörtüsünün “cinsiyet eşitliği ilkesi ile bağdaştırılması zor dini davranış kurallarıyla kadınlara getirildiği görülen ve hoşgörü, başkalarına saygı ve hepsinin ötesinde eşitlik ve ayrımcılık yasağı mesajı ile kolaylıkla bağdaştırılmayan güçlü bir dışsal simge olduğu” nitelemesini yapmıştır.

AİHM’in konuya ilişkin kararları incelendiğinde, bu alandaki içtihatların tutarlılık arz ettiği anlaşılmaktadır. Bunun gerekçesi ise şöyle açıklanmaktadır (Murdoch, AİHS Kapsamında Düşünce, Vicdan ve Din Özgürlüğü Hakkının Korunması (2012), s. 53): “Laiklik, özgürlük ve eşitliğin buluşma noktasıdır ve zorunlu olarak din ve vicdan özgürlüğünü gerektirir. Ayrıca laiklik bireyin radikal hareketler kaynaklı, harici baskılardan korunmasına yardımcı olur. Devletin bağımsız bir arabulucu olarak bu rolü, Strazburg Mahkemesinin 9. madde altındaki içtihatları ile tutarlıdır.” Bunun doğal sonucu olarak, özel alandan kamusal, kamusal resmi alana doğru gidildikçe bireysel özgürlüklerin ve bu bağlamda dinsel simge ve giysilerin kullanımının, ülkenin özgül koşulları da dikkate alınarak diğerlerinin davranışlarından daha kolayca etkilenecek yaşta bulunan öğrencilik çağındaki çocukların hak ve özgürlüklerinin korunması ve kamu düzeninin sağlanmasına yönelik meşru bir amaca hizmet etmek üzere sınırlandırılmasında hukuksal bir sakınca bulunmamaktadır.

Bu haliyle, dava konusu Yönetmeliğin 1. maddesinin “e) Okul öncesi eğitim kurumlarında ve ilkokullarda okul içinde baş açık bulunur.” kısmı Anayasanın Cumhuriyetin niteliklerini düzenleyen 2. maddesine, kanun önünde eşitliği düzenleyen 10. maddesindeki “herkesin dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşit olduğunu” öngören hükümlerine, eğitim

Karar Numarası: II. 7

ve öğretim hakkı ve ödevini düzenleyen 42. maddesinin ve Milli Eğitim Temel Kanununun yukarıda belirtilen hükümlerine aykırı olduğundan iptali gerektiği oyu ile çoğunluk kararına katılmıyorum.

DANIŞTAY 8. DAİRE

E. 2014/6591

K. 2018/6772

Davacı : Eğitim ve Bilim İşgörenleri Sendikası

Vekili :

Davalı : Milli Eğitim Bakanlığı

Vekili :

Davanın Özeti : 07/09/2013 gün ve 28758 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren Millî Eğitim Bakanlığı Ortaöğretim Kurumları Yönetmeliği’nin “İlkeler” başlıklı 5. maddesinin 1. fıkrasında “..Atatürk ilke ve inkılaplarını benimsemiş... ” ibaresine yer verilmemesine ilişkin eksik düzenlemenin, “Kayıt şartları” başlıklı 21. maddesinin 4. fıkrasında yer alan “.. öğrenci iken evlenenlerin okulla ilişkisi kesilerek kayıtları e-Okul üzerinden Açık Öğretim Lisesine veya Mesleki Açık Öğretim Lisesine gönderilir” ibaresinin, “Yurtdışından gelen Türkiye Cumhuriyeti uyruklu öğrencilerin kayıt ve nakilleri” başlıklı 27. maddesinin 2. fıkrasının, “Okul birincilerinin tespiti” başlıklı 64. maddesinin 1. fıkrasında yer alan “..okul öğrenci ve disiplin kurulunun da görüşü alınarak... ” ibaresi ile “..davranış puanı indirilmiş ve iade edilmemiş...” ibaresinin, “Öğretmenlerin görev ve sorumlulukları” başlıklı 86. maddesinin 5. fıkrasının (ı) bendinin, “Koordinatör öğretmen görevlendirilmesi” başlıklı 88. maddesinin 2. fıkrasının (c) bendine ilişkin eksik düzenlemenin, “Öğretmenlere nöbet görevi verilmesinin esasları” başlıklı 91. maddesi ile “Hizmet odaları” başlıklı 99. maddesinin 2. fıkrasının hukuka aykırı olduğu ileri sürülerek iptali istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : Yönetmeliğin “İlkeler” başlıklı 5. maddesinde “Atatürk ilke ve inkılaplarını benimsemiş bireyler yetiştirme” ilkesine yer verilmemiş olmasının, öğrencilerin Atatürk ilke ve inkılaplarını benimsememesi

gerektiği yönünde bir dayatma ya da yönlendirme sonucunu doğurmayacağı, kaldı ki aynı Yönetmeliğin "Öğrencilerin uyacakları kurallar ve öğrencilerden beklenen davranışlar" başlıklı 157. maddesinde; "Öğrencilerin; Atatürk inkılâp ve ilkeleriyle, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, Türk milletinin millî, ahlâkî, manevî ve kültürel değerlerini benimseyen, koruyan ve geliştiren; ailesini, vatanını, milletini seven ve yücelten, insan haklarına saygılı, Cumhuriyetin demokratik, laik, sosyal ve hukuk devleti olması ilkelerine karşı görev ve sorumluluklarını bilen ve bunları davranış hâline getiren; beden, zihin, ahlâk, ruh ve duygu bakımından dengeli ve sağlıklı, gelişmiş bir kişiliğe, hür ve bilimsel düşünme gücüne, geniş bir dünya görüşüne sahip topluma karşı sorumluluk duyan, yapıcı, yaratıcı ve verimli kişiler olarak yetişmeleri için okul yönetimi, öğretmenler, rehberlik servisi, okul-aile birliği ve ilgili diğer paydaşlarla işbirliği yapması istenir." hükmüne yer verildiği ve aynı maddenin 2. fıkrasının (a) bendinde öğrencilerden Atatürk ilke ve inkılâplarına bağlı kalmaları ve bunları korumalarının bekleneceğinin hüküm altına alındığı; mülga Yönetmelik'te yer alan düzenleme ile öğrenci iken evlenenlerin eğitim sisteminin dışına çıkarıldığı, şimdi ise 4+4+4 olarak bilinen kesintisiz eğitime geçildiği için bu öğrencilerin eğitim hayatından yoksun bırakılmamaları amacıyla eğitim sisteminin bir parçası olan açıköğretim liselerine yönlendirildiği, böylece çocuk gelinlerin hayattan bir darbe daha almalarının önüne geçildiği; 2014/8 sayılı Genelge uyarınca bütün okulların Anadolu Lisesine dönüştürüldüğü, yani sınavsız öğrenci alan okulun kalmadığı, yurtdışında eğitim görmüş ve Türkiye'ye dönmüş öğrencinin bu okullara kayıt olmak dışında başka bir alternatifinin olmadığı, nispeten daha yüksek puanla öğrenci alan fen lisesi, sosyal bilimler lisesi, güzel sanatlar ve spor lisesi gibi kurumlara zaten bu öğrencilerin kaydının yapılmadığı ve eşitsizlik sonucunu doğuracak bir uygulamaya yer verilmediği; mesleki ve teknik eğitim alan öğretmenlerin tam gün tam yıl eğitim kapsamındaki okullarda çalışma saatleri dışında, hafta sonu, yarıyıl ve yaz tatillerinde verilen görevleri de yapacağına yönelik düzenleme yönünden; bu görev karşılığında öğretmenlere Milli Eğitim Bakanlığı Yönetici ve Öğretmenlerin Ders ve Ek Ders Saatlerine İlişkin Kararın 8. maddesi uyarınca ödeme yapıldığı, ayrıca bu görevin isteyen öğretmenlere verildiği, görev almayan öğretmene mobbing uygulamasının söz konusu olmadığı; öğretmenlerin okulda yürüttükleri nöbet görevinin, eğitim öğretim faaliyetinin ayrılmaz bir parçası olduğu, hizmet odalarının düzenlendiği 99. maddenin 2. fıkrası yönünden ise; düzenlemenin din ve inanç özgürlüğünün doğal bir sonucu olduğu, laiklik ilkesine uygun olarak, laik devlet olma ilkesinin sonucu

olarak, talep edilmesi halinde kişilerin ibadet hürriyetini yaşayabilmeleri için gerekli ve uygun ortamın sağlanmasına çalışıldığı, düzenlemenin Anayasa'ya ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 9. maddesine uygun olduğu, davanın reddi gerektiği savunulmaktadır.

Danıştay Tetkik Hakimi :

Düşüncesi : İstemin reddi gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı :

Düşüncesi : Dava, 07/09/2013 günlü, 28758 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren Millî Eğitim Bakanlığı Ortaöğretim Kurumları Yönetmeliği'nin "İlkeler" başlıklı 5. maddesinin 1. fıkrasında "...Atatürk ilke ve inkılâplarını benimsemiş..." ibaresine yer verilmemesine ilişkin eksik düzenlemenin, "Kayıt şartları" başlıklı 21. maddesinin 4. fıkrasında yer alan "...öğrenci iken evlenenlerin okulla ilişkisi kesilerek kayıtları e-Okul üzerinden Açık Öğretim Lisesine veya Mesleki Açık Öğretim Lisesine gönderilir" ibaresinin, "Yurtdışından gelen Türkiye Cumhuriyeti uyruklu öğrencilerin kayıt ve nakilleri" başlıklı 27. maddesinin 2. fıkrasının, "Okul birincilerinin tespiti" başlıklı 64. maddesinin 1. fıkrasında yer alan "...okul öğrenci ve disiplin kurulunun da görüşü alınarak..." ibaresi ile "...davranış puanı indirilmiş ve iade edilmemiş..." ibaresinin, "Öğretmenlerin görev ve sorumlulukları" başlıklı 86. maddesinin 5. fıkrasının (i) bendinin, "Koordinatör öğretmen görevlendirilmesi" başlıklı 88. maddesinin 2. fıkrasının (c) bendine ilişkin eksik düzenlemenin, "Öğretmenlere nöbet görevi verilmesinin esasları" başlıklı 91. maddesi ile "Hizmet odaları" başlıklı 99. maddesinin 2. fıkrasının iptali istemiyle açılmıştır.

Yönetmeliği'nin "İlkeler" başlıklı 5. maddesinin 1. fıkrasında "...Atatürk ilke ve inkılâplarını benimsemiş..." ibaresine yer verilmemesine ilişkin eksik düzenleme yönünden;

Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının "Başlangıç" kısmında; Türk Vatansı ve Milletinin ebedi varlığını ve Yüce Türk Devletinin bölünmez bütünlüğünü belirleyen bu Anayasanın, Türkiye Cumhuriyetinin kurucusu, ölümsüz önder ve eşsiz kahraman Atatürk'ün inkılâp ve ilkeleri doğrultusunda; Türk Milleti tarafından demokrasiye âşık Türk evlatlarının vatan ve millet sevgisine emanet ve tevdi olunacağı; 2. maddesinde, Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, millî dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı,

Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk Devleti olduğu belirtilmiştir.

1739 sayılı Milli Eğitim Temel Kanunu'nun "Genel amaçlar" başlıklı 2. maddesinde; Türk Milli Eğitiminin genel amaçlarının, Türk Milletinin bütün fertlerini, Atatürk inkılâp ve ilkelerine ve Anayasada ifadesini bulan Atatürk milliyetçiliğine bağlı; Türk Milletinin milli, ahlaki, insani, manevi ve kültürel değerlerini benimseyen, koruyan ve geliştiren; ailesini, vatanını, milletini seven ve daima yüceltmeye çalışan, insan haklarına ve Anayasanın başlangıcındaki temel ilkelere dayanan demokratik, laik ve sosyal bir hukuk Devleti olan Türkiye Cumhuriyetine karşı görev ve sorumluluklarını bilen ve bunları davranış haline getirmiş yurttaşlar olarak yetiştirmek Türk Milletinin genel amaçları arasında sayılmıştır.

Anılan Kanuna dayanılarak hazırlanan ve 07/09/2013 günlü, 28758 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren Millî Eğitim Bakanlığı Ortaöğretim Kurumları Yönetmeliği'nin "İlkeler" başlıklı 5. maddesinde ise; ortaöğretim kurumlarının işlevlerini Türk millî eğitiminin genel ve özel amaç ile temel ilkeleri doğrultusunda, evrensel hukuka, demokrasi ve insan haklarına uygun; öğrenci merkezli, aktif öğrenme ve demokratik kurum kültürü anlayışıyla yerine getireceği düzenlenmiştir.

Dava konusu yönetmelik maddesinde, "demokrasi" ve "insan hakları" gibi 1739 sayılı Kanun'da yer verilen bazı amaç ve ilkelere yer verilmesine karşın, Anayasanın başlangıç hükümlerinde bahsedilen ve Türk Milli Eğitim sisteminin en temel amaçlarından biri olan "Atatürk ilke ve inkılâplarını benimsemiş öğrenciler yetiştirme" ibaresine yer verilmemesi, yasal ve Anayasal düzenlemelere aykırılık teşkil etmektedir.

Öte yandan, dava konusu Yönetmelikle yürürlükten kaldırılan Mülga 31/07/2009 günlü, 27305 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Millî Eğitim Bakanlığı Ortaöğretim Kurumları Yönetmeliği'nin "İlkeler" başlıklı 5. maddesinde "Atatürk ilke ve inkılâplarını benimsemiş" ibaresine yer verilmiş olması da yukarıda yapılan açıklamaların haklılığını ortaya koyar niteliktedir.

Bu durumda, dava konusu Yönetmeliğin 5.maddesinin (1). fıkrasında "...Atatürk ilke ve inkılâplarını benimsemiş... " ibaresine yer verilmemesi suretiyle oluşan eksik düzenlemenin iptali gerekmektedir.

Yönetmeliği'nin "Kayıt şartları" başlıklı 21. maddesinin 4. fıkrasında yer alan "...öğrenci iken evlenenlerin okulla ilişiği kesilerek kayıtları e-Okul üzerinden Açık Öğretim Lisesine veya Mesleki Açık Öğretim Lisesine gönderilir" ibaresi yönünden;

Anayasanın "Ailenin korunması ve çocuk hakları" başlıklı 41. maddesinde, "Aile, Türk toplumunun temelidir ve eşler arasında eşitliğe dayanır. Devlet, ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocukların korunması ve aile planlamasının öğretimi ile uygulanmasını sağlamak için gerekli tedbirleri alır, teşkilatı kurar. Her çocuk, korunma ve bakımdan yararlanma, yüksek yararına açıkça aykırı olmadıkça, ana ve babasıyla kişisel ve doğrudan ilişki kurma ve sürdürme hakkına sahiptir. Devlet, her türlü istismara ve şiddete karşı çocukları koruyucu tedbirleri alır." hükmü; "Eğitim ve öğrenim hakkı ve ödevi" başlıklı 42. maddesinde de, "Kimse, eğitim ve öğrenim hakkından yoksun bırakılamaz. Öğrenim hakkının kapsamı kanunla tespit edilir ve düzenlenir..." hükmü yer almaktadır.

Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşmenin 28. maddesinde, Taraf Devletler, çocuğun eğitim hakkını kabul ederler ve bu hakkın fırsat eşitliği temeli tedricen gerçekleştirilmesi görüşüyle ... bu konuyla ilgili, gerekli tedbirleri ve önlemleri almakla yükümlü oldukları düzenlenmesine yer verilmiştir.

1739 sayılı Milli Eğitim Temel Kanunu'nun 18. maddesinde, Türk milli eğitim sisteminin örgün eğitim ve yaygın eğitim olmak üzere iki ana bölümden kurulacağı, örgün eğitimin, okulöncesi eğitimi, ilköğretim, ortaöğretim ve yükseköğretim kurumlarını, yaygın eğitimin ise, örgün eğitimin yanında veya dışında düzenlenen eğitim faaliyetlerinin tümünü kapsayacağı hükme bağlanmıştır.

Dava konusu, 07/09/2013 günlü, 28758 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren Milli Eğitim Bakanlığı Ortaöğretim Kurumları Yönetmeliği ile yürürlükten kaldırılan Mülga 31/07/2009 günlü, 27305 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Millî Eğitim Bakanlığı Ortaöğretim Kurumları Yönetmeliğin 28. maddesinin 4. fıkrasında, "Evli olanların kaydı yapılmaz. Öğrenci iken evlenenlerin kayıtları silinerek okulla ilişiği kesilir." kuralına yer verilmekte iken yeni Yönetmeliğin dava konusu 21. maddesinin 4. fıkrasında ise, "Evli olanların kayıtları yapılmaz, öğrenci iken evlenenlerin okulla ilişiği kesilerek e-Okul üzerinden Açıköğretim Lisesine veya Mesleki Açıköğretim

Lisesine gönderilir.” kuralına yer verilmiştir. Aynı maddenin 1. fıkrasında da ortaöğretim kurumlarına kaydolmak için öğretim başlayacağı tarihte 18 yaşını bitirmemiş olma şartı aranmış, yaş şartını taşımayan öğrencilerin örgün ortaöğretim kurumlarına kayıtlarının yapılmayacağı düzenlenmiştir.

14/12/2005 günlü, 26033 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan Milli Eğitim Bakanlığı Açıköğretim Lisesi Yönetmeliğinin “kayıt-kabul şartları” başlıklı 15. maddesinin 1. fıkrasında ise aynen “Lise’ye;

a) (Değişik 21/07/2012/28360 RG) İlköğretim okulu / ortaokuldan mezun olanlar ile ortaokul veya imam-hatip okulunun tamamlayanlar,

b) Bakanlığa veya diğer bakanlığa bağlı ortaöğretim düzeyindeki okullardan ayrılanlar ile mezun olanlar,

c) Bir yükseköğretim kurumundan ayrılanlar veya mezun olanlar,

d) Yurtdışında öğrenim görmüş olanlar denklik belgelerinde belirtilen öğretim düzeylerinin yukarıdaki şartlardan birini taşıması durumunda kayıt yaptırabilirler.” kuralı yer almış, Milli Eğitim Bakanlığı Mesleki Açıköğretim Lisesi Yönetmeliği’nin 15. maddesinde de benzer hükümlerine yer verilmiştir.

Bu durumda, yukarıda aktarılan yasal düzenlemeler doğrultusunda, ilköğretim /ortaöğretim mezunu olan 18 yaşını tamamlamış herkesin zaten yaygın öğretim faaliyet kapsamında Açıköğretim Lisesi ile Mesleki Açıköğretim Lisesine kayıt yaptırabilmesi mümkün iken, örgün öğretim kurumlarında eğitimini sürdürebilecek yaşta olan ve bu sistem içerisinde kesintisiz eğitim hayatını tamamlayabilecek çağda bulunan öğrencilerin evlenmesinin, dolayısıyla küçük yaşta evliliğin önüne geçmeyi amaçlayan mülga yönetmelik hükmünün yeni düzenleme yapılırken korunması gerekirken, bu amacı gözetmeksizin getirilen dava konusu düzenlemede daha önce amaçlanan ve uygulanan sekiz yıllık zorunlu kesintisiz eğitim-öğretim ilkelerine, Anayasa ve Uluslararası Sözleşmelerle ortaya konulan çocuk haklarına, eğitim haklarına, fırsat eşitliğine ve hukuka uyarlık bulunmamaktadır.

Yönetmeliğin “Yurtdışından gelen Türkiye Cumhuriyeti uyruklu öğrencilerin kayıt ve nakilleri” başlıklı 27. maddesinin 2. fıkrası yönünden;

1739 sayılı Milli Eğitim Temel Kanunu’nun “Genellik ve eşitlik” başlıklı 4. maddesinde, eğitimde hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınmayacağı; “Eğitim hakkı” başlıklı 7. maddesinde, ilköğretim

kurumlarından sonraki eğitim kurumlarından vatandaşların ilgi, istidat ve kabiliyetleri ölçüsünde yararlanacağı; "Fırsat ve imkan eşitliği" başlıklı 8. maddesinde ise, eğitimde kadın, erkek herkese fırsat ve imkan eşitliği sağlanacağı hükme bağlanmıştır.

07/09/2013 gün ve 28758 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Millî Eğitim Bakanlığı Ortaöğretim Kurumları Yönetmeliği'nin 4. maddesinin (I) bendinde, "nakil" aynı tür program, alan veya dalda öğrenim gören öğrencilerin ortaöğretim kurumları arasında yer değişikliği şeklinde tanımlanmış olup, dava konusu olan "Yurtdışından gelen Türkiye Cumhuriyeti uyruklu öğrencilerin kayıt ve nakilleri" başlıklı 27. maddesinin 2. fıkrasında da, yurtdışında 8. sınıfı bitiren öğrenciler ile ortaöğretim kurumlarında asgari bir eğitim ve öğretim yılı öğrenim gören ve ortaöğretime yerleştirmeye esas puanla öğrenci alan okulların nakil şartlarını taşımayan öğrencilerin Anadolu, Anadolu imam-hatip veya Anadolu türü mesleki ve teknik liselere nakil ve geçişlerinin; denklik belgesine göre program uyumu dikkate alınarak okulların kontenjan durumu ve öğrencinin ikamet adreslerine uygun okullara öğrenci yerleştirme ve nakil komisyonu tarafından yapılacağı düzenlendikten sonra bu öğrencilerin nakli yapılan okuldan bir başka okula naklinde de bu fıkra hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiştir.

Ortaöğretim kurumları arasında nakil ve geçişler, 07.09.2013 gün ve 28758 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Millî Eğitim Bakanlığı Ortaöğretim Kurumları Yönetmeliği'nin 37 ve 42. maddeleri arasında düzenlenmiş, 38. maddesinin 1. fıkrasının (a) bendinde ise (dava açıldığı tarihteki halinde), ortaöğretime yerleştirme puanıyla öğrenci alan ortaöğretim kurumları arasında nakil ve geçişlerin, açık kontenjan bulunması halinde öğrencinin yerleştirmeye esas puanının naklen gitmek istediği okulun yerleştirmeye esas taban puanından az olmaması kaydıyla puan üstünlüğüne göre yapılacağı hükmüne yer verilmiştir.

Yukarıda aktarılan mevzuat hükümlerinin incelenmesinden, yurtdışında ortaöğretim kurumlarında asgari bir eğitim ve öğretim yılı öğrenim gördükten sonra Anadolu, Anadolu imam-hatip veya Anadolu türü mesleki ve teknik liselere yerleştirilen öğrencilerin ikamet adresinin uygun olması ve gidilecek okulun kontenjan durumunun da müsait olması durumunda başka okullara naklinin mümkün olduğu sonucuna varılmış olup, bu hüküm ortaöğretim kurumları arasında nakil ve geçişlerin, açık kontenjan bulunması halinde öğrencinin yerleştirmeye esas puanının naklen gitmek istediği okulun

yerleştirmeye esas taban puanından az olmaması kaydıyla puan üstünlüğüne göre yapılacağını kurala bağlayan yönetmelik hükmünün bir istisnası durumundadır.

Yurtdışından gelen bir öğrencinin yerleştirmeye esas alınabilecek bir sınav sonucunun bulunmaması nedeniyle, diğer öğrencilerde aranan puan şartının, yurtdışından gelen bir öğrenci için aranması mümkün değildir. Aksi yönde bir değerlendirme, yurtdışından gelip Yönetmeliğin 27.maddesinin (2). fıkrasının ilk cümlesi uyarınca bir ortaöğretim kurumuna kayıt olan öğrencinin daha sonra başka bir okula nakil olmak istemesi halinde, sınav sonucu elde edilmiş bir puanı olmadığı için, hiç bir suretle nakil olamaması sonucunu doğuracaktır.

Bu nedenle, Yönetmeliğin 27.maddesinin 2. fıkrasının, yukarıda yapılan açıklamalar ışığında hukuka ve hakkaniyete uygun bulunmaktadır.

Yönetmeliğin 64. maddesinin 1. fıkrasında yer alan "...okul öğrenci ödül ve disiplin kurulunun da görüşü alınarak..." ibaresi ile "...davranış puanı indirilmiş ve iade edilmemiş..." ibareleri yönünden (dava açıldığı tarihteki halinde);

1739 sayılı Millî Eğitim Temel Kanunu'nun 6. maddesinde; fertlerin, eğitimleri süresince, ilgi, istidat ve kabiliyetleri ölçüsünde ve doğrultusunda çeşitli programlara veya okullara yöneltilerek yetiştirilecekleri, Millî eğitim sisteminin, her bakımdan, bu yöneltmeyi gerçekleştirecek biçimde düzenleneceği, yöneltmede ve başarının ölçülmesinde rehberlik hizmetlerinden ve objektif ölçme ve değerlendirme metotlarından yararlanılacağı hükme bağlanmıştır.

07/09/2013 gün ve 28758 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Millî Eğitim Bakanlığı Ortaöğretim Kurumları Yönetmeliği'nin "Okul birincilerinin tespiti" başlıklı 64. maddesinin 1. fıkrasının dava açıldığı tarihteki halinde; "Ders kesiminde, okul öğrenci ödül ve disiplin kurulunun da görüşü alınarak mezuniyet puanı en yüksek olan öğrenci öğretmenler kurulunca okul birincisi olarak tespit edilir. Bütün derslerden başarılı olmasına rağmen stajını tamamlamayan öğrencilerle davranış puanı indirilmiş ve iade edilmemiş öğrenciler okul birincisi olamaz." düzenlemesi yer almıştır.

Anılan Yönetmeliğin 164. maddesinde disiplin cezasını gerektiren davranış ve fiiller sayılmış olup, 170. maddesinde de, her ders yılı başında öğrencilerin davranış puanınının 100 olacağı, ceza alan öğrencilerin davranış puanlarından, kınama cezası için 10, okuldan kısa süreli uzaklaştırma cezası

için 20, okul değiştirme cezası için 40, örgün eğitim dışına çıkarma cezası için 80 puanın indirileceği hükmüne yer verilmiş; 171. maddesinde ise, ceza alan ve davranış puanı indirilmiş olan ancak davranışları olumlu yönde değişen, iyi hâlleri görülen ve olumsuz davranışları tekrarlamayan öğrencilerin durumlarının, okul öğrenci ödül ve disiplin kurulunca daha sonraki dönemde/ dönemlerde değerlendirileceği, cezalarının kaldırılması ve davranış puanlarının iadesi öngörülen öğrencilerin öğretmenler kuruluna sunulacağı, öğretmenler kurulunca cezası kaldırılan ve davranış puanı iade edilen öğrencilerin yeni durumlarının e-Okul sistemine işleneceği düzenlenmiştir.

Yukarıda aktarılan yasal düzenlemeden de anlaşılacağı üzere, Milli eğitim sisteminin amaçlarından biri de, başarının tespitinde adil ve objektif bir değerlendirme yaparak öğrencilerin daha başarılı olma yolunda motivasyonunun artırılmasıdır.

Dava konusu Yönetmelikte ise, başarı ile disiplin ve ahlak arasında sıkı bir ilişki olduğuna vurgu yapılmış ve okul öğrenci ödül ve disiplin kurulunun da görüşü alınarak mezuniyet puanı en yüksek olan öğrencinin öğretmenler kurulunca okul birincisi olarak tespit edileceği, ancak davranış puanı indirilmiş ve iade edilmemiş öğrencilerin okul birincisi olamayacağı düzenlenmişse de, disiplin ve ahlaktan daha ziyade başarıya endeksli olan okul , yükseköğretime girişte ek kontenjan ayrılarak ödüllendirilen başarı ile ilgili bir durumdur.

Öte yandan, davranış puanının iade edilmesine doğrudan, okul birincisinin belirlenmesine ise dolaylı etkisi bulunan okul öğrenci ödül ve disiplin kuruluna dava konusu düzenleme ile okul birincisinin belirlenmesi noktasında geniş bir yetki verildiği görülmüş olup, bu durum başarının ölçülmesinde objektif ölçme ve değerlendirme metotlarının önüne geçerek subjektif ve keyfi uygulamalara sebebiyet verebilecektir.

Bu durumda, Yönetmeliğin 64. maddesinin 1. fıkrasında yer alan “.. okul öğrenci ödül ve disiplin kurulunun da görüşü alınarak... ” ibaresi ile “.. öğrencilerle davranış puanı indirilmiş ve iade edilmemiş... ” ibareleri milli eğitim sisteminin amacına, ilkelerine ve hukuka uygun bulunmamaktadır.

Yönetmeliğin “Öğretmenlerin görev ve sorumlulukları” başlıklı 86. maddesinin 5. fıkrasının (ı) bendi yönünden;

1739 sayılı Milli Eğitim Temel Kanunu’nun maddesinin 43. maddesinde, Öğretmenlik, Devletin eğitim, öğretim ve bununla ilgili yönetim görevlerini

üzerine alan özel bir ihtisas mesleği olduğu, öğretmenler bu görevlerini Türk Milli Eğitiminin amaçlarına ve temel ilkelerine uygun olarak ifa etmekle yükümlü oldukları belirtilmiştir.

07.09.2013 gün ve 28758 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan Millî Eğitim Bakanlığı Ortaöğretim Kurumları Yönetmeliği’nin “ Öğretmelerin görev ve sorumlulukları ” başlıklı 86. Maddesinde, Öğretmenler görevlerini Türk milli eğitiminin genel amaçlarına ve temel ilkelerine uygun olarak ilgili mevzuat hükümleri doğrultusunda yapmakla yükümlü oldukları belirtildikten sonra, dava konusu edilen sonra, 5. maddesinde; Mesleki ve teknik eğitim alan öğretmenleri ayrıca, ... (i) fıkrasında, “Tam gün tam yıl eğitim kapsamındaki okullarda çalışma saatleri dışında, hafta sonu, yarıyıl ve yaz tatillerinde verilen görevleri de yaparlar.” kuralı yer almaktadır.

Eğitim ve öğretim hizmetlerinin daha etkin ve verimli bir şekilde yürütülebilmesi için öğretmenlere çalışma saatleri dışında görev verilebilmektedir. Bu durum, eğitim ve öğretim hizmetinin bir parçası olduğu gibi öğretmenlik mesleğinin gereği ve sonucudur. Diğer taraftan, dava konusu Yönetmelikle yürürlükten kaldırılan Mesleki ve Teknik Eğitim Yönetmeliğinde 264. maddesinde de, “ Tam gün tam yıl eğitim eğitim yapan kurumlarda çalışma saatleri dışında, hafta sonu, yarıyıl ve yaz tatillerinde verilen görevleri yaparlar ” ifadesi yer almakta olup dava konusu Yönetmelikte de aynı hüküm korunmuştur. Kaldı ki, bu Yönetmelik maddesi kapsamında görev alan öğretmenlere ek ders ücreti ödendiği de tabiidir.

Bu nedenle anılan düzenlemede eğitim ve öğretim ilkelerine ve amacına ve hukuka aykırılık bulunmamaktadır.

Yönetmeliğin “Koordinatör öğretmen görevlendirilmesi” başlıklı 88. maddesinin 2. fıkrasının (c) bendine ilişkin eksik düzenleme yönünden;

07.09.2013 gün ve 28758 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan Millî Eğitim Bakanlığı Ortaöğretim Kurumları Yönetmeliği’nin “Koordinatör öğretmen görevlendirilmesi” başlıklı 88. maddesinin 2. fıkrasının c) bendinde, İşletmelerde meslek eğitimi adı altında verilecek ek ders saati sayısı, bir alanda/dalda işletmeye öğrenci gönderilen sınıftaki/sınıflardaki işletmelerde eğitimi yapılan uygulamalı meslek dersleri toplam ders yükünü geçemez. ” düzenlemesi yer almakta iken, 13.09.2014 gün ve 29118 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan Millî Eğitim Bakanlığı Ortaöğretim Kurumları

Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmeliğin 39. maddesiyle bu ibare "c) İşletmelerde meslek eğitimi adı altında verilecek ek ders saati sayısı; Millî Eğitim Bakanlığı Yönetici ve Öğretmenlerinin Ders ve Ek Ders Saatlerine İlişkin Karar gereği ilgili alanın alan/bölüm, atölye ve laboratuvar şeflerinin ek ders görevinden sayılan planlama, bakım ve onarım ek ders saatleri toplamı ile işletmeye öğrenci gönderilen sınıftaki/sınıflardaki işletmelerde eğitimi yapılan uygulamalı meslek dersleri toplam ders yükünü geçemez." şeklinde değiştirilmiştir.

Bu durumda, dava açıldıktan sonra uyuşmazlık konusu maddede esaslı değişiklik yapılması nedeniyle bu aşamada Yönetmeliğin 88. maddesinin 2. fıkrasının (c) bendinin iptali istemi hakkında karar verilmesine yer olmadığı karar verilmesi gerektiği sonucuna varılmıştır.

Yönetmeliğin "Öğretmenlere nöbet görevi verilmesinin esasları" başlıklı 91. maddesi yönünden;

1739 sayılı Millî Eğitim Temel Kanunu'nun "Kanunun kapsamı" başlıklı 1. maddesinde, "Bu Kanun, Türk milli eğitiminin düzenlenmesinde esas olan amaç ve ilkeler, eğitim sisteminin genel yapısı, öğretmenlik mesleği, okul bina ve tesisleri, eğitim araç ve gereçleri ve Devletin eğitim ve öğretim alanındaki görev ve sorumluluğu ile ilgili temel hükümleri bir sistem bütünlüğü içinde kapsar." hükmü, 2. maddesinde de, Türk Millî Eğitiminin genel amacı belirtilmiş, 43. maddesinde, Öğretmenlik, Devletin eğitim, öğretim ve bununla ilgili yönetim görevlerini üzerine alan özel bir ihtisas mesleği olduğu, öğretmenler bu görevlerini Türk Millî Eğitiminin amaçlarına ve temel ilkelerine uygun olarak ifa etmekle yükümlü oldukları düzenlenmesine yer almıştır.

07.09.2013 gün ve 28758 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Millî Eğitim Bakanlığı Ortaöğretim Kurumları Yönetmeliği'nin "Öğretmenlere nöbet görevi verilmesinin esasları" başlıklı 91 maddesinin (1) fıkrasında, "Öğretmenler, nöbet görevini nöbet çizelgesine göre yerine getirirler. (2). fıkrasında, Nöbetlerde aşağıdaki esaslara uyulur: a) Öğretmenlere, dersinin en az bulunduğu gün veya günlerde nöbet görevi verilir. b) Birden fazla okulda ders görevi bulunan öğretmenlere kadrosunun bulunduğu okulda, kadrosunun bulunduğu okulda dersi yoksa en çok ders okuttuğu okulda nöbet görevi verilir. c) Nöbet görevi, ilk dersten 15 dakika önce başlar, son ders bitiminden 15 dakika sonra biter. İkili öğretimin yapıldığı okullarda öğretmenler, tek devrede nöbet tutarlar. ç) Bayan öğretmenlere, doğumuna üç ay kala ve doğumdan

sonra bir yıl nöbet görevi verilmez. d) İstekleri hâlinde hizmet yılı 20 yıldan fazla olan bayan öğretmenlerle 25 yıldan fazla olan erkek öğretmenler, nöbet görevinden muaf tutulabilirler. Ancak bu kapsamdaki öğretmen sayısının fazla olması nedeniyle nöbet görevinin aksaması durumunda bu öğretmenlere de nöbet görevi verilir. e) Nöbetlerde uyulması gereken esaslar öğretmenler kurulunda görüşülür ve okul yönetimince öğretmenlere yazılı olarak duyurulur. f) Nöbet görevine özürsüz olarak gelmeyen öğretmen hakkında derse özürsüz olarak gelmeyen öğretmen gibi işlem yapılır." hükmü yer almaktadır.

Eğitim ve öğretim hizmetlerinin etkin, verimli, sağlıklı ve güvenli bir şekilde yürütülmesini sağlamak amacıyla idareler tarafından bir takım önlemlerin alınması ve kuralların konulması gerektiği tabiidir.

Bu bağlamda, okullarda eğitim-öğretimin öğrenciler için gerek fiziki; gerekse duygusal gelişimine uygun olarak yürütülmesinde okul yöneticilerine ve öğretmenlere ciddi görevler düşmektedir. Bilhassa okul giriş ve çıkış saatlerinde, teneffüslerde ve öğle tatillerinde olacak olumsuzlukların önlenmesi nöbet hizmetlerinin amacına uygun olarak yürütülmesi ile mümkündür.

Nöbet görevi, eğitim ve öğretim hizmetinin bir parçası olduğu gibi eğitim ve öğretim hizmetlerin daha huzurlu bir ortamda yürütülmesi; okul düzeninin korunması; öğrencilerin denetimi ve gözetiminin sağlanması ve öğretmen-öğrenci ilişkilerinin geliştirilmesi amacıyla nöbet görevinin öğretmenler tarafından yerine getirilmesi kamu yararı ve hizmet gerekleri arasındadır. Diğer bir ifadeyle, okullarda sadece eğitim, sınıf içinde yapılmayıp teneffüslerde, koridorda, bahçede vb. yerlerde yapılan nöbet görevi de eğitim faaliyetinin ve öğretmenlik mesleğinin gereği ve sonucudur.

Bu durumda, öğretmenlerin ders yükü, ders saati, öğretmen kadrosu, öğretmenlerin özel durumları ve hizmet süreleri gibi bir takım kıstaslar göz önünde bulundurularak "Öğretmenlere nöbet görevi verilmesinin esasları" nı düzenleyen maddede hukuka aykırılık bulunmamaktadır.

Yönetmeliğin 99. maddesinin 2. fıkrası yönünden;

07.09.2013 gün ve 28758 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Millî Eğitim Bakanlığı Ortaöğretim Kurumları Yönetmeliği'nin "Hizmet odaları" başlıklı 99. maddesinin 2. fıkrasının ilk halinde/dava açıldığı tarihteki halinde; "Talep olması halinde ibadet ihtiyaçlarını karşılayacak uygun mekân ayrılabilir." düzenlemesi

yer almakta iken, 13.09.2014 gün ve 29118 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan Millî Eğitim Bakanlığı Ortaöğretim Kurumları Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmeliğin 42. maddesiyle bu ibare “Okulda, ibadet ihtiyacı için doğal aydınlatmalı uygun mekân ayrılır.” şeklinde değiştirilmiştir.

Bu durumda, dava açıldıktan sonra uyumsuzluk konusu maddede esaslı değişiklik yapılması nedeniyle bu aşamada Yönetmeliğin 99. maddesinin 2. fıkrasının iptali istemi hakkında karar verilmesine yer olmadığı karar verilmesi gerektiği sonucuna varılmıştır.

Açıklanan nedenlerle, Millî Eğitim Bakanlığı Ortaöğretim Kurumları Yönetmeliği’nin “İlkeler” başlıklı 5. maddesinin 1. fıkrasında “..Atatürk ilke ve inkılâplarını benimsemiş..” ibaresine yer verilmemesine ilişkin eksik düzenleme yönünden; “Kayıt şartları” başlıklı 21. maddesinin 4. fıkrasında yer alan “..öğrenci iken evlenenlerin okulla ilişiği kesilerek kayıtları e-Okul üzerinden Açık Öğretim Lisesine veya Mesleki Açık Öğretim Lisesine gönderilir” ibaresi yönünden; 64. maddesinin 1. fıkrasında yer alan “..okul öğrenci ödül ve disiplin kurulunun da görüşü alınarak.. ” ibaresi ile “..davranış puanı indirilmiş ve iade edilmemiş...” ibareleri yönünden iptaline; Yönetmeliğin “Yurtdışından gelen Türkiye Cumhuriyeti uyruklu öğrencilerin kayıt ve nakilleri” başlıklı 27. maddesinin 2. fıkrası yönünden; “Öğretmenlerin görev ve sorumlulukları” başlıklı 86. maddesinin 5. fıkrasının (ı) bendi yönünden; “Öğretmenlere nöbet görevi verilmesinin esasları” başlıklı 91. maddesi yönünden ise davanın reddine; Yönetmeliğin “Koordinatör öğretmen görevlendirilmesi” başlıklı 88. maddesinin 2. fıkrasının (c) bendine ilişkin eksik düzenleme yönünden ve 99. maddesinin 2. fıkrası yönünden ise, karar verilmesine yer olmadığına karar verilmesi gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Sekizinci ve İkinci Daireleri müşterek heyetince 2575 sayılı Danıştay Kanununun Ek-1. maddesi uyarınca birlikte yapılan toplantıda dosyadaki belgeler incelendikten sonra işin gereği görüldü:

Dava, 07/09/2013 gün ve 28758 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren Millî Eğitim Bakanlığı Ortaöğretim Kurumları Yönetmeliği’nin “İlkeler” başlıklı 5. maddesinin 1. fıkrasında “..Atatürk ilke ve inkılâplarını benimsemiş..” ibaresine yer verilmemesine ilişkin eksik düzenlemenin, “Kayıt şartları” başlıklı 21. maddesinin 4. fıkrasında yer alan “..öğrenci iken

evlenenlerin okulla ilişiği kesilerek kayıtları e-Okul üzerinden Açık Öğretim Lisesine veya Mesleki Açık Öğretim Lisesine gönderilir” ibaresinin, “Yurtdışından gelen Türkiye Cumhuriyeti uyruklu öğrencilerin kayıt ve nakilleri” başlıklı 27. maddesinin 2. fıkrasının, “Okul birincilerinin tespiti” başlıklı 64. maddesinin 1. fıkrasında yer alan “..okul öğrenci ve disiplin kurulunun da görüşü alınarak... ” ibaresi ile “..davranış puanı indirilmiş ve iade edilmemiş... ” ibaresinin, “Öğretmenlerin görev ve sorumlulukları” başlıklı 86. maddesinin 5. fıkrasının (ı) bendinin, “Koordinatör öğretmen görevlendirilmesi” başlıklı 88. maddesinin 2. fıkrasının (c) bendine ilişkin eksik düzenlemenin, “Öğretmenlere nöbet görevi verilmesinin esasları” başlıklı 91. maddesi ile “Hizmet odaları” başlıklı 99. maddesinin 2. fıkrasının iptali istemiyle açılmıştır.

07/09/2013 gün ve 28758 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren Millî Eğitim Bakanlığı Ortaöğretim Kurumları Yönetmeliği’nin “İlkeler” başlıklı 5. maddesinin 1. fıkrasında “..Atatürk ilke ve inkılaplarını benimsemiş...” ibaresine yer verilmemesine ilişkin eksik düzenleme iddiası yönünden yapılan inceleme:

Üye ...’in, davacı Eğitim ve Bilim İşğörenleri Sendikası’nın dava konusu işbu düzenleme açısından davayı açma ehliyeti bulunmadığı ve davanın bu madde açısından ehliyet yönünden reddi gerektiği yönündeki ayrışık oyuna karşılık, dava konusu düzenleme yönünden davacının dava açma ehliyetinin bulunduğuna oyçokluğu ile karar verilerek işin esasına geçildi:

Anayasa’nın “Eğitim ve öğrenim hakkı ve ödevi” başlıklı 42. maddesinde; kimsenin, eğitim ve öğrenim hakkından yoksun bırakılamayacağı, öğrenim hakkının kapsamının kanunla tespit edileceği ve düzenleneceği, eğitim ve öğretimin, Atatürk ilkeleri ve inkılapları doğrultusunda, çağdaş bilim ve eğitim esaslarına göre, Devletin gözetim ve denetimi altında yapılacağı, bu esaslara aykırı eğitim ve öğretim yerlerinin açılamayacağı; “Gençliğin Korunması” başlıklı 58. maddesinde ise; Devletin, istiklal ve Cumhuriyetimizin emanet edildiği gençlerin müsbet ilmin ışığında, Atatürk ilke ve inkılapları doğrultusunda ve Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü ortadan kaldırmayı amaç edinen görüşlere karşı yetişme ve gelişmelerini sağlayıcı tedbirleri alacağı hüküm altına alınmıştır.

1739 Sayılı Millî Eğitim Temel Kanunu’nun “Genel amaçlar” başlıklı 2. maddesinde; Türk Millî Eğitiminin genel amacının, Türk Milletinin bütün fertlerini Atatürk inkılap ve ilkelerine ve Anayasada ifadesini bulan Atatürk

milliyetçiliğine bağlı; Türk Milletinin milli, ahlaki, insani, manevi ve kültürel değerlerini benimseyen, koruyan ve geliştiren; ailesini, vatanını, milletini seven ve daima yüceltmeye çalışan, insan haklarına ve Anayasanın başlangıcındaki temel ilkelere dayanan demokratik, laik ve sosyal bir hukuk Devleti olan Türkiye Cumhuriyetine karşı görev ve sorumluluklarını bilen ve bunları davranış haline getirmiş yurttaşlar olarak yetiştirmek olduğu; “Atatürk İnkılap ve İlkeleri ve Atatürk Milliyetçiliği” başlıklı 10. maddesinde; eğitim sistemimizin her derece ve türü ile ilgili ders programlarının hazırlanıp uygulanmasında ve her türlü eğitim faaliyetlerinde Atatürk inkılap ve ilkeleri ve Anayasada ifadesini bulmuş olan Atatürk milliyetçiliğinin temel olarak alınacağı, milli ahlak ve milli kültürün bozulup yozlaşmadan kendimize has şekli ile evrensel kültür içinde korunup geliştirilmesine ve öğretilmesine önem verileceği belirtilmiştir.

07/09/2013 tarih ve 28758 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren Ortaöğretim Kurumları Yönetmeliği’nin “İlkeler” başlıklı 5. maddesinde; “Ortaöğretim kurumları işlevlerini Türk millî eğitiminin genel ve özel amaç ile temel ilkeleri doğrultusunda, evrensel hukuka, demokrasi ve insan haklarına uygun; öğrenci merkezli, aktif öğrenme ve demokratik kurum kültürü anlayışıyla yerine getirir.”; “Öğrencilerin uyacakları kurallar ve öğrencilerden beklenen davranışlar” başlıklı 157. maddesinde; “Öğrencilerin; Atatürk inkılâp ve ilkeleriyle, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, Türk milletinin millî, ahlâkî, manevi ve kültürel değerlerini benimseyen, koruyan ve geliştiren; ailesini, vatanını, milletini seven ve yücelten, insan haklarına saygılı, Cumhuriyetin demokratik, laik, sosyal ve hukuk devleti olması ilkelerine karşı görev ve sorumluluklarını bilen ve bunları davranış hâline getiren; beden, zihin, ahlâk, ruh ve duyu bakımından dengeli ve sağlıklı, gelişmiş bir kişiliğe, hür ve bilimsel düşünme gücüne, geniş bir dünya görüşüne sahip topluma karşı sorumluluk duyan, yapıcı, yaratıcı ve verimli kişiler olarak yetişmeleri için okul yönetimi, öğretmenler, rehberlik servisi, okul-aile birliği ve ilgili diğer paydaşlarla işbirliği yapması istenir.” hükmüne yer verilmiştir.

Yine aynı maddenin 2. fıkrasının (a) bendinde ise; öğrencilerden Atatürk inkılâp ve ilkelerine bağlı kalmaları ve bunları korumalarının bekleneceği hüküm altına alınmıştır.

Yukarıda yer alan Anayasal ve yasal düzenlemelerden anlaşılacağı üzere; her ne kadar Yönetmeliğin “İlkeler” başlıklı 5. maddesinde ortaöğretim kurumlarında verilen eğitim öğretimin amaçları arasında “Atatürk ilke ve inkılaplarını benimsemiş bireyler yetiştirmek” açıkça belirtilmemiş ise de;

ortaöğretim kurumlarının, işlevlerini Türk millî eğitiminin genel ve özel amaç ile temel ilkeleri doğrultusunda yerine getireceği hükmüne yer verilerek 1739 sayılı Milli Eğitim Temel Kanunu'nun "Genel amaçlar" başlıklı 2. maddesine ve "Millî Eğitimin Temel İlkeleri" başlıklı 2. bölümün altında yer alan "Atatürk İnkılap ve İlkeleri ve Atatürk Milliyetçiliği" başlıklı 10. maddesine atıf yapıldığı görülmektedir.

Bu durumda, yapılan söz konusu atıf dolayısıyla ortaöğretim kurumlarının amaçları arasında; Türk Milletinin bütün fertlerini Atatürk inkılap ve ilkelerine ve Anayasada ifadesini bulan Atatürk milliyetçiliğine bağlı yurttaşlar olarak yetiştirmenin; ortaöğretim kurumlarında yer alan her derece ve türde ders programlarının hazırlanıp uygulanmasında ve her türlü eğitim faaliyetlerinde Atatürk inkılap ve ilkeleri ve Anayasada ifadesini bulmuş olan Atatürk milliyetçiliğinin temel olarak alınacağı kabulü gerektiğinden dava konusu edilen maddede eksik düzenleme olmadığı görülmekte olup, davanın bu kısmının reddi gerekmektedir.

07/09/2013 gün ve 28758 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren Millî Eğitim Bakanlığı Ortaöğretim Kurumları Yönetmeliği'nin "Kayıt şartları" başlıklı 21. maddesinin 4. fıkrasında yer alan "...öğrenci iken evlenenlerin okulla ilişkisi kesilerek kayıtları e-Okul üzerinden Açık Öğretim Lisesine veya Mesleki Açık Öğretim Lisesine gönderilir" ibaresi yönünden yapılan inceleme:

Başkan ... ile Üyeler ... ve ...in, davacı Eğitim ve Bilim İşgörenleri Sendikası'nın dava konusu işbu düzenleme açısından davayı açma ehliyeti bulunmadığı ve bu madde açısından davanın ehliyet yönünden reddi gerektiği yönündeki ayrışık oylarına karşılık, dava konusu düzenleme yönünden davacının dava açma ehliyetinin bulunduğu oyu çoğunluğu ile karar verilerek işin esasına geçildi:

Anayasa'nın "Temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması" başlıklı 13. maddesine göre; temel hak ve hürriyetlerin, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabileceği, bu sınırlamaların, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağı; "Temel hak ve hürriyetlerin kötüye kullanılmaması" başlıklı 14. maddesinde; Anayasa hükümlerinden hiçbirinin Devlete veya kişilere, Anayasa ile tanınan temel hak ve hürriyetlerin yok edilmesini veya Anayasada

belirtildenden daha geniş şekilde sınırlandırılmasını amaçlayan bir faaliyette bulunmayı mümkün kılacak şekilde yorumlanamayacağı; “Temel hak ve hürriyetlerin kullanılmasının durdurulması” başlıklı 15. maddesinde de savaş, seferberlik (...) (1) veya olağanüstü hallerde, milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler ihlal edilmemek kaydıyla, durumun gerektirdiği ölçüde temel hak ve hürriyetlerin kullanılması kısmen veya tamamen durdurulabilir veya bunlar için Anayasada öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabileceği belirtilmiş olup; maddenin devamında ise temel hak ve hürriyetlerin kullanılmasının durdurulmasının istisnalarına yer verilmiştir.

Yine Anayasa'nın “Eğitim hakkı” başlıklı 42. maddesinde; “Kimse, eğitim ve öğrenim hakkından yoksun bırakılamaz. Öğrenim hakkının kapsamı kanunla tespit edilir ve düzenlenir. Eğitim ve öğretim, Atatürk ilkeleri ve inkılapları doğrultusunda, çağdaş bilim ve eğitim esaslarına göre, Devletin gözetim ve denetimi altında yapılır. Bu esaslara aykırı eğitim ve öğretim yerleri açılmaz. Eğitim ve öğretim hürriyeti, Anayasaya sadakat borcunu ortadan kaldırmaz. İlköğretim kız ve erkek bütün vatandaşlar için zorunludur ve Devlet okullarında parasızdır. Özel ilk ve orta dereceli okulların bağlı olduğu esaslar, Devlet okulları ile erişilmek istenen seviyeye uygun olarak, kanunla düzenlenir. (Ek fıkra: 9/2/2008-5735/2 md.; İptal: Anayasa Mahkemesinin 5/6/2008 tarihli ve E.: 2008/16, K.: 2008/116 sayılı Kararı ile.) Devlet, maddi imkanlardan yoksun başarılı öğrencilerin, öğrenimlerini sürdürebilmeleri amacı ile burslar ve başka yollarla gerekli yardımları yapar. Devlet, durumları sebebiyle özel eğitime ihtiyacı olanları topluma yararlı kılacak tedbirleri alır. Eğitim ve öğretim kurumlarında sadece eğitim, öğretim, araştırma ve inceleme ile ilgili faaliyetler yürütülür. Bu faaliyetler her ne suretle olursa olsun engellenemez. Türkçeden başka hiçbir dil, eğitim ve öğretim kurumlarında Türk vatandaşlarına ana dilleri olarak okutulamaz ve öğretilemez. Eğitim ve öğretim kurumlarında okutulacak yabancı diller ile yabancı dille eğitim ve öğretim yapan okulların tabi olacağı esaslar kanunla düzenlenir. Milletlerarası andlaşma hükümleri saklıdır.” hükmü yer almaktadır.

4721 Sayılı Medeni Kanun'un 124. maddesi uyarınca erkek veya kadın, onyediyasını doldurmadıkça evlenemez; ancak hâkim, olağanüstü durumlarda ve pek önemli bir sebeple onaltı yaşını doldurmuş olan erkek veya kadının evlenmesine izin verebilir ve olanak bulundukça karardan önce ana ve baba veya vasi dinlenir.

1739 sayılı Milli Eğitim Temel Kanunu'nun "Örgün ve yaygın eğitim" başlıklı 18. maddesine göre Türk milli eğitim sisteminin, örgün eğitim ve yaygın eğitim olmak üzere iki anabölümden kurulu olduğu ve örgün eğitimin, okul öncesi eğitimi, ilköğretim, ortaöğretim ve yükseköğretim kurumlarını; yaygın eğitimin ise örgün eğitim yanında veya dışında düzenlenen eğitim faaliyetlerinin tümünü kapsadığı belirtilmiştir.

07/09/2013 tarih ve 28758 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren Ortaöğretim Kurumları Yönetmeliği'nin "Kayıt şartları" başlıklı 21. maddesinde; "(1) Ortaöğretim kurumlarına kaydolmak için ortaokulu veya imam-hatip ortaokulunu bitirmiş ve öğretim yılının başlayacağı tarihte 18 yaşını bitirmemiş olma şartı aranır. Yaş şartını taşımayan öğrencilerin örgün ortaöğretim kurumlarına kayıtları yapılmaz. (Ek cümle:RG-26/03/2017-30019) (Değişik cümle:RG-01/09/2018-30522) Öğrenimine ara vermemiş olanlarda yaş şartı aranmaz. Ancak 22 yaşını tamamladığı eğitim ve öğretim yılının sonunda sorumluluk sınavlarına girerek okuldan mezun olabilecek durumda olanlar hariç olmak üzere okuldan mezun olamayanların ilişiği kesilerek açık ortaöğretim kurumlarına veya mesleki eğitim merkezine yönlendirilir. Ancak mesleki eğitim merkezine kayıt ve ilişik kesmeye ilişkin hususlarda bu fıkranın yaşla ilgili hükümleri uygulanmaz.

(...)

(4) (Değişik:RG-26/03/2017-30019) Evli olanların kayıtları yapılmaz, öğrenci iken evlenenlerin okulla ilişiği kesilerek kayıtları e-Okul üzerinden Açık Öğretim Lisesine, Mesleki Açık Öğretim Lisesine veya Açık Öğretim İmam Hatip Lisesine gönderilir. Ancak mesleki eğitim merkezi öğrencileri için bu fıkra hükmü uygulanmaz." düzenlemesi yer almaktadır.

Dava tarihi itibarıyla yürürlükte olan "Kayıt şartları" başlıklı 21. maddesinin 4. fıkrasında ise; evli olanların kayıtlarının yapılmayacağı, öğrenci iken evlenenlerin okulla ilişiği kesilerek kayıtlarının e-Okul üzerinden Açık Öğretim Lisesine veya Mesleki Açık Öğretim Lisesine gönderileceği düzenlenmiştir.

Her ne kadar davacı Sendika tarafından, 31/07/2009 tarih ve 27305 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Millî Eğitim Bakanlığı Ortaöğretim Kurumları Yönetmeliği'nin 28. maddesinin 4. fıkrasında evli olanların kaydının yapılamayacağı, öğrenci iken evlenenlerin kaydının silinerek okuldan ilişiğinin kesileceği hükmüne yer verildiği, bu düzenleme ile kesintisiz eğitimin

tamamlanmadan evliliğin önüne geçilmesinin amaçlandığı; ancak, yeni Yönetmelik hükmü ile özellikle geri kalmış bölgelerde yaygın olan evlilik baskısından “eğitim çağı” nedeniyle kurtulan öğrencilerin, aile baskısı ile evlendirilmelerinin önünün açıldığı, bu hüküm ile çocuk gelinlerin artacağı iddia edilmekte ise de; Anayasa’nın, temel hak ve hürriyetlerin, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasa’nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak Kanunla sınırlanabileceği ve Anayasa hükümlerinden hiçbirinin Devlete veya kişilere, Anayasayla tanınan temel hak ve hürriyetlerin yok edilmesini veya Anayasada belirtilenden daha geniş şekilde sınırlandırılmasını amaçlayan bir faaliyette bulunmayı mümkün kılacak şekilde yorumlanamayacağı hükümleri karşısında; temel hak ve özgürlükler kapsamında olan ve Anayasal hükümlerle korunan “eğitim hakkını” korumaya yönelik olarak getirilen dava konusu düzenlemede hukuka aykırılık bulunmadığı görülmekte olup; davanın bu kısmının reddi gerekmektedir.

07/09/2013 gün ve 28758 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren Millî Eğitim Bakanlığı Ortaöğretim Kurumları Yönetmeliği’nin “Yurtdışından gelen Türkiye Cumhuriyeti uyruklu öğrencilerin kayıt ve nakilleri” başlıklı 27. maddesinin 2. fıkrası yönünden yapılan inceleme:

Başkan ... ile Üyeler ... ve ...’in, davacı Eğitim ve Bilim İşgörenleri Sendikası’nın dava konusu işbu düzenleme açısından davayı açma ehliyeti bulunmadığı ve bu madde açısından davanın ehliyet yönünden reddi gerektiği yönündeki ayrışık oylarına karşılık, dava konusu düzenleme yönünden davacının dava açma ehliyetinin bulunduğuna oyçokluğu ile karar verilerek işin esasına geçildi:

Ortaöğretim Kurumları Yönetmeliği’nin “Yurtdışından gelen Türkiye Cumhuriyeti uyruklu öğrencilerin kayıt ve nakilleri” başlıklı 27. maddesinin 2. fıkrasının dava tarihi itibarıyla yürürlükte olan halinde; “Yurtdışında 8 inci sınıfı bitiren öğrenciler ile ortaöğretim kurumlarında asgari bir eğitim ve öğretim yılı öğrenim gören ve ortaöğretime yerleştirmeye esas puanla öğrenci alan okulların nakil şartlarını taşımayan öğrencilerin Anadolu, Anadolu imam-hatip veya Anadolu türü mesleki ve teknik liselere nakil ve geçişleri; denklik belgesine göre program uyumu dikkate alınarak okulların kontenjan durumu ve öğrencinin ikamet adreslerine uygun okullara öğrenci yerleştirme ve nakil komisyonu tarafından yapılır. Bu öğrencilerin nakli yapılan okuldan bir başka okula naklinde de bu fıkra hükümleri uygulanır.” hükmü yer almaktadır.

14/02/2018 tarih ve 30332 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren Milli Eğitim Bakanlığı Ortaöğretim Kurumları Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmeliğin 8. maddesiyle dava konusu düzenlemede değişiklik yapılarak; yurtdışında 8 inci sınıfı bitiren öğrenciler ile ortaöğretim kurumlarında asgari bir eğitim ve öğretim yılı öğrenim gören öğrencilerin kayıt ve nakillerinin; denklik belgelerine göre program uyumu dikkate alınarak ortaöğretim kayıt alanı içinde tercihe bağlı olarak öğrenci alan okullara dengeli bir şekilde yerleştirme ve nakil işlemlerinin, öğrenci yerleştirme ve nakil komisyonu tarafından yapılacağı ve bu öğrencilerin nakli yapılan okuldan bir başka okula naklinde de bu fıkra hükümlerinin uygulanacağı hüküm altına alınmıştır.

Dava konusu düzenlemede yapılan değişiklikten önce; yurtdışında ortaöğretim kurumlarında asgari bir eğitim ve öğretim yılı öğrenim gördükten sonra Anadolu, Anadolu imam-hatip veya Anadolu türü mesleki ve teknik liselere öğrencilerin nakil ve geçişleri, denklik belgesine göre program uyumu dikkate alınarak okulların kontenjan durumu ve öğrencinin ikamet adreslerine uygun olarak komisyon tarafından yapılabilecekken; yapılan değişiklik ile yurtdışında 8 inci sınıfı bitiren öğrenciler ile ortaöğretim kurumlarında asgari bir eğitim ve öğretim yılı öğrenim gören öğrencilerin nakil ve geçişleri; yerleştirme işlemleri kapsamında merkezi sınav puanı varsa merkezi sınavla öğrenci alan okullara tercihleri doğrultusunda, yoksa denklik belgelerine göre program uyumu dikkate alınarak ortaöğretim kayıt alanı içinde tercihe bağlı olarak öğrenci alan okullara komisyon tarafından yapılacaktır.

Bu durumda; dava tarihinde yürürlükte olan halinden farklı bir düzenleme getiren işbu dava konusu Yönetmelik maddesinin ilgili fıkrası hakkında karar verilmesine hukuken olanak bulunmadığından, bu fıkra açısından konusu kalmayan dava hakkında karar verilmesine yer olmadığına karar verilmesi gerekmektedir.

07/09/2013 gün ve 28758 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren Millî Eğitim Bakanlığı Ortaöğretim Kurumları Yönetmeliği’nin “Okul birincilerinin tespiti” başlıklı 64. maddesinin 1. fıkrasında yer alan “...okul öğrenci ve disiplin kurulunun da görüşü alınarak... ” ibaresi ile “..davranış puanı indirilmiş ve iade edilmemiş... ” ibaresi yönünden yapılan inceleme:

Başkan ... ile Üyeler ... ve ...'in, davacı Eğitim ve Bilim İşgörenleri Sendikası'nın dava konusu işbu düzenleme açısından davayı açma ehliyeti bulunmadığı ve bu madde açısından davanın ehliyet yönünden reddi gerektiği yönündeki ayrışık oylarına karşılık, dava konusu düzenleme yönünden davacının dava açma ehliyetinin bulunduğuna oyçokluğu ile karar verilerek işin esasına geçildi:

Ortaöğretim Kurumları Yönetmeliği'nin "Okul birincilerinin tespiti" başlıklı 64. maddesinin 1. fıkrasının dava tarihi itibarıyla yürürlükte olan halinde; "Ders kesiminde, okul öğrenci ödül ve disiplin kurulunun da görüşü alınarak mezuniyet puanı en yüksek olan öğrenci, öğretmenler kurulunca okul birincisi olarak tespit edilir. Bütün derslerden başarılı olmasına rağmen stajını tamamlamayan öğrencilerle davranış puanı indirilmiş ve iade edilmemiş öğrenciler okul birincisi olamaz." düzenlemesi yer almaktadır.

Dava konusu düzenlemede 01/09/2018 ve 30522 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren Milli Eğitim Bakanlığı Ortaöğretim Kurumları Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmeliğin 28. maddesiyle değişiklik yapılmış olup; yapılan değişiklikle, ders kesiminde, dört yıllık eğitim ve öğretim yılına ait mezuniyet puanı en yüksek olan öğrencinin öğretmenler kurulunca okul birincisi olarak belirleneceği; ancak, bütün derslerden başarılı olmasına rağmen stajını tamamlamayanların, mezun olduğu ders yılının tamamını bulunduğu okulda okumayan öğrencilerin okul birincisi olamayacağı hüküm altına alınmıştır.

Burada, davacı Sendika tarafından, "Okul birincilerinin tespiti" başlıklı 64. maddesinin 1. fıkrasında yer alan "...okul öğrenci ve disiplin kurulunun da görüşü alınarak..." ibaresi ile "...davranış puanı indirilmiş ve iade edilmemiş..." ibaresinin iptalinin istenildiği, davalı idarece yapılan 01/09/2018 tarihli değişiklik ile dava konusu edilen ibarelerin madde metninden çıkarıldığı görülmektedir.

Bu durumda, davalı idarece yapılan değişiklik ile davacı Sendika tarafından dava açmaktaki hukuki amacın ve menfaatin gerçekleştiği görüldüğünden, davanın bu kısmı hakkında karar verilmesine hukuken olanak bulunmadığından, bu ibareler açısından konusu kalmayan dava hakkında karar verilmesine yer olmadığına karar verilmesi gerekmektedir.

07/09/2013 gün ve 28758 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren Millî Eğitim Bakanlığı Ortaöğretim Kurumları Yönetmeliği’nin “Öğretmenlerin görev ve sorumlulukları” başlıklı 86. maddesinin 5. fıkrasının (ı) bendi yönünden yapılan inceleme:

“Öğretmenlerin görev ve sorumlulukları” başlıklı 86. maddesinin 5. fıkrasının (ı) bendi uyarınca; mesleki ve teknik eğitim alan öğretmenlerinin, ayrıca tam gün tam yıl eğitim kapsamındaki okullarda çalışma saatleri dışında, hafta sonu, yarıyıl ve yaz tatillerinde verilen görevleri de yapacakları belirtilmiştir.

Yine aynı Yönetmeliğin “Tam gün tam yıl eğitim” başlıklı 154. maddesinde; “(1) Bireylerin hayat boyu eğitim uygulamaları kapsamında şartları uygun olan okulların bina, tesis, araç-gereç, personel ve kapasitelerinden azamî derecede yararlandırılması esastır. Bu amaçla okullar hafta sonu, yarıyıl ve yaz tatilleri dâhil olmak üzere gerektiğinde 07.00-22.00 saatleri arasında yıl boyunca açık bulundurulur.”; “Tam gün tam yıl eğitim uygulaması kapsamına alınma” başlıklı 155. maddesinde;

“(1) Okul müdürlüğünce, çevrenin eğitim ihtiyacı, fiziki kapasite, öğrenci-kursiyer potansiyeli, çevre şartları, öğretmen durumu, araç-gereç ve donatım girdileriyle bu kapsamda yapılacak faaliyetin içeriği gibi hususlar dikkate alınarak, okulun tam gün tam yıl eğitim uygulaması kapsamına alınması isteği ders kesiminden eylül ayının son iş gününe kadar millî eğitim müdürlüğüne bildirilir.

(2) Okul müdürlüğünce hazırlanan etkinlik planının uygun bulunması hâlinde il millî eğitim müdürlüğünün teklifi üzerine valilik oluruyla tam gün tam yıl eğitim uygulaması kapsamına alınma kararı verilir.

(3) Okulun tam gün tam yıl eğitim uygulanması kapsamına alınması kararı planlanan faaliyetin fiilen yapıldığı sürece yürürlükte kalır.

(4) Uygulama kapsamında yapılacak etkinlikler her yıl okulun yıllık çalışma planında gösterilir.” hükmü yer almakta olup; “Tam gün tam yıl eğitim kapsamında yürütülecek faaliyetler” başlıklı 156. maddesinde tam gün tam yıl eğitim kapsamında; ders yılı süresince, hafta içi günlerde çalışma saatleri dışındaki sürelerle hafta sonu, yarı yıl ve yaz tatillerinde gerçekleştirilen eğitim ve öğretim hizmetlerinin, okullarda yapılan ikili öğretimin, açık öğretim programlarına kayıtlı öğrencilerin yüz yüze eğitim uygulamalarının, telafi eğitimi

ve tamamlayıcı eğitim uygulamalarının, okulda yapılan staj çalışmalarının, özel eğitim ihtiyacı olan bireyleri, üretici konuma getirmeye yönelik düzenlenen mesleki eğitimin, okul/kurumlarda açılan hayat boyu eğitime yönelik kurslarla her türdeki mesleki kursların, okul/kurumlarda yapılan usta öğreticilik/iş pedagojisi kursların, kamu ve özel kurum ve kuruluşlarıyla yapılan proje ve protokoller çerçevesinde yapılan yaygın eğitim faaliyetlerinin, programlarının özelliğine göre günlük çalışma saatleri dışında akşamları, hafta sonu, yarıyıl ve yaz tatilinde sürekli hizmet verilen alanlarda okul/kurumlarda yapılan eğitim ve öğretimin yapılacağı; yarıyıl ve yaz tatilinde işletmede yapılan mesleki eğitim ve staj çalışmalarının tam gün tam yıl eğitim kapsamında değerlendirilmeyeceği belirtilmiştir.

Millî Eğitim Bakanlığı Yönetici ve Öğretmenlerinin Ders ve Ek Ders Saatlerine İlişkin Karar'ın "Tanımlar" başlıklı 4. maddesinin (k) bendinde tam gün tam yıl eğitim; meslekî ve teknik örgün ve yaygın eğitim kurumlarının fizikî kapasitelerinden azamî derecede yararlanılması amacıyla hafta sonu, yarıyıl ve yaz tatilleri de dâhil olmak üzere 07.00-24.00 saatleri arasında fiilen yapılan eğitim ve öğretim olarak tanımlanmış olup; "Yetiştirme, okuma-yazma ve uyum kursları" başlıklı 8. maddesinde; bu Kararla belirlenen azamî ek ders görevi ve ek ders görevinden sayılan ders saatleri dışında olmak üzere; ders yılı içinde tam gün tam yıl eğitim yapılan meslekî ve teknik okul ve kurumlarda bu programlar kapsamında görevlendirilen yönetici ve öğretmenlere haftada 10 saate kadar; yarıyıl ve yaz tatillerinde ise; eğitim yapılan her derece ve türdeki örgün ve yaygın eğitim kurumlarında haftada 30 saate kadar ek ders görevi verilebileceği, yine bu madde kapsamında belirtilen eğitim faaliyetlerinde cumartesi ve pazar günleri ile yarıyıl ve yaz tatillerinde fiilen yerine getirilen ders görevleri, ek ders ücreti karşılığında verileceği düzenlenmiştir.

Burada, davacı Sendika tarafından meslek öğretmenlerine çalışma saatleri dışında ve tatillerde de görev verilmesine olanak sağlayan hükmün angarya yasağına aykırı olduğu, mobbing uygulamalarına zemin hazırlayacağı ve düzenlemenin kapsamının belirsiz olduğu iddia edilmekte ise de; Ortaöğretim Kurumları Yönetmeliği uyarınca mesleki ve teknik eğitim alan öğretmenlerine okullarda çalışma saatleri dışında, hafta sonu, yarıyıl ve yaz tatillerinde verilen görevlerin kapsamının neler olduğunun Yönetmeliğin 156. maddesinde ayrıntılı olarak düzenlendiği görülmektedir.

Öte yandan, mesleki ve teknik eğitim alan öğretmenlerinin ayrıca tam gün tam yıl eğitim kapsamındaki okullarda çalışma saatleri dışında, hafta sonu,

yarıyıl ve yaz tatillerinde verilen görevleri karşılığı olarak ödenecek ücretlere yönelik ayrıntılı düzenleme Millî Eğitim Bakanlığı Yönetici ve Öğretmenlerinin Ders ve Ek Ders Saatlerine İlişkin Kararda mevcuttur.

Bu durumda; "Öğretmenlerin görev ve sorumlulukları" başlıklı 86. maddesinin 5. fıkrasının (ı) bendi uyarınca; mesleki ve teknik eğitim alan öğretmenlerinin ayrıca tam gün tam yıl eğitim kapsamındaki okullarda çalışma saatleri dışında, hafta sonu, yarıyıl ve yaz tatillerinde verilen görevleri de yapacaklarına yönelik düzenlemede hukuka aykırılık bulunmamakta olup; davanın bu kısmının reddi gerekmektedir.

07/09/2013 gün ve 28758 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren Millî Eğitim Bakanlığı Ortaöğretim Kurumları Yönetmeliği'nin Koordinatör öğretmen görevlendirilmesi" başlıklı 88. maddesinin 2. fıkrasının (c) bendine ilişkin eksik düzenleme iddiası yönünden yapılan inceleme:

Yönetmeliğin Koordinatör öğretmen görevlendirilmesi" başlıklı 88. maddesinin 2. fıkrasının (c) bendinin dava tarihi itibarıyla yürürlükte olan halinde; "İşletmelerde meslek eğitimi adı altında verilecek ek ders saati sayısı, bir alanda/dalda işletmeye öğrenci gönderilen sınıftaki/sınıflardaki işletmelerde eğitimi yapılan uygulamalı meslek dersleri toplam ders yükünü geçemez." hükmü yer almaktadır.

Dava konusu düzenlemenin, 01/09/2018 tarih ve 30522 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren Milli Eğitim Bakanlığı Ortaöğretim Kurumları Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmeliğin 38. maddesiyle yürürlükten kaldırıldığı görülmektedir.

Bu itibarla; davaya konu Yönetmelik kuralının yürürlükten kaldırılması nedeniyle, karar tarihinde yürürlükte olmayan Yönetmelik maddesi hakkında karar verilmesine hukuken olanak bulunmadığından, konusu kalmayan dava hakkında karar verilmesine yer olmadığına karar verilmesi gerekmektedir.

07/09/2013 gün ve 28758 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren Millî Eğitim Bakanlığı Ortaöğretim Kurumları Yönetmeliği'nin "Öğretmenlere nöbet görevi verilmesinin esasları" başlıklı 91. maddesi yönünden yapılan inceleme:

1739 sayılı Kanun'un "Yürütme, gözetim ve denetim" başlıklı 56. maddesinde eğitim ve öğretim hizmetinin, bu kanun hükümlerine göre Devlet

adına yürütülmesinden, gözetim ve denetiminden Milli Eğitim Bakanlığı'nın sorumlu olduğu belirtilmiştir.

Ortaöğretim Kurumları Yönetmeliği'nin "Öğretmenlere nöbet görevi verilmesinin esasları" başlıklı 91. maddesinde; "(1) Öğretmenler, nöbet görevini nöbet çizelgesine göre yerine getirirler.

(2) Nöbetlerde aşağıdaki esaslara uyulur:

a) Öğretmenlere, dersinin en az bulunduğu gün veya günlerde nöbet görevi verilir.

b) Birden fazla okulda ders görevi bulunan öğretmenlere kadrosunun bulunduğu okulda, kadrosunun bulunduğu okulda dersi yoksa en çok ders okuttuğu okulda nöbet görevi verilir.

c) Nöbet görevi, ilk dersten 15 dakika önce başlar, son ders bitiminden 15 dakika sonra biter. İkili öğretimin yapıldığı okullarda öğretmenler, tek devrede nöbet tutarlar. (Ek cümle:RG-16/09/2017-30182) Taşımali eğitim kapsamında eğitim veren okullarda bu süre öğretmenler kurulu kararıyla 30 dakikaya kadar çıkarılabilir.

ç) (Değişik:RG-01/09/2018-30522) Hamile öğretmenlere, hamileliğin yirmi dördüncü haftasından itibaren ve doğumdan itibaren bir yıl süre ile nöbet görevi verilmez.

d) (Değişik:RG-28/10/2016-29871) İstekleri hâlinde hizmet yılı 20 yıldan fazla olan kadın öğretmenler, 25 yıldan fazla olan erkek öğretmenler nöbet görevinden muaf tutulabilirler. Ancak bu kapsamdaki öğretmen sayısının fazla olması nedeniyle nöbet görevinin aksaması durumunda bu öğretmenlere de nöbet görevi verilir.

e) Nöbetlerde uyulması gereken esaslar öğretmenler kurulunda görüşülür ve okul yönetimince öğretmenlere yazılı olarak duyurulur.

f) Nöbet görevine özürsüz olarak gelmeyen öğretmen hakkında derse özürsüz olarak gelmeyen öğretmen gibi işlem yapılır.

g) (Ek:RG-28/10/2016-29871) (Değişik:RG-01/09/2018-30522) Engelli öğretmenler ile engelli çocuğu bulunan öğretmenler nöbet görevinden muaf

tutulur. Ancak, engelli öğretmenler ile engelli çocuğu bulunan öğretmenlerden istekli olanların nöbetlerinin belirlenmesinde tercihlerine öncelik verilerek düzenleme yapılır.

ğ) (Ek:RG-28/10/2016-29871) (Değişik:RG-16/09/2017-30182) Özel eğitim sınıflarında görev yapan özel eğitim öğretmenleri nöbet görevinden muaf tutulur.

h) (Ek:RG-16/09/2017-30182) Nöbetçi öğretmen çeşitli nedenlerden dolayı öğretmeni bulunmayan sınıfın düzenini ve öğrencilerinin etüt çalışması yapmalarını sağlar." hükmü yer almaktadır.

Hukukumuzda, idarenin düzenleme yetkisi konu bakımından sınırlandırılmamıştır. İdareler bir kanuna dayanmak ve varsa düzenleyici işlemin bir üst normuna uygun olmak şartıyla düzenleme yapabilmektedir. Anayasanın 124 üncü maddesine göre ise yönetmelikler, kanunların ve tüzüklerin uygulanmasını sağlamak ve bunlara aykırı olmamak şartıyla çıkarılabilmektedir.

Ancak; idarelere takdir yetkisi tanınmakla birlikte, bu yetkinin sınırsız kullanımı da söz konusu değildir. İdareler; eşitlik, kamu yararı, hizmet gerekleri, hak ve nesafet ilkelerine göre takdir yetkisini kullanmakla yükümlüdürler.

Davacı Sendika tarafından, öğretmenlere yüklenen nöbet görevinin yasal dayanağının olmadığı, Milli Eğitim Bakanlığı'nın öğretmenlere nöbet görevi verme yetkisinin bulunmadığı ve Anayasa'nın "angarya yasaktır" ilkesine aykırı olduğu iddia edilerek Yönetmeliğin "Öğretmenlere nöbet görevi verilmesinin esasları" başlıklı 91. maddesinin iptali istenilmekte olup; davalı idarece öğretmenlerin okulda yürüttükleri nöbet görevinin, eğitim öğretim faaliyetinin ayrılmaz bir parçası olduğu savunulmaktadır.

Dava konusu edilen Yönetmeliğin, öğretmenlere nöbet görevi verilmesinin esaslarını düzenleyen 91. maddesiyle; 1739 sayılı Milli Eğitim Temel Kanunu'nun 56. maddesinde belirtilen eğitim öğretim hizmetinin yürütülmesi, gözetim ve denetim görevi çerçevesinde, Milli Eğitim Bakanlığı'na bağlı tüm ortaöğretim kurumlarındaki eğitim ve öğretimin kalitesinin artırılması, öğrencilerin ders saatleri dışında denetim ve gözetiminin sağlanması ve bu suretle öğrencilerin güvenliğinin sağlanmasının amaçlandığı anlaşılmakta olup, bu hali ile söz konusu maddede kamu yararı ve hizmet gerekleri açısından hukuka ve mevzuata bir aykırılık bulunmadığı sonucuna ulaşılmıştır.

Bu durumda; kamu yararı ile hizmet gereklerine ve üst norm hükümlerine uygun olan dava konusu düzenleme yönünden davanın reddi gerekmektedir.

07/09/2013 gün ve 28758 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren Millî Eğitim Bakanlığı Ortaöğretim Kurumları Yönetmeliği’nin “Hizmet odaları” başlıklı 99. maddesinin 2. fıkrası yönünden yapılan inceleme:

Başkan ... ile Üyeler ... ve ...’in, davacı Eğitim ve Bilim İşgörenleri Sendikası’nın dava konusu işbu düzenleme açısından davayı açma ehliyeti bulunmadığı ve bu madde açısından davanın ehliyet yönünden reddi gerektiği yönündeki ayrışık oyunlarına karşılık, dava konusu düzenleme yönünden davacının dava açma ehliyetinin bulunduğuna oyçokluğu ile karar verilerek işin esasına geçildi:

Anayasa’nın “Temel hak ve hürriyetlerin kötüye kullanılmaması” başlıklı 14. maddesinde; “Anayasada yer alan hak ve hürriyetlerden hiçbirisi, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmayı ve insan haklarına dayanan demokratik ve lâik Cumhuriyeti ortadan kaldırmayı amaçlayan faaliyetler biçiminde kullanılamaz. Anayasa hükümlerinden hiçbirisi, Devlete veya kişilere, Anayasayla tanınan temel hak ve hürriyetlerin yok edilmesini veya Anayasada belirtilenden daha geniş şekilde sınırlandırılmasını amaçlayan bir faaliyette bulunmayı mümkün kılacak şekilde yorumlanamaz”; “Din ve vicdan hürriyeti ” başlıklı 42. maddesinde; “Herkes, vicdan, dini inanç ve kanaat hürriyetine sahiptir. 14 üncü madde hükümlerine aykırı olmamak şartıyla ibadet, dini ayin ve törenler serbesttir. Kimse, ibadete, dini ayin ve törenlere katılmaya, dini inanç ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz; dini inanç ve kanaatlerinden dolayı kınanamaz ve suçlanamaz. Din ve ahlak eğitimi ve öğretimi Devletin gözetim ve denetimi altında yapılır. Din kültürü ve ahlak öğretimi ilk ve ortaöğretim kurumlarında okutulan zorunlu dersler arasında yer alır. Bunun dışındaki din eğitim ve öğretimi ancak, kişilerin kendi isteğine, küçüklerin de kanuni temsilcisinin talebine bağlıdır. Kimse, Devletin sosyal, ekonomik, siyasi veya hukuki temel düzenini kısmen de olsa, din kurallarına dayandırma veya siyasi veya kişisel çıkar yahut nüfuz sağlama amacıyla her ne suretle olursa olsun dini veya din duygularını yahut dince kutsal sayılan şeyleri istismar edemez ve kötüye kullanamaz.” hükmü yer almaktadır.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin “Düşünce, vicdan ve din özgürlüğü” başlıklı 9. maddesinde; “1. Herkes düşünce, vicdan ve din özgürlüğüne

sahiptir; bu hak, din veya inanç değiştirme özgürlüğü ile tek başına veya topluca, kamuya açık veya kapalı ibadet, öğretim, uygulama ve ayin yapmak suretiyle dinini veya inancını açıklama özgürlüğünü de içerir.

2. Din veya inancını açıklama özgürlüğü, sadece yasayla öngörülen ve demokratik bir toplumda kamu güvenliğinin, kamu düzeninin, genel sağlık veya ahlakın ya da başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli sınırlamalara tabi tutulabilir.” düzenlemesi yer almaktadır.

Ortaöğretim Kurumları Yönetmeliği’nin dava tarihi itibariyle yürürlükte olan haliyle “Hizmet odaları” başlıklı 99. maddesinin 2. fıkrasında, talep olması halinde ibadet ihtiyaçlarını karşılayacak uygun mekân ayrılabilceği belirtilmişken; 13/09/2014 tarih ve 29118 ve sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren Milli Eğitim Bakanlığı Ortaöğretim Kurumları Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmeliğin 42. maddesiyle dava konusu düzenleme; “Okulda, ibadet ihtiyaçı için doğal aydınlatmalı uygun mekân ayrılır.” şeklinde değiştirilmiştir.

Yukarıda yer alan ulusal mevzuat ve uluslararası sözleşme hükümleri uyarınca dava konusu edilen düzenlemede hukuka aykırılık bulunmadığından, davanın bu kısmının reddi gerekmektedir.

Açıklanan nedenlerle;

1- 07/09/2013 gün ve 28758 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren Millî Eğitim Bakanlığı Ortaöğretim Kurumları Yönetmeliği’nin “İlkeler” başlıklı 5. maddesinin 1. fıkrasında “..Atatürk ilke ve inkılâplarını benimsemiş..” ibaresine yer verilmemesine ilişkin eksik düzenlemenin, “Kayıt şartları” başlıklı 21. maddesinin 4. fıkrasında yer alan “.. öğrenci iken evlenenlerin okulla ilişiği kesilerek kayıtları e-Okul üzerinden Açık Öğretim Lisesine veya Mesleki Açık Öğretim Lisesine gönderilir” ibaresinin, “Öğretmenlerin görev ve sorumlulukları” başlıklı 86. maddesinin 5. fıkrasının (i) bendinin, “Öğretmenlere nöbet görevi verilmesinin esasları” başlıklı 91. maddesi ile “Hizmet odaları” başlıklı 99. maddesinin 2. fıkrasının iptali istemi yönünden **davanın reddine,**

2- Dava konusu Yönetmeliğin “Yurtdışından gelen Türkiye Cumhuriyeti uyruklu öğrencilerin kayıt ve nakilleri” başlıklı 27. maddesinin 2. fıkrasının, “Okul birincilerinin tespiti” başlıklı 64. maddesinin 1. fıkrasında yer alan “.. okul öğrenci ve disiplin kurulunun da görüşü alınarak...” ibaresi ile “..davranış

puanı indirilmiş ve iade edilmemiş... " ibaresinin, eksik düzenleme nedeniyle "Koordinatör öğretmen görevlendirilmesi" başlıklı 88. maddesinin 2. fıkrasının (c) bendinin iptali istemi yönünden **karar verilmesine yer olmadığına,**

3- Dava kısmen karar verilmesine yer olmadığına, kısmen de retle sonuçlandırıldığından aşağıda dökümü gösterilen 310,95TL yargılama giderlerinin yarısı olan 155,48 TL'nin ve karar verildiği tarihte yürürlükte olan Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi uyarınca 1.980,00TL vekalet ücretinin davalı idareden alınarak davacıya verilmesine, yargılama giderinin diğer yarısı olan 155,48 TL'nin davacı üzerinde bırakılmasına, Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi uyarınca 1.980,00TL vekalet ücretinin davacıdan alınarak davalı idareye verilmesine, kullanılmayan posta avansının kararın kesinleşmesinden sonra istemi halinde davacıya iadesine,

4- Bu kararın tebliğ tarihini izleyen 30 (otuz) gün içerisinde Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'na temyiz yolu açık olmak üzere, 12/11/2018 tarihinde, dava konusu Yönetmeliğin "İlkeler" başlıklı 5. maddesinin 1. fıkrasında "... Atatürk ilke ve inkılâplarını benimsemiş..." ibaresine yer verilmemesine ilişkin eksik düzenleme ve "Hizmet odaları" başlıklı 99. maddesinin 2. fıkrasının iptali istemi yönünden oyçokluğuyla, diğer istemler yönünden oybirliğiyle karar verildi.

(X) KARŞI OY:

1739 sayılı Milli Eğitim Temel Kanunu'nun "Genel amaçlar" başlıklı 2. maddesinde; Türk Milli Eğitiminin genel amaçlarının, Türk Milletinin bütün fertlerini, Atatürk inkılâp ve ilkelerine ve Anayasada ifadesini bulan Atatürk milliyetçiliğine bağlı; Türk Milletinin milli, ahlaki, insani, manevi ve kültürel değerlerini benimseyen, koruyan ve geliştiren; ailesini, vatanını, milletini seven ve daima yüceltmeye çalışan, insan haklarına ve Anayasanın başlangıcındaki temel ilkelere dayanan demokratik, laik ve sosyal bir hukuk Devleti olan Türkiye Cumhuriyetine karşı görev ve sorumluluklarını bilen ve bunları davranış haline getirmiş yurttaşlar olarak yetiştirmek; beden, zihin, ahlak, ruh ve duygu bakımlarından dengeli ve sağlıklı şekilde gelişmiş bir kişiliğe ve karaktere, hür ve bilimsel düşünme gücüne, geniş bir dünya görüşüne sahip, insan haklarına saygılı, kişilik ve teşebbüse değer veren, topluma karşı sorumluluk duyan; yapıcı, yaratıcı ve verimli kişiler olarak yetiştirmek; ilgi, istidat ve kabiliyetlerini geliştirerek gerekli bilgi, beceri, davranışlar ve birlikte iş görme alışkanlığı

kazandırmak suretiyle hayata hazırlamak ve onların, kendilerini mutlu kılacak ve toplumun mutluluğuna katkıda bulunacak bir meslek sahibi olmalarını sağlamak; böylece bir yandan Türk vatandaşlarının ve Türk toplumunun refah ve mutluluğunu artırmak; öte yandan milli birlik ve bütünlük içinde iktisadi, sosyal ve kültürel kalkınmayı desteklemek ve hızlandırmak ve nihayet Türk Milletini çağdaş uygarlığın yapıcı, yaratıcı, seçkin bir ortağı yapmak olduğu hükme bağlanmıştır.

Anılan Kanuna dayanılarak hazırlanan ve 07/09/2013 günlü, 28758 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren Millî Eğitim Bakanlığı Ortaöğretim Kurumları Yönetmeliği’nin “İlkeler” başlıklı 5. maddesinde ise; ortaöğretim kurumlarının, işlevlerini, Türk millî eğitiminin genel ve özel amaç ile temel ilkeleri doğrultusunda, evrensel hukuka, demokrasi ve insan haklarına uygun; öğrenci merkezli, aktif öğrenme ve demokratik kurum kültürü anlayışıyla yerine getireceği düzenlenmiştir.

Davacı Sendika tarafından; “...Atatürk ilke ve inkılaplarını benimsemiş...” ibaresi Kanunda yer almasına karşın, dava konusu Yönetmelikte bu ibareye yer verilmemesinin, Anayasaya ve 1739 sayılı Kanun’a aykırı olduğu iddiasıyla eksik düzenlemenin iptali istenilmiştir.

Dava konusu bu hükümde, “demokrasi” ve “insan hakları” gibi 1739 sayılı Kanun’da yer verilen bazı amaç ve ilkelere yer verilmesine karşın, önemine binaen Anayasanın başlangıç hükümlerinde zikredilen ve Türk Millî Eğitim sisteminin en temel amaçlarından olan “Atatürk ilke ve inkılaplarını benimsemiş öğrenciler yetiştirme” ibaresine yer verilmemesi, yasal ve Anayasal düzenlemelere aykırılık teşkil etmektedir.

Öte yandan, dava konusu Yönetmelikle yürürlükten kaldırılan (mülga) 31/07/2009 günlü, 27305 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan Millî Eğitim Bakanlığı Ortaöğretim Kurumları Yönetmeliği’nin “İlkeler” başlıklı 5. maddesinde “Atatürk ilke ve inkılaplarını benimsemiş” ibaresine yer verilmiş olması da, yukarıda yapılan açıklamaların haklılığını ortaya koyar niteliktedir.

Açıklanan nedenle, dava konusu Yönetmeliğin 5. maddesinin (1). fıkrasında “...Atatürk ilke ve inkılaplarını benimsemiş...” ibaresine yer verilmemesi suretiyle oluşan eksik düzenlemenin iptali gerektiği görüşü ile çoğunluk kararının bu kısmına katılmıyoruz.

(XX) KARŞI OY:

07/09/2013 gün ve 28758 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan Millî Eğitim Bakanlığı Ortaöğretim Kurumları Yönetmeliği’nin “Hizmet odaları” başlıklı 99. maddesinin 2. fıkrasının dava tarihi itibarıyla yürürlükte olan halinde; “Talep olması halinde ibadet ihtiyaçlarını karşılayacak uygun mekân ayrılabilir.” düzenlemesi yer almakta iken, 13/09/2014 gün ve 29118 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan Millî Eğitim Bakanlığı Ortaöğretim Kurumları Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmeliğin 42. maddesiyle bu düzenleme, “Okulda, ibadet ihtiyacı için doğal aydınlatmalı uygun mekân ayrılır.” şeklinde değiştirilmiştir.

Bu durumda, dava tarihi itibarıyla yürürlükte olan halinden farklı bir şekilde yeniden düzenlenmiş olan işbu davaya konu Yönetmelik maddesinin ilgili fıkrası hakkında karar verilmesine yer bulunmadığından, bu fıkra hükmü açısından konusu kalmayan dava hakkında karar verilmesine yer olmadığına karar verilmesi gerektiği görüşüyle çoğunluk karara katılmıyorum.

(XXX) KARŞI OY:

07/09/2013 gün ve 28758 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan Millî Eğitim Bakanlığı Ortaöğretim Kurumları Yönetmeliği’nin “Hizmet odaları” başlıklı 99. maddesinin 2. fıkrasının ilk halinde/dava açıldığı tarihteki halinde; “Talep olması halinde ibadet ihtiyaçlarını karşılayacak uygun mekân ayrılabilir.” düzenlemesi yer almakta iken, 13/09/2014 gün ve 29118 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan Millî Eğitim Bakanlığı Ortaöğretim Kurumları Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmeliğin 42. maddesiyle bu ibare “Okulda, ibadet ihtiyacı için doğal aydınlatmalı uygun mekân ayrılır.” şeklinde değiştirilmiştir.

Anayasa’nın başlangıç bölümünde; “Hiçbir faaliyetin Türk milli menfaatlerinin, Türk varlığının, Devleti ve ülkesiyle bölünmezliği esasının, Türklüğün tarihi ve manevi değerlerinin, Atatürk milliyetçiliği, ilke ve inkılapları ve medeniyetçiliğinin karşısında korunma göremeyeceği ve laiklik ilkesinin gereği olarak kutsal din duygularının, Devlet işlerine ve politikaya kesinlikle karıştırılmayacağı” ifadesine yer verilmiştir.

Anayasa’nın “Cumhuriyetin nitelikleri” başlıklı 2. maddesinde; “Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen

temel ilkelere dayanan, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk Devletidir.” düzenlemesine; “ Din ve Vicdan Hürriyeti” başlıklı 24 maddesinde ise; “Herkes, vicdan, dini inanç ve kanaat hürriyetine sahiptir.

14 üncü madde hükümlerine aykırı olmamak şartıyla ibadet, dini ayin ve törenler serbesttir.

Kimse, ibadete, dini ayin ve törenlere katılmaya, dini inanç ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz; dini inanç ve kanaatlerinden dolayı kınanamaz ve suçlanamaz. Din ve ahlak eğitim ve öğretimi Devletin gözetim ve denetimi altında yapılır. Din kültürü ve ahlak öğretimi ilk ve ortaöğretim kurumlarında okutulan zorunlu dersler arasında yer alır. Bunun dışındaki din eğitim ve öğretimi ancak, kişilerin kendi isteğine, küçüklerin de kanuni temsilcisinin talebine bağlıdır.

Kimse, Devletin sosyal, ekonomik, siyasi veya hukuki temel düzenini kısmen de olsa, din kurallarına dayandırma veya siyasi veya kişisel çıkar yahut nüfuz sağlama amacıyla her ne suretle olursa olsun dini veya din duygularını yahut dince kutsal sayılan şeyleri istismar edemez ve kötüye kullanamaz. “ hükümlerine yer verilmiştir.

Yine Anayasa'nın 42. maddesinin 8. fıkrasında “eğitim ve öğretim kurumlarında sadece eğitim, öğretim, araştırma ve inceleme ile ilgili faaliyetler yürütülür” hükmü yer almıştır.

24/6/1973 tarih ve 14574 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 1739 sayılı Milli Eğitimin Temel Kanunu'nun “Milli Eğitimin Temel Nitelikleri” başlıklı ikinci bölümünün “Genellik ve eşitlik” eşitlik başlıklı 4. maddesinde “Eğitim kurumları dil, ırk, cinsiyet, engellilik ve din ayırımı gözetilmeksizin herkese açıktır. Eğitimde hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz.” hükmüne yer verilmiş olup; “Laiklik” başlıklı 12. maddesinin birinci cümlesinde Türk Milli Eğitim’inde laikliğin esas olduğu ifade edilmiştir.

Dava konusu Yönetmeliğin “Hizmet odaları” başlıklı 99. maddesinin 2. fıkrasında yer alan; “Okulda, ibadet ihtiyacı için doğal aydınlatmalı uygun mekân ayrılır.” ifadesiyle eğitim kurumlarında eğitim- öğretim faaliyeti dışında dini ibadet faaliyetine imkan tanıyan bir kural getirilmesi, “eğitim ve öğretim kurumlarında sadece eğitim, öğretim, araştırma ve inceleme ile ilgili faaliyetler yürütülür” şeklindeki Anayasa'nın 42. maddesine aykırılık oluşturmaktadır.

Öte yandan, hem Anayasa'da hem de 1739 sayılı Milli Eğitim Temel Kanunu'nda laiklik esas alınarak çağdaş bilim ve eğitim esaslarına göre bilim ve fenne dayalı evrensel bir eğitim esas alındığı halde ister çalışanların ister öğrencilerin ibadeti için gerekli bir koşulun, eğitim, öğretim kurumunda açılmasında elzem bir şart haline getirilmesi, laik eğitim ilkesine aykırı olduğu gibi olması muhtemelde olsa gruplaşmalara ve ayrımcılığa yol açabilecek niteliği itibarıyla milli eğitimin amaçlarına uygun olmadığı görüşüyle dava konusu düzenlemenin iptal edilmesi gerektiği oyuyla çoğunluk karara katılmıyorum.

DANIŞTAY İDARİ DAVA DAİRELERİ KURULU

E. 2016/3051

K. 2018/4817

Temyiz Eden (Davacı) : Eğitim ve Bilim Emekçileri Sendikası

Vekili :

Karşı Taraf (Davalılar) : 1- İçişleri Bakanlığı- ANKARA

Vekili :

2- Milli Eğitim Bakanlığı

Vekili :

3- Ankara Valiliği- ANKARA

İstemin Özeti : Danıştay Onuncu ve Sekizinci Daireleri Müşterek Kurulu'nun 11/11/2015 günlü, E:2011/9509, K:2015/4848 sayılı kararının temyizden incelenerek bozulması, davacı tarafından istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : Davalı idarelerden İçişleri Bakanlığı ve Milli Eğitim Bakanlığı tarafından Danıştay Onuncu Dairesi'nce verilen kararın usul ve hukuka uygun bulunduğu ve temyiz dilekçesinde öne sürülen nedenlerin, kararın bozulmasını gerektirecek nitelikte olmadığı belirtilerek temyiz isteminin reddi gerektiği hakkında savunma verilmiş olup, Ankara Valiliği tarafından savunma verilmemiştir.

Danıştay Tetkik Hakimi :

Düşüncesi : Temyiz isteminin reddi ile Daire kararının onanması gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunca dosya incelendi, gereği görüldü:

Dava; Milli Eğitim Bakanlığı ile İçişleri Bakanlığı arasında 20/09/2007 tarihinde imzalanan Okullarda Güvenli Ortamın Sağlanmasına Yönelik Koruyucu ve Önleyici Tedbirlerin Arttırılmasına İlişkin İşbirliği Protokolü' nün 5.1. maddesinin (f) bendi ile bu protokole dayalı olarak, Ankara İli genelinde 'okul polisi' uygulamasının usul ve esaslarını göstermek amacıyla Ankara Valiliği İl Milli Eğitim Müdürlüğü ve İl Emniyet Müdürlüğü arasında 11/09/2009 tarihinde imzalanan işbirliği protokolünün iptali istemiyle açılmıştır.

Danıştay Onuncu ve Sekizinci Daireleri Müşterek Kurulu'nun 11/11/2015 günü, E:2011/9509, K:2015/4848 sayılı kararıyla; 04/07/2006 günü, 26218 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 2006/17 sayılı "Çocuk ve Kadınlara Yönelik Şiddet Hareketleriyle Töre ve Namus Cinayetlerinin Önlenmesi İçin Alınacak Tedbirler" konulu Başbakanlık Genelgesinde, çocuga yönelik şiddetle ilgili yasaların ve çocuk hakları sözleşmesinin okullarda öğretilmesi ve okullardaki şiddeti ortadan kaldırmak için çok yönlü çalışmaların başlatılması gerektiğinin belirtildiği, yine bu konuya ilişkin Türkiye Büyük Millet Meclisi Araştırma Komisyonunun 10/337,343,356,357 numaralı komisyon raporunda; çocukların okul çevresinde kendilerini güvenli hissetmeleri için uygun düzenlemelerin yapılması, çocuk ve gençlerin yaşama alanlarında güvenli hislerini geliştirmek için kolluk kuvvetlerinin aile ile işbirliği içinde çalışma yapılması, kolluk kuvvetlerinin, çocuk ve gençler konusunda eğitimlerinin artırılması hususunda çözüm önerileri getirildiği; Milli Eğitim Bakanlığı ile İçişleri Bakanlığı arasında 20/09/2007 tarihinde imzalanan Okullarda Güvenli Ortamın Sağlanmasına Yönelik Koruyucu ve Önleyici Tedbirlerin Arttırılmasına İlişkin İşbirliği Protokolünün 1. maddesinde, güvenli eğitim ortamlarının oluşturulması, muhtemel şiddet olaylarının önlenmesi için ilgili tarafların işbirliği ve koordinasyonunda, mevcut güvenlik durumunun belirlenerek koruyucu ve önleyici güvenlik tedbirlerinin artırılmasının amaçlandığı; iptali istenilen 5.1. maddesinin (f) bendinde; *"okullarda meydana gelebilecek olay ve kriz durumlarında müdahale amacıyla ekipler oluşturulacak ve bu kapsamda okul irtibat görevlileri krize müdahale ekipleri ile ihtiyaç duyulacak diğer kişilere eğitimler verilecektir."* kuralına yer verildiği; ana protokolde İçişleri Bakanlığının (kolluk kuvvetlerinin) yükümlülüklerinin; güvenli eğitim ortamlarının oluşturulması, muhtemel şiddet olaylarının önlenmesi için tarafların işbirliğiyle mevcut güvenlik durumunun belirlenerek koruyucu ve önleyici güvenlik tedbirlerinin artırılması amacıyla, okul giriş çıkış saatlerinde

asayiş ve trafik denetimleri, okul çevresinin güvenliği, okul servislerinin denetimi, suç şiddet, madde bağımlılığı, zararlı alışkanlıkların denetimi amacıyla yakın çevrede denetim, okul çevresinde müstehcen yayınların denetimi, okul önü ve çevresinde kesici delici patlayıcı ürünlerin satılmasının denetimi, yasadışı örgüt ve ideolojik faaliyetlerin denetimi ve bu kapsamda görev yapacak polislerin eğitimi olarak belirtildiği; Ankara Valiliği İl Millî Eğitim Müdürlüğü ve İl Emniyet Müdürlüğü arasında 11/09/2009 tarihinde imzalanan işbirliği protokolünde ise; ana protokoldeki amaçlar doğrultusunda yapılacak çalışmalara ve okul polisi projesine yer verildiği, proje kapsamında tarafların yükümlülüklerinin düzenlendiği; ayrıca Ankara Emniyet Müdürlüğü'nün yükümlülükleri arasında, okulda görev yapacak polislerin okul bahçesi ve okul binası içindeki olaylar karşısında okul müdürünün koordinesinde, işbirliğiyle hareket edeceğinin belirtildiği; dava konusu protokolün, görev yapacak polis memurlarının eğitim kurumlarında sürekli beklemesi sonucunu doğurmadığı gibi, yürütülecek çalışmaların okul yönetimi ile işbirliğiyle gerçekleştirileceği, bu kapsamda verilecek hizmetin etkinliğinin artırılması için emniyet bünyesinde çocuk şube müdürlükleri oluşturulduğu; buna göre, çocukların sağlıklı gelişimlerinin sağlanması, güvenli eğitim ortamlarında yetiştirilmesi, güvenli eğitim ortamlarının oluşturulması ve muhtemel şiddet olaylarının önlenmesi amaçları doğrultusunda, eğitilmiş personel ile okul çevresinde alınacak önlemleri düzenleyen dava konusu işbirliği protokollerinde, Anayasa ve Türkiye'nin onay ve katılma yoluyla taraf olduğu Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesinde yer alan hükümler de gözönüne alındığında hukuka ve kamu yararına aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

Davacı, anılan kararı temyiz etmekte ve bozulmasını istemektedir.

Temyiz edilen kararla ilgili dosyanın incelenmesinden; Danıştay Onuncu ve Sekizinci Daireleri Müşterek Kurulunca verilen kararın usul ve hukuka uygun bulunduğu, dilekçede ileri sürülen temyiz nedenlerinin kararın bozulmasını gerektirecek nitelikte olmadığı anlaşıldığından, davacının temyiz isteminin reddine, Danıştay Onuncu ve Sekizinci Daireleri Müşterek Kurulunun 11/11/2015 günlü, E:2011/9509, K:2015/4848 sayılı kararının ONANMASINA, kararın tebliğ tarihini izleyen 15 (onbeş) gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 15/11/2018 gününde oybirliği ile karar verildi.

DANIŞTAY 8. DAİRE

E. 2019/9234

DAVACI VE YÜRÜTMENİN DURDURULMASI İSTEYEN :

VEKİLİ :

DAVALI : Milli Eğitim Bakanlığı

VEKİLİ :

İSTEMİN KONUSU : 12/09/2019 tarih ve 30886 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan Milli Eğitim Bakanlığı Eğitim Kurumları Sosyal Etkinlikler Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmeliğin; Milli Eğitim Bakanlığı Eğitim Kurumları Sosyal Etkinlikler Yönetmeliği’nin 1. ve 2. maddelerinde yer alan “kapsamında sosyal” ibaresinden sonra gelmek üzere “etkinlikler ile kamu kurum ve kuruluşları, uluslararası kuruluşlar ve sivil toplum kuruluşları tarafından eğitim kurumlarında yapılacak” ibaresindeki “etkinlikler ile kamu kurum ve kuruluşları, tarafından yapılacak” ibaresi haricinde kalan “uluslararası kuruluşlar ve sivil toplum kuruluşları” ibaresinin eklenmesine ilişkin 1. maddesinin ve aynı Yönetmeliğin; Milli Eğitim Bakanlığı Eğitim Kurumları Sosyal Etkinlikler Yönetmeliği’nin 7. maddesinin birinci fıkrasında yer alan “ile toplumsal cinsiyet eşitliği” ibaresinin yürürlükten kaldırılmasına ilişkin 3. maddesinin iptali ve yürütmesinin durdurulması istemidir.

DAVACININ İDDİALARI : Dava konusu düzenleme ile eğitim öğretim kurumlarının kanuni idare ve genel idare ilkelerine aykırı bir şekilde diğer kurum ve kuruluşların faaliyet alanına dönüşeceği, Bakanlığın asli görevinin eğitim öğretim hizmetlerine ilişkin iş ve işlemleri yürütmek olduğu ve bu görevi yerine getirirken milli eğitimin temel ve amaç ve ilkeleri doğrultusunda hareket etmek zorunluluğunun bulunduğu, öğrencilere yönelik düzenlenmesi öngörülen etkinlik ve kursların çerçevesinin çizilmediği, uluslararası kuruluşların Türkiye’deki eğitim öğretim faaliyetlerine dahil edilmesiyle, eğitimin “milli olmaktan” uzaklaşacağı, sosyal etkinlikler adı altında özel

kuruluşların okullarda faaliyet göstermesinin önünün açıldığı, “toplumsal cinsiyet eşitliği” ibaresinin yürürlükten kaldırılmasına ilişkin olarak; Yönetmelik ile getirilen düzenlemelerin hangi yönlerden kamu yararı ve hizmet gereği olduğunun idarece ortaya konulması gerektiği, Avrupa Birliği ile ortak yürütülen (2008-2013) ETCEP-Eğitimde Toplumsal Cinsiyet Eşitliğinin Geliştirilmesi Projesi ile 81 okulda pilot uygulamaya başladığı, ayrıca Türkiye’nin taraf olduğu (CEDAW) Kadına Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Sözleşmesi’nin bulunduğu, söz konusu düzenlemelerin hukuka ve mevzuata aykırı olduğu iddia edilmektedir.

DAVALI İDARENİN SAVUNMASI : Yönetmeliğin 5. maddesinde, eğitim kurumunda yürütülecek sosyal etkinliklerin 1739 sayılı Milli Eğitim Temel Kanunu’nda yer alan genel ve özel maçlara uygun olarak düzenleneceğinin hüküm altına alındığı, idarenin denetim ve gözetim yükümlülüğünün devam ettiği, eğitim öğretim faaliyet alanının başka kişi veya kurumlara bırakılmasının söz konusu olmadığı, okullarda okutulan ders kitapları ve öğretim programlarının değerler eğitimi esas alan, temel becerileri içeren, günlük ve sade yaşamla birleştirilebilecek şekilde güncellendiği, “kültürel farkındalık ve ifade” ile “sosyal ve vatandaşlıklarla ilgili yetkinliklerin” toplumsal cinsiyet eşitliğini kapsayan ve öğreten yetkinlikler olduğu, “toplumsal cinsiyet eşitliği” yerine “insan ve çocuk hakları” ifadesinin kullanıldığı, dava konusu düzenlemelerin hukuka uygun olduğu savunulmaktadır.

DANIŞTAY TETKİK HÂKİMİ :

DÜŞÜNÇESİ : Yürütmenin durdurulması isteminin reddi gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Karar veren Danıştay Sekizinci Dairesince, Tetkik Hâkiminin açıklamaları dinlendikten ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 27. maddesi uyarınca dosyadaki belgeler incelendikten sonra işin gereği görüldü:

İNCELEME VE GEREKÇE :

İLGİLİ MEVZUAT:

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 27. maddesinin 2.

fıkrasında, idari işlemin uygulanması hâlinde giderilmesi güç veya olanaksız zararların doğması ve idari işlemin açıkça hukuka aykırı olması koşullarının birlikte gerçekleşmesi durumunda yürütmenin durdurulmasına karar verileceği kuralı yer almıştır.

1739 sayılı Milli Eğitim Temel Kanunu'nun "Genel amaçlar" başlıklı 2. maddesinde; "Türk Milli Eğitiminin genel amacı, Türk Milletinin bütün fertlerini,

1. (Değişik: 16/6/1983 - 2842/1 md.) Atatürk inkılap ve ilkelerine ve Anayasada ifadesini bulan Atatürk milliyetçiliğine bağlı; Türk Milletinin milli, ahlaki, insani, manevi ve kültürel değerlerini benimseyen, koruyan ve geliştiren; ailesini, vatanını, milletini seven ve daima yüceltmeye çalışan, insan haklarına ve Anayasanın başlangıcındaki temel ilkelere dayanan demokratik, laik ve sosyal bir hukuk Devleti olan Türkiye Cumhuriyetine karşı görev ve sorumluluklarını bilen ve bunları davranış haline getirmiş yurttaşlar olarak yetiştirmek;

2. Beden, zihin, ahlak, ruh ve duygu bakımlarından dengeli ve sağlıklı şekilde gelişmiş bir kişiliğe ve karaktere, hür ve bilimsel düşünme gücüne, geniş bir dünya görüşüne sahip, insan haklarına saygılı, kişilik ve teşebbüse değer veren, topluma karşı sorumluluk duyan; yapıcı, yaratıcı ve verimli kişiler olarak yetiştirmek;

3. İlgî, istidat ve kabiliyetlerini geliştirerek gerekli bilgi, beceri, davranışlar ve birlikte iş görme alışkanlığı kazandırmak suretiyle hayata hazırlamak ve onların, kendilerini mutlu kılacak ve toplumun mutluluğuna katkıda bulunacak bir meslek sahibi olmalarını sağlamak;

Böylece bir yandan Türk vatandaşlarının ve Türk toplumunun refah ve mutluluğunu artırmak; öte yandan milli birlik ve bütünlük içinde iktisadi, sosyal ve kültürel kalkınmayı desteklemek ve hızlandırmak ve nihayet Türk Milletini çağdaş uygarlığın yapıcı, yaratıcı, seçkin bir ortağı yapmaktır." hükmü; "Özel amaçlar" başlıklı 3. maddesinde; "Türk eğitim ve öğretim sistemi, bu genel amaçları gerçekleştirecek şekilde düzenlenir ve çeşitli derece ve türdeki eğitim kurumlarının özel amaçları, genel amaçlara ve aşağıda sıralanan temel ilkelere uygun olarak tespit edilir." hükmü yer almaktadır.

Yine anılan Kanun'un "Genellik ve eşitlik" başlıklı 4. maddesinde; eğitim kurumlarının dil, ırk, cinsiyet, engellilik ve din ayırımı gözetilmeksizin herkese açık olduğu, eğitimde hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz

tanınamayacağı; “Ferdin ve toplumun ihtiyaçları” başlıklı 5. maddesinde; milli eğitim hizmetinin, Türk vatandaşlarının istek ve kabiliyetleri ile Türk toplumunun ihtiyaçlarına göre düzenleneceği; “Yürütme, gözetim ve denetim” başlıklı 56. maddesinde; eğitim ve öğretim hizmetinin, bu kanun hükümlerine göre Devlet adına yürütülmesinden, gözetim ve denetiminden Milli Eğitim Bakanlığı sorumlu olduğu hüküm altına alınmıştır.

08/06/2017 tarih ve 30090 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren Milli Eğitim Bakanlığı Sosyal Etkinlikler Yönetmeliği’nin, “Amaç” başlıklı 1. maddesinde; “Bu Yönetmeliğin amacı; her tür ve seviyedeki resmî ve özel (Değişik ibare:RG-1/9/2018-30522) örgün ve hayat boyu öğrenme kurumlarında; öğretim programlarının yanında öğrenci ve kursiyerlerde özgüven ve sorumluluk duygusu geliştirmeye, yeni ilgi alanları oluşturmaya, millî, manevî, ahlaki, insanî ve kültürel değerleri kazandırmaya yönelik bilimsel, sosyal, kültürel, sanatsal ve sportif alanlarda öğrenci kulübü ve toplum hizmeti kapsamındaki sosyal (Ek ibare:RG-12/9/2019-30886) etkinlikler ile kamu kurum ve kuruluşları, uluslararası kuruluşlar ve sivil toplum kuruluşları tarafından eğitim kurumlarında yapılacak sosyal etkinliklerin usul ve esaslarını düzenlemektir.” hükmü; “Kapsam” başlıklı 2. maddesinde; “Bu Yönetmelik; her tür ve seviyedeki resmî ve özel (Değişik ibare:RG-1/9/2018-30522) örgün ve hayat boyu öğrenme kurumlarında; öğretim programlarının yanında bilimsel, sosyal, kültürel, sanatsal, sportif alanlarda öğrenci kulübü ve toplum hizmeti kapsamındaki sosyal (Ek ibare:RG-12/9/2019-30886) etkinlikler ile kamu kurum ve kuruluşları, uluslararası kuruluşlar ve sivil toplum kuruluşları tarafından eğitim kurumlarında yapılacak sosyal etkinliklere ait usul ve esasları kapsar.” düzenlemesi yer almakta olup; “Sosyal etkinlikler alanı” başlıklı 7. maddesinin yürürlükteki halinde; (08/06/2017 tarih ve 30090 sayılı Resmi Gazete) kurumlarda yapılacak sosyal etkinlikler ile öğrencilerde hangi konularda farkındalık oluşturulacağına yönelik hedefler düzenlenmiş olup, buna göre; öğrencilerde özgüven ve sorumluluk duygusu geliştirmek, öğrencileri şiddet ve zararlı alışkanlıklardan korumak, öğrencilere yeni ilgi alanları ve beceriler kazandırmak, öğrencilerin yeteneklerini sergilemesine imkân vermek, millî, manevî ve kültürel değerleri yaşatmak, yaygınlaştırmak ve bu değerlerin yeni nesillere aktarımını sağlamak, öğrencilerde gönüllülük bilincini özendirme, engellilik, yaşlılık, insan ve çocuk hakları ve toplumsal cinsiyet eşitliği konularında farkındalık oluşturmak amaçlanmış iken; 12/9/2019 tarih ve 30886 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanarak yürürlüğe giren Yönetmelik ile, kurumlarda yapılacak sosyal etkinlik faaliyetleriyle öğrencilerde oluşması

hedeflenen ve beklenen farkındalık alanları arasında yer alan, "toplumsal cinsiyet eşitliği" ibaresi yürürlükten kaldırılmıştır.

Anılan Yönetmeliğin "İlkeler, Sosyal Etkinlikler Kurulu ve Görevleri" başlıklı 2. Bölümünün altında yer alan "İlkeler" başlıklı 5. Maddesinde de; "(1) Eğitim kurumlarında yürütülecek tüm sosyal etkinlikler 1739 sayılı Kanunda yer alan Türk millî eğitiminin genel ve özel amaçları ile temel ilkelerine uygun olarak düzenlenir.

(2) Sosyal etkinlik çalışmalarında; öğrencilerin gelişim seviyeleri, ilgi, istek, ihtiyaç ve yetenekleri göz önünde bulundurulur.

(3) Sosyal etkinlik çalışmaları, öncelikle ders saatleri dışında uygulanır. Bu çalışmalar zorunlu hâllerde ders saatleri içinde de uygulanabilir.

(4) Sosyal etkinlik çalışmaları, öğrenci kulübü ve toplum hizmeti çalışmaları kapsamında yürütülür.

(5) Her öğrenci, en az bir sanat veya spor dalında beceri kazanacak şekilde uygun bir öğrenci kulübü ile ilişkilendirilir ve bu kulübün çalışmalarına katılır.

(6) Sosyal etkinlikler kapsamında yürütülen bilimsel, sosyal, kültürel, sanatsal ve sportif alanlarda Gençlik ve Spor Bakanlığına bağlı gençlik merkezlerinden de yararlanılır.

(7) Sosyal etkinlik çalışmalarının planlanmasında eğitim kurumu bölgesinde bulunan gençlere yönelik faaliyet gösteren kamu kurum ve kuruluşları, sivil toplum kuruluşları ile işbirliği yapılabilir.

(8) Sosyal etkinliklerle ilgili gelir-gider iş ve işlemleri okul aile birliği tarafından yürütülür." hükmüne yer verilmiştir.

HUKUKİ DEĞERLENDİRME:

08/06/2017 tarih ve 30090 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Milli Eğitim Bakanlığı Eğitim Kurumları Sosyal Etkinlikler Yönetmeliği'nin "Amaç" başlıklı 1. maddesine ve "Kapsam" başlıklı 2. maddesine eklenen; "kamu kurum ve kuruluşları, uluslararası kuruluşlar ve sivil toplum kuruluşları tarafından eğitim kurumlarında yapılacak" ibaresi yönünden yapılan inceleme:

Davacı tarafından, dava konusu değişiklik ile; Yönetmeliğin “amaç” ve “kapsam” başlıklı maddelerinde yapılan düzenlemelerin eğitim öğretim kurumlarının kanuni idare ve genel idare ilkelerine aykırı bir şekilde diğer kurum ve kuruluşların faaliyet alanına dönüşmesine olanak sağlayacağı, Bakanlığın asli görevinin eğitim öğretim hizmetlerine ilişkin iş ve işlemleri yürütmek olduğu ve bu görevi yerine getirirken milli eğitimin temel ve amaç ve ilkeleri doğrultusunda hareket etmek zorunluluğunun bulunduğu, “söz konusu düzenlemeyle idarenin kendi görev ve yetki alanındaki bir kamu hizmetinin kamu kurum ve kuruluşları, uluslararası kuruluşlar ve sivil toplum kuruluşlarına bıraktığı iddia edilmekte olup; davalı idarece, eğitim kurumunda yürütülecek sosyal etkinliklerin 1739 sayılı Milli Eğitim Temel Kanunu’nda yer alan genel ve özel amaçlara uygun olarak düzenleneceği, idarenin denetim ve gözetim yükümlülüğünün devam ettiği, eğitim öğretim faaliyet alanının başka kişi veya kurumlara bırakılmasının söz konusu olmadığı savunulmaktadır.

Yukarıda yer alan; Yönetmeliğin “İlkeler, Sosyal Etkinlikler Kurulu ve Görevleri” başlıklı 2. Bölümünün altında yer alan “İlkeler” başlıklı 5. maddesi uyarınca eğitim kurumlarında yürütülecek tüm sosyal etkinliklerin 1739 sayılı Kanun’da yer alan Türk millî eğitiminin genel ve özel amaçları ile temel ilkelerine uygun olarak düzenleneceği kuralı karşısında davacının iddialarına itibar edilmemiştir.

Bir başka anlatımla; anılan Yönetmelik uyarınca her tür ve seviyedeki eğitim kurumu içerisinde yapılacak olan öğretim programlarının yanında bilimsel, sosyal, kültürel, sanatsal ve sportif alanlarda gerek öğrenci kulübü ve toplum hizmeti çalışmaları ile bu kapsamdaki diğer etkinliklerle gerek kamu kurum ve kuruluşları, uluslararası kuruluşlar ve sivil toplum kuruluşları tarafından eğitim kurumlarında yapılacak sosyal etkinliklerin sınırlarının Yönetmelik’te açıkça çizildiği, buna göre; söz konusu sosyal etkinliklerin tamamının Anayasaya ve 1739 sayılı Milli Eğitim Temel Kanunu’nda belirtilen Milli Eğitimin genel ve özel amaçları ile ilkelerine uygun olmak zorunda olacağı görülmektedir.

Bu durumda; anılan düzenlemeler yönünden davada 2577 sayılı Kanunun yukarıda belirtilen 27. maddesinde yer alan koşulların birlikte gerçekleşmediği anlaşıldığından yürütmenin durdurulması isteminin reddine karar verilmesi gerektiği sonucuna varılmıştır.

08/06/2017 tarih ve 30090 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan Milli Eğitim Bakanlığı Eğitim Kurumları Sosyal Etkinlikler Yönetmeliği’nin

“Sosyal etkinliklerin alanı” başlıklı 7. maddesinin birinci fıkrasında yer alan; “ile toplumsal cinsiyet eşitliği” ibaresinin kaldırılmasına ilişkin düzenleme yönünden yapılan inceleme:

Davanın bu kısmına ilişkin olarak 2577 sayılı Kanunun yukarıda belirtilen 27. maddesinde yer alan koşulların birlikte gerçekleşmediği anlaşıldığından yürütmenin durdurulması isteminin reddine karar verilmesi gerektiği sonucuna varılmıştır.

KARAR SONUCU

Açıklanan nedenlerle,

1. 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 27. maddesinde öngörülen şartların bulunmaması nedeniyle Milli Eğitim Bakanlığı Eğitim Kurumları Sosyal Etkinlikler Yönetmeliği'nin “Amaç” başlıklı 1. maddesine ve “Kapsam” başlıklı 2. maddesine eklenen; “kamu kurum ve kuruluşları, uluslararası kuruluşlar ve sivil toplum kuruluşları tarafından eğitim kurumlarında yapılacak” ibaresi yönünden **oybirliği ile**; Yönetmeliğin “Sosyal etkinliklerin alanı” başlıklı 7. maddesinin birinci fıkrasında yer alan; “ile toplumsal cinsiyet eşitliği” ibaresinin kaldırılmasına ilişkin düzenleme yönünden **oyçokluğu ile YÜRÜTMENİN DURDURULMASI HAKKINDAKİ İSTEMİN REDDİNE,**

2. Kararın tebliğini izleyen günden itibaren 7 (yedi) gün içerisinde Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'na itiraz yolu açık olmak üzere,

12/05/2020 tarihinde karar verildi.

KARŞI OY :

X - Dava, 12/09/2019 tarih ve 30886 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe giren Milli Eğitim Bakanlığı Eğitim Kurumları Sosyal Etkinlikler Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmeliğin 3. maddesiyle önceki Yönetmeliğin “Sosyal etkinliklerin alanı” başlıklı 7. maddesinin birinci fıkrasında yer alan; “ile toplumsal cinsiyet eşitliği” ibaresinin kaldırılmasına ilişkin düzenlemenin iptali istemiyle açılmıştır.

2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasa'sının “Eğitim ve öğrenim hakkı ve

ödevi" başlıklı 42. Maddesinde "Kimse, eğitim ve öğrenim hakkından yoksun bırakılamaz. Öğrenim hakkının kapsamı kanunla tespit edilir ve düzenlenir. Eğitim ve öğretim, Atatürk ilkeleri ve inkılâpları doğrultusunda, çağdaş bilim ve eğitim esaslarına göre, Devletin gözetim ve denetimi altında yapılır. Bu esaslara aykırı eğitim ve öğretim yerleri açılmaz. Eğitim ve öğretim hürriyeti, Anayasaya sadakat borcunu ortadan kaldırmaz. İlköğretim, kız ve erkek bütün vatandaşlar için zorunludur ve Devlet okullarında parasızdır. Özel ilk ve orta dereceli okulların bağlı olduğu esaslar, Devlet okulları ile erişilmek istenen seviyeye uygun olarak, kanunla düzenlenir." hükümlerine yer verilmiştir.

1739 sayılı Milli Eğitim Temel Kanunu'nun "Genel amaçlar" başlıklı 2. maddesinin 3. fıkrasında; "İlgi, istidat ve kabiliyetlerini geliştirerek gerekli bilgi, beceri, davranışlar ve birlikte iş görme alışkanlığı kazandırmak suretiyle hayata hazırlamak ve onların, kendilerini mutlu kılacak ve toplumun mutluluğuna katkıda bulunacak bir meslek sahibi olmalarını sağlamak" genel amaçlar arasında sayılmış olup; "Genellik ve eşitlik" başlıklı 4. Maddesinde; "Eğitim kurumları dil, ırk, cinsiyet, engellilik ve din ayırımı gözetilmeksizin herkese açıktır. Eğitimde hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz." hükmü; "Ferdin ve toplumun ihtiyaçları" başlıklı 5. maddesinde; "Milli eğitim hizmeti, Türk vatandaşlarının istek ve kabiliyetleri ile Türk toplumunun ihtiyaçlarına göre düzenlenir." hükmü yer almaktadır.

Yine, Anayasa'nın 124. maddesinde; *Cumhurbaşkanı, bakanlıklar ve kamu tüzelkişileri, kendi görev alanlarını ilgilendiren kanunların ve Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla, yönetmelikler çıkarabilecekleri* kuralı yer almıştır. Anayasanın aktarılan hükmü ve normlar hiyerarşisi bağlamında, bir yasa hükmüne dayalı olarak hazırlanan yönetmelikler ile yasa hükümlerine açıklık getirilmesi ve yasa hükümlerinin uygulamaya geçirilmesi amaçlanmaktadır.

Kanun koyucu tarafından idareye tanınan düzenleme yetkisinin başta kamu yararı olmak üzere hizmet gereklerine, hukuk devleti, hukuk güvenliği ve kazanılmış haklara riayet ilkelerine uygun olarak kullanılması gerekmektedir.

Kamu yararı kavramı, tüm devlet organlarının işlem ve eylemlerinin genel nitelikteki amacını ve aynı zamanda nedenini oluşturmakta, çeşitli hak ve özgürlükler açısından bir sınırlama nedeni niteliği de taşımakta olup bu

kavram genel bir ifadeyle bireysel, özel çıkarlardan ayrı ve bunlara üstün olan toplumsal yararı ifade etmektedir.

İdareler, ortaya çıkan ihtiyaçları karşılamak ve hizmette etkinliği sağlamak amacıyla mevzuat değişikliği yapma hususunda takdir yetkisine sahiptirler. Ancak, idareye tanınan bu takdir yetkisinin, idarenin keyfi olarak hareket edebileceği anlamına gelmeyeceği de kuşkusuzdur. Zira, takdir yetkisi ile idareye hukuk kuralları içinde hareket özgürlüğü tanınmış olduğundan, yasa koyucu tarafından idareye tanınan bu yetkinin başta kamu yararı olmak üzere hizmet gereklerine, hukuk devleti, hukuk güvenliği ilkelerine uygun olarak kullanılması gerektiği de açıktır.

Yani; idarelerin düzenleyici işlemler yapabilme yetkisi Anayasa'nın 124. maddesine dayanan anayasal bir yetki olması nedeniyle, idareler tarafından mevzuatla verilen görevlerin yerine getirilmesi amacıyla düzenleyici işlemler yapılabileceği, ancak; bu düzenlemeler yapılırken, Anayasa'da yer alan hukuk devleti ilkesi uyarınca, söz konusu düzenlemelerin kamu yararı ve hizmet gerekleri doğrultusunda, kamusal ve toplumsal ihtiyaçlara binaen tesisi gerektiği kuşkusuzdur.

08/06/2017 tarih ve 30090 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren Milli Eğitim Bakanlığı Sosyal Etkinlikler Yönetmeliği'nin "Sosyal etkinliklerin alanı" başlıklı 7. maddesinin 1. fıkrasında; "Eğitim kurumlarında öğrencilerde özgüven ve sorumluluk duygusu geliştirmek, öğrencileri şiddet ve zararlı alışkanlıklardan korumak, öğrencilere yeni ilgi alanları ve beceriler kazandırmak, öğrencilerin yeteneklerini sergilemesine imkân vermek, millî, manevî ve kültürel değerleri yaşatmak, yaygınlaştırmak ve bu değerlerin yeni nesillere aktarımını sağlamak, öğrencilerde gönüllülük bilincini özendirmek, engellilik, yaşlılık, insan ve çocuk hakları ile (Mülga ibare:RG-12/9/2019-30886) (...) konularında farkındalık oluşturmak amacıyla bilimsel, sosyal, kültürel, sanatsal ve sportif alanlarda sosyal etkinlik çalışmaları yapılır." düzenlemesi yer almaktadır.

Anılan Yönetmeliğin "Sosyal etkinlikler alanı" "başlıklı 7. maddesinin yürürlük halinde; (08/06/2017 tarih ve 30090 sayılı Resmi Gazete) kurumlarda yapılacak sosyal etkinlikler ile öğrencilerde hangi konularda farkındalık oluşturulacağına yönelik hedefler düzenlenmiş olup, buna göre; öğrencilerde

özgüven ve sorumluluk duygusu geliştirmek, öğrencileri şiddet ve zararlı alışkanlıklardan korumak, öğrencilere yeni ilgi alanları ve beceriler kazandırmak, öğrencilerin yeteneklerini sergilemesine imkân vermek, millî, manevi ve kültürel değerleri yaşatmak, yaygınlaştırmak ve bu değerlerin yeni nesillere aktarımını sağlamak, öğrencilerde gönüllülük bilincini özendirmek, engellilik, yaşlılık, insan ve çocuk hakları ve toplumsal cinsiyet eşitliği konularında farkındalık oluşturmak amaçlanmış iken; 12/9/2019 tarih ve 30886 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanarak yürürlüğe giren Yönetmelik ile, kurumlarda yapılacak sosyal etkinlik faaliyetleriyle öğrencilerde oluşması hedeflenen ve beklenen farkındalık alanları arasında yer alan, “toplumsal cinsiyet eşitliği” ibaresi yürürlükten kaldırılmıştır.

Uyuşmazlıkta davacı tarafından “toplumsal cinsiyet eşitliği” ibaresinin yürürlükten kaldırılmasına ilişkin olarak; Yönetmelik ile getirilen düzenlemelerin hangi yönlerden kamu yararı ve hizmet gereği olduğunun idarece ortaya konulması gerektiği, Avrupa Birliği ile ortak yürütülen (2008-2013) ETCEP-Eğitimde Toplumsal Cinsiyet Eşitliğinin Geliştirilmesi Projesi ile 81 okulda pilot uygulamaya başlandığı, 2019-2020 eğitim öğretim döneminde bu tür projelerin yaygınlaştırılacağı ve 2019-2020 Eğitim- Öğretim Yılı Hedef Listesinde “toplumsal cinsiyet dersinin” olacağına Bakanlık tarafından duyurulduğu ancak söz konusu düzenleme ile aksi yönde girişimde bulunulduğu, ayrıca Türkiye’nin taraf olduğu (CEDAW) Kadına Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Sözleşmesi’nin bulunduğu, söz konusu düzenlemelerin hukuka ve mevzuata aykırı olduğu iddia edilmekte olup; davalı idarece okullarda okutulan ders kitapları ve öğretim programlarının değerler eğitimi esas alan, temel becerileri içeren, günlük ve sade yaşamla birleştirilebilecek şekilde güncellendiği, “kültürel farkındalık ve ifade” ile “sosyal ve vatandaşlıklarla ilgili yetkinliklerin” toplumsal cinsiyet eşitliğini kapsayan ve öğreten yetkinlikler olduğu, “toplumsal cinsiyet eşitliği” yerine “insan ve çocuk hakları” ifadesinin kullanıldığı, dava konusu düzenlemelerin hukuka uygun olduğu savunulmaktadır.

Burada; anayasal bir yetki olması nedeniyle, idareler tarafından mevzuatla verilen görevlerin yerine getirilmesi amacıyla düzenleyici işlemler yapılabileceği, ancak; bu düzenlemelerin Anayasa’da yer alan hukuk devleti ilkesi uyarınca, kamu yararı ve hizmet gerekleri doğrultusunda, kamusal ve

toplumsal ihtiyaçlara binaen tesisi gerektiği, idarelerin, normlar hiyerarşisine aykırı olmayacak şekilde, ortaya çıkan ihtiyaçları karşılamak ve hizmette etkinliği sağlamak amacıyla mevzuat değişikliği yapma hususunda takdir yetkisine sahip olduğu, ancak, idareye tanınan bu takdir yetkisinin, idarenin keyfi olarak hareket edebileceği anlamına gelmeyeceği kuralı karşısında, anılan Yönetmeliğin "sosyal etkinlik alanı" başlıklı 7. maddesinde yer alan; "toplumsal cinsiyet eşitliği" ibaresinin yürürlükten kaldırılmasına ilişkin gerekçenin davalı idarece ortaya konulamadığı görüldüğünden davanın bu kısmı yönünden yürütmenin durdurulması gerektiği görüşüyle çoğunluk kararına katılmıyoruz.

DANIŞTAY 2. DAİRE

E. 2016/14354

K. 2020/1153

TEMYİZ EDEN (DAVACILAR) : Kendilerine asaleten, ...'e velayeten

1-...

2-...

DAVACILAR VEKİLİ :

KARŞI TARAF (DAVALI) : Ortahisar Kaymakamlığı / TRABZON

VEKİLİ :

İSTEMİN KONUSU : Trabzon İdare Mahkemesince verilen 16/06/2016 günlü, E:2016/21, K:2016/878 sayılı kararın, dilekçede yazılı nedenlerle 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesi uyarınca temyizen incelenerek bozulması isteminden ibarettir.

YARGILAMA SÜRECİ :

Dava Konusu İstem : Dava; Küçük ...'in anne ve babası olan davacılar tarafından, otizm tanısı bulunan ve Trabzon ili, Ortahisar ilçesi, ... İlkokulu Özel Eğitim Sınıfı öğrencisi olan çocuklarının 13/05/2015 tarihinde sınıfta iken altını ıslattığı, ancak sınıf öğretmenlerinin öğrencinin iç çamaşırının değiştirilmesinde yardımcı olmayıp, sınıfta beklettikleri, çocuğun mahcup duruma düşürüldüğü iddiasıyla sınıf öğretmenleri hakkında yapılan şikayet üzerine yapılan inceleme sonucunda ceza tayinine gerek bulunmadığına dair kararın iptali istemiyle açılmıştır.

İlk Derece Mahkemesi Kararının Özeti : Trabzon İdare Mahkemesinin temyize konu kararıyla; öğrencinin annesi olan ... tarafından yapılan şikayet üzerine başlatılan inceleme sırasında alınan ifadelere göre, küçük ...'in tuvalet sorumluluğunun servis görevlisi ...'ya ait olduğu, anılan personelin 13/05/2015 günü gittiği servisin arızalanması nedeniyle kısa bir süre geciktiği, bu arada çocuğun altını ıslatması ve servis görevlisi personelin o anda başka bir görev dönüşü kısa bir süre gecikmesi nedeniyle, durumun çocuğun annesine haber verilmesi üzerine okula gelen davacı ... ile çocuğun öğretmenini arasında tartışma çıktığı, servis görevlisi yokken öğrencinin altının diğer personel tarafından değiştirilmek istendiğinde de, çocuğun hırçın davranması nedeniyle değiştirilemediği, dolayısıyla çocuğun çamaşırının kasıtlı olarak değiştirilmeyip sınıfta bekletilmesi ve öğrencinin mahcup duruma düşürülmesi şeklindeki iddiaların hukuki dayanaktan yoksun olduğu, gerek öğretmenlerin, gerekse diğer personele atfı kabil bir kusur ve ceza gerektirir bir fiil bulunmadığı; bu durumda, öğrencinin annesinin şikayeti üzerine yapılan inceleme neticesinde, ceza tayinine gerek bulunmadığı yönünde tesis edilen işlemde hukuka aykırılık görülmediği gerekçesiyle dava reddedilmiştir.

TEMYİZ EDENİN İDDİALARI : Davacılar tarafından, mahkeme kararının usule, yasalara, Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşmeye ve hakkaniyete aykırı olduğu, yerel mevzuata göre fiilin kusur oluşturup oluşturmayacağı yönünde dar bir yoruma gidildiği, halbuki Birleşmiş milletler Çocuk Hakları Sözleşmesinde çocukları ilgilendiren bütün faaliyetlerde çocuğun yararının temel olduğunun vurgulandığı, Türkiye'nin taraf olduğu Engelli Haklarına Dair Sözleşme'nin 7/2. maddesinde, engelli çocuklarla ilgili tüm eylemlerde, çocuğun üstün yararının gözetilmesine öncelik verileceği ifadesinin yer aldığı, mahkemece yeterli inceleme yapılmadığı, dosyaya sunulan delillerin hiçbirinin değerlendirilmediği, duruşma esnasında Mahkeme Başkanının tutumunun bir anlamda ihsas-ı rey olduğu, iptali istenilen olayda hakkaniyet dengesinin ve öğrencinin üstün yararının gözetilmediği ileri sürülerek İdare Mahkemesi kararının temyizen incelenerek bozulması istenilmektedir.

KARŞI TARAFIN CEVABI : Cevap verilmemiştir.

DANIŞTAY TETKİK HAKİMİ :

DÜŞÜNCESİ : Temyiz isteminin reddi ile usul ve yasaya uygun olan İdare Mahkemesi kararının onanması gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Karar veren Danıştay İkinci Dairesince, Tetkik Hakiminin açıklamaları dinlendikten ve dosyadaki belgeler incelendikten sonra gereği görüldü:

HUKUKİ DEĞERLENDİRME :

İdare ve vergi mahkemelerinin nihai kararlarının temyizen bozulması, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesinde yer alan sebeplerden birinin varlığı halinde mümkündür.

Temyizen incelenen karar usul ve hukuka uygun olup, dilekçede ileri sürülen temyiz nedenleri kararın bozulmasını gerektirecek nitelikte görülmemiştir.

KARAR SONUCU :

Açıklanan nedenlerle;

1. DAVACININ TEMYİZ İSTEMİNİN REDDİNE,

2. Trabzon İdare Mahkemesince verilen 16/06/2016 günlü, E:2016/21, K:2016/878 sayılı kararın **ONANMASINA,**

3. Temyiz giderlerinin istemde bulunan davacı üzerinde bırakılmasına,

4. Dosyanın Mahkemesine gönderilmesine,

5. 2577 sayılı Kanun'un (Geçici 8. maddesi uyarınca uygulanmasına devam edilen) 54. maddesinin 1. fıkrası uyarınca bu kararın tebliğ tarihini izleyen günden itibaren **(15) onbeş** gün içinde Danıştayda karar düzeltme yolu açık olmak üzere, **26/02/2020** tarihinde **oybirliğiyle** karar verildi.

Çocuk Hakları Bağlamında Yargılama Usulüne İlişkin Kararlar: Ehliyet ve Görev

-
- *Karar No III.12: Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu
E. 2018/1040 K. 2018/2410*
 - *Karar No III.13: Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu
E. 2017/2931 K. 2017/4533*
 - *Karar No III.14: Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu
E. 2015/981 K. 2015/3942*
-

DANIŞTAY İDARİ DAVA DAİRELERİ KURULU

E. 2018/1040

K. 2018/2410

Temyiz İsteminde Bulunan (Davacı) : Türkiye Barolar Birliği

Oğuzlar Mah. Barış Manço Cad. Av. Özdemir Özok Sok. No:8

Balgat-Çankaya/ANKARA

Vekili :

Temyiz İsteminde Bulunan (Davalı): Milli Eğitim Bakanlığı-ANKARA

Vekili:

İstemın Özeti : Danıştay Sekizinci Dairesi'nin 23/10/2017 günlü, E:2017/5220, K:2017/7365 sayılı kararına karşı, davacı esas yönünden, davalı idare ise vekalet ücreti yönünden temyiz isteminde bulunmakta ve kararın bozulmasını istemektedir.

Savunmanın Özeti : Davalı idare tarafından, Danıştay Sekizinci Dairesi'nce verilen kararın esas yönünden hukuka uygun bulunduğu ve temyiz dilekçesinde öne sürülen nedenlerin kararın bozulmasını gerektirecek nitelikte olmadığı belirtilerek, davacının temyiz isteminin reddi gerektiği savunulmuş; davacı tarafından ise savunma verilmemiştir.

Danıştay Tetkik Hakimi :

Düşüncesi : Daire kararının kısmen onanması, kısmen bozulması gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunca dosya incelendi, gereği görüldü:

Dava; 08/06/2017 günlü ve 30090 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan Milli Eğitim Bakanlığı Eğitim Kurumları Sosyal Etkinlikler Yönetmeliği’nin “Tanımlar” başlığını taşıyan 4. maddesinin (d) bendinde yer alan “kişi” ve “kurum ve kuruluşları” ibareleri, “Sosyal etkinliklerin alanı” başlığını taşıyan 7. maddesinin 3. fıkrasında yer alan “kişi” ve “kurum ve kuruluşları” ibareleri, “Toplum hizmeti çalışmaları ve esasları” başlığını taşıyan 9. maddesinin 2. fıkrasında yer alan “ve ilgili diğer kişi, kurum ve kuruluşların” ibaresi, 4. fıkrasında yer alan “gönüllü kişi, kurum veya kuruluşlarca” ibaresi, “Geziler” başlığını taşıyan 10. maddesinin 2. fıkrasının (b) bendinde yer alan “gönüllü kişi, kurum veya kuruluşlarca” ibaresi ile “Ek-4” başlığını taşıyan “Öğrenci Kulüpleri Çizelgesi”nde, “Müzik Kulübü” ile “Resim Kulübü”ne yer verilmemesi, “Ek-8” başlığını taşıyan “Belirli Gün ve Haftalar Çizelgesi”nin 30. bendinde, mülga Yönetmeliğin ilgili çizelgesinde “Çanakkale Şehitlerini Anma Günü” olan 18 Mart’ın adının “Şehitler Günü” olarak değiştirilmesinin iptali istemiyle açılmıştır.

Danıştay Sekizinci Dairesi’nin 23/10/2017 günlü ve E:2017/5220, K:2017/7365 sayılı kararıyla; 1136 sayılı Avukatlık Kanunu’nun 76. maddesinde, Baroların avukatlık mesleğini geliştirmek, meslek mensuplarının birbirleri ve iş sahipleri ile olan ilişkilerinde dürüstlüğü ve güveni sağlamak, meslek düzenini, ahlakını, saygınlığını, hukukun üstünlüğünü, insan haklarını savunmak ve korumak, avukatların ortak ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla tüm çalışmaları yürüten, tüzel kişiliği bulunan, çalışmalarını demokratik ilkelere göre sürdüren kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşu olarak tanımlandığı, aynı Kanun’un 109. maddesinde ise, Türkiye Barolar Birliği’nin, bütün baroların katılımıyla oluşan bir kuruluş olduğunun belirtildiği; anılan Yasa maddelerine göre baroların ve Türkiye Barolar Birliğinin kuruluş ve örgütleniş amaçları doğrultusunda dava konusu “Milli Eğitim Bakanlığı Eğitim Kurumları Sosyal Etkinlikler Yönetmeliği” değerlendirildiğinde; her tür ve seviyedeki resmî ve özel örgün ve yaygın eğitim kurumlarında; öğretim programlarının yanında öğrenci ve kursiyerlerde özgüven ve sorumluluk duygusu geliştirmeye, yeni ilgi alanları oluşturmaya, millî, manevî, ahlaki, insanî ve kültürel değerleri kazandırmaya yönelik bilimsel, sosyal, kültürel, sanatsal ve sportif alanlarda öğrenci kulübü ve toplum hizmeti kapsamındaki sosyal etkinliklerin usul ve esaslarını düzenleme amacıyla yürürlüğe konulan Yönetmeliğin, avukatlık mesleği veya davacı Türkiye Barolar Birliği’nin görev alanı ile bir ilgisinin bulunmadığının açık olduğu; bu durumda, davacı Türkiye Barolar Birliği’nin, davaya konu ettiği Yönetmelik hükümleri ile arasında güncel, kişisel ve

meşru bir menfaat ilişkisinin bulunduğu kabulüne olanak bulunmadığı gerekçesiyle, davanın ehliyet yönünden reddine karar verilmiştir.

Bu karara karşı, davacı esas, davalı idare ise vekalet ücreti yönünden temyiz isteminde bulunmakta ve kararın bozulmasını istemektedir.

Davacının esas yönünden temyiz istemine ilişkin olarak;

Danıştay Sekizinci Dairesince verilen karar, esas yönünden hukuka uygun olduğundan ve bozulmasını gerektirecek bir neden bulunmadığından, davacının esasa ilişkin temyiz istemi yerinde görülmemiştir.

Davalı idarenin vekalet ücreti yönünden temyiz istemine ilişkin olarak;

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 31. maddesinin yargılama giderleri konusunda yollama yaptığı 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 323. maddesinde, vekille takip edilen davalarda kanun gereğince takdir olunacak vekâlet ücreti yargılama giderleri arasında sayılmış; 326. maddesinde ise, yargılama giderlerinin aleyhine hüküm verilen taraftan alınmasına karar verileceği hüküm altına alınmıştır.

1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun "Avukatlık Ücreti" başlıklı 164. maddesinde, avukatlık ücretinin, avukatın hukuki yardımının karşılığı olan meblağı veya değeri ifade ettiği; 168. maddesinin son fıkrasında ise, avukatlık ücretinin takdirinde, hukuki yardımın tamamlandığı veya dava sonunda hüküm verildiği tarihte yürürlükte olan tarifenin esas alınacağı kurala bağlanmıştır.

Öteyandan, 02/11/2011 günlü, 28103 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 659 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 6. maddesi ile, idareleri idari yargı mercilerinde temsil etme yetkisi, hukuk birimi amirlerine, muhakemat müdürlerine, hukuk müşavirlerine ve avukatlara tanınmış; aynı Kanun Hükmünde Kararname'nin 14. maddesinde ise, "*Tahkim usulüne tabi olanlar dahil adli ve idari davalar ile icra dairelerinde idarelerin vekili sıfatıyla hukuk birimi amirleri, muhakemat müdürleri, hukuk müşavirleri ve avukatlar tarafından yapılan takip ve duruşmalar için, bu davaların idareler lehine neticelenmesi halinde, bunlar tarafından temsil ve takip edilen dava ve işlerde ilgili mevzuata göre hükmedilmesi gereken tutar üzerinden idareler lehine vekâlet ücreti takdir edilir.*" hükmüne yer verilmiştir.

Alıntısı yapılan mevzuat hükümleri uyarınca, hukuk birimi amirleri, muhakemat müdürleri, hukuk müşavirleri veya avukatlar tarafından takip edilip idareler lehine sonuçlanan davalarda, dava 659 sayılı KHK'nın yürürlüğe girmesinden önce açılmış olsa dahi, 659 sayılı KHK'nın yürürlüğünden sonra karar verilmiş olması durumunda, ilgili mevzuata göre hükmedilmesi gereken tutar üzerinden idareler lehine vekâlet ücreti takdir edilmesi zorunlu olup, "ilgili mevzuat" ifadesinden Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi'nin anlaşılması gerektiği de açıktır.

Dosyanın incelenmesinden; davalı Milli Eğitim Bakanlığı'nın yargılama sürecinde hukuk müşaviri aracılığıyla temsil edildiği ve hukuk müşaviri tarafından yasal süresi içinde savunma verildiği anlaşıldığından, ehliyet ret kararı ile sonuçlanan bu davada, davalı Milli Eğitim Bakanlığı lehine vekâlet ücretine hükmedilmemesinde hukuka uyarlık bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle; davacının temyiz isteminin reddine, Danıştay Sekizinci Dairesi'nin 23/10/2017 günlü ve E:2017/5220, K:2017/7365 sayılı kararının esası yönünden ONANMASINA oyçokluğu, davalı idarenin vekalet ücreti yönünden temyiz isteminin ise kabulü ile anılan kararın vekalet ücreti yönünden BOZULMASINA oybirliği ile, kesin olarak, 16/05/2018 gününde karar verildi.

KARŞI OY

X- 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 76. maddesinde, Barolar; avukatlık mesleğini geliştirmek, meslek mensuplarının birbirleri ve iş sahipleri ile olan ilişkilerinde dürüstlüğü ve güveni sağlamak, meslek düzenini, ahlakını, saygınlığını, hukukun üstünlüğünü, insan haklarını savunmak ve korumak, avukatların ortak ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla tüm çalışmalarını yürüten, tüzel kişiliği bulunan, çalışmalarını demokratik ilkelere göre sürdüren kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşları olarak tanımlanmış; 109. maddesinde, Türkiye Barolar Birliği'nin bütün baroların katılmasıyla oluşan, tüzel kişiliğe sahip, kamu kurumu niteliğinde bir meslek kuruluşu olduğu belirtilmiştir; Türkiye Barolar Birliği'nin görevlerinin sayıldığı 110. maddesinin 3. bendinde, Türkiye Barolar Birliği'nin, Baro mensuplarının genel menfaatlerini korumakla görevli olduğu ifade edildikten sonra 17. bendinde, Türkiye Barolar Birliği'nin, hukukun üstünlüğünü ve insan haklarını savunmak, korumak ve bu kavramlara işlerlik kazandırmakla görevli olduğu da vurgulanmıştır.

1136 sayılı Kanundaki bu düzenlemeler karşısında, gerek Baroların gerekse Türkiye Barolar Birliği'nin, mesleki bir örgüt olmak ve meslek mensuplarının genel menfaatlerini gözetmenin ötesinde hukukun üstünlüğünü, insan haklarını savunmak ve korumak gibi bir işlev yüklenmesi nedeniyle diğer meslek örgütlerinden farklı bir konuma sahip olduğu açıktır.

Bu itibarla, Barolar ve Türkiye Barolar Birliği tarafından açılan davalarda, dava açma ehliyetinin bulunup bulunmadığı saptanırken, iptal davasının genel amacının yanı sıra, dava konusu idari işlemin, hukukun üstünlüğünü, hukuk devleti ilkesini, genel kamu yararı, Anayasa ile koruma altına alınan eşitlik, kişinin dokunulmazlığı, özel hayatın gizliliği, kanunsuz suç ve ceza olamayacağı gibi temel insan haklarını ihlal edip etmediğine ve yargı kararlarının uygulanmaması veya geçersiz kılınması gibi hukuk devleti ilkesini zedeleyen bir durumun olayda söz konusu olup olmadığına bakılarak menfaat ilgisinin olaya özgü, ancak daha geniş yorumlanması gerekmektedir.

Kaldı ki dava açma ehliyeti, davanın esasının incelenbilmesinin ön koşuludur. Bu aşamada davacı iddialarının hukuken doğru olup olmadığı yönünde bir değerlendirme yapılmaz. Davada menfaat ihlalinin olup olmadığının saptanabilmesi için, öncelikle davacının iddialarına bakılmalıdır.

Dava; dava konusu edilen Yönetmelik hükümlerinin, Anayasa'nın "Ailenin korunması ve çocuk hakları" başlıklı 41. ve "Gençliğin korunması" başlıklı 58. maddelerine, dengeli ve sağlıklı birey yetiştirme amacını öngören Milli Eğitim Temel Kanunu'na, Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi'ne aykırı olduğu iddialarıyla açılmıştır.

Bu hukuka aykırılık nedenleri dikkate alındığında, Türkiye Barolar Birliği'nin, toplumun genelini ilgilendiren, genel kamu yararı ve düzeni ile ilgili olan dava konusu düzenleyici işlemin iptalini istemekte, kişisel, meşru ve güncel menfaat ihlali şartının gerçekleştiği sonucuna ulaşmıştır.

Açıklanan nedenlerle; Türkiye Barolar Birliği'nin bu davada dava açma ehliyeti bulunduğundan, temyize konu Daire kararının esası yönünden bozulması gerektiği oyuyla, karara katılmıyoruz.

DANIŞTAY İDARİ DAVA DAİRELERİ KURULU

E. 2017/2931

K. 2017/4533

Temyiz Eden (Davacı) : Türkiye Barolar Birliği Başkanlığı

Oğuzlar Mah. Barış Manęo Cad. Av. Özdemir Özok Sk. No:8

Balgat/ANKARA

Vekili :

Karşı Taraf (Davalı) : Başbakanlık- ANKARA

Vekilleri :

İstemın Özeti : Danıştay Sekizinci Dairesi'nin 11/07/2017 günlü, E:2017/4618, K:2017/6248 sayılı kararının temyizden incelenerek bozulması, davacı tarafından istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : Danıştay Sekizinci Dairesi'nce verilen kararın usul ve hukuka uygun bulunduğu ve temyiz dilekçesinde öne sürülen nedenlerin, kararın bozulmasını gerektirecek nitelikte olmadığı belirtilerek temyiz isteminin reddi gerektiği savunulmaktadır.

Danıştay Tetkik Hakimi :

Düşüncesi : Davacı Barolar Birliği'nin dava konusu Yönetmeliğin iptalini istemekte, kişisel, meşru ve güncel menfaati bulunduğundan, temyiz isteminin kabulü ile Daire kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunca dosya incelendi, gereği görüşüldü:

Dava; 06/05/2017 günlü, 30058 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren “Özel Öğrenci Barınma Hizmetleri Yönetmeliği”nin 3. maddesinin (i) bendinin, 25. maddesinin 4. fıkrasının (b) bendinde yer alan “ortaöğretim kurumları ve” ibaresinin, 9. maddesinin 2. fıkrasında yer alan “ve pansiyon ” ibaresinin, 19. maddesinin 1. fıkrasının, 28. maddesinin 9. fıkrasının, 23. maddesinin 4. fıkrasının ve 38. maddesinin 2. fıkrasında yer alan “veya resmi bir ortaöğretim kurumu müdürü” ibaresinin iptali istemiyle açılmıştır.

Danıştay Sekizinci Dairesi’nin 11/07/2017 günlü, E:2017/4618, K:2017/6248 sayılı kararıyla; 1136 sayılı Avukatlık Kanunu’nun 4667 sayılı Yasa ile değişik 76. maddesinde; baroların avukatlık mesleğini geliştirmek, meslek mensuplarının birbirleri ve iş sahipleri ile olan ilişkilerinde dürüstlüğü ve güveni sağlamak; meslek düzenini, ahlakını, saygınlığını, hukukun üstünlüğünü, insan haklarını savunmak ve korumak, avukatların ortak ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla tüm çalışmalarını yürüten, tüzel kişiliği bulunan, çalışmalarını demokratik ilkelere göre sürdüren kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşu olarak tanımlandığı, yine aynı Yasanın “Baro Yönetim Kurulu”nun görevlerinin sayıldığı 95. maddesinin 21. bendinde de, yönetim kurulunun, hukukun üstünlüğünü ve insan haklarını savunmak, korumak ve bu kavramlara işlerlik kazandırmakla görevli olduğunun belirlendiği, bu durumda, Avukatlık Kanununun 76. maddesinde sayılan baroların görevleri gözönünde bulundurulduğunda, dava konusu Yönetmelik ile davacı Baronun doğrudan hak ve menfaatlerinin etkilenmediği; anılan yasa maddesinin de davacıya hukuken böyle bir hak tanımayacağı açık olduğundan, davanın ehliyet yönünden reddine karar verilmiştir.

Davacı, anılan kararı temyiz etmekte ve bozulmasını istemektedir.

Temyiz edilen kararla ilgili dosyanın incelenmesinden; Danıştay Sekizinci Dairesi’nce verilen kararın usul ve hukuka uygun bulunduğu, dilekçede ileri sürülen temyiz nedenlerinin kararın bozulmasını gerektirecek nitelikte olmadığı anlaşıldığından, davacının temyiz isteminin reddine, Danıştay Sekizinci Dairesi’nin 11/07/2017 günlü, E:2017/4618, K:2017/6248 sayılı kararının ONANMASINA, kesin olarak, 25/12/2017 gününde oyçokluğu ile karar verildi.

KARŞI OY

X- 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 76. maddesinde; baroların avukatlık mesleğine mensup olanların müşterek ihtiyaçlarını karşılamak, mesleki faaliyetlerini kolaylaştırmak, avukatlık mesleğinin genel menfaatlere uygun olarak gelişmesini sağlamak **amacıyla** kurulmuş meslek kuruluşları olduğu belirtilmiş iken 10/05/2001 günlü, 24398 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 4667 sayılı Kanun ile 1136 sayılı Kanunun 76. maddesinde değişiklik yapılarak; barolar, avukatlık mesleğini geliştirmek, meslek mensuplarının birbirleri ve iş sahipleri ile olan ilişkilerinde dürüstlüğü ve güveni sağlamak, meslek düzenini, ahlakını, saygınlığını, hukukun üstünlüğünü, insan haklarını savunmak ve korumak, avukatların ortak ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla tüm çalışmaları yürüten, tüzel kişiliği bulunan, çalışmalarını demokratik ilkelere göre sürdüren kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşu olarak tanımlanmış;1136 sayılı Kanunun Baro Yönetim Kurulu'nun görevlerinin düzenlendiği 95. maddesine yine 4667 sayılı Kanun ile eklenen 21. bentte de, yönetim kurulunun, hukukun üstünlüğünü ve insan haklarını savunmak, korumak ve bu kavramlara işlerlik kazandırmakla görevli olduğu belirtilmiştir.

1136 sayılı Kanunun 76. ve 95/21. maddelerinde yapılan ve yukarıda açıklanan yasal değişiklikten sonra baroların; mesleki bir örgüt olmanın ötesinde hukukun üstünlüğünü, insan haklarını savunmak ve korumak gibi bir işlev yüklenmesi nedeniyle diğer meslek örgütlerinden farklı bir konuma sahip olduğu açıktır.

Danıştay kararları ışığında konuya bakıldığında; Avukatlık Yasası'nda yapılan değişiklikten sonra açılan davalarda dava açma ehliyetinin bulunup bulunmadığı saptanırken, iptal davasının genel amacının yanı sıra dava konusu idari işlemin, hukukun üstünlüğünü, hukuk devleti ilkesini, genel kamu yararı, Anayasa ile koruma altına alınan eşitlik, kişinin dokunulmazlığı, özel hayatın gizliliği, kanunsuz suç ve ceza olmayacağı gibi temel insan haklarını ihlal edip etmediğine ve yargı kararlarının uygulanmaması veya geçersiz kılınması gibi hukuk devleti ilkesini zedeleyen bir durumun olayda söz konusu olup olmadığına bakılarak menfaat ilgisinin olaya özgü, ancak daha geniş yorumlandığı görülmektedir.

Dava açma ehliyeti, davanın esasının incelenbilmesinin ön koşuludur. Bu aşamada davacı iddialarının hukuken doğru olup olmadığı yönünde bir değerlendirme yapılamaz. Davada menfaat ihlalinin olup olmadığına

saptanabilmesi için, öncelikle davacının iddialarına bakılması gerekmektedir. Dava, 06/05/2017 günlü, 30058 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren “Özel Öğrenci Barınma Hizmetleri Yönetmeliğinin çeşitli maddelerinin, Anayasa’nın 2., 41. ve 58. maddelerine, Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi’ne, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne ve 1739 sayılı Milli Eğitim Temel Kanunu’na aykırı olduğu iddialarıyla açılmıştır.

Bu itibarla, davacı Türkiye Barolar Birliği Başkanlığı’nın hukuka aykırılık iddiaları da dikkate alındığında, dava konusu düzenlemenin iptalini istemekte, kişisel, meşru ve güncel menfaat ihlali şartının gerçekleştiği sonucuna ulaşılmıştır.

Açıklanan nedenlerle, Türkiye Barolar Birliği Başkanlığı’nın bu davada dava açma ehliyeti bulunduğundan, Daire kararının bozulmasına karar verilmesi gerektiği oyuyla, karara katılmıyoruz.

DANIŞTAY İDARİ DAVA DAİRELERİ KURULU

E. 2015/981

K. 2015/3942

Temyiz Eden (Davalı) : Balıkesir Valiliği / BALIKESİR

Karşı Taraf (Davacılar) : 1-

2-

Vekili :

İstemin Özeti : Balıkesir İdare Mahkemesinin 29/01/2015 günlü, E:2015/98, K:2015/130 sayılı ısrar kararının, davalı İdare tarafından temyizden incelenerek bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : İdare Mahkemesince verilen ısrar kararının usul ve hukuka uygun bulunduğu ve temyiz dilekçesinde öne sürülen nedenlerin, kararın bozulmasını gerektirecek nitelikte olmadığı belirtilerek temyiz isteminin reddedilmesi gerektiği savunulmaktadır.

Danıştay Tetkik Hakimi :

Düşüncesi : Yürürlüğe girdiği tarihteki adıyla 24/5/1983 günlü, 2828 sayılı Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Kanunu, 6 Kasım 1983 genel seçimlerinden önce Milli Güvenlik Konseyi'nce çıkarılmıştır. 1982 Anayasasının, geçici 15. maddesinde, 12 Eylül 1980 tarihinden, ilk genel seçimler sonucu toplanacak Türkiye Büyük Millet Meclisinin Başkanlık Divanını oluşturuncaya kadar geçecek süre içinde, yasama ve yürütme yetkilerini Türk milleti adına kullanan, 2356 sayılı Kanunla kurulu Millî Güvenlik Konseyinin, bu Konseyin yönetimi döneminde kurulmuş hükümetlerin, 2485 sayılı Kurucu Meclis Hakkında Kanunla görev ifa eden Danışma Meclisinin her türlü karar ve tasarruflarından dolayı haklarında cezaî, malî veya hukukî sorumluluk iddiası ileri sürülemeyeceği, bu maksatla herhangi bir yargı

merciine başvurulamayacağı düzenlenmiş iken anılan madde, 7/10/2010 günlü, 5982 sayılı Yasanın 24. maddesiyle yürürlükten kaldırılmıştır.

4721 sayılı Türk Medenî Kanununun 346 ve 347 nci maddelerinde, 9/1/2003 tarihli ve 4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanunun 4. ve 6 ıncı maddesinin ikinci fıkrasının (b) bendinde, 3/7/2005 tarihli ve 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanununun 5/1-c ve 7. maddelerinde, koruyucu aile kurumu, korunmaya muhtaç veya korunma ihtiyacı içinde olan çocuklara yönelik mahkemelerce verilen bir koruma tedbiri olarak kabul edilmiş ve koruyucu aileyi seçme ve çocuğun koruyucu aileye yerleştirilmesi hususunda hâkime mutlak yetki tanımış iken, 2828 sayılı Sosyal Hizmetler Kanunu'nun 23. maddesi ve bu maddeye dayanılarak çıkarılan ve 14/12/2012 günlü, 28497 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren Koruyucu Aile Yönetmeliğinde, koruyucu aile kurumunun hâkimin izin, denetim ve kararına bağlı bir koruma tedbiri olduğu göz ardı edilmiş ve bu alan idarenin tasarrufuna terk edilmiştir. Bu durum ise, hakim kararıyla verilen tedbir kararının içeriğinin idari bir işlemle değiştirilmesi anlamına gelmektedir. Oysa, bir idari tasarruf ile yargı organlarınca verilen kararın ortadan kaldırılması ve yargıya verilmiş bir yetkinin idarece kullanılması olanaklı değildir. Fonksiyon gaspı niteliğindeki bu düzenleme, Anayasada yer alan kuvvetler ayrılığı ilkesine aykırılık teşkil ettiğinden, 2828 sayılı Yasanın 23. maddesinin Anayasaya aykırı olduğundan bahisle iptal edilmesi için Anayasa Mahkemesine başvurulması gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunca dosya incelendi, gereği görüldü:

Dava, 13/10/2008 tarihinden itibaren koruyucu aile sözleşmesi ile S.A. ve A.K.'nın koruyucu aileliğini üstlenen davacıların, Koruyucu Aile Yönetmeliğinin 22. maddesinin 1. fıkrasının (b) bendi uyarınca koruyucu aile statülerinin iptal edilmesine ilişkin 15/02/2013 günlü, 1154 sayılı Balıkesir Valiliği işleminin iptali istemiyle açılmıştır.

Balıkesir İdare Mahkemesinin 10/01/2014 günlü, E:2013/609, K:2014/31 sayılı kararıyla; davacılardan Murat Demir'e isnad edilen eylemin subüt bulmadığı, Balıkesir 3. Asliye Ceza Mahkemesinin 26/06/2013 günlü, E: 2013/63, K:2013/425 sayılı kararı ile adı geçen kişinin beraat ettiği, S.A. ve

A.K. ile yapılan görüşmelerde, herhangi bir travmatik bulguya rastlanmadığı, dolayısıyla davacıların sosyal ilişkileri açısından toplumun norm ve değerlerine aykırı düşen davranışlarından söz edilemeyeceğinden, Koruyucu Aile Yönetmeliğinin 22. maddesinin 1. fıkrasının (b) bendi uyarınca davacıların koruyucu aile statülerinin iptal edilmesine ilişkin dava konusu işlemde hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle işlemin iptaline karar verilmiştir.

Anılan karar, Danıştay 10. Dairesinin 17/10/2014 günlü, E:2014/1355, K:2014/5940 sayılı kararıyla; 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun "Koruma Önlemleri" başlıklı 346. ve 347. maddeleri ile, 2828 sayılı Sosyal Hizmetler Kanunu'nun ve 14/12/2012 günlü, 28497 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren Koruyucu Aile Yönetmeliği'nin ilgili hükümleri ve 4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanununun 1., 4. ve 6. maddelerinin birlikte değerlendirilmesinden, koruyucu aileyle ilişkin hizmetlerin, koruyucu ve destekleyici tedbirler arasında sayılan "bakım tedbiri" kapsamında değerlendirildiği, bu nedenle, 4787 sayılı Yasa uyarınca küçükler hakkında koruyucu, destekleyici ve sosyal nitelikteki tedbir kararlarının aile mahkemesi tarafından alınacağı hususu gözönüne alındığında, koruyucu aile hizmetlerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların da aile mahkemesi tarafından karara bağlanması gerektiği, her ne kadar, Koruyucu Aile Yönetmeliği ile idareye koruyucu aile sözleşmesinin imzalanması ve iptali konusunda yetki verilmiş ise de, söz konusu yetkilerin idari faaliyetle ilgili bulunmayıp, özel hukuk alanında hüküm ve sonuç doğurduğu, bu kapsamda, davacıların koruyucu aile statüsü, davalı idarece kamu gücü kullanımı ile tek yanlı olarak iptal edilmiş ise de; dava konusu işlemin, küçükler hakkında alınan "bakım tedbiri" kapsamında olması ve sonuçlarını özel hukuk alanında doğurması nedeniyle, uyuşmazlığın adli yargı yerinin görev alanına girdiği, İdare Mahkemesince, davanın görev yönünden reddi yolunda karar verilmesi gerekirken, işin esasına geçilmek suretiyle karar verilmesinde hukuki isabet bulunmadığı gerekçesiyle bozulmuş ise de; İdare Mahkemesi, bozma kararına uymayarak ilk kararında ısrar etmiştir.

Davalı idare, Balıkesir İdare Mahkemesinin 29/01/2015 günlü, E:2015/98, K:2015/130 sayılı ısrar kararını temyiz etmekte ve bozulmasını istemektedir.

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun "Koruma Önlemleri" başlıklı 346. maddesinde, çocuğun menfaati ve gelişmesi tehlikeye düştüğü takdirde, ana ve baba duruma çare bulamaz veya buna güçleri yetmezse hakimin, çocuğun korunması için uygun önlemleri alacağı, 347. maddesinde, çocuğun bedensel

ve zihinsel gelişmesi tehlikede bulunur veya çocuk manen terk edilmiş halde kalırsa hakimin, çocuğu ana ve babadan alarak bir aile yanına veya bir kuruma yerleştirebileceği kurala bağlanmıştır.

4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanununun 4. maddesinde, aile mahkemelerinin, 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nun Üçüncü Kısım hariç olmak üzere İkinci Kitabı ile 4722 sayılı Türk Medenî Kanunu'nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'a göre aile hukukundan doğan dava ve işleri göreceği ve Kanunlarla verilen diğer görevleri yerine getireceği, 6. maddesinin 2. fıkrasının (b) bendinde, aile mahkemesinin, bedensel ve zihinsel gelişmesi tehlikede bulunan veya manen terk edilmiş halde kalan küçüğü, ana ve babadan alarak bir aile yanına veya resmî ya da özel sağlık kurumuna veya eğitimi güç çocuklara mahsus kuruma yerleştirmeye karar verebileceği düzenlenmiştir.

15/7/2005 günlü, 25876 sayılı Resmi Gazetede yayınlanan 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanununun "Koruyucu ve Destekleyici Tedbirler" başlıklı 5. maddesinin 1. fıkrasında, koruyucu ve destekleyici tedbirlerin, çocuğun öncelikle kendi aile ortamında korunmasını sağlamaya yönelik danışmanlık, eğitim, bakım, sağlık ve barınma konularında alınacak tedbirler olduğu, anılan fıkranın (c) bendinde ise, "bakım tedbirinin," çocuğun bakımından sorumlu olan kimsenin herhangi bir nedenle görevini yerine getirememesi halinde, çocuğun resmi veya özel bakım yurdu ya da koruyucu aile hizmetlerinden yararlandırılması veya bu kurumlara yerleştirilmesine yönelik tedbir olduğu ifade edilmiştir.

27/5/1983 tarih ve 18059 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 2828 sayılı Sosyal Hizmetler Kanunu'nun "Tanımlar" başlıklı 3. maddesi (b) bendinde, "korunmaya muhtaç çocuk" kavramının; beden, ruh ve ahlak gelişimleri veya şahsi güvenlikleri tehlikede olup;

1) Ana veya babasız, ana ve babasız

2) Ana veya babası veya her ikisi de belli olmayan,

3) Ana ve babası veya her ikisi tarafından terkedilen çocuğu ifade ettiği, "Korunma Kararı" başlıklı 22. maddesinde, korunmaya muhtaç çocukların reşit oluncaya kadar bu Kanun hükümlerine göre Kurumca kurulan sosyal hizmet kuruluşlarında bakılıp yetiştirilmeleri ve bir meslek sahibi edilmeleri hususundaki gerekli tedbir kararının yetkili ve görevli mahkemece alınacağı,

bu karar için gerekli belgelerin Kurumca düzenlenerek ilgili mahkemeye gönderileceği, "Koruyucu Aile" başlıklı 23. maddesinde; mahkemece korunma kararı alınan korunmaya muhtaç çocuğun bakımı ve yetiştirilmesinin, bu Kanuna göre kurulmuş kuruluşlarda olduğu kadar Kurumun denetim ve gözetiminde bir "Koruyucu Aile" tarafından da yerine getirilebileceği, koruyucu ailenin, korunmaya muhtaç çocuğun bakımını ve yetiştirilmesini gönüllü olarak üstlenebileceği gibi Kurumca tespit edilecek ve ödenecek bir ücret karşılığında da yapabileceği, koruyucu ailelerin seçimine, çocukla ilgili sorumluluklarına, Kurumla olan ilişkilerine, hizmetin işleyişine ve aileye bu hizmeti karşılığı ödenecek ücrete ilişkin esasların bir yönetmelikle düzenleneceği kurala bağlanmıştır.

14/12/2012 günlü, 28497 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren Koruyucu Aile Yönetmeliği'nin "Tanımlar" başlıklı 4. maddesinin 1. fıkrasının (d) bendinde, "çocuğun": Sosyal Hizmetler Kanununun 3'üncü maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi, 22'nci maddesi ve 24'üncü maddesi ile 3/7/2005 tarihli ve 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanununun 3'üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi, 5'inci maddesinin birinci fıkrasının (c) bendi ve 9'uncu maddesi çerçevesinde, hakkında yetkili ve görevli mahkemece verilen korunma kararı, acil korunma kararı ya da bakım tedbiri alınan çocuklar ile hakkında mahallin mülki amiri tarafından acil korunma kararı alınan veya bakım onayı verilen çocuğu; (h) bendinde "koruyucu ailenin"; yönetmelikte belirlenen esas ve usuller çerçevesinde korunmayı gerektiren duruma göre belirlenen sürede, il veya ilçe müdürlükleri denetiminde, ödeme karşılığı ya da karşılıksız olarak çocuğun bakımını ve yetiştirilmesini üstlenen, aile ortamında yaşamını sağlayan, tercihen (j), (k), (s) bentlerinde tanımlanan eğitimlerden en az birini almış ve (a), (e), (r), (ş) bentlerinde tanımlanan modeller kapsamındaki aileyi veya kişiyi ifade edeceği; 5. maddesinde, koruyucu aile hizmetinin, Bakanlıkça belirlenen esaslar çerçevesinde Genel Müdürlüğün koordinasyonunda il veya ilçe müdürlüklerinde oluşturulan komisyonlar ile bu hizmet kapsamında görevlendirilen sosyal çalışma görevlisi tarafından yürütüleceği; 22. maddesinde, a) Çocuğu ihmal ve istismar ettiğinin, kötü muameleye maruz bıraktığının belirlenmesi, b) Sosyal ilişkileri açısından toplumun norm ve değerlerine aykırı düşen davranışlarının gözlenmesi, c) Fizik ve ruh sağlığının, çocuğun bakımını etkileyecek derecede bozulmuş olduğunun Devlet ya da üniversite hastanelerince doktor raporu ile belirlenmesi, ç) 8 inci maddenin dokuzuncu fıkrasının (d) bendine göre sahip olduğu şartı yitirmesi, d) Mesleki danışmanlık hizmeti ve yönlendirmelere uygun davranmaması, e) Geçici

koruyucu ailenin çocuk yerleştirme önerilerini mazeretsiz olarak üç kereden fazla kabul etmemesi hallerinde Koruyucu aile statüsünün iptal edileceği hükme bağlanmıştır.

Davacıların, koruyucu aile sözleşmeleri ile S.A. ve A.K. isimli iki çocuğun koruyucu ailesi oldukları, davacıardan ... hakkında, "Şiddet kullanarak, hayvanlarla, ölmüş insan bedeni ile ilgili müstehcen yayın üretmek ve satmak" suçundan dolayı dava açılmış olması nedeniyle, Koruyucu Aile Komisyonunun 14/02/2013 günlü kararı ile Koruyucu Aile Yönetmeliğinin 22. maddesinin 1. fıkrasının (b) bendi uyarınca koruyucu aile statülerinin iptal edilmesi üzerine bakılan davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

Koruyucu aile sözleşmeleri, her ne kadar idari nitelikteki sözleşmeler ise de, hüküm ve sonuçlarını özel hukuk alanında doğurmaları nedeniyle, salt idari nitelikte olmaları, bu sözleşmelerden doğacak uyuşmazlıkların idare mahkemelerince çözümlenmesi sonucunu doğurmayacaktır.

Yukarıda belirtilen mevzuat hükümlerinin incelenmesinden, koruyucu aileye ilişkin hizmetlerin, koruyucu ve destekleyici tedbirler arasında sayılan "bakım tedbiri" kapsamında olması, hüküm ve sonuçlarını özel hukuk alanında doğurması ve 4787 sayılı Yasa uyarınca küçükler hakkında tedbir kararlarının aile mahkemesi tarafından alınacağı hususları birlikte değerlendirildiğinde, koruyucu aile hizmetlerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların, süreç bir bütün olarak değerlendirilmek suretiyle, aile mahkemeleri tarafından karara bağlanması gerekmektedir.

Açıklanan nedenlerle, davalı idarenin temyiz isteminin kabulüne, Balıkesir İdare Mahkemesince verilen 29/01/2015 günlü, E:2015/98, K:2015/130 sayılı ısrar kararının BOZULMASINA, dosyanın anılan İdare Mahkemesine gönderilmesine, kararın tebliğ tarihini izleyen 15 (onbeş) gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 05/11/2015 tarihinde oyçokluğu ile karar verildi.

KARŞI OY :

X- 2828 sayılı Sosyal Hizmetler Kanunu'nun "Korunma Kararı" başlıklı 22. maddesinde, korunmaya muhtaç çocukların reşit oluncaya kadar bu Kanun hükümlerine göre Kurumca kurulan sosyal hizmet kuruluşlarında bakılıp yetiştirilmeleri ve bir meslek sahibi edilmeleri hususundaki gerekli

tedbir kararının yetkili ve görevli mahkemece alınacağı, bu karar için gerekli belgelerin Kurumca düzenlenerek ilgili mahkemeye gönderileceği, "Koruyucu Aile" başlıklı 23. maddesinde; mahkemece korunma kararı alınan korunmaya muhtaç çocuğun bakımı ve yetiştirilmesinin, bu Kanuna göre kurulmuş kuruluşlarda olduğu kadar Kurumun denetim ve gözetiminde bir "Koruyucu Aile" tarafından dayerine getirilebileceği, koruyucu ailenin, korunmaya muhtaç çocuğun bakımını ve yetiştirilmesini gönüllü olarak üstlenebileceği gibi Kurumca tespit edilecek ve ödenecek bir ücret karşılığında da yapabileceği, koruyucu ailelerin seçimine, çocukla ilgili sorumluluklarına, Kurumla olan ilişkilerine, hizmetin işleyişine ve aileye bu hizmeti karşılığı ödenecek ücrete ilişkin esasların bir yönetmelikle düzenleneceği kurala bağlanmıştır.

14/12/2012 günlü, 28497 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren Koruyucu Aile Yönetmeliği'nin 22. maddesinde, a) Çocuğu ihmal ve istismar ettiğinin, kötü muameleye maruz bıraktığının belirlenmesi, b) Sosyal ilişkileri açısından toplumun norm ve değerlerine aykırı düşen davranışlarının gözlenmesi, c) Fizik ve ruh sağlığının, çocuğun bakımını etkileyecek derecede bozulmuş olduğunun Devlet ya da üniversite hastanelerince doktor raporu ile belirlenmesi, ç) 8 inci maddenin dokuzuncu fıkrasının (d) bendine göre sahip olduğu şartı yitirmesi, d) Mesleki danışmanlık hizmeti ve yönlendirmelere uygun davranmaması, e) Geçici koruyucu ailenin çocuk yerleştirme önerilerini mazeretsiz olarak üç kereden fazla kabul etmemesi hallerinde Koruyucu aile statüsünün iptal edileceği hükme bağlanmıştır.

Dava, davacıların koruyucu aile statülerinin iptaline ilişkin işlemin iptali istemiyle açılmış olup, söz konusu işlem, davalı idarenin kamu gücüne dayalı ve tek yanlı olarak tesis ettiği bir idari işlem niteliğinde olduğundan, bu işlemin hukuka uygunluk denetiminde idari yargı yerleri görevli bulunmaktadır.

Bu nedenle, İdare Mahkemesinin işin esası hakkında verdiği kararın, adli yargı yerinin görevli olduğu gerekçesiyle görev yönünden bozulması yönündeki karara katılmıyoruz.

Çocuk İstismarının Önlenmesine, Çocuğun Yayın ve İnternet Ortamında Korunmasına İlişkin Kararlar

-
- *Karar No IV.15: Danıştay 13. Daire E. 2017/3082 K. 2018/966*
 - *Karar No IV.16: Danıştay 13. Daire E. 2014/4449 K. 2018/608*
 - *Karar No IV.17: Danıştay 13. Daire E. 2017/1906 K. 2020/1651*
 - *Karar No IV.18: Danıştay 10. Daire E. 2016/12975 K. 2020/3048*
 - *Karar No IV.19: Danıştay 16. Daire E. 2015/12766 K. 2015/2482*
-

DANIŞTAY 13. DAİRE

E. 2017/3082

K. 2018/966

Temyiz İsteminde Bulunan (Davalı) : Radyo ve Televizyon Üst Kurulu

Bilkent Plaza, B2 Blok Bilkent / ANKARA

Vekili :

Karşı Taraf (Davacı) : ... Medya Hizmetleri A.Ş.

(... Televizyon Yayıncılık A.Ş.)

Vekili :

İstemın Özeti : Ankara 12. İdare Mahkemesi'nin davanın reddi yolundaki 22.12.2016 tarih ve E:2016/1438, K:2016/4779 sayılı kararına yönelik olarak yapılan istinaf başvurusunun kabulüne ilişkin Ankara Bölge İdare Mahkemesi Sekizinci İdarî Dava Dairesi'nce verilen 11.10.2017 tarih ve E:2017/851, K:2017/645 sayılı kararın; yayıncı ve yapımcılar tarafından bir reyting malzemesi olarak görülen çocuk ve gençlerin ajitasyon içeren haberlere konu edilerek kurban sıfatına sürüklendiği, popüler kültür içinde bir malzeme olarak kullanıldığı, günübirlik şöhretlere kavuşturularak medyanın tüketimine sunulduğu ve sömürüldüğü, Dünya Sağlık Örgütü'nün 1999 yılında yaptığı tanıma göre, bir çocuğun sağlığına, yaşamına, gelişimine haysiyetine, güvenine ve gücüne zarar verebilecek her türlü davranışın çocuk istismarı olarak adlandırıldığı, Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 19. maddesinde yer alan "Taraf Devletler, çocuğun ana-babasının ya da onlardan yalnızca birinin, yasal vasi veya vasilerinin ya da bakımını üstlenen herhangi bir kişinin yanında iken bedensel veya zihinsel saldırı, şiddet veya suistimale, ihmâl ya da ihmâlkâr muameleye, ırza geçme dâhil her türlü istismar ve kötü muameleye karşı korunması için, yasal, idarî, toplumsal, eğitsel bütün önlemleri alırlar..." düzenlemesi uyarınca çocukların istismara

karşı korunmalarının uluslararası sözleşme ile güvence altında alındığı, kamusal nitelikte olan, devletin ve toplumun yararını ilgilendiren bu konularda çocuğun anne-babasının rızasının etkisiz olduğu, zîra rızanın hukuka uygunluk sebebi olabilmesi için, konusunun kanuna, ahlâka ve adaba aykırı olmaması gerektiği, istismar çeşitlerinin fiziksel, duygusal, cinsel, ekonomik ve ihmâl olmak üzere 5 ana başlıkta toplandığı, en basit hâliyle reyting kaygısına kurban edilen çocuğun söz konusu olduğu ve bunun da çocuğun ekonomik anlamda sömürüldüğü anlamına geldiği, çocuğun yaşı dikkate alındığında görüntülerine yer verilmesinin çocuk üzerinde yaratacağı etkinin duygusal anlamda istismara neden olduğu, bilirkişi incelemesi yapılmadan verilen Mahkeme kararının eksik incelemeye dayalı olduğu ileri sürülerek bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : Temyiz isteminin reddi ile usul ve yasaya uygun olan Bölge İdare Mahkemesi kararının onanması gerektiği savunulmaktadır.

Danıştay Tetkik Hâkimi ... Düşüncesi : Temyiz isteminin kabulü gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Karar veren Danıştay Onüçüncü Dairesi'nce, Tetkik Hâkiminin açıklamaları dinlendikten ve dosyadaki belgeler incelendikten sonra, dosya tekemmül ettiğinden yürütmenin durdurulması istemi hakkında ayrıca bir karar verilmeksizin işin gereği görüldü:

Dava, ... TV logosuyla yayın yapan davacı yayın kuruluşu tarafından 24-25.12.2015 tarihlerinde yayınlanan “..” adlı programda 6112 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun’un 8. maddesinin birinci fıkrasının (ğ) bendinde yer alan yayın ilkesinin ihlâl edildiğinden bahisle davacı şirkete “Uyarı” yaptırımını uygulanmasına ilişkin Radyo ve Televizyon Üst Kurulu’nun 28.01.2016 tarih ve 2016/06 nolu toplantısında alınan 118 nolu kararının iptali istemiyle açılmıştır.

İlk Derece Mahkemesi’nde görülen davada:

İdare Mahkemesi’nce; 4 yıl önce Birleşmiş Milletler tarafından dünyanın ... milyarını çocuğu X’in haberlere konu olduğu yıllarda çekilmiş görüntülerinin ve bu seçimin ona sağladığı imtiyazların anneye gelecek eş adayları üzerinde pozitif bir etki bırakacağı beklentisiyle yayınlanan programda, adı geçen

çocuğun istismar edildiği kanaatine varıldığından, davacı şirketin uyarılmasına ilişkin dava konusu işlemden hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş, bu karara yönelik olarak davacı tarafından istinaf başvurusu yapılmıştır.

İstinaf Kanun Yolu İncelemesinde:

Ankara Bölge İdare Mahkemesi Sekizinci İdarî Dava Dairesince; uyuşmazlığa konu yayın ilkesinin ihlâl edildiği ileri sürülen programın formatına bakıldığında, hemen hemen bütün televizyonların gündüz kuşağında her gün yayınlanan, evlenmek isteyenleri birbiriyle tanıştırma ve karşılıklı anlaşım uyum sağladıkları takdirde evlenmelerine aracı olmayı içeren bir program olduğu, programa katılanların tamamının, programının formatını bilerek, özgür iradeleri ile kendileri ve aileleri ile ilgili özel bir takım bilgilerin paylaşılacağından haberdar olarak programa katıldığı, dava konusu programa katılan gelin adaylarından birinin çocuğunun 4 yıl önce Birleşmiş Milletler tarafından dünyanın ... milyarıncı çocuğu seçilmesi üzerine, haberlere konu olan görüntülerinin söz konusu programda gösterilmesi ve çocuğa ne gibi avantajlar sağlayacağı üzerine gelin adayı anne ile sunucular arasında geçen konuşmalardan dolayı anılan çocuğun istismar edildiği, bu suretle 6112 sayılı Kanun'un 8. maddesinin birinci fıkrasının (ğ) bendinde yer alan **"Çocuklara, güçsüzlere ve engellilere karşı istismar içeremez ve şiddeti teşvik edemez."** ilkesinin ihlâl edildiğinden bahisle davacı yayın kuruluşuna uyarı cezası verilmiş ise de; bilimsel çalışmalarda **çocuk istismarının**, duygusal, fiziksel, cinsel istismar ve ihmâl etme biçiminde karşımıza çıktığı, **duygusal istismarın**, çocuğun sözel yolla psikolojik yaralanması (bağırma, etiketleme, alay etme, suçlama, ilgi göstermeme, çocuk yokmuş gibi davranma, tehdit etme, küsme, isim takma, utandırma olarak sayılabilir.), **fiziksel istismarın**, kaza dışı çocuğun bedeninde kaba kuvvet uygulanması (vurma, ısırma, tekme atma, boğma, fırlatma, dövme, çocuğun üzerinde sigara söndürme gibi zarar verici davranışları içerdiği), **cinsel istismarın**, yetişkinin çocuk ile ilişkiye girmesi veya cinsel herhangi bir davranış için kullanılması, **ihmâl etme'nin ise**, çocuğun fiziksel ihtiyaçlarını karşılamamak (çocuğu gözetimsiz bırakmak, güvenli ortam sağlamamak, yemek-su ihtiyacını sağlamamak, mevsime uygun kıyafet giydirmemek, terk etmek olarak sayılmış) olarak belirtildiği, yukarıda açıklanan çocuk istismarı tanımı ve çocuk istismarı çeşitlerine bakıldığında, söz konusu programda verilen görüntüler ve konuyla ilgili anne ve sunucular arasında geçen konuşmaların çocuk istismarı niteliğinde

değerlendirilemeyeceği, dolayısıyla anılan yayın ilkesinin ihlâl edildiğinden de söz edilemeyeceği gerekçesiyle istinaf başvurusunun kabulüne ve dava konusu işlemin iptaline karar verilmiş, bu karar davalı idare tarafından temyiz edilmiştir.

Temyiz İsteminin İncelenmesine Gelince:

Dosyanın incelenmesinden, "... TV" logosuyla yayın yapan televizyon kanalında 24.12.2015 tarihinde yayınlanan programda, programa evlenmek üzere G. ve Ö. adlı iki kız kardeşin katıldığı, iki kız kardeşin kendilerini tanıtırken birer kez evlendiklerini ve her ikisinin de birer çocukları olduğunu ifade ettikleri, program sunucusu S.S.'ın, G.'nin çocuğunun dünyadaki ... milyarıncı çocuk olduğunu açıkladığı, saat 14:44:00'da "G.'nin oğlu X Dünyanın ... Milyarıncı Çocuğu" şeklinde alt yazı ile ilgili VTR'nin ekrana getirildiği, "... Birleşmiş Milletler her ülkeden ... milyarıncı sembolik bir bebek seçti..." sunumu ile başlayan VTR'de, o gece X'i hastanede ziyaret ederek altın takan Birleşmiş Milletler ve Sağlık Bakanlığı yetkililerinin açıklamaları, X'nin annesinin kucağında çekilmiş görüntüleri ve G.'nin bu konudaki duygularını ifade eden açıklamalarının ekrana getirildiği, anılan yayında; "S.S.: ...ama ... milyarıncı bebeğin annesini burada evlendirmek çok güzel bir şey ya, U.A.: ne güzel ya şimdi ne türlü şeylerden istifade edecek senin bebeğin, G dünya vatandaşı. Pasaportsuz bütün ülkelere gidip gelecek... Okulu burslu olarak okuyacak, U.A.: kolejde hayatı boyunca burslu okuyacak. Hastane, G. özel bir hastanede, U.A.: oh aman ne güzel, S.S.: harika bir şey ya" 25.12.2015 tarihli bölümde de U.A.'ın, "G. dünyadaki ... milyarıncı bebeğin sahibi, 4 yaşında bir evladı var, Allah bağışlasın, seni istemeye gelmişler G., davet ediyoruz, V. bey geliyor..." ifadelerine yer verildiği, aynı gün çocuğun babası olduğunu iddia eden bir vatandaş tarafından yapılan şikâyet başvurusunda, X'in annesi ile iki yıl önce ayrıldıkları, çocuğun velâyetinin kendisinde olduğu, oğluna ilişkin adı geçen programda yayınlanan VTR için kendisinden izin alınmadığı, gerekli cezaî müeyyidenin uygulanmasının istenildiği, davalı idarece de, 6112 sayılı Kanun'un 8. maddesinin birinci fıkrasının (ğ) bendinde yer alan yayın ilkesinin ihlâl edildiğinden bahisle davacı şirket hakkında "Uyarı" cezası verilmesi üzerine bakılan davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'nin 19. maddesinde "Bu Sözleşmeye Taraf Devletler, çocuğun ana-babasının ya da onlardan yalnızca birinin, yasal vasi veya vasilerinin ya da bakımını üstlenen herhangi bir kişinin yanında iken bedensel veya zihinsel saldırı, şiddet veya suistimale,

ihmâl ya da ihmâl-kâr muameleye, ırza geçme dâhil her türlü istismar ve kötü muameleye karşı korunması için; yasal, idarî, toplumsal, eğitsel bütün önlemleri alırlar.

Bu tür koruyucu önlemler; burada tanımlanmış olan çocuklara kötü muamele olaylarının önlenmesi, belirlenmesi, bildirilmesi, yetkili makama havale edilmesi, soruşturulması, tedavisi ve izlenmesi için gerekli başkaca yöntemleri ve uygun olduğu takdirde adliyenin işe el koyması olduğu kadar durumun gereklerine göre çocuğa ve onun bakımını üstlenen kişilere, gereken desteği sağlamak amacı ile sosyal programların düzenlenmesi için etkin usulleri de içermelidir” kuralı yer almıştır.

6112 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun’un “Yayın hizmeti ilkeleri” başlıklı 8. maddesinin 1. fıkrasının (ğ) bendinde “Çocuklara, güçsüzlere ve engellilere karşı istismar içeremez ve şiddeti teşvik edemez.”; (r) bendinde “Kişileri fal veya batıl inançlar yoluyla istismar edemez.”; (s) bendinde “Toplumsal cinsiyet eşitliğine ters düşen, kadınlara yönelik baskıları teşvik eden ve kadını istismar eden programlar içeremez.”; “Genel Esaslar” başlıklı 9. maddesinin 1. fıkrasının (ç) bendinde “Çocukların fiziksel, zihinsel veya ahlâkî gelişimine zarar vermemek, deneyimsizliklerini veya saflıklarını istismar ederek, çocukları bir ürün veya hizmeti satın almaya veya kiralamaya doğrudan yönlendirmemek...”; (d) bendinde ise “Kadınların istismarına yönelik olmamak” hükmüne yer verilmiştir.

Dünya Sağlık Örgütü tarafından da çocuk istismarı, “çocuğun sağlığını, fiziksel ve sosyal gelişimini olumsuz yönde etkileyen bir yetişkin, toplum veya ülke tarafından bilerek veya bilmeyerek yapılan davranışlar” biçiminde tanımlanmıştır.

... TV logosuyla yayın yapan davacı şirket tarafından, “...” adlı programın 24-25.12.2015 tarihlerindeki bölümünde yayın ihlâli oluşturduğu iddia edilen kısımların, Kanun’un “istismar” kavramına yüklediği anlamı ortaya koyarak değerlendirilmesi gerekmektedir.

Dava konusu işlemin iptaline yönelik temyize konu kararda yer alan istismara yönelik tanımlar ile 6112 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun’da yer alan istismara yönelik düzenlemelerin

birlikte değerlendirilmesinden; istismar kavramı üzerinde yapılan çalışmalar neticesinde ortaya çıkan ve temyize konu Mahkeme kararına esas alınan tanımların insan bedenine, kişiliğine ve ruhsal dünyasına doğrudan müdahale edilmesi neticesinde ortaya çıkan menfi sonucunun, o kişi üzerinde doğurduğu yansımalarını içerdiği ve ceza yargılamasına daha yakın bir pencereden konunun irdelendiği, diğer taraftan 6112 sayılı Kanun'da ise istismara yönelik düzenlemelerde bu kavramın daha geniş anlamıyla faydalanma/sömürme sonucunu doğuracak her türlü fiili kapsayacak şekilde kullanıldığı anlaşılmaktadır.

Program sunucusu tarafından dile getirildiği üzere, G.'nin oğlu X'in dünyanın ... milyarıncı çocuğu olması nedeniyle bir takım avantajlara sahip olduğu, dünya vatandaşı sayılması nedeniyle tüm ülkelere pasaportsuz gidip gelebileceği, özel bir okulda hayatı boyunca burslu olarak eğitim göreceği ve özel bir hastane tarafından da tedavi giderlerinin karşılanacağı şeklinde bir takım avantajların program esnasında sıralandığı, X'e yönelik söylem yoğunluğu dikkate alındığında çocuğun sahip olduğu imtiyazların anneye gelecek eş adayları üzerinde olumlu bir etkide bulunabileceği yönündeki beklentiden hareketle yapılan bu konuşmaların çocuğu sömürme amacı taşıdığı, nitekim ilk yayının ertesi günü 25.12.2015 tarihli bölümde saat 14:54:14'de sunucu U.A.'ın, "G. dünyadaki ... milyarıncı bebeğin sahibi, 4 yaşında bir evladı var, Allah bağışlasın, seni istemeye gelmişler G., Davet ediyoruz, V. Bey geliyor, Buyrun V. Bey." şeklindeki açıklamaların bu amacı destekler nitelikte olduğu anlaşılmaktadır.

Bu durumda, yayın tarihinde henüz 4 yaşında olan bir çocuğun dünyanın ... milyarıncı çocuğu olması nedeniyle bir takım avantajlara sahip olduğu, çocuğun sahip olduğu bu itibar üzerinden çıkar elde etme arzusunun ise çocuğun istismar edilmesine neden olduğu sonucuna ulaşılmaktadır

Bu itibarla, İdarî Dava Dairesi tarafından belirtilen gerekçeyle istinaf başvurusunun kabulü ile dava konusu işlemin iptaline karar verilmesinde hukukî isabet bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, temyiz isteminin kabulü ile 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesi uyarınca Ankara Bölge İdare Mahkemesi Sekizinci İdarî Dava Dairesi'nce verilen 11.10.2017 tarih ve

E:2017/851, K:2017/645 sayılı kararının **BOZULMASINA**, kullanılmayan 51,70.-TL yürütmeyi durdurma harcının istemi hâlinde davalı idareye iadesine, yeniden bir karar verilmek üzere dosyanın Ankara Bölge İdare Mahkemesi Sekizinci İdarî Dava Dairesi'ne gönderilmesine, kesin olarak 13.03.2018 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

DANIŞTAY 13. DAİRE

E. 2014/4449

K. 2018/608

Temyiz İsteminde Bulunan (Davalı): Radyo ve Televizyon Üst Kurulu

Bilkent Plaza, B2 Blok- Bilkent/ANKARA

Vekili :

Karşı Taraf (Davacı) : ... Reklamcılık ve Filmcilik San. ve Tic. A.Ş.

Vekili :

İstemin Özeti : Ankara 3. İdare Mahkemesi'nin 15.04.2014 tarih ve E:2012/316, K:2014/502 sayılı kararının; ihlâl konu dizide iki genç adamın hayatından kesitlere yer verildiği, komedi unsurunun dilin esnekliğinden faydalanılarak cinsel imalara dayandırıldığı, bu tür esprilerin çok büyük ağırlıkta kullanıldığı, komedi ağırlıklı programların daha özgür ve serbest yapıda olması gerektiği kabul edilmekle birlikte sınırsız serbestliğin de yayın ihlâllerini beraberinde getirdiği, toplumun hızlı bir sosyal değişme sürecinde olduğu, bazı olumsuz değişmelerin de yaşandığı, bu değişmelerin bireyler açısından cinsellik ön plâna çıkarılarak kültürümüze uygun olmayan yozlaşmış unsurlarla verilmesinin toplumsal olarak daha çok sorunun yaşanmasına neden olduğu, dolayısıyla, söz konusu programlarda ele alınan konuların, bilinçli bir birey oluşturma işlevinden daha çok ahlâki olmayan davranışların sergilenmesi açısından bireyleri olumsuz yönde etkilediğinin göz ardı edilmemesi gereken bir husus olduğu, birlikişi raporunda, yayında yer verilen ifade ve görüntülere girmeden sadece akıllı işaretler yönünden kısaca değerlendirme yapıldığı, 6112 sayılı Kanun'un 8. maddesinin 2. fıkrası açısından hiçbir somut ve mantıklı gerekçe ortaya konulmadan sadece ihlâl olmadığının ifade edildiği, Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 1. maddesinde, 18 yaşına kadar her insanın çocuk sayılacağına belirtildiği, yayının, sadece altyazıları

okuyamayacak küçük çocuklar ve esprileri anlayacak gençler açısından değerlendirilmesinin yetersiz olduğu, çocukların soyut algılama ve düşünme yetenekleri gelişmediğinden olayları somut fotoğraflık imajlar olarak algıladıkları, soyut düşünme ve algı yeteneğinin edinilen kavramsal sembollerle birlikte eğitim düzeyine de bağlı olarak 11- 12'li yaşlardan başlayarak ancak erişkinlikte tam olarak olgunluğa eriştiği, cinsel sembollerin ise yine 13- 14 yaşlarından sonra gelişmeye başladığı ve daha geç olgunluğa eriştiği, çocukların zihinsel süreçlerindeki özellikleri nedeniyle izlediklerini yetişkinler gibi algılayamadığı, televizyon kullanım nedenlerine bakıldığında da aralarında farklılık görüldüğü ileri sürülerek bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : Temyiz isteminin reddi ile usul ve yasaya uygun olan İdare Mahkemesi kararının onanması gerektiği savunulmaktadır.

Danıştay Tetkik Hâkimi ... Düşüncesi : Temyiz isteminin kabulü gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Karar veren Danıştay Onüçüncü Dairesi'nce, Tetkik Hâkiminin açıklamaları dinlendikten ve dosyadaki belgeler incelendikten sonra işin gereği görüldü:

Dava, davacı şirket tarafından “..” logosu ile yayın yapan televizyon kanalında yayınlanan “..” adlı yabancı dizi içeriğinde yer verilen ifade ve görüntüler ile 6112 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun’un 8. maddesinin 2. fıkrasında belirtilen yayın ilkesinin ihlâl edildiğinden bahisle uyarı yaptırımı uygulanmasına yönelik 11.01.2012 tarih ve 2012/2 no.lu toplantıda alınan 45 sayılı Radyo ve Televizyon Üst Kurulu kararının iptali istemiyle açılmış, İdare Mahkemesi’nce; davacı şirkete ait ... logolu televizyon kanalında hafta içi pazartesi günü saat 20:00’de, hafta sonu ise (tekrarı) 14:00- 19:00 saatlerinde yayınlanan “.. ” adlı komedi türündeki yabancı dizide A.’ın ağabeyi C.’nin bir trafik kazasında hayatını kaybetmesi, büyük üzüntü yaşayan A. ve oğlu J.’in karısıyla boşanma sürecinde olan çocuk ruhlu milyarder W.S. ile tanışarak ev arkadaşlığı kurmaları ve yaşadıkları olaylar karşısındaki dayanışmaları şeklinde ilerlendiği, değişik karakterdeki bu iki genç adamın hayatından kesitlere yer veren yapımda komedi unsurunun dilin esnekliğinden faydalanılarak cinsel imâlara dayandırıldığı ve bu tür esprilerin çok büyük ağırlıkta kullanıldığı, deşifresi verilen diyalogların yer aldığı dizinin geneline günümüz toplumunda sıra dışı olarak nitelenebilecek davranışların

ve cinsel göndermelerin hâkim olduğu, örneğin; oğluyla beraber yaşadığı evde geceyi sevgilisiyle birlikte geçireceğini ve onunla beraber yatacaklarını oğluna anlatan bir anne, evde yatılı kalan ve cinsel imalı şakalar yapan orta yaştaki hizmetçi kadın, evde başka insanların yanında rahatça çırılçıplak ya da yarı çıplak ortaya çıkarak dolaşan genç adam gibi karakterlerin yaşlarından ve konularından beklenmeyecek söz ve tavırlar sergiledikleri görülen dizinin bölümleri izlendikçe iki kızla birden aynı anda birlikte olmak, sevgilisiyle birlikte olurken bir başka erkeği kendilerini izlemeye davet etmek, homoseksüellik vb. gibi konularda cinsel içerikli esprilerin de ekrana yansıdığı izlendiği, toplumsal yaşam alanı içerisinde uygun karşılanamayacak olan bu tür davranışlara yer vermesinin yanı sıra yetişkin yaşamının mahrem yönlerine yönelik esprileri kullanan dizinin, cinsel gelişimini henüz tamamlamamış ve izlediklerini doğru değerlendirme yetisine henüz sahip olmayan genç yaştaki izleyicilerin de ekran başında olduğu saatlerde koruyucu sembol kullanılmadan yayımlandığının tespiti üzerine söz konusu yayında 6112 sayılı Kanun'un "Yayın hizmeti ilkeleri" başlıklı 8. maddesinin 2. fıkrasında yer alan ilkenin ihlâl edildiği gerekçesiyle dava konusu uyarı yaptırımının tesis edilmesi üzerine bakılan davanın açıldığı; Mahkemenin 20.12.2012 tarihli ara kararı ile yaptırılan bilirkişi incelemesi sonucunda bilirkişiler tarafından hazırlanan raporda, davaya konu yayında ilgili yayın ilkesinin ihlâl edilmediğinin belirtildiği, rapora davalı idare tarafından yapılan itirazlar yerinde görülmemekle raporun hükme esas teşkil edecek nitelikte olduğu kanaatine ulaşıldığı, yayın görüntüleri, deşifre metinleri ile bilirkişi raporunun birlikte değerlendirilmesinden, 6112 sayılı Kanun'un 8. maddesinin 2. fıkrasında yer alan yayın ilkesinin ihlâl edilmediği sonucuna varıldığından dava konusu işlemde hukuka uygunluk bulunmadığı gerekçesiyle dava konusu işlemin iptaline karar verilmiş, bu karar davalı idare tarafından temyiz edilmiştir.

6112 sayılı Kanun'un 8. maddesinin 2. fıkrasında, "Radyo ve televizyon yayın hizmetlerinde, çocuk ve gençlerin fiziksel, zihinsel veya ahlâkî gelişimine zarar verebilecek türde içerik taşıyan programlar bunların izleyebileceği zaman dilimlerinde ve koruyucu sembol kullanılmadan yayınlanamaz." hükmü yer almaktadır.

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 31. maddesiyle atıfta bulunulan 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun "Bilirkişi İncelemesi" başlıklı beşinci bölümünde yer alan 266. maddesinde, mahkemenin çözümü hukuk dışında, özel veya teknik bilgiyi gerektiren

hâllerde bilirkişinin oy ve görüşünün alınmasına karar vereceği, hâkimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukuki bilgiyle çözümlenmesi mümkün olan konularda bilirkişiye başvurulamayacağı; 273. maddesinde, mahkemenin bilirkişinin görevlendirilmesine ilişkin kararında inceleme konusunun bütün sınırlarıyla açıkça belirlenmesine ve bilirkişinin cevaplaması gereken sorulara ilişkin hususlara yer vermek zorunda olduğu; 275. maddesinde, bilgisine başvuru bilirkşişinin kendisine tevdi olunan görevin uzmanlık alanına girmediğini mahkemeye bildirme yükümlülüğünün bulunduğu; 278. maddesinde, bilirkişinin görevini mahkemenin sevk ve idaresi altında yürüteceği, bilirkişinin görev alanı veya sınırları hakkında tereddüde düşerse, bu tereddüdünün giderilmesini her zaman mahkemeden isteyebileceği; 279. maddesinde, bilirkişi raporunun gerekçeli olması gerektiği, bilirkişinin hukukî değerlendirmelerde bulunamayacağı belirtilmiş; anılan maddenin gerekçesinde, bilirkişinin raporunu mahkemece belirlenen sınırlar dâhilinde tümüyle maddi vakıalara hasrederek kendisine yöneltilen somut soruları bilimsel dayanaklarını açık ve anlaşılır biçimde göstermek ve eksiksiz olarak cevaplandırmak suretiyle hazırlaması ve ayrıca raporunu kaleme alırken özel ve teknik bilgi bağlamında uzman kimliği bulunmayan hâkimin ve tarafların anlayabileceği kavramları ve terimleri kullanmaya özen göstermesi gerektiği vurgulanmış; 281. maddesinde, Mahkemenin gerçeğin ortaya çıkması için gerekli görürse yeni görevlendireceği bilirkişi aracılığıyla tekrar inceleme de yaptırabileceği; 282. maddesinde ise, hâkimin bilirkişinin oy ve görüşünü diğer delillerle birlikte serbestçe değerlendireceği kurala bağlanmıştır.

Aktarılan mevzuat hükümlerine göre, bilirkişi incelemesi yapılmasına karar verilmesi hâlinde, bilirkişilerce hazırlanan raporların olayın özel veya teknik bilgi gerektiren yönlerini hiçbir tereddüde yer vermeyecek şekilde aydınlatan bilimsel esaslara dayalı gerekçeleri içermesi gerektiği, bu nitelikte olmayan bilirkişi raporlarının hükme esas alınamayacağı, mahkemenin böyle bir durumda yeni bir bilirkişi heyeti oluşturabileceği ve hükme esas alınabilecek rapor elde edinceye kadar bilirkişi incelemesine devam edebileceği açıktır.

Dosyanın incelenmesinden, uyuşmazlığa konu “..” adlı yabancı dizide 6112 sayılı Kanun’un 8. maddesinin 2. fıkrasında yer alan yayın ilkesinin ihlâl edilmediği yönünden Mahkemece yaptırılan bilirkişi incelemesi sonucunda bilirkişi heyeti tarafından; *akıllı işaretlerin kabul edildiği 2006 yılından bu yana çocuk ve medya ilişkisinde özellikle dijital gelişmelerin hayatımızda artan rolüne paralel olarak büyük ve hızlı bir dönüşüm yaşandığının görüldüğü,*

internet kullanımının yaygınlaşması, iletişim teknolojilerinin ve içeriklerin gündelik yaşamın her anında erişime açık hâle gelmesinin çocukları çok çeşitli mecralardan sınırsız sayıda ve türde iletiple daha bebeklik çağlarından itibaren karşı karşıya bıraktığı, müzik ve video oyunları, facebook - twitter, youtube gibi sosyal medya deneyimleri, akıllı telefonlardaki eğlence uygulamaları vb. mecraların, çocukları ve gençleri televizyonun kültür aktarımına maruz kalan pasif alıcılar olmaktan uzaklaştırdığı, onları istediği içeriğe erişen ve içeriği düzenleme becerisine sahip aktif alımlayıcılara dönüştürmeye başladığı, televizyonun tek başına bir kültür aktarım aracı olmaktan çıkarak bu konudaki başat rolünü diğer iletişim araçlarıyla paylaşmaya başladığı, bu yeni iletişim ortamında, çocuk ve medya ilişkisinde ebeveyn sorumluluğunun giderek daha da önemli hâle geldiği, çocuğun kültürel gelişimi ve eğitiminden, kanallar ya da düzenleyici/denetleyici kurullardan ziyade birincil olarak ebeveynlerin sorumlu olduğu, uyumsuzluğa konu dizideki karakterlerin, çocukların rol model alacağı kahramanlar olmaktan uzak, idealize edilemeyecek sıradanlıkta, gerçeklik beklentisi oluşturmayan, yalnızca güldüren figürler olduğu, programın genelinde insan ilişkilerine mizahî bir yaklaşımın hâkim olduğu, zaman zaman cinselliğin diyaloglarda çarpıcı esprilerle vurgulandığı, ancak bu esprilerin hızla akan alt yazılarda ve metaforlar kullanılarak verilmesi nedeniyle küçük çocuklar tarafından anlaşılmasının mümkün görünmediği, esprileri anlayacak yaştaki gençlerin ise olumsuz etkilenmelerinin beklenemeyeceği, sözü edilen komedi dizisi için ulusal kanallarda akıllı işarete yer verilmeden yayınlanan birçok programla karşılaştırıldığında çocuk ve gençlerin ruh sağlığı açısından onlardan ayrı bir uygulama gerektirdiğinin düşünülmediği, çocuk ve gençlerin fiziksel, zihinsel veya ahlaki gelişimlerine zarar verecek türde olmadığı” tespitlerine yer verilerek anılan yayın ilkesinin ihlâl edilmediği yönünde görüş bildirildiği anlaşılmıştır.

Mahkeme tarafından hükme esas alınan bilirkişi raporunda 6112 sayılı Kanun’un 8/2. maddesinin ihlâl edilmediği sonucuna varılmış olmakla beraber, bu sonuca varılmasını sağlayacak somut olayın irdelenmesine dayanan bilimsel gerekçelere yer verilmediği gibi türünün, niteliğinin, içeriğinin ne olduğu bilinmeyen yayınlarla karşılaştırma yapıldığı, somut yayına dair herhangi bir görsel ve işitsel ifadeye yer verilmeyerek yayınlandığı zaman diliminin dikkate alınmadığı görülmüştür.

Birleşmiş Milletler Genel Kurulu’nca 20 Kasım 1989’da kabul edilen ve 2 Eylül 1990 tarihinde yürürlüğe giren ve ülkemizde de 2 Ekim 1995’te

uygulanmaya başlanan Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 1. maddesinde, " ...daha erken yaşta reşit olma durumu hariç, onsekiz yaşına kadar her insan çocuk sayılır."; ülkemizde 3 Temmuz 2005 tarihinde kabul edilen Çocuk Koruma Kanunu'nun 3. maddesinin 1. fıkrasının (a) bendinde ise, "Çocuk: Daha erken yaşta ergin olsa bile, onsekiz yaşını doldurmamış kişiyi ifade eder." kuralı yer almakta olup, bu düzenlemelerde yer alan "çocuk" kavramı doğrultusunda, bilimsel açıdan yaş grupları tasniflenerek, somut ve soyut algılama ve yaş grupları itibarıyla görsel, işitsel içeriklerden etkilene seviyelerinin yayın içeriği ve yayın saati dikkate alınarak irdelenmesi gerekmektedir.

Bu itibarla, davaya konu programın, 6112 sayılı Kanun'un 8/2. maddesinde yer alan yayın ilkesini ihlâl edip etmediğinin ayrıntılı olarak irdelenmesini teminen yeniden bilirkişi incelemesi yaptırılması gerekirken, maddi gerçeğe aykırı tespitler içeren ve varılan sonucun hukuken kabul edilebilir bilimsel gerekçesinin yer almadığı bilirkişi raporuna dayanılarak 6112 sayılı Kanun'un 8/2. maddesinde düzenlenen yayın ilkesinin ihlâl edilmediği gerekçesiyle verilen dava konusu işlemin iptali yolundaki temyize konu İdare Mahkemesi kararında hukukî isabet bulunmamaktadır.

Öte yandan, bozma kararı üzerine yeniden yapılacak yargılamada dava konusu karara katılan Kurul Başkan ve üyelerinin isimlerini ve varsa karşı oylarını gerekçeleriyle beraber içeren kararın aslı veya onaylanmış bir örneğinin de getirtilip incelenmesi suretiyle karar verilmesi gerekmektedir.

Açıklanan nedenlerle, temyiz isteminin kabulü ile 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesi uyarınca Ankara 3. İdare Mahkemesi'nin 15.04.2014 tarih ve E:2012/316, K:2014/502 sayılı kararının **BOZULMASINA**, yeniden bir karar verilmek üzere dosyanın anılan Mahkeme'ye gönderilmesine, bu kararın tebliğ tarihini izleyen 15 (on beş) gün içerisinde kararın düzeltilmesi yolu açık olmak üzere, 21.02.2018 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

DANIŞTAY 13. DAİRE

E. 2017/1906

K. 2020/1651

DAVACI : İstanbul İnternet Kafecileri Esnaf Odası

VEKİLİ :

MÜDAHİL (DAVACI YANINDA) : Bursa Elektronikçiler Odası

DAVALI : Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu

Eskişehir Yolu, 10. km., No:276

Çankaya/ANKARA [35540-00457-80670] Uets

VEKİLİ :

DAVANIN KONUSU :

11/04/2017 tarih ve 30035 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanarak yürürlüğü giren İnternet Toplu Kullanım Sağlayıcıları Hakkında Yönetmeliğin 3. maddesinin 1. fıkrasının (I) bendinde yer alan “*belirli bir ücret karşılığı*” ibaresinin, 5. maddesinin 1. fıkrasında yer alan (b), (c) , (d) ve (e) bentlerinin, 9. maddesinin 1. fıkrasında yer alan (a), (b), (f), (g) ve (ğ) bentlerinin ve 11. maddesinin 2. fıkrasının iptali istenilmektedir.

DAVACININ İDDİALARI :

İnternet Toplu Kullanım Sağlayıcıları Hakkında Yönetmeliğin 3. maddesinin 1 fıkrasının (I) bendinde yer alan “belirli bir ücret karşılığı” ibaresinin, ticari amaçla toplu internet kullanıcıların belirli bir ücret karşılığında hizmet verenler ile sınırlandırılmasının hukuka aykırı olduğu, söz konusu ifadeden sadece internet kafelerin anlaşıldığı, internet hizmeti veren ancak asıl işi başka faaliyetler olan (Kafeler, pastaneler, alışveriş merkezleri vb.) işletmelerin de ticari amaçla internet hizmeti verdiği, bu işletmelerin ticari

amaçla toplu internet kullanım sağlayıcılığı kapsamı dışında tutulmasının eşitlik ilkesine aykırı olduğu, bu işletmecilerin dava konusu Yönetmelikte öngörülen hiçbir güvenlik tedbiri ile karşılaşmayacağı; **5. maddesinin 1. fıkrasının (b) bendinin**, güvenli internet hizmeti sunma yükümlülüğü getirilmişken bir de içerik filtreleme sistemi kullanma yükümlülüğü getirilmesinin gereksiz ve faydasız olduğu, ölçülülük ilkesine aykırı olduğu, 2011 yılında yürürlüğe giren güvenli internet hizmetinden sonra filtreleme sistemine gerek kalmadığı, filtreleme sisteminin taşınması gereken özelliklerin belirsiz olduğu, belirlilik ilkesinin ihlâl edildiği, mülkiyet hakkı ile çalışma ve sözleşme yapma hürriyetinin ihlâl edildiği; **5. maddesinin 1. fıkrasının (c) bendinin**, uygulanmasının imkânsız olduğu, ortalama bilgisayar kullanıcıların sistemi kolaylıkla devre dışı bırakabileceği; **5. maddesinin 1. fıkrasının (d) ve (e) bentlerinin**, idarenin söz konusu kayıtları saklama süresini belirleme yetkisinin bulunmadığı, erişim sağlayıcılara 1 yıl, yer sağlayıcılara 6 ay erişim kayıtlarını saklama yükümlülüğü getirilmişken, internet toplu kullanım sağlayıcılara 2 yıl saklama yükümlülüğü getirilmesinin orantısız olduğu, özel hayatın gizliliğinin ihlâl edildiği, gizliliği teyit eden değeri saklama yükümlülüğünün nasıl yerine getirileceğinin belirsiz olduğu; **9. maddesinin 1. fıkrasının (a) ve (b) bentlerinin**, 5651 sayılı Kanun'un 7. maddesinin 3. fıkrasının Anayasa'ya aykırı olduğu, çocukların internet kafeye sadece oyun ve eğlence için gelmediği, ödev yapmak ve çıktı almak için de geldiği, ödev için gelen çocuklar sebebiyle internet kafelerin ceza aldığı, çocuklara en güvenli internetin, internet kafeler tarafından sunulduğu; **9. maddesinin 1. fıkrasının (f) bendinin**, bilgisayarda bulunanlarla birebir aynı oyun oynatılıyor olmasına rağmen Playstation salonlarına çocukların girebildiği, zararlı oyunlar aynı maddenin (g) bendinde yasaklanmışken bu düzenlemenin hiçbir anlamının bulunmadığı; **9. maddesinin 1. fıkrasının (g) bendinin**, "18 yaşından küçüklerin psikolojik ve fizyolojik gelişimini olumsuz etkileyebilecek oyunlar ibaresinin belirsiz olduğu, uygulanması fiilen imkânsız olan bir yükümlülük getirildiği, bu konuda değerlendirme yapan uluslararası derecelendirme kuruluşlarının bulunduğu, örneğin; ".." oyununun bu kuruluşlar tarafından 12 yaş üzeri olarak işaretlendiği, ancak Kayseri Valiliği tarafından 18 yaşından küçüklerin oynayamayacağına karar verildiği, bu konunun mülki idare amirinin takdirine bırakılamayacağı, 18 yaşından küçükleri olumsuz etkileyecek oyunların sadece 18 yaşından küçükler için yasaklanması gerektiği; **9. maddesinin 1. fıkrasının (ğ) bendinin**, internet kafe işletmecilerinin gereksiz ve kaldıramayacakları mali yükümlülüklerin altına sokulduğu, HD kameranın yeterli olduğu, normal kamera kayıtlarının ortalama

15 gün, MOBESE kayıtlarının ise 30 gün tutuluyor olmasına rağmen, internet kafecilere 90 gün saklama yükümlülüğü getirilmesinin orantısız olduğu; **11. maddesinin 2. fıkrasının**, dava konusu Yönetmeliğin 9. maddesinin 1. fıkrasının (c) bendinde uygulanacak kanuna yer verilmişken, Yönetmeliğin 11. maddesinin 2. fıkrasında yeniden düzenleme yapılmasının kaosa sebep olduğu, yaptırım türlerinin 5651 sayılı Kanun'un 7. maddesinin 4. fıkrasında düzenlendiği, idareye başka yaptırım türü belirleme yetkisinin verilmediği ileri sürülmektedir.

DAVACI YANINDA MÜDAHİLİN İDDİALARI :

Müdahillik talebi dışında herhangi bir beyanda bulunulmamıştır.

DAVALININ SAVUNMASI :

İnternet Toplu Kullanım Sağlayıcıları Hakkında Yönetmeliğin 3. maddesinin 1 fıkrasının (I) bendinde yer alan "belirli bir ücret karşılığı" ibaresinin, esnaflık ve tacirliğin ücretten bağımsız düşünülmemeyeceği, Yönetmelikte internet toplu kullanım sağlayıcıların bu işi ücretli veya ücretsiz yapar herkesi kapsayacak şekilde düzenlendiği, toplu internet kullanım sağlayıcıların da dava konusu Yönetmelik ile getirilen yükümlülüklerle uymak zorunda olduğu; **5. maddesinin 1. fıkrasının (b) bendinin**, güvenli internet hizmetinin alan adı bazında koruma sağladığı, twitter, facebook gibi sitelerin içeriklerine yönelik koruma sağlamadığı, yeni açılan sitelerin güvenli internet hizmeti kapsamına alınmamış olabileceği, içerik filtreleme sisteminin ise, ziyaret edilen siteyi belirli anahtar kelimelere göre filtrelediği, bu yönüyle güvenli internet hizmetini tamamladığı, iki sistemin birlikte kullanılması gerektiği; **5. maddesinin 1. fıkrasının (c) bendinin**, içerik filtreleme sistemi kurulduktan sonra devre dışı bırakılmasının önüne geçilmek amacıyla düzenleme yapıldığı, devre dışı bırakılmama durumunun kullanıcıya "yönetici yetkisi" verilmesi durumunda söz konusu olabileceği, kullanıcılara yönetici yetkisinin verilmemesi gerektiği; **5. maddesinin 1. fıkrasının (d) ve (e) bentlerinin**, 5651 sayılı Kanun'da yer ve erişim sağlayıcılara 1 yıldan az 2 yıldan fazla olmamak üzere erişim kayıtlarını saklama yükümlülüğünün getirilebileceğinin düzenlendiği, Kanun'a uygun bir düzenleme yapıldığı; **9. maddesinin 1. fıkrasının (a) ve (b) bentlerinin**, mevzuatımızda, umuma açık istirahat ve eğlence yerlerinin özel bir uygulamaya tâbi tutulduğu, devletin görevlerinden birinin çocukları korumak olduğu, idarenin küçükleri koruma görevini yerine getirirken makul ölçülerde kalmak kaydıyla

yaş düzenlemesi yapabileceği, belirtilen yaşlardaki çocukların internet kafelere girmelerinin tamamen yasaklanmadığı belli şartlara bağlandığı; **9. maddesinin 1. fıkrasının (f) bendinin**, İşyeri Açma ve Çalışma Ruhsatlarına İlişkin Yönetmelikte, internet salonu ile oyun yerlerinin ayrı düzenlendiği, 18 yaşından küçüklerin oyun yerlerine giremediği, internet kafelerde, oyun yerlerinde olduğu gibi elektronik makine ve aletlerin bulunmasının mümkün olmadığı; **9. maddesinin 1. fıkrasının (g) bendinin**, düzenlemenin asıl amacının çocukların psikolojik ve fizyolojik gelişiminin korunması olduğu, şiddet içeren oyunların çocuklar üzerinde olumsuz etkileri olduğunu ortaya koyan çeşitli çalışmaların bulunduğu, “.. ” oyununun da bunlardan biri olduğu, **9. maddesinin 1. fıkrasının (ğ) bendinin**, yüz ve plaka gibi göstergelerin net bir şekilde belirlenebilmesi için yüksek çözünürlüklü kameralara ihtiyaç duyulduğu, düzenlemede yer alan teknik detayların ihtiyaçları karşılayacak şekilde belirlendiği, çocukların güvenliği dikkate alınarak düzenleme yapıldığı; **11. maddesinin 2. fıkrasının**, Yönetmeliğin 11. maddesinin 2. fıkrasında yer alan düzenlemenin, 9. maddenin 1. fıkrasının (c) bendini kapsadığı, İşyeri Açma ve Çalışma Ruhsatlarına İlişkin Yönetmeliğin 37. maddesinde, denetim yetkisinin kollukta olduğunun kurala bağlandığı belirtilerek istemin reddi gerektiği savunulmaktadır.

DANIŞTAY TETKİK HÂKİMİ ... DÜŞÜNCESİ :

Davanın reddine karar verilmesi gerektiği düşünülmektedir.

DANIŞTAY SAVCISI ... DÜŞÜNCESİ :

Dava; 11.04.2017 tarih ve 30035 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanarak yürürlüğü giren İnternet Toplu Kullanım Sağlayıcıları Hakkında Yönetmeliğin 3. maddesinin 1. fıkrasının (l) bendinde yer alan “belirli bir ücret karşılığı” ibaresinin, 5. maddesinin 1. fıkrasında yer alan (b), (c), (d) ve (e) bentlerinin, 9. maddesinin 1. fıkrasında yer alan (a), (b), (f), (g) ve (ğ) bentlerinin ve 11. maddesinin 2. fıkrasının iptali istemi ile açılmıştır.

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 2. maddesinin 1/a fıkrasında, idarî davaların idarî işlemler hakkında yetki, sebep, şekil, konu ve maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırı olduklarından dolayı menfaatleri ihlâl edilenler tarafından açılacağı belirtildikten sonra, ilk inceleme konularının belirlendiği 14. maddesinin 3/c bendinde dava dilekçesinin ehliyet yönünden de inceleneceği, 15. maddesinin 1/b bendinde ise, bu hususta kanuna aykırılık

görülmesi hâlinde davanın reddedileceği kurala bağlanmıştır.

İptal davasının ön koşullarından biri olan “menfaat ihlali”, doktrin ve içtihatlarda dava konusu işlemle davacı arasında kurulan kişisel, meşru ve güncel bir menfaat alâkası olarak tanımlanmaktadır. Sözü edilen menfaat alâkasının varlığı ve sınırlarının her olayda yargı yerince uyuşmazlığın niteliğine göre belirlenmesi gerekmektedir.

Dava konusu Yönetmeliğin iptali isteminde bulunan davacı, kamu kurumu niteliğindeki bir meslek kuruluşudur.

Kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının genel nitelikteki düzenleyici işlemlere karşı sadece kuruluş kanunlarında gösterilen amaçları doğrultusunda dava açma ehliyeti bulunmaktadır. Nitekim konuyla ilgili yasal düzenlemelerde de, bu kuruluşların amaçları dışında faaliyette bulunamayacakları açık bir biçimde yer almıştır.

Dava konusu uyuşmazlığın; İnternet Toplu Kullanım Sağlayıcıları Hakkında Yönetmeliğin 11. maddesinin 2. fıkrasında, **“9 uncu maddeye aykırılık halinde mülki idare amiri tarafından, 4/7/1934 tarihli ve 2559 sayılı Polis Vazife ve Salâhiyet Kanununun 6 ncı maddesinin birinci fıkrasının (d) bendi uyarınca idari para cezası verilir.”** hükmü yer almaktadır.

Söz konusu hükmün, toplu internet kullanım sağlayıcılarının işyerlerinde uyması gereken kuralların içinde yer aldığı ve toplu internet kullanım sağlayıcılara yönelik müeyyide içerdiği, bu yapısı itibarı ile, bu hükme ilişkin olarak ileri sürülen iddiaların, davacının menfaatini etkilemediği açık olduğundan, davacının uyuşmazlığın bu kısmına ilişkin olarak dava açma ehliyeti bulunmamaktadır.

Uyuşmazlığın diğer kısımlarına gelince;

5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun’un, “Amaç ve Kapsam” başlıklı 1. maddesinde, “Bu Kanunun amaç ve kapsamı; içerik sağlayıcı, yer sağlayıcı, erişim sağlayıcı ve toplu kullanım sağlayıcıların yükümlülük ve sorumlulukları ile İnternet ortamında işlenen belirli suçlarla içerik, yer ve erişim sağlayıcıları üzerinden mücadeleye ilişkin esas ve usulleri düzenlemektir.” hükmü, “Tanımlar” başlıklı 2.maddesinin 1. fıkrası “i” bendinde, “Toplu kullanım sağlayıcı: Kişilere belli bir yerde ve belli bir

süre İnternet ortamı kullanım olanağı sağlayan, ifade eder.” hükmü yer almaktadır.,

Aynı Kanun’un “Yer sağlayıcıların yükümlülüğü” başlıklı 5. maddenin 3. fıkrasında; “Yer sağlayıcı, yer sağladığı hizmetlere ilişkin trafik bilgilerini bir yıldan az ve iki yıldan fazla olmamak üzere yönetmelikte belirlenecek süre kadar saklamakla ve bu bilgilerin doğruluğunu, bütünlüğünü ve gizliliğini sağlamakla yükümlüdür.” hükmü, “Erişim sağlayıcının yükümlülükleri” başlıklı 6. maddesinin 1-b bendinde; erişim sağlayıcının “Sağladığı hizmetlere ilişkin, yönetmelikte belirtilen trafik bilgilerini altı aydan az ve iki yıldan fazla olmamak üzere yönetmelikte belirlenecek süre kadar saklamakla ve bu bilgilerin doğruluğunu, bütünlüğünü ve gizliliğini sağlamakla” yükümlü olduğu, “Toplu kullanım sağlayıcıların yükümlülükleri” başlıklı 7. maddesinde ise; “(1) Ticari amaçla toplu kullanım sağlayıcılar, mahalli mülki amirden izin belgesi almakla yükümlüdür. İzne ilişkin bilgiler otuz gün içinde mahalli mülki amir tarafından Kuruma bildirilir. Bunların denetimi mahalli mülki amirler tarafından yapılır. İzin belgesinin verilmesine ve denetime ilişkin esas ve usuller, yönetmelikle düzenlenir.

(2) Ticari amaçla olup olmadığına bakılmaksızın bütün toplu kullanım sağlayıcılar, konusu suç oluşturan içerikle erişimi önleyici tedbirleri almakla yükümlüdür.

(3) Ticari amaçla toplu kullanım sağlayıcılar, ailenin ve çocukların korunması, suçun önlenmesi ve suçluların tespiti kapsamında usul ve esasları yönetmelikte belirlenen tedbirleri almakla yükümlüdür...” hükmü yer almaktadır.

5651 sayılı Kanun’a dayanılarak hazırlanan ve 11/04/2017 günlü ve 30035 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan İnternet Toplu Kullanım Sağlayıcıları Hakkında Yönetmeliğin;

“Amaç ve kapsam” başlıklı 1. maddesinde; “Bu Yönetmeliğin amacı, internet toplu kullanım sağlayıcıları ve ticari amaçla internet toplu kullanım sağlayıcılarının yükümlülükleri ve sorumlulukları ile denetimlerine ilişkin esas ve usulleri düzenlemektir.” hükmü,

“Tanımlar” başlıklı 3. maddesinin 1-ç bendinde, “ Erişim sağlayıcı: İnternet toplu kullanım sağlayıcılarına ve abone olan kullanıcılarına internet ortamına erişim olanağı sağlayan işletmeciler ile gerçek veya tüzel kişileri”

1-g bendinde, "İnternet toplu kullanım sağlayıcı: Kişilere belli bir yerde ve belli bir süre internet ortamı kullanım olanağı sağlayan gerçek ve tüzel kişileri", 1-l bendinde ise, "Ticari amaçla internet toplu kullanım sağlayıcı: İnternet salonu ve benzeri umuma açık yerlerde **belirli bir ücret karşılığı** internet toplu kullanım sağlayıcılığı hizmeti veren veya bununla beraber bilgisayarlarda bilgi ve beceri artırıcı veya zeka geliştirici nitelikteki oyunların oynatılmasına imkân sağlayan gerçek ve tüzel kişileri" ifade ettiği,

"Ticari amaçla internet toplu kullanım sağlayıcılarının yükümlülükleri" başlıklı 5. maddesinde"

(1) Ticarî amaçla internet toplu kullanım sağlayıcılarının yükümlülükleri şunlardır:

a) Mülki idare amirinden izin belgesi almak,

b) Ailenin ve çocukların korunması ile konusu suç oluşturan içeriklere erişimi önleyici tedbirleri almak amacıyla içerik filtreleme sistemini ve güvenli internet hizmetini kullanmak,

c) Kullanılan içerik filtreleme sistemini aktif ve güncel halde bulundurarak, herhangi bir müdahale ile devre dışı kalmasını önlemek,

ç) Erişim sağlayıcılardan sabit IP almak, sabit IP kullanmak ve sabit IP değişikliklerini on beş gün içerisinde mülki idare amirliklerine bildirmek,

d) Erişim kayıtlarını elektronik ortamda kendi sistemlerine kaydetmek ve iki yıl süre ile saklamak,

e) (d) bendi gereğince kaydedilen bilgileri ve bu bilgilerin doğruluğunu, bütünlüğünü ve gizliliğini teyit eden değeri kendi sistemlerine günlük olarak kaydetmek ve bu verileri iki yıl süre ile saklamak,

f) 14/7/2005 tarihli ve 2005/9207 sayılı Bakanlar Kurulu Kararıyla yürürlüğe konulan İşyeri Açma ve Çalışma Ruhsatlarına İlişkin Yönetmeliğe göre işyerinin kapatılmasının veya devrinin on beş gün içinde yetkili mülki idare amirliğine bildirmek ve izin belgesini teslim etmek." hükmü,

"İşyerlerinde uyulması gereken kurallar" başlıklı 9. maddesinde,

"(1) İşyerlerinde uyulması gereken kurallar şunlardır:

a) 12 yaşından küçükler, ancak yanlarında veli veya vasileriyle işyerlerine girebilirler.

b) 15 yaşından küçükler yanlarında veli veya vasileri olmadan saat 20.00'den sonra işyerlerine alınmazlar.

c) İşyerlerinde tütün ve tütün mamulleri içilemez, içilmesine müsaade edilmez. Hükme aykırılığın tespiti halinde ilgililer hakkında 7/11/1996 tarihli ve 4207 sayılı Tütün Ürünlerinin Zararlarının Önlenmesi ve Kontrolü Hakkında Kanun uygulanır.

ç) İşyerlerinde 21/6/1927 tarihli ve 1117 sayılı Küçükleri Muzır Neşriyattan Koruma Kanununa aykırı hareket edilemez.

d) İşyerlerinde 8/6/1942 tarihli ve 4250 sayılı İspirto ve İspirtolu İçkiler İhbarı Kanununun 19 uncu maddesi gereğince alkollü içecek satılması, bulundurulması veya sunulması yasaktır.

e) İşyerlerinde 5/12/1951 tarihli ve 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu kapsamında korunan hakların ihlal edilmesinin önlenmesi için gerekli tedbirler alınır.

f) İşyerlerinde elektronik ve mekanik oyun alet ve makineleri bulunamaz.

g) İşyerlerindeki bilgisayarlarda uyuşturucu veya uyarıcı madde alışkanlığı, intihara yönlendirme, cinsel istismar, müstehcenlik, fuhuş, şiddet, kumar ve benzeri kötü alışkanlıkları teşvik eden ve 18 yaşından küçüklerin psikolojik ve fizyolojik gelişimine olumsuz etkisi olabilecek çevrimiçi ve çevrimdışı (online-offline) oyunlar oynatılamaz.

ğ) Güvenlik amacıyla işyerlerinin giriş ve çıkışlarını görecektir şekilde yüksek çözünürlüklü (en az 3 mega piksel) ve "IR" (gece görüşlü) kamera kayıt sistemi kurulur. Bu sistem aracılığıyla elde edilen kayıtlar doksan gün süreyle saklanır ve bu kayıtlar yetkili makamlar haricindeki kişi ve kuruluşlara verilemez." hükmü,

5362 sayılı Esnaf ve Sanatkarlar Meslek Kuruluşları Kanunu'nun 3. maddesinin "Tanımlar" başlıklı 3. maddesinin (a) bendinde, esnaf ve sanatkârın; ister gezici ister sabit bir mekânda bulunsun, Esnaf ve Sanatkâr ile Tacir ve Sanayiciyi Belirleme Koordinasyon Kurulunca belirlenen esnaf

ve sanatkâr meslek kollarına dahil olup, ekonomik faaliyetini sermayesi ile birlikte bedenî çalışmasına dayandıran ve kazancı tacir veya sanayici niteliğini kazandırmayacak miktarda olan, basit usulde vergilendirilenler ve işletme hesabı esasına göre deftere tabi olanlar ile vergiden muaf bulunan meslek ve sanat sahibi kimseler olarak tanımlandığı görülmektedir.

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 12. maddesinde ise; bir ticari işletmeyi, kısmen de olsa, kendi adına işleten kişiye tacir denildiği hüküm altına alınmıştır. Bu nedenle, esnaf ve sanatkârlık ile tacirliğin ticari bir amaç için yapıldığı açık olup, yapılan işin bedeli olarak ücret konularından ayrı düşünmek mümkün değildir.

Anayasa'nın; "Ailenin korunması ve çocuk hakları" başlıklı 41. maddesinde, "Aile, Türk toplumunun temelidir ve eşler arasında eşitliğe dayanır. Devlet, ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocukların korunması ve aile planlamasının öğretimi ile uygulanmasını sağlamak için gerekli tedbirleri alır, teşkilatı kurar. Her çocuk, korunma ve bakımdan yararlanma, yüksek yararına açıkça aykırı olmadıkça, ana ve babasıyla kişisel ve doğrudan ilişki kurma ve sürdürme hakkına sahiptir. Devlet, her türlü istismara ve şiddete karşı çocukları koruyucu tedbirleri alır."; "Gençliğin korunması" başlıklı 58. maddesinde ise, "Devlet, istiklal ve Cumhuriyetimizin emanet edildiği gençlerin müsbet ilmin ışığında, Atatürk ilke ve inkılapları doğrultusunda ve Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü ortadan kaldırmayı amaç edinen görüşlere karşı yetiştirme ve gelişmelerini sağlayıcı tedbirleri alır. Devlet, gençleri alkol düşkünlüğünden, uyuşturucu maddelerden, suçluluk, kumar ve benzeri kötü alışkanlıklardan ve cehaletten korumak için gerekli tedbirleri alır." kuralı yer almaktadır.

Ailenin ve çocuğun korunması ile konusu suç oluşturan içeriklere erişimi önleyici tedbirleri almak amacıyla içerik filtreleme sistemini ve güvenli internet hizmetini bir arada değerlendirmek gerekmektedir. Çünkü, internetin dinamik yapısı gereği, sürekli içeriği değişen veya yeni açılan sitelerin güvenli internet hizmeti kapsamına alınmamış olabileceği, bu durumda, ailenin ve çocuğun korunması, gençliğin korunması ilkesinin gerçekleştirilmesini sekteye uğratacağı açıktır. İçerik filtreleme ve güvenli internet hizmetinin bir arada kullanılması ile, ziyaret edilen sayfayı an itibarı ile belirli anahtar kelimelere göre kontrol edip filtreleme yapabildikleri için, içerik filtreleme sisteminin bu özelliği, güvenli internet hizmetini tamamlayıcı niteliktedir.

İçerik filtreleme sisteminin bu özelliği nedeni ile, sistemin devre dışı bırakılmasını önleme yükümlülüğü getirilmiştir. Sistemin devre dışı bırakılması ancak "yönetici yetkisi" ile mümkün olacağından, bu yükümlülüğün, ticari amaçla internet toplu kullanım sağlayıcılarına bırakılmasında hukuka aykırılık görülmemiştir.

5651 sayılı Kanun'un yukarıda açıklanan 5/3. maddesi, 6/1-b maddesi ve 7/2 ve 7/3. maddeleri hükümleri ile uyumluluğun sağlanması açısından, dava konusu Yönetmeliğin 5/1-d,e bentleri ile ticari amaçla toplu kullanım sağlayıcıların erişim kayıtlarını kendi sistemlerine kaydedecekleri, kaydedilen bilgileri ve bu bilgilerin doğruluğunu, bütünlüğünü ve gizliliğini teyit eden değeri saklayacakları sürelerin, kanundaki üst sınır olan iki yıl olarak düzenlenmesi hususunda, üst hukuk normuna aykırılıktan söz edilemez.

Umuma açık olan istirahat ve eğlence yerleri, mevzuat düzenlemesinde, bütünlük arz edecek şekilde açılması, işletilmesi, denetlenmesi, yaptırımları, personel istihdamı gibi konularda diğer sıhhi iş yerlerinden ayrılmış ve özel bir uygulamaya tabi tutulmuştur.

Devletin görevlerinden birisi de çocukları, gençleri korumaktır. Korumanın yasal mevzuat açısından gerçekleştirilebilmesi için, idarelere, çeşitli yasal düzenlemelerle, gençlerin ve çocukların korunması amacı ile makul ölçülerde kalmak kaydı ile yaş düzenlemesi yapabilme imkanı verilmiştir. Yapılan bu tip düzenlemelerde de üst hukuk normlarına ve kamu amacına aykırılık görülmemektedir.

Kendine ait bir mevzuatı bulunan ve amacı oyun salonlarından tamamen farklı olan internet salonlarının, aslı faaliyeti oyun oynatılması olmadığından, reşit olmayan çocuklar üzerinde, ruhsal, maddi ,manevi olumsuz zararlar veya bağımlılık yapabilecek oyunların oynatıldığı oyun salonları ile aynı kategoride düşünülemez.

Birbirinden tamamen farklı olan internet salonları ile oyun salonlarının faaliyet konuları da birbirinden farklıdır. Bu nedenle, oyun salonlarında bulunan elektronik ve mekanik oyun alet ve makinelerinin internet kafelerde de bulunmasının kamu yararı ve mevzuat açısından uygun görülmemektedir.

İnternet oyunlarının bağımlılık oluşturduğu, sosyal ilişkileri olumsuz yönde etkilediği, öğrencilerde fiziksel ve sözel şiddeti özendirildiği, ayrıca kumar ve benzeri kötü alışkanlıkları teşvik eden özelliğe sahip olduğu, bireylerin

fizyolojik ve psikolojik gelişmelerine engel olduğu, sosyal ilişkileri olumsuz etkilediği bilinmektedir.

Bu tür olumsuzlukların mümkün olan en üst seviyede giderilebilmesi amacıyla, şiddet içerikli, cinsel istismara yönlendirici, müstehcenlik, kumar ve benzeri kötü alışkanlıkları teşvik eden ve 18 yaşından küçüklerin, psikolojik ve fizyolojik gelişimine olumsuz etki edebilecek oyunların oynatılmaması hususunda gerekli hassasiyetin gösterilmesi yolunda ilgili mevzuatlarda da düzenlemelere veya değişikliklere gidilmektedir.

Söz konusu düzenlemelerin amacı, toplumda önceliği olan ve Anayasa'da ifadesini bulan ailenin korunması çocuk hakları ve gençliğin ve de korunması ilkesinin gerçekleştirilebilmesi ve de toplumu oluşturan bireylerin, bu alan ile ilgilerini ve ilişkilerini gerçekleştirecek güvenli ve sağlıklı bir ortamı oluşturmaktır.

Güvenlik kayıtlarının, belirli teknik özelliklere sahip olarak düzenlenmesi ve kayıtların saklanma yükümlülüğü, yukarıda belirtilen amacın gerçekleştirilmesi doğrultusundadır.

Netice olarak, İnternet Toplu Kullanım Sağlayıcıları Hakkında Yönetmeliğin davaya konu edilen hükümlerinde hukuka aykırılık görülmemiştir.

Açıklanan nedenlere; İnternet Toplu Kullanım Sağlayıcıları Hakkında Yönetmeliği'nin 11. maddesinin 2. fıkrasının iptali isteminin ehliyet yönünden reddi; uyuşmazlığın diğer kısımlarına yönelik olarak da davanın reddi gerektiği düşünülmektedir

TÜRK MİLLETİ ADINA

Karar veren Danıştay Onüçüncü Dairesince duruşma için taraflara önceden bildirilen 30/06/2020 tarihinde, davacı vekili ... ve davalı idare vekili ... geldikleri, davacı yanında müdahilin gelmediği, Danıştay Savcısının hazır olduğu görülmekle, açık duruşmaya başlandı. Gelen taraflara usulüne uygun olarak söz verilerek dinlendikten ve Danıştay Savcısının düşüncesi alındıktan sonra gelen taraflara son kez söz verilip, duruşma tamamlandı. Tetkik Hâkiminin açıklamaları dinlendikten ve dosyadaki belgeler incelendikten sonra gereği görüldü:

İNCELEME VE GEREKÇE:

MADDİ OLAY VE HUKUKİ SÜREÇ :

11/04/2017 tarih ve 30035 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanarak yürürlüğü giren İnternet Toplu Kullanım Sağlayıcıları Hakkında Yönetmeliğin 3. maddesinin 1. fıkrasının (I) bendinde yer alan “*belirli bir ücret karşılığı*” ibaresinin, 5. maddesinin 1. fıkrasında yer alan (b), (c) , (d) ve (e) bentlerinin, 9. maddesinin 1. fıkrasında yer alan (a), (b), (f), (g) ve (ğ) bentlerinin ve 11. maddesinin 2. fıkrasının iptali istenilmektedir.

İLGİLİ MEVZUAT:

Anayasa’nın, “Ailenin korunması ve çocuk hakları” başlıklı 41. maddesinde, “Aile, Türk toplumunun temelidir ve eşler arasında eşitliğe dayanır. Devlet, ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve **çocukların korunması** ve aile planlamasının öğretimi ile uygulanmasını **sağlamak için gerekli tedbirleri alır**, teşkilatı kurar. Her çocuk, korunma ve bakımdan yararlanma, yüksek yararına açıkça aykırı olmadıkça, ana ve babasıyla kişisel ve doğrudan ilişki kurma ve sürdürme hakkına sahiptir. Devlet, her türlü istismara ve şiddete karşı çocukları koruyucu tedbirleri alır.” kuralı yer almaktadır.

5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun’un, “Amaç ve Kapsam” başlıklı 1. maddesinde, Kanun’un amaç ve kapsamının; içerik sağlayıcı, yer sağlayıcı, erişim sağlayıcı ve **toplu kullanım sağlayıcıların** yükümlülük ve sorumlulukları ile internet ortamında işlenen belirli suçlarla içerik, yer ve erişim sağlayıcıları üzerinden mücadeleye ilişkin esas ve usulleri düzenlemek olduğu belirtilmiş; “Tanımlar” başlıklı 2. maddesinin 1. fıkrası (i) bendinde, **Toplu kullanım sağlayıcı**: “Kişilere belli bir yerde ve belli bir süre internet ortamı kullanım olanağı sağlayanı ifade eder.” olarak tanımlanmıştır.

Aynı Kanun’un “Toplu kullanım sağlayıcıların yükümlülükleri” başlıklı 7. maddesinde ise, “(1) Ticari amaçla toplu kullanım sağlayıcılar, mahalli mülki amirden izin belgesi almakla yükümlüdür. İzne ilişkin bilgiler otuz gün içinde mahalli mülki amir tarafından Kuruma bildirilir. Bunların denetimi mahalli mülki amirler tarafından yapılır. İzin belgesinin verilmesine ve denetime ilişkin esas ve usuller, yönetmelikle düzenlenir.

(2) Ticari amaçla olup olmadığına bakılmaksızın bütün toplu kullanım sağlayıcılar, konusu suç oluşturan içerikle erişimi önleyici tedbirleri almakla yükümlüdür.

(3) Ticari amaçla toplu kullanım sağlayıcılar, ailenin ve çocukların korunması, suçun önlenmesi ve suçluların tespiti kapsamında usul ve esasları yönetmelikte belirlenen tedbirleri almakla yükümlüdür.” kuralı yer almıştır.

5651 sayılı Kanun’a dayanılarak hazırlanan ve 11/04/2017 tarih ve 30035 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan dava konusu İnternet Toplu Kullanım Sağlayıcıları Hakkında Yönetmeliğin “Amaç ve kapsam” başlıklı 1. maddesinde, bu Yönetmeliğin amacının, internet toplu kullanım sağlayıcıları ve ticari amaçla internet toplu kullanım sağlayıcılarının yükümlülükleri ve sorumlulukları ile denetimlerine ilişkin esas ve usulleri düzenlemek olduğu; “Tanımlar” başlıklı 3. maddesinin 1. fıkrasının (ç) bendinde, “**Erişim sağlayıcı:** İnternet toplu kullanım sağlayıcılarına ve abone olan kullanıcılarına internet ortamına erişim olanağı sağlayan işletmeciler ile gerçek veya tüzel kişileri”; (g) bendinde, “**İnternet toplu kullanım sağlayıcı:** Kişilere belli bir yerde ve belli bir süre internet ortamı kullanım olanağı sağlayan gerçek ve tüzel kişileri”; (I) bendinde ise, “**Ticari amaçla internet toplu kullanım sağlayıcı:** İnternet salonu ve benzeri umuma açık yerlerde belirli bir ücret karşılığı internet toplu kullanım sağlayıcılığı hizmeti veren veya bununla beraber bilgisayarlarda bilgi ve beceri artırıcı veya zeka geliştirici nitelikteki oyunların oynatılmasına imkân sağlayan gerçek ve tüzel kişileri” ifade ettiği belirtilmiştir.

Aynı Yönetmeliğin, “İnternet toplu kullanım sağlayıcılarının yükümlülükleri” başlıklı 4. maddesinde, “(1) İnternet toplu kullanım sağlayıcılarının yükümlülükleri şunlardır:

a) Konusu suç oluşturan içeriklere erişimi önleyici tedbirleri almak amacıyla içerik filtreleme sistemini kullanmak.

b) Erişim kayıtlarını elektronik ortamda kendi sistemlerine kaydetmek ve iki yıl süre ile saklamak.

c) Kamuya açık alanlarda internet erişimi sağlayan toplu kullanım sağlayıcılar, kısa mesaj servisi (sms) ve benzeri yöntemlerle kullanıcıları tanımlayacak sistemleri kurmak.

(2) İnternet toplu kullanım sağlayıcılar, konusu suç oluşturan içeriklere erişimi önleyici tedbirleri almak amacıyla içerik filtreleme sisteminin yanı sıra, ilave tedbir olarak güvenli internet hizmeti de alabilirler.”; “Ticari amaçla internet toplu kullanım sağlayıcılarının yükümlülükleri” başlıklı 5. maddesinde, “(1) Ticarî amaçla internet toplu kullanım sağlayıcılarının yükümlülükleri şunlardır:

a) Mülki idare amirinden izin belgesi almak,

b) Ailenin ve çocukların korunması ile konusu suç oluşturan içeriklere erişimi önleyici tedbirleri almak amacıyla içerik filtreleme sistemini ve güvenli internet hizmetini kullanmak,

c) Kullanılan içerik filtreleme sistemini aktif ve güncel halde bulundurarak, herhangi bir müdahale ile devre dışı kalmasını önlemek,

ç) Erişim sağlayıcılardan sabit IP almak, sabit IP kullanmak ve sabit IP değişikliklerini on beş gün içerisinde mülki idare amirliklerine bildirmek,

d) Erişim kayıtlarını elektronik ortamda kendi sistemlerine kaydetmek ve iki yıl süre ile saklamak,

e) (d) bendi gereğince kaydedilen bilgileri ve bu bilgilerin doğruluğunu, bütünlüğünü ve gizliliğini teyit eden değeri kendi sistemlerine günlük olarak kaydetmek ve bu verileri iki yıl süre ile saklamak,

f) 14/7/2005 tarihli ve 2005/9207 sayılı Bakanlar Kurulu Kararıyla yürürlüğe konulan İşyeri Açma ve Çalışma Ruhsatlarına İlişkin Yönetmeliğe göre işyerinin kapatılmasının veya devrinin on beş gün içinde yetkili mülki idare amirliğine bildirmek ve izin belgesini teslim etmek.” kurallarına yer verilmiştir.

HUKUKİ DEĞERLENDİRME:

Dava konusu Yönetmeliğin 3. maddesinin 1. fıkrasının (I) bendinde yer alan “belirli bir ücret karşılığı” ibaresinin incelenmesi;

Dava konusu Yönetmeliğin 3. maddesinin 1. fıkrasının (I) bendinde, Ticari Amaçla İnternet Toplu Kullanım Sağlayıcı'nın; “İnternet salonu ve benzeri umuma açık yerlerde belirli bir ücret karşılığı internet toplu kullanım sağlayıcılığı hizmeti veren veya bununla beraber bilgisayarlarda bilgi ve beceri artırıcı veya zeka geliştirici nitelikteki oyunların oynatılmasına imkân sağlayan

gerçek ve tüzel kişileri” ifade ettiği belirtilmiştir.

Davacı tarafından, ticarî amaçla toplu internet kullanıcıların belirli bir ücret karşılığında hizmet verenler ile sınırlandırılmasının hukuka aykırı olduğu, söz konusu ifadeden sadece internet kafelerin anlaşıldığı, internet hizmeti veren ancak asıl işi başka faaliyetler olan (Kafeler, pastaneler, alışveriş merkezleri vb.) işletmelerin de ticari amaçla internet hizmeti verdiği ileri sürülmekte ise de; 5651 sayılı Kanun’un 7. maddesi ile hem ticari amaçlı internet toplu kullanım sağlayıcılara hem de internet toplu kullanım sağlayıcılara yükümlülükler getirildiği; 5651 sayılı Kanun’a dayanılarak hazırlanan dava konusu Yönetmelikte de aynı şekilde, hem ticari amaçlı internet toplu kullanım sağlayıcılara hem de internet toplu kullanım sağlayıcılara yükümlülükler getirildiği, ticari amaçla olsun olmasın her iki internet toplu kullanım sağlayıcının da dava konusu Yönetmelik ile getirilen yükümlülüklere uymak zorunda olduğu görüldüğünden, davacının bu yöndeki iddialarına itibar edilmemiştir.

Öte yandan, ticari amaçlı internet toplu kullanım sağlayıcıları ile internet toplu kullanım sağlayıcılara getirilen yükümlülüklerde hizmet sunumlarındaki farklılıklar dikkate alınarak farklı düzenleme yapıldığından, bu yönüyle dava konusu kuralda hukuka aykırılık görülmemiştir.

Dava konusu Yönetmeliğin 5. maddesinin 1. fıkrasının (b) bendinin incelenmesi;

Dava konusu Yönetmeliğin 5. maddesinin 1. fıkrasının (b) bendinde, *“Ailenin ve çocukların korunması ile konusu suç oluşturan içeriklere erişimi önleyici tedbirleri almak amacıyla **içerik filtreleme sistemini** ve güvenli internet hizmetini kullanmak”* ticari amaçlı internet toplu kullanım sağlayıcılara getirilen yükümlülükler arasında sayılmıştır.

Davacı tarafından, 2011 yılında güvenli internet hizmeti sunma yükümlülüğü getirilmişken bir de içerik filtreleme sistemi kullanma yükümlülüğü getirilmesinin gereksiz olduğu, içerik filtreleme sisteminin taşınması gereken özelliklerin belirsiz olduğu ileri sürülmekte ise de; 5651 sayılı Kanun’un 7. maddesinin 2. fıkrasında, ticari amaçla olup olmadığına bakılmaksızın bütün internet toplu kullanım sağlayıcıların, konusu suç oluşturan **içeriklere erişimin engellenmesi** konusunda yönetmelikte belirlenecek tedbirleri almakla yükümlü olduğunun kurala bağlandığı, güvenli internet hizmetinin alan adı bazlı koruma sağladığı, yeni açılan internet siteleri ve içerik denetimi

yönünden yetersiz kaldığı, anahtar kelimeler üzerinde içerik koruması sağlayan filtreleme sisteminin bu açığı kapattığı, bu yönüyle söz konusu sistemlerin birbirlerini tamamladıkları görüldüğünden davacının iddialarına itibar edilmemiştir.

Öte yandan, içerik filtreleme sistemine yönelik herhangi bir standart getirilmeyerek işletmecilere bu konuda serbesti tanındığı anlaşılmaktadır.

Dava konusu Yönetmeliğin 5. maddesinin 1. fıkrasının (c) bendinin incelenmesi;

Dava konusu Yönetmeliğin 5. maddesinin 1. fıkrasının (c) bendinde, *“Kullanılan içerik filtreleme sistemini aktif ve güncel hâlde bulundurarak, herhangi bir müdahale ile devre dışı kalmasını önlemek”* ticari amaçlı internet toplu kullanım sağlayıcılara getirilen yükümlülükler arasında sayılmıştır.

Davacı tarafından, ortalama bir bilgisayar kullanıcısının sistemi kolaylıkla devre dışı bırakabileceği ileri sürülmekte ise de; söz konusu yükümlülüğün kullanıcılara “yönetici yetkisi” verilmesi suretiyle yerine getirilebileceği anlaşıldığından, davacının iddialarına itibar edilmemiştir.

Dava konusu Yönetmeliğin 5. maddesinin 1. fıkrasının (d) ve (e) bentlerinin incelenmesi;

Dava konusu Yönetmeliğin 5. maddesinin 1. fıkrasının (d) bendinde, *“Erişim kayıtlarını elektronik ortamda kendi sistemlerine kaydetmek ve **iki yıl süre ile saklamak**”*; (e) bendinde ise, *“(d) bendi gereğince kaydedilen bilgileri ve bu bilgilerin doğruluğunu, bütünlüğünü ve **gizliliğini teyit eden değeri** kendi sistemlerine günlük olarak kaydetmek ve bu verileri iki yıl süre ile saklamak”* ticari amaçlı internet toplu kullanım sağlayıcılara getirilen yükümlülükler arasında sayılmıştır.

Davacı tarafından, erişim sağlayıcılara 1 yıl, yer sağlayıcılara 6 ay erişim kayıtlarını saklama yükümlülüğü getirilmişken, internet toplu kullanım sağlayıcılara 2 yıl saklama yükümlülüğü getirilmesinin orantısız olduğu ileri sürülmekte ise de; 5651 sayılı Kanun’un 7. maddesinin 2. fıkrasında, ticari amaçla olup olmadığına bakılmaksızın bütün internet toplu kullanım sağlayıcıların, konusu suç oluşturan içeriklere erişim **kayıtlarının tutulması** hususlarında yönetmelikle belirlenen tedbirleri alma yükümlülüğünün getirildiği, en çok veri depolama yükümlülüğü bulunan yer sağlayıcılara 6 ay, daha az veri

depolama yükümlülüğü bulunan erişim sağlayıcılara 1 yıl saklama yükümlülüğü getirildiği görüldüğünden, en az veri depolama yükümlülüğü bulunan ticari amaçlı internet toplu kullanım sağlayıcılara 2 yıl saklama yükümlülüğü getirilmesinin Kanun'un sistematğine uygun olduğu anlaşılmaktadır.

Öte yandan, Kanun'da yer alan "bir yıldan az ve iki yıldan fazla" olmamak üzere belirlenen veri saklama yükümlülüğü sınırlarına uygun bir düzenleme yapıldığı görülmektedir.

Bu itibarla, dava konusu kuralda, üst hukuk normlarına aykırılık görülmemiştir.

Dava konusu Yönetmeliğin 9. maddesinin 1. fıkrasının (a) ve (b) bentlerinin incelenmesi;

5651 sayılı Kanun'un 7. maddesinin 3. fıkrasında, "*Ticari amaçla toplu kullanım sağlayıcılar, ailenin ve çocukların korunması, suçun önlenmesi ve suçluların tespiti kapsamında usul ve esasları yönetmelikte belirlenen tedbirleri almakla yükümlüdür.*" kuralı yer almaktadır.

Davacının, 5651 sayılı Kanun'un 7. maddesinin 3. fıkrasının Anayasa'ya aykırı olduğu yönündeki iddiası geçerli görülmemiştir.

Dava konusu Yönetmeliğin "*İşyerlerinde uyulması gereken kurallar*" başlıklı 9. maddesinin 1. fıkrasının (a) bendinde, "*12 yaşından küçükler, ancak yanlarında veli veya vasileriyle işyerlerine girebilirler.*"; (b) bendinde ise, "*15 yaşından küçükler yanlarında veli veya vasileri olmadan saat 20.00'den sonra işyerlerine alınmazlar.*" kuralına yer verilmiştir.

Davacı tarafından, çocukların internet kafeye sadece oyun ve eğlence için gelmediği, ödev yapmak ve çıktı almak için de geldiği, çocuklara en güvenli internetin, internet kafeler tarafından sunulduğu ileri sürülmekte ise de; 2559 sayılı Polis Vazife ve Salâhiyet Kanunu'nun 7. maddesinin birinci fıkrasında, internet kafelerin umuma açık istirahat ve eğlence yerleri arasında sayıldığı, Devletin, çocukların korunması amacıyla umuma açık istirahat ve eğlence yerlerine yönelik bazı sınırlandırmalar getirebileceği, ancak bu yönde düzenleme yapılırken ölçülülük ilkesine uygun davranılması gerektiği, bu kapsamda, dava konusu düzenlemeler ile getirilen sınırlamaların makul ve ölçülü olduğu anlaşıldığından, davacının iddialarına itibar edilmemiştir.

Dava konusu Yönetmeliğin 9. maddesinin 1. fıkrasının (f) bendinin incelenmesi;

Dava konusu Yönetmeliğin 9. maddesinin 1. fıkrasının (f) bendinde, *“İşyerlerinde elektronik ve mekanik oyun alet ve makineleri bulunamaz.”* kuralı yer almaktadır.

Davacı tarafından, bilgisayarda bulunanlarla birebir aynı oyun oynatılıyor olmasına rağmen PlayStation salonlarına çocukların girebildiği ileri sürülmekte ise de; İşyeri Açma ve Çalışma Ruhsatlarına İlişkin Yönetmeliğin ekinde yer alan liste de, internet salonu ile oyun yerlerinin ayrı düzenlendiği, Yönetmelikte, internet salonlarında mekanik ve elektronik oyun alet ve makinelerin bulunamayacağına kurala bağlandığı, dava konusu kuralın anılan mevzuat ile uyumlu olduğu görüldüğünden, davacının iddialarına itibar edilmemiştir.

Dava konusu Yönetmeliğin 9. maddesinin 1. fıkrasının (g) bendinin incelenmesi;

Dava konusu Yönetmeliğin 9. maddesinin 1. fıkrasının (g) bendinde, *“İşyerlerindeki bilgisayarlarda uyuşturucu veya uyarıcı madde alışkanlığı, intihara yönlendirme, cinsel istismar, müstehcenlik, fuhuş, şiddet, kumar ve benzeri kötü alışkanlıkları teşvik eden ve 18 yaşından küçüklerin psikolojik ve fizyolojik gelişimine olumsuz etkisi olabilecek çevrimiçi ve çevrimdışı (online-offline) oyunlar oynatılamaz.”*kuralı yer almaktadır.

Davacı tarafından, 18 yaşından küçüklerin psikolojik ve fizyolojik gelişimini olumsuz etkileyebilecek oyunlar ibaresinin belirsiz olduğu ileri sürülmekte ise de; herhangi bir oyunun, 18 yaşından küçüklerin psikolojik ve fizyolojik gelişimini olumsuz yönde etkileyip etkilemeyeceğinin yargısal denetiminin her bir olay özelinde ayrı ayrı yapılması gerektiği anlaşıldığından, dava konusu kuralda hukuka aykırılık bulunmamaktadır.

Dava konusu Yönetmeliğin 9. maddesinin 1. fıkrasının (ğ) bendinin incelenmesi;

Dava konusu Yönetmeliğin 9. maddesinin 1. fıkrasının (ğ) bendinde, *“Güvenlik amacıyla işyerlerinin giriş ve çıkışlarını görecektir şekilde yüksek çözünürlüklü (en az 3 mega piksel) ve “IR” (gece görüşlü) kamera kayıt sistemi kurulur. Bu sistem aracılığıyla elde edilen kayıtlar doksan gün süreyle saklanır ve bu kayıtlar yetkili makamlar haricindeki kişi ve kuruluşlara verilemez.”*kuralı yer almaktadır.

Davacı tarafından, HD kameranın yeterli olduğu, kayıtların 90 gün saklanmasına ilişkin yükümlülüğün orantısız olduğu ileri sürülmekte ise de; 5651 sayılı Kanun'un 7. maddesinin 3. fıkrasında, **ailenin ve çocukların korunması, suçun önlenmesi ve suçluların tespiti kapsamında** yönetmelik ile yükümlülük getirilebileceğinin kurala bağlandığı, dava konusu düzenlemenin temel amacının, çocukların korunması, suçun önlenmesi ve suçluların tespiti olduğu, söz konusu teknik özelliklerin ihtiyaçlara cevap verebilecek şekilde belirlendiği anlaşıldığından, dava konusu kuralda hukuka aykırılık görülmemiştir.

Dava konusu Yönetmeliğin 11. maddesinin 2. fıkrasının incelenmesi;

Dava konusu Yönetmeliğin 11. maddesinin 2. fıkrasında, " 9'uncu maddeye aykırılık hâlinde mülki idare amiri tarafından, 4/7/1934 tarih ve 2559 sayılı Polis Vazife ve Salâhiyet Kanunu'nun 6'ncı maddesinin birinci fıkrasının (d) bendi uyarınca idari para cezası verilir." kuralı yer almaktadır.

Davacı tarafından, dava konusu Yönetmeliğin 9. maddesinin 1. fıkrasının (c) bendinde uygulanacak kanuna yer verilmişken, Yönetmeliğin 11. maddesinin 2. fıkrasında yeniden düzenleme yapılmasının kaosa sebep olduğu ileri sürülmekte ise de; Yönetmeliğin 11. maddesinin 2. fıkrasında yer alan düzenlemenin genel nitelikte olduğu, 9. maddenin 1. fıkrasının (c) bendinide kapsadığı değerlendirildiğinden, dava konusu kuralda hukuka aykırılık görülmemiştir.

KARAR SONUCU:

Açıklanan nedenlerle;

1. DAVANIN REDDİNE,

2. Ayrıntısı aşağıda gösterilen toplam 405,60-TL yargılama giderinin davacı üzerinde; 133,30-TL müdahil yargılama giderinin davacı yanında müdahil üzerinde bırakılmasına,

3. Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi uyarınca 4.950,00-TL vekâlet ücretinin davacıdan alınarak davalı idareye verilmesine,

4. Posta gideri avansından artan tutarın kararın kesinleşmesinden sonra davacıya ve müdahile iadesine,

5. Bu kararın tebliğ tarihini izleyen 30 (otuz) gün içerisinde Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'na temyiz yolu açık olmak üzere, 30/06/2020 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

DANIŞTAY 10. DAİRE

E. 2016/12975

K. 2020/3048

DAVACI : Türk Psikiyatri Derneği

VEKİLİ :

DAVALI : Adalet Bakanlığı / ANKARA

VEKİLİ :

DAVANIN KONUSU : 26/07/2016 tarih ve 29782 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren, Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlardan Hükümlü Olanlara Uygulanacak Tedavi ve Diğer Yükümlülükler Hakkında Yönetmeliğin 4. maddesinin 1. fıkrasının (ı) bendinde yer alan **“tedavi merkezi”** tanımının **6. maddesinin 1. fıkrasının, 7. maddesinin 1. fıkrasının, 8. maddesinin 2. fıkrasında yer alan “Bu yükümlülüğe karar verilmeden önce hükümlü veya yükümlünün onayı aranmaz”** şeklindeki son cümlesinin, **15’inci maddesinin 1. ve 4. fıkralarının** hukuka aykırı olduğu, **7. maddesinin 2. ve 3. fıkralarının** ise eksik düzenleme içerdiği ileri sürülerek iptali istenilmiştir.

DAVACININ İDDİALARI : Yönetmelikte cinsel saldırı suçlarının bir hastalık olarak nitelendirildiği, hekimlerin mesleki özerkliğinin güvence altına alınmadığı, hakim kararının sağlık kurulu raporuna dayanılarak verileceğinin açıkça gösterilmediği, tıbbi işlemler için hastanın açık rızasının alınmasına ilişkin kanuni düzenlemeler olduğu, Yönetmeliğin hasta haklarına ilişkin ve hekim yönünden mesleğin özerk olarak uygulanmasına yönelik düzenlemeler içermediği, tedavi için hükümlünün rızasının aranmadığı, Yönetmeliğin 4. maddesinin (ı) bendindeki tedavi merkezi tanımının ve 7. maddenin 2. fıkrasının yönetmeliğin uygulaması için özel merkezleri ve alanda yetişmiş özel sağlık ekibini düzenlememesi sebebiyle noksan düzenleme niteliğinde olduğu, 7. maddenin 1. fıkrasının, tedavi tanımının kanuna aykırı olduğu, “cinsel isteğin

azaltılmasının veya yok edilmesinin, bir tedavi yöntemi olmadığı, Yönetmeliğin hasta haklarına aykırı olduğu, 8. maddenin 2. fıkrasındaki “bu yükümlülüğe karar verilmeden önce hükümlü ve yükümlünün onayı aranmaz” düzenlemesi ile bunu yaptırıma bağlayan 15. maddenin 1. ve 4. fıkrasının Biyotıp sözleşmesi, Anayasa ve 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun ile Hasta Hakları Yönetmeliğine aykırı olduğu ileri sürülmektedir.

DAVALININ SAVUNMASI : Yönetmeliğin Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun’un 108. maddesine istinaden hazırlandığı, Yönetmeliğin 4. maddesinin 1. fıkrasının (ı) bendindeki tedavi merkezi tanımının, Sağlık Bakanlığının tedavi merkezleri tanımı uyarınca yapıldığı, Türkiye Kamu Hastaneleri Kurumunun uygun görüşünün alındığı, Yönetmelik hazırlanırken bir çok kurumdan görüşü alındığı, bilimsel toplantılar yapıldığı, kişi hakkında alınan sağlık kurulu raporu esas olup bu konuda nihai karar yetkisinin infaz hakiminde olduğu, Yönetmelikle ilgili yaşanan sorunlar ve çözüm önerileri ile ilgili çalıştay yapıldığı ve 7. maddenin 1. fıkrası, 8. maddenin 2. fıkrası, 15. maddenin 1 ve 4. fıkralarının hukuka aykırı olduğu iddiası yönünden bireysel menfaat toplum menfaati ile çatıştığı zaman kişinin tedaviyi reddetme hakkı üzerinde düşünülmesi gerektiği, 6. maddenin 1. fıkrası, 7. maddenin 2. ve 3. fıkralarının hukuka aykırı olduğu iddiası yönünden infaz hakiminin sağlık kurulunun kararına istinaden tedavi sürecine ilişkin karar alabileceği, sağlık kurulu raporlarının bilirkişi raporu mahiyetinde olduğu, Yönetmeliğin hukuka uygun olarak hazırlandığı, davanın reddi gerektiği savunulmaktadır.

DANIŞTAY TETKİK HAKİMİ :

DÜŞÜNCESİ : Dava konusu Yönetmeliğin 7. maddesinin 1. fıkrasında yer verilen “ile cinsel isteğin azaltılmasını veya yok edilmesini sağlayan yöntemdir” ibaresinde hukuka uyarlık bulunmadığından bu kısmın iptaline, diğer kısımlar yönünden davanın reddine karar verilmesi gerektiği düşünülmektedir.

DANIŞTAY SAVCISI :

DÜŞÜNCESİ : Dava; davacı Dernek tarafından 26/07/2016 tarih ve 29782 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren, Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlardan Hükümlü Olanlara Uygulanacak Tedavi ve Diğer Yükümlülükler Hakkındaki Yönetmeliğin 4’üncü maddesinin 1’inci fıkrasının ı bendinde yer verilen “tedavi merkezi” ibaresinin, 6’ıncı maddesinin 1’inci fıkrasının,

7'nci maddesinin 1'inci fıkrasının, 8'inci maddesinin 2'nci fıkrasında yer verilen "Bu yükümlülüğe karar verilmeden önce hükümlü veya yükümlünün onayı aranmaz" şeklindeki son cümlesinin 15'inci maddesinin 1 ve 4'üncü fıkralarının hukuka aykırı olduğu, 7'nci maddesinin 2 ve 3 üncü fıkralarının ise eksik düzenleme içerdiği ileri sürülerek iptali istemiyle açılmıştır.

T.C. Anayasasının-davanın açıldığı tarihte yürürlükte olan şekliyle- 124'üncü maddesinde, Başbakanlık, bakanlıklar ve kamu tüzelkişilerinin, kendi görev alanlarını ilgilendiren kanunların ve tüzüklerin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla yönetmelikler çıkarabilecekleri belirtilmiştir.

Uyuşmazlığın çözümü bakımından, Yönetmelikle yapılan düzenlemenin üst normlara ve hukuka uygun olup olmadığının irdelenmesi gerekmektedir. Buna göre;

2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 12'nci maddesinde, herkesin, kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahip olduğu, 17'nci maddesinde de; herkesin, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahip olduğu, tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamayacağı; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamayacağı hükme bağlanmıştır.

Öte yandan; 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanunun 108'inci maddesinin 9'uncu fıkrasında, "(Ek: 18/6/2014-6545/82 md.) Birinci fıkradaki koşullu salıverme süreleri, 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 102'nci maddesinin ikinci fıkrasında tanımlanan cinsel saldırı suçundan, 103 üncü maddesinde tanımlanan çocukların cinsel istismarı suçundan, 104 üncü maddesinin ikinci ve üçüncü fıkrasında tanımlanan reşit olmayanla cinsel ilişki suçundan, 188 inci maddesinde tanımlanan uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti suçundan dolayı hapis cezasına mahkûm olanlar hakkında da uygulanır. 188 inci madde hariç olmak üzere bu suçlardan dolayı hapis cezasına mahkûm olanlar hakkında, cezanın infazı sırasında ve koşullu salıverildikleri takdirde denetim süresi içinde, aşağıdaki tedavi veya yükümlülüklerden bir veya birkaçına infaz hâkimi tarafından karar verilir:

- a) Tıbbi tedaviye tabi tutulmak,
- b) Tedavi amaçlı programlara katılmak,

c) Suçun mağdurunun oturduğu ve çalıştığı yerleşim bölgesinde ikamet etmekten yasaklanmak,

d) Mağdurun bulunduğu yerlere yaklaşmaktan yasaklanmak,

e) Çocuklarla bir arada olmayı gerektiren bir ortamda çalışmaktan yasaklanmak,

f) Çocuklar hakkında bakım ve gözetim yükümlülüğünü gerektiren faaliyet icra etmekten yasaklanmak"; 11'inci fıkrasında da," (Ek: 18/6/2014-6545/82 md.) Bu maddenin dokuzuncu fıkrasının uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar, Sağlık Bakanlığının görüşü alınmak suretiyle Adalet Bakanlığı tarafından hazırlanan yönetmelikle düzenlenir." hükümlerine yer verilmiş olup; söz konusu Kanun maddesine dayanılarak hazırlanan Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlarda Hükümlü Olanlara Uygulanacak Tedavi ve Diğer Yükümlülükler Hakkındaki Yönetmelik 26/07/2016 tarih ve 29782 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak aynı gün yürürlüğe girmiştir.

Yukarıda yer verilen düzenlemeden görüldüğü üzere, Anayasayla güvence altına alınan, tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğü ve kişi dokunulmazlığına ilişkin düzenlemelerin, kanunda açıkça belirtilmek, sınırı ve kapsamı çizilmek suretiyle getirilebileceği kuşkusuzdur.

Anayasanın 2'inci maddesine göre de, bir Hukuk Devleti olarak nitelendirilen Türkiye Cumhuriyeti bireylerinin sosyal ve ekonomik durumlarını etkileyecek keyfi uygulamalara neden olunmaması için, kamu kurum ve kuruluşlarına tanınan yetkinin, hukuk devletinin en önemli özelliği ve gereği olan "Yasallık İlkesi"ne ve Yasada belirtilen sınırlar içinde kalmak şartıyla şekil, sebep, konu ve amaç unsurları yönünden hukuka uygun olarak kullanılması gerekmektedir.

Bu kapsamda, ceza ve güvenlik tedbirlerinin infazına ilişkin usûl ve esasları düzenlemek amacıyla yürürlüğe konulan 5275 sayılı Kanunun "Mükerrirlere ve bazı suç faillerine özgü infaz rejimi ve denetimli serbestlik tedbiri" başlıklı 108'inci maddesi uyarınca, maddede belirtilen suçlardan hüküm giymiş mahkumların cezalarının infazı sırasında ve koşullu salıverildikleri takdirde denetim süresi içinde tâbi olacakları yükümlülüklerin, tıbbi tedavilerin ve iyileştirme programlarının belirlenmesi ile bunların uygulanmasına ilişkin usul ve esasları düzenlemek amacıyla uygulamaya konulan dava konusu Yönetmelik maddelerinin incelenmesinden, "Tıbbi tedaviye tabi tutulmak" başlıklı 7'inci

maddesinin 1'inci fıkrasında, "Tedavinin," tanımda belirtilen hükümlülere yönelik olmak üzere, ayakta veya yatarak, ilaçla veya ilaçsız olarak veyahut her iki usul ile cinsel dürtünün azaltılmasına veya denetimine yönelik tedaviler olduğunun ifade edildiği, ile bağlacından sonra fıkranın devamında, "cinsel isteğin azalması veya yok edilmesini sağlayan bir yöntemdir." cümlesine yer verilmek suretiyle "cinsel isteğin azalması veya yok edilmesi"nin bir yöntem olarak kabul edildiği anlaşılmaktadır. Ancak, bu şekilde, 5275 sayılı Kanunun 108'inci maddesinde açıkça yer verilmeyen bir tanımlamada bulunulmak suretiyle, Kanunun amaçladığı "tedavi"den ayrı bir belirleme yapıldığı sonucuna varılmaktadır.

Bu itibarla, Anayasanın 17'inci maddesine göre, kişilerin vücut bütünlüğüne yönelik düzenlemelerin ancak kanunla yapılması zorunluluğu karşısında, "tedavi" tanımının Anayasanın 17'nci maddesi uyarınca Kanunda belirtilmesi ve Kanunun öngördüğü sınırlar içerisinde Yönetmelik hükümlerine aktarılması gerekirken, Yönetmeliğin 7'nci maddesinin 1'inci fıkrasında yer verilen "ile cinsel isteğin azalmasını veya yok edilmesini sağlayan yöntemdir." ibaresiyle Kanunda belirlenen "tedavi" kavramının genişletilerek, ayrıca yöntem belirlenmesinde, yetki unsuruyönünden hukuka uyarlık görülmemiştir.

Dava konusu Yönetmeliğin diğer maddelerinin iptali istemine gelince;

Dosyanın ve yukarıda bahsedilen düzenlemelerin incelenmesinden; 5237 sayılı Kanunun 102'nci maddesinin 2'nci fıkrasında tanımlanan cinsel saldırı suçundan, 103'üncü maddesinde tanımlanan çocukların cinsel istismarı suçundan, 104'üncü maddesinin 2 ve 3'üncü fıkrasında tanımlanan reşit olmayanla cinsel ilişki suçundan hapis cezasına mahkûm olanlar hakkında, infaz hakimi tarafından, cezanın infazı sırasında ve koşullu salıverildikten takdirde denetim süresi içinde, tıbbi tedaviye tabi tutulmasına ve tedavi amaçlı programlara katılmasına karar verilenlerin, tıbbi tedavilerin ve iyileştirme programlarının belirlenmesi ve uygulanmasına ilişkin usul ve esasları belirlemeye, kurallar koymaya, bu konuda Sağlık Bakanlığının görüşünü alarak düzenleme yapmaya Adalet Bakanlığının görevli ve yetkili olduğu ve bu sebeple, yürürlüğe konulan Yönetmelikte, bahse konu hükümlü ve yükümlülere hangi tedavi yöntemlerinin, hangi sağlık kuruluşlarında, hangi şartlarda uygulanabileceği araştırılarak, Sağlık Bakanlığının hükümlü ve tutukluların mevcut psikopatolojisi, daha önce bu konuda tedavi alıp almadığı, geçmiş aile öyküsü ile ilgili kriterler belirlenerek tedaviye yönlendirilmeleri gerektiğine ilişkin görüşünün gözönüne alındığı anlaşılmaktadır.

Sonuçta; görev, yetki ve sorumlulukları kapsamında cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlardan hapis cezasına mahkum olmuş kişilerin tedavi, iyileştirme ve diğer yükümlülüklerine ilişkin faaliyetlerin belirlenmesi konusunda takdir yetkisine sahip bulunduğu açık olan Adalet Bakanlığı tarafından; insan onuruna saygı ve dürüstlük, gizlilik ve tarafsızlık temel ilkeleri esas alınarak hazırlanan, hükümlü ve yükümlülerin tıbbi tedaviye tabi tutulmasına ilişkin düzenlemenin, söz konusu suçlardan hüküm giyenler için tedavinin yapılacağı kurumların, tedaviye karar verme sürecinin ve hükümlü ile yükümlülerin uyması gereken kuralların belirlenmesi amacıyla idarenin takdir yetkisi çerçevesinde uygulamaya konulduğu, dayanağı olan yasa hükümleri ile çelişmediği sonucuna ulaşıldığından, hukuken iptalini gerektiren bir durum bulunmamaktadır.

Bu itibarla, dava konusu edilen düzenlemede üst hukuk normuna ve kamu düzenine aykırılık görülmemiştir. Davacı Dernek tarafından ileri sürülen diğer iddialarda da yasal isabet görülmemiştir.

Açıklanan nedenle, 26/07/2016 tarih ve 29782 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlardan Hükümlü Olanlara Uygulanacak Tedavi ve Diğer Yükümlülükler Hakkındaki Yönetmeliğin 7'nci maddesinin 1'inci fıkrasında yer verilen "ile cinsel isteğin azalması veya yok edilmesini sağlayan yöntemdir." ibaresinin iptaline; davanın diğer kısımlarının ise, reddine karar verilmesinin uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Karar veren Danıştay Onuncu Dairesince duruşma için taraflara önceden bildirilen 17/09/2020 tarihinde, davacı vekili Av. ...'un ve davalı idare vekili Av. ...'ın geldiği, Danıştay Savcısının hazır olduğu görülmekle, açık duruşmaya başlandı. Taraflara usulüne uygun olarak söz verilerek dinlendikten ve Danıştay Savcısının düşüncesi alındıktan sonra taraflara son kez söz verilip, duruşma tamamlandı. Tetkik Hâkiminin açıklamaları dinlendikten ve dosyadaki belgeler incelendikten sonra gereği görüldü:

MADDİ OLAY VE HUKUKİ SÜREÇ :

Bakılan dava, davacı Dernek tarafından 26/07/2016 tarih ve 29782 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren, Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlardan Hükümlü Olanlara Uygulanacak Tedavi ve Diğer Yükümlülükler Hakkında Yönetmeliğin 4. maddesinin 1. fıkrasının (ı) bendinde yer verilen

“tedavi merkezi” tanımının, 6. maddesinin 1. fıkrasının, 7. maddesinin 1. fıkrasının, 8. maddesinin 2. fıkrasında yer verilen “Bu yükümlülüğe karar verilmeden önce hükümlü veya yükümlünün onayı aranmaz” şeklindeki son cümlesinin, 15. maddesinin 1. ve 4. fıkralarının hukuka aykırı olduğu, 7. maddesinin 2. ve 3. fıkralarının ise eksik düzenleme içerdiği ileri sürülerek iptali istemiyle açılmıştır.

İNCELEME VE GEREKÇE:

İlgili Mevzuat:

2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının; 12. maddesinde, herkesin, kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahip olduğu,

17. maddesinde; herkesin, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahip olduğu, tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamayacağı; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamayacağı hükme bağlanmıştır.

Dava konusu Yönetmeliğin hukuki dayanağı olan 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun’un Yönetmelik tarihinde yürürlükte olan haliyle 108. maddesinde:

“(1) Tekerrür hâlinde işlenen suçtan dolayı mahkûm olunan;

a) Ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasının otuzdokuz yılının,

b) Müebbet hapis cezasının otuzüç yılının,

c) Süreli hapis cezasının dörtte üçünün,

İnfaz kurumunda iyi hâlli olarak çekilmesi durumunda, koşullu salıverilmeden yararlanılabilir.

(2) Tekerrür nedeniyle koşullu salıverme süresine eklenecek miktar, tekerrüre esas alınan cezanın en ağırından fazla olamaz.

(3) İkinci defa tekerrür hükümlerinin uygulanması durumunda, hükümlü koşullu salıverilmez.

(4) Hâkim, mükerrer hakkında cezanın infazının tamamlanmasından sonra

başlamak ve bir yıldan az olmamak üzere denetim süresi belirlir.

(5) Tekerrür dolayısıyla belirlenen denetim süresinde, koşullu salıverilmeye ilişkin hükümler uygulanır.

(6) Hâkim, mükerrir hakkında denetim süresinin uzatılmasına karar verebilir. Denetim süresi en fazla beş yıla kadar uzatılabilir.

(7) Cezanın infazı tamamlandıktan sonra devam eden denetim süresi içinde, bu madde hükümlerine göre kendilerine yüklenen yükümlülüklere ve yasaklara aykırı hareket eden mükerrirler, infaz hâkimi kararı ile disiplin hapsine tabi tutulur. Disiplin hapsinin süresi on beş günden az ve üç aydan fazla olamaz.

(8) Çocuğa karşı işlenen bir suçtan dolayı ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına veya müebbet hapis cezasına mahkûmiyet hâlinde birinci fıkradaki koşullu salıverilme süreleri uygulanır.

(9) Birinci fıkradaki koşullu salıverme süreleri, 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 102 nci maddesinin ikinci fıkrasında tanımlanan cinsel saldırı suçundan, 103 üncü maddesinde tanımlanan çocukların cinsel istismarı suçundan, 104 üncü maddesinin ikinci ve üçüncü fıkrasında tanımlanan reşit olmayanla cinsel ilişki suçundan, 188 inci maddesinde tanımlanan uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti suçundan dolayı hapis cezasına mahkûm olanlar hakkında da uygulanır. 188 inci madde hariç olmak üzere bu suçlardan dolayı hapis cezasına mahkûm olanlar hakkında, cezanın infazı sırasında ve koşullu salıverildikleri takdirde denetim süresi içinde, aşağıdaki tedavi veya yükümlülüklerden bir veya birkaçına infaz hâkimi tarafından karar verilir:

a) Tıbbi tedaviye tabi tutulmak

b) Tedavi amaçlı programlara katılmak

c) Suçun mağdurunun oturduğu ve çalıştığı yerleşim bölgesinde ikamet etmekten yasaklanmak

d) Mağdurun bulunduğu yerlere yaklaşmaktan yasaklanmak

e) Çocuklarla bir arada olmayı gerektiren bir ortamda çalışmaktan yasaklanmak

f) Çocuklar hakkında bakım ve gözetim yükümlülüğünü gerektiren faaliyet icra etmekten yasaklanmak

(10) Dokuzuncu fıkra hükümleri çocuklar hakkında uygulanmaz.

(11) Bu maddenin dokuzuncu fıkrasının uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar,

Sağlık Bakanlığının görüşü alınmak suretiyle Adalet Bakanlığı tarafından hazırlanan yönetmelikle düzenlenir.” hükmüne yer verilmiştir.

Dava Konusu Yönetmeliğin İncelenmesi:

Anayasada, tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamayacağı hükme bağlanmak suretiyle, kişinin vücut bütünlüğü ve kişi dokunulmazlığı güvence altına alınmıştır.

Buna göre ancak, kanunda açıkça belirtilmek, sınırı ve kapsamı çizilmek suretiyle kişinin vücut bütünlüğüne yönelik düzenlemeler getirilebilecektir.

5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun’un 108. maddesinin 9. fıkrasında, cinsel suçlardan hüküm giyenler hakkında cezanın infazı sırasında veya koşullu salıverildikleri takdirde denetim süresi içinde maddede belirtilen tedavi veya yükümlülüklerden bir veya birkaçına infaz hakimi tarafından karar verileceği hükmüne yer verilmiştir. Madde metninde tedavinin tanımı yapılmamakla birlikte uygulamanın nasıl olacağı konusunda ayrıntılı düzenlemeye de gidilmemiştir. Ancak 108. maddenin 11. fıkrasında, konuyla ilgili usul ve esasların Sağlık Bakanlığının görüşü alınmak suretiyle Adalet Bakanlığı tarafından hazırlanan yönetmelikle düzenleneceği kurala bağlanmıştır.

26/07/2016 tarih ve 29782 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren davaya konu Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlardan Hükümlü Olanlara Uygulanacak Tedavi ve Diğer Yükümlülükler Hakkında Yönetmeliğin **1. maddesinde** Yönetmeliğin amacı; 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 102. maddesinin ikinci fıkrasında tanımlanan cinsel saldırı, 103. maddesinde tanımlanan çocukların cinsel istismarı ve 104. maddesinin ikinci ve üçüncü fıkrasında tanımlanan reşit olmayanla cinsel ilişki suçlarından hapis cezasına mahkûm olanların, cezalarının infazı sırasında ve koşullu salıverildikleri takdirde denetim süresi içinde tâbi olacakları yükümlülüklerin, tıbbi tedavilerin ve iyileştirme programlarının belirlenmesi ile bunların

uygulanmasına ilişkin usul ve esasları düzenlemek olarak belirtilmiştir.

Dava konusu Yönetmeliğin 4. maddesinin 1. fıkrasının (ı) bendinde yer alan “Tedavi Merkezi” tanımının incelenmesi:

Söz konusu düzenlemede **“tedavi merkezinin: cinsel suçlardan hüküm alanlara yönelik olmak üzere ayakta veya yatarak ilaçlı veya ilaçsız olarak veyahut her iki usul ile de yapılan ve cinsel suçlara yönelik her türlü tedavi usullerinin uygulandığı Sağlık Bakanlığı eğitim ve araştırma hastaneleri ile üniversiteler”** olarak tanımlandığı, davacı tarafından, özel bir merkez kurulması gerektiği, kamu sağlık kuruluşları ve üniversitelerde konuda müdahalede bulunabilecek klinik psikolog ve tıbbi olanak bulunmadığı iddia edilmiş ise de düzenleme yapılırken ülke koşullarının dikkate alınması gerektiği, kaldı ki çok sayıda donanımlı sağlık kuruluşumuzun varlığı ve devamının da gelmekte olduğu, personel yetiştirilmesi hususundaki ilerlemeler de dikkate alındığında, Sağlık Bakanlığının tedavi merkezi tanımına uygun olarak düzenlemede yer alan tedavi merkezi tanımında hukuka aykırılık bulunmamaktadır.

Yönetmeliğin dava konusu 6. maddesinin 1. fıkrasının incelenmesi,

Anılan fıkrada yer alan “cinsel suçlardan hüküm alanlar hakkında, cezanın infazı sırasında veya koşullu salıverildikleri takdirde denetim süresi içerisinde, ikinci fıkrada belirtilen tedavi veya yükümlülüklerden bir veya birkaçına karar verilmesi için cumhuriyet başsavcılığı tarafından derhal infaz hakimliğine başvuruda bulunulur” düzenlemesinde, davacı tarafından, hekimlerden oluşan kurul kararının bağlayıcılığına ilişkin güvence içermediği, hakimın sağlık kurulunun kararına dayanarak tedavi sürecine ilişkin karar alabileceği, aksi takdirde uygulamada sorunlar yaşanacağı ve hekimlerin mesleki kanatine uymayan girişimlere zorlanmasının söz konusu olabileceği iddia edilmekte ise de konunun 7. maddenin 2. ve 3. fıkralarındaki düzenlemelerle birlikte değerlendirilmesi gerekmektedir.

Yönetmeliğin dava konusu 7. maddesinin 1. fıkrasının incelenmesi:

Yönetmeliğin “Tıbbi tedaviye tabi tutulmak” başlıklı 7. maddesinin 1. fıkrasında tedavinin tanımı yapılmıştır. Buna göre; “Tedavi, tanımda belirtilen hükümlülere yönelik olmak üzere, ayakta veya yatarak, ilaçla veya ilaçsız olarak veyahut her iki usul ile cinsel dürtünün azaltılmasına veya denetimine yönelik tedaviler ile cinsel isteğin azalmasını veya yok edilmesini sağlayan yöntem olarak tanımlanmıştır.

Bu kapsamda, 5275 sayılı Kanun'un 108. maddesinin ancak "tedavi" konusunda idareye düzenleme yapma yetkisi verdiği, Yönetmeliğin aktarılan fıkrasındaki cinsel dürtünün azaltılmasına veya denetimine yönelik tedaviden, cinsel isteğin normal düzeylere indirilmesine yönelik düzenleme yönünden dayanağı Kanun hükmüne aykırılık bulunmadığı; ancak anılan fıkroda yer alan "ile cinsel isteğin azalmasını veya yok edilmesini sağlayan yöntemdir." ibaresinin Kanunda yer almadığı bu yönden düzenlemenin Kanun hükmünü aşar nitelikte olduğu görülmektedir.

Bu durumda, Yönetmeliğin 7. maddesinin 1. fıkrasında yer alan "ile cinsel isteğin azalmasını veya yok edilmesini sağlayan yöntemdir." ibaresinin kanuni dayanağı olmadığından, düzenlemede bu yönüyle hukuka uyarlık bulunmamaktadır.

7. maddenin 2. fıkrasının incelenmesi: Söz konusu fıkroda "cinsel suçlardan hüküm alanlar hakkında 5275 sayılı Kanun'un 108. maddesinin 9. fıkrasının (a) bendinde sayılan tıbbi tedavi yükümlülüğüne karar verilmeden önce hükümlü bulunduğu kurum tarafından sağlık kurulu raporu alınmak üzere bünyesinde ruh sağlığı ve hastalıkları uzmanı ile üroloji veya endokrinoloji ve metabolizma hastalıkları uzmanı hekimler bulunan Sağlık Bakanlığına bağlı hastanelere sevk edilir. Bu raporda kişi hakkında tıbbi tedaviye gerek olup olmadığı gerek varsa hangi yöntemin uygulanacağı hususların belirtilmesi istenir. Sağlık Bakanlığına bağlı hastanelerce söz konusu raporun verilemeyeceğinin anlaşılması halinde hükümlü bu hastane başhekiminin vereceği karar ile üniversite hastanelerine sevk edilir " düzenlemesi yer almaktadır.

7. maddenin 3. fıkrasının incelenmesi: Bu fıkroda "gelen rapor gözönüne alınarak hükümlü hakkında tıbbi tedavi uygulanıp uygulanmayacağı veya diğer yükümlülükleri hakkında karar alınmak üzere dosya raporları ile birlikte infaz hakimliğine gönderilir" düzenlemesi yer almaktadır. Anılan düzenlemeler Yönetmeliğin 6. maddesinin 1. fıkrası ile birlikte değerlendirildiğinde, öncelikle kişi hakkında tedaviye gerek olup olmadığı, gerek var ise hangi yöntemin uygulanacağı konusunda hastaneden rapor alınacağı, rapor doğrultusunda tıbbi tedavi uygulanıp uygulanmayacağına infaz hakimliğinin karar vereceğinin belirtildiği, hakim karar verebilmesi için sağlık kurulu raporunun etkili olduğu, hakim sağlık kurulunun kararına dayanarak tedavi sürecine ilişkin karar alabildiği anlaşıldığından düzenlemelerde hukuka aykırılık bulunmamaktadır.

"Tedavi amaçlı programlara katılmak" başlıklı **8. maddenin 2. fıkrasında** yer verilen "**Bu yükümlülüğe karar verilmeden önce hükümlü veya**

yükümlünün onayı aranmaz” şeklindeki son cümle incelendiğinde, tedavi uygulanmasına veya tedavi programlarına katılmasına karar verilen kişinin, bu yükümlülüklere uymak ve katlanmak zorunda olduğu sonucunun doğduğu, suç işleyenin ıslah olması ve topluma kazandırılması için tedavi sürecine katılımının amaçlandığı, kişinin onuruyla yaşam hakkına ilişkin lehe ve müspet bir düzenleme olduğu dikkate alındığında düzenlemede hukuka aykırılık bulunmamaktadır.

Hükümlü veya yükümlülerin uyarılması başlıklı **15. maddesinin 1. ve 4. fıkralarının incelenmesi:**

15. maddenin 1. fıkrasında yer alan “hükümlü hakkında verilen tedavi ve tedbir kararlarının yerine getirilmesi için uyulması gereken kurallar ile karara uygun olarak hazırlanan programa ve ceza infaz kurumu personelinin bu kapsamdaki uyarı ve çağrılarına uyulmaması yükümlülüğün ihlali sayılır. Yükümlülüğün ihlal edilmesi durumunda psiko- sosyal servis görevlilerinin hazırladığı rapor üzerine hükümlü idare ve gözlem kurulunca uyarılır.” ve **4. fıkrasında yer alan** “uyarı için yapılan tebligatta yeni bir ihlal durumunun tespit edilmesi halinde tekrar bir uyarının yapılmayacağı, ceza infaz kurumunda bulunanlar hakkında disiplin cezası uygulanacağı, denetimli serbeslik altında olanlar için ise dosyanın gereği için infaz hakimliğine gönderileceği, bu durumda koşullu salıverilme kararının da bu hususa göre değerlendirileceği, koşullu salıverilmiş olanların ise ihlal durumlarının mahkemelerine bildirileceği ve koşullu salıverilmelerinin kaldırılacağı ihtar edilir.” düzenlemeleri ile tedavi sürecine aktif olarak katılımının ve tedavinin devamının sağlanması, suç işleyenin ıslah olması ve topluma kazandırılması amaçlandığından düzenlemelerde hukuka aykırılık bulunmadığı kanaatine varılmıştır.

Sonuç olarak, Yönetmeliğin 7. maddesinin 1. fıkrasında yer alan **“ile cinsel isteğin azalmasını veya yok edilmesini sağlayan yöntemdir.”** ibaresinin, Kanunda idareye “tedavi” amaçlı yönetmelik çıkarma konusunda verilen yetkiyi aşar nitelikte olduğu sonucuna varıldığından, bu kısma ilişkin düzenlemede hukuka uyarlık bulunmadığı, **dava konusu diğer maddelerdeki düzenlemelerin ise** cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlardan hapis cezasına mahkum olmuş kişilerin tedavi, iyileştirme ve diğer yükümlülüklerine ilişkin faaliyetlerin belirlenmesi konusunda görev ve yetkisi bulunan Adalet Bakanlığı tarafından; insanın yaşam hakkı, onuruna saygı, gizlilik ve tarafsızlık temel ilkeleri esas alınarak hazırlandığı, genel olarak tedavinin yapılacağı kurumlara, tedaviye karar verme sürecine ve hükümlü ile yükümlülerin

uyması gereken kurallara yer verildiği görülmekte olup, dayanağı olan yasa hükümleri ile çelişmediği sonucuna ulaşıldığından, düzenlemelerde hukuka aykırılık bulunmamaktadır.

KARAR SONUCU :

Açıklanan nedenlerle;

1. Yönetmeliğin dava konusu 7. maddesinin 1. fıkrasında yer alan "ile cinsel isteğin azalmasını veya yok edilmesini sağlayan yöntemdir." ibaresinin **İPTALİNE**, bu ibare dışında iptali istenen düzenlemeler yönünden **DAVANIN REDDİNE**,

2. Ayrıntısı aşağıda gösterilen toplam 385,80 TL yargılama giderinin 77,16 TL'lik kısmının davalı idare tarafından davacıya verilmesine, kalan kısmın davacı üzerinde bırakılmasına,

3. Karar tarihinde yürürlükte bulunan Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi uyarınca duruşmalı işler için belirlenen 4.950,00 TL vekâlet ücretinin davalı idareden alınarak davacıya verilmesine,

4. Karar tarihinde yürürlükte bulunan Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi uyarınca duruşmalı işler için belirlenen 4.950,00 TL vekâlet ücretinin davacıdan alınarak davalı idareye verilmesine,

5. Posta gideri avansından artan tutarın kararın kesinleşmesinden sonra yatıran tarafa iadesine,

6. Bu kararın teblig tarihini izleyen 30 gün içerisinde Danıstay İdari Dava Daireleri Kuruluna temyiz yolu açık olmak üzere, 17/09/2020 tarihinde oy birliğiyle karar verildi.

DANIŞTAY 16. DAİRE

E. 2015/12766

K. 2015/2482

Temyiz İsteminde Bulunan (Davalı): Diyanet İşleri Başkanlığı

Vekili :

Diyanet İşleri Başkanlığı Hukuk Müşavirliği

Karşı Taraf (Davacı) :

Vekili :

İstemin Özeti : Aksaray İdare Mahkemesinin 18.7.2014 tarih ve E:2013/257, K:2014/802 sayılı kararının dilekçede yazılı nedenlerle temyizen incelenerek bozulması istenilmiştir.

Savunmanın Özeti : Temyiz isteminin reddi gerektiği savunulmuştur.

Danıştay Tetkik Hakimi :

Düşüncesi : Dava, Aksaray İli, ... İlçesi, ... Camii İmam-Hatibi olarak görev yapan davacının, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 98. maddesinin (b) fıkrası uyarınca memuriyetine son verilmesine ilişkin Diyanet İşleri Başkanlığının 12.12.2012 tarih ve 12191 sayılı işleminin iptali istemiyle açılmıştır.

Aksaray İdare Mahkemesinin 18.7.2014 tarih ve E:2013/257, K:2014/802 sayılı kararıyla; Eskiil Asliye Ceza Mahkemesi tarafından yapılan yargılamada davacının "Çocuğun Nitelikli Cinsel İstismarı" suçunu işlediği sabit olmadığından beraat ettiğini belirterek, dava konusu işlemin sebep unsuru yönünden hukuka aykırı olduğu sonucuna varıldığı gerekçesiyle dava konusu işlem iptal edilmiştir.

Davalı idare, kararın temyizen incelenerek bozulmasını istemektedir.

Aksaray İdare Mahkemesince, Eskil Asliye Ceza Mahkemesi tarafından yapılan yargılamada davacının beraat ettiği gerekçesiyle dava konusu işlem iptal edilmiş ise de; Asliye Ceza Mahkemesinin, Konya Adli Tıp Kurumu Şube Müdürlüğü tarafından düzenlenen ve mağdur Eda'nın cinsel saldırıya uğradığını gösterecek herhangi bir bulguya rastlanılmadığını gösteren Rapor ile mağdur ifadeleri dışında olaya ilişkin hiçbir görgü tanığının bulunmaması ve şüpheden sanık yararlanır ilkesi birlikte değerlendirilerek karar verdiği anlaşılmaktadır.

Dosyanın incelenmesinden, davalı idarece işleminin sebep unsurunun, "Atanmalarında dini öğrenim şartı esas alınan unvanlarda; itikat, ibadet, tavır ve hareketlerinin İslâm törelerine uygunluğunun çevresinde bilinir olduğu şeklinde ortak bir nitelik taşımak." hükmünde vurgu yapılan "*tavır ve hareketlerinin İslâm törelerine uygunluğunun çevresinde bilinir*" olması ortak niteliği olarak belirlendiği görülmekle, davacının üzerine atılı fiileri nedeniyle bu niteliğini kaybettiği sonucuna ulaşıldığından, iptal kararının bozulması gerekmektedir.

Öte yandan, sebep unsurunun temelinde yatan yaşı küçük kız öğrencilerin taciz edildiği iddiasının hukuki durumu da irdelenmelidir.

İdare Mahkemesince iptal kararına esas alınan Asliye Ceza Mahkemesi kararı incelendiğinde, Konya Adli Tıp Kurumu Şube Müdürlüğü tarafından düzenlenen ve mağdur ...'nın cinsel saldırıya uğradığını gösterecek herhangi bir bulguya rastlanılmadığını gösteren Rapor ile mağdur ifadeleri dışında olaya ilişkin hiçbir görgü tanığının bulunmaması ve "*Şüpheden Sanık Yararlanır*" ilkesi birlikte değerlendirilerek karar verildiği anlaşılmaktadır.

Öncelikle, dava konusu işlemde ele alınan fiil, yani çocukların cinsel istismarı suçunun basit şekli, mülga TCK'da düzenlenmiş olan ırza tasaddi (bir kimse üzerinde cinsi ilişkiye varmayacak surette yapılan şehvi nitelikte hareketler) ve elle sarkıntılık suçlarına karşılık gelmektedir. Eski ve yeni haliye suç konusu fiil, çocuğun cinsel dokunulmazlığının ihlalidir. İstismar ifadesinden ise, bir yetişkin tarafından çocuğa, o kültürde ve örf-adet çerçevesinde kabul edilmeyen ve yaşı itibarıyla çocuğun kendisine yöneltilen davranışın cinsel içerikli olduğunu dahi algılayamayacağı bir fiile maruz kalması anlaşılmaktadır. Bu haliyle, cinsel istismarın vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilmesi durumu olan nitelikli cinsel istismar suçunda aranan unsurlar farklılık arz etmektedir.

Bu konuda dikkate değer diğer bir husus, cinsel istismar suçu taciz şeklinde oluşmuş ise, suça tanık olunması ve somut delillerle (fiziksel bulgu vs.) ispat ihtimalinin çok düşük olduğudur.

Bu kapsamda, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin 4.12.2003 tarihli M.C. - Bulgaristan davasındaki, (Başvuru No. 39272/98) şu tespitleri dikkat çekmektedir.

“Mahkeme, şiddet izleri veya görgü şahitleri gibi tecavüzün “doğrudan” kanıtlarının mevcut olmadığı hallerde, mağdurun rızasının bulunmadığını ispat etmekte uygulamada bazen zorluklar yaşanabileceğini kabul etmekle beraber, yetkili makamların yine de tüm olguları incelemesi ve olayları çevreleyen koşulları değerlendirerek bir karara varması gerektiğini ifade etmektedir... Mahkeme, yetkili makamların başvuru sahibinin davasında olayları çevreleyen koşulları yeterince soruşturmamış olmasının, *tecavüzün “doğrudan” kanıtına gereğinden fazla ağırlık yüklemiş olmalarının* bir sonucu olduğunu tespit etmektedir... Yetkili makamlar, söz konusu davada kısıtlayıcı bir yaklaşım sergilemişlerdir. Yetkili makamlar ayrıca, gençlerin savunmasız konumuna ve küçüklerin tecavüzü ile ilgili olaylarda gözlenen özel psikolojik faktörlere pek az önem vermiş olmakla da eleştirilebilirler.”

Bu tespitler çerçevesinde AİHM, Bulgaristan'ı “tecavüz ve cinsel istismara karşı etkili koruma sağlanması kapsamındaki pozitif yükümlülüklerini ihlal ettiği” gerekçesiyle mahkum etmiştir.

Ülkemizce de onaylanmış Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi, çocuk haklarına ilişkin dört temel ilkeyi belirlemiş olup, bu ilkelerden birisi de “Çocuğun Üstün Yararı” ilkesidir. Kısaca, devletlerin çocukları ilgilendiren bütün faaliyetlerde, çocuğun yararını temel almaları gerektiği şeklinde tanımlanabilecek bu ilkeye, 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu'nda da yer verilmiştir.

Diğer yandan, çocukların sadece bilgileri kadar yalan söyleyebilecekleri kabul edildiğinde, çocuk mağdurların yaşından beklenmeyecek nitelikte ve cinsellikle ilgili bilmesi gerekenden fazla bir bilgi ile fiil tanımlaması yapmaları halinde, uzman nezaretinde alınan ve yine uzman tarafından itibar edilebilirliği belirlenen tanıklıklarının daha da önem kazanacağı aşikardır.

Bu noktada, ceza hukukunun temel ilkelerinden olan “Şüpheden Sanık Yararlanır” ilkesinin, uyuşmazlık konusu suçların niteliği göz ardı edilerek

mutlak olarak her olayda uygulanması ile “Çocuğun Üstün Yararı” ilkesinin çatıştığı görülmektedir.

Sonuç olarak, çocuğun olası mağduriyeti sebebiyle telafisi zor veya imkansız olan zararının, şüpheliden çok daha fazla olduğunun kabulü ile benzer çatışma hallerinde, “Çocuğun Üstün Yararı İlkesi”nin uygulanmasının daha uygun olacağı düşüncesi ile mağdur çocukların uzman nezaretinde alınan ve yine uzman tarafından itibar edilebilirliği belirlenen tanıklıklarına itibar edilmeksizin; sadece davacının üzerine atılı ve dava konusu işlemin sebep unsuru olan fillerinden farklı unsurlara sahip suçtan yargılandığı ceza mahkemesinde beraat etmesi yeterli görülerek dava konusu işlemin iptaline karar verilmesinin hukuka uygun olmadığı gerekçesiyle de İdare Mahkemesi kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Onaltıncı Dairesince, dosyanın tekemmül ettiği anlaşıldığından, yürütmenin durdurulması istemi hakkında bir karar verilmeksizin gereği görüldü:

Dava, Aksaray İli, ... İlçesi, ... Camii İmam-Hatibi olarak görev yapan davacının, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun “Memurluğun Sona Ermesi” başlıklı 98. maddesinin (b) fıkrası uyarınca memuriyetine son verilmesine ilişkin Diyanet İşleri Başkanlığının 12.12.2012 tarih ve 12191 sayılı işleminin iptali istemiyle açılmıştır.

Aksaray İdare Mahkemesi, 18.7.2014 tarih ve E:2013/257, K:2014/802 sayılı kararıyla; davacının görevi ile ilişkisinin kesilmesi cezası verilmesi işleminin sebep unsurunun, davalı idarece, davacının yaz kurslarında okuttuğu öğrencileri elle taciz ettiği iddiası, öğrencilerle olan ilişkisinde herhangi bir seviye belirleyememesi ve çevrenin yanlış değerlendirmelerine sebebiyet vermesi davranışları zaaf kabul edilerek işlem tesis edildiğini belirterek; Eskil Asliye Ceza Mahkemesi tarafından yapılan inceleme ve değerlendirmede; davacının “Çocuğun Nitelikli Cinsel İstismarı” suçunu işlediği sabit olmadığından beraat ettiği görülmekle dava konusu işlemin dayanağının gerçeği yansıtmadığı ve işlemin sebep unsuru yönünden hukuka aykırı olduğu sonucuna varıldığı gerekçesiyle dava konusu işlemi iptal etmiştir.

Davalı idare, dava konusu işlemin hukuka uygun olduğunu öne sürmekte

ve İdare Mahkemesi kararının temyizen incelenerek bozulmasını istemektedir.

657 sayılı Kanun'un Devlet memurluğuna alınacaklarda aranacak özel şartların düzenlendiği 48. maddesinin B fıkrasının 2. bendinde, "kurumların özel kanun veya diğer mevzuatında aranan şartları taşımak" hükmüne yer verilmiştir.

25.10.2011 tarih ve 28095 (Mükerrer) sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren Diyanet İşleri Başkanlığı Atama ve Yer Değiştirme Yönetmeliği'nin 5. maddesinde; "Bu Yönetmelikte yer alan kadrolara atanacaklarda aşağıdaki genel şartlar aranır:

a) 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 48 inci maddesinin (A) bendindeki genel şartları taşımak,

b) Atanmalarında dini öğrenim şartı esas alınan unvanlarda; itikat, ibadet, tavır ve hareketlerinin İslâm törelerine uygunluğunun çevresinde bilinir olduğu şeklinde ortak bir nitelik taşımak." hükmüne yer verilmiştir.

657 sayılı Kanun'un "Memurluğun Sona Ermesi" başlıklı 98/b maddesinde; "Devlet memurlarının memurluğa alınma şartlarından herhangi birini taşımadığının sonradan anlaşılması veya memurlukları sırasında bu şartlardan herhangi birini kaybetmeleri halinde memurlukları sona erer." hükmüne yer verilmiştir.

Dava dosyasının incelenmesinden, yaz kurslarında okuttuğu kız öğrencileri taciz ettiği iddiası ile ilgili olarak hakkında soruşturmanın açıldığı, soruşturma sonucu düzenlenen Soruşturma Raporunda, davacının öğrencileri elle taciz ettiğine dair müşahhas bir bilgi ve delil elde edilemese de öğrencilerle olan ilişkisinde herhangi bir seviye belirleyemediği ve çevrenin yanlış değerlendirmelerine sebebiyet verdiği, bu davranışlarının zaaf olduğu değerlendirilerek, davacıya 657 sayılı Kanun'un 125/A-e maddesi uyarınca "uyarma" cezası verilmesinin teklif edildiği; Diyanet İşleri Başkanlığı Atama ve Yer Değiştirme Kurulu'nun 14.11.2012 tarihli ve 910.02/136 sayılı Kararında, çocukların ifadelerinin yeteri derecede değerlendirilmediği görüşü ile dini konularda toplumu aydınlatması, kendisine verilen görevleri bir din görevlisine yakışır şekilde yapması, eğitici, dini yasaklardan ve kötü alışkanlıklardan sakındırıcı, her bakımdan topluma örnek olması gerektiği halde bu hususlara riayet etmeksizin söz konusu fiilleri işlediğinden bahisle ve davacının Diyanet İşleri Başkanlığı Atama ve Yer Değiştirme Yönetmeliği'nin

5/b maddesinde yer alan ortak nitelik şartını memurluğu sırasında kaybettiği kanaatine varıldığı gerekçesiyle, 657 sayılı Kanunu'nun 98/b maddesi uyarınca memuriyetine son verilmesi teklifi ile kararın Başkanlık makamına sunulmasına karar verildiği ve dava konusu 12.12.2012 tarih ve 12191 sayılı işlem ile davacının memuriyetine son verildiği anlaşılmaktadır.

Davacının "Çocuğun Nitelikli Cinsel İstismarı" suçunu işlediğinin sabit olmadığı gerekçesiyle beraat ettiği Eski Asliye Ceza Mahkemesi'nin 21.05.2014 günlü, E:2013/7, K:2014/73 sayılı kararında; Konya Adli Tıp Kurumu Şube Müdürlüğü tarafından düzenlenen ve mağdur ...'nin cinsel saldırıya uğradığını gösterecek herhangi bir bulguya rastlanılmadığını gösteren Rapor ile mağdur ifadeleri dışında olaya ilişkin hiçbir görgü tanığının bulunmaması ve şüpheden sanık yararlanır ilkesi birlikte değerlendirilerek karar verildiği anlaşılmaktadır.

Davacının 657 sayılı Kanun'un 98/b maddesi uyarınca memuriyetine son verilmesi işleminin sebep unsurunu, Diyanet İşleri Başkanlığı Atama ve Yer Değiştirme Yönetmeliği'nin 5/b maddesinde yer alan, "Atanmalarında dini öğrenim şartı esas alınan unvanlarda; itikat, ibadet, tavır ve hareketlerinin İslâm törelerine uygunluğunun çevresinde bilinir olduğu şeklinde ortak bir nitelik taşımak." hükmünde vurgu yapılan "*tavır ve hareketlerinin İslâm törelerine uygunluğunun çevresinde bilinir*" olması şeklindeki "ortak nitelik" olduğu; dava dosyasının incelenmesinden davacının beraat ettiği ceza davasında, nitelikli cinsel istismar suçu açısından delillerin değerlendirildiği, ancak davacının çocuğa elle taciz iddiasıyla soruşturma geçirdiği, görev yaptığı yer sakinlerince aynı nedenle şikayet edildiği, çevresinde şikayete konu fiillerin çok daha öncesinden bilindiği, şikayetler nedeniyle bazı velilerin çocuklarını kursa göndermekten vazgeçtikleri ve hatta davacının darp edildiği, ifadesi alınan tüm çocukların birbiri ile tutarlı şekilde davacının yerine getirdiği görevin nitelikleri ile bağdaşmayacak fiillerinden bahsettiği görülmekle, anılan Yönetmeliği'nin 5/b maddesinde yer alan ortak niteliği kaybettiği sonucuna ulaşılmıştır.

Bu durumda, davacının cami imam-hatibi olarak Diyanet İşleri Başkanlığı Atama ve Yer Değiştirme Yönetmeliği'nin 5/b maddesinde belirtilen ortak niteliği kaybetmesi nedeniyle, 657 sayılı Kanun'un 98/b maddesi uyarınca memuriyetine son verilmesine ilişkin dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmadığından, aksine verilen idare mahkemesi kararında hukuki isabet görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, davalı idarenin temyiz isteminin kabulüyle Aksaray İdare Mahkemesinin 18.7.2014 tarih ve E:2013/257, K:2014/802 sayılı kararının 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49. maddesinin 1. fıkrasının (b) bendi uyarınca **BOZULMASINA**, aynı maddenin 3622 sayılı Kanunla değişik 3. fıkrası gereğince ve yukarıda belirtilen hususlar da gözetilerek yeniden bir karar verilmek üzere dosyanın adı geçen Mahkemeye gönderilmesine, bu kararın tebliğ tarihini izleyen 15 (onbeş) gün içerisinde kararın düzeltilmesi yolu açık olmak üzere, 07/05/2015 gününde oybirliğiyle karar verildi.

Çocuğun Anne ve Babasıyla Doğrudan Kişisel İlişki Kurma Hakkına İlişkin Kararlar

- *Karar No V.20: Danıştay 2. Daire E. 2016/682 K. 2019/7515*
 - *Karar No V.21: Danıştay 2. Daire E. 2016/7252 K. 2018/5677*
 - *Karar No V.22: Danıştay 10. Daire E. 2016/1132 K. 2020/84*
 - *Karar No V.23: Danıştay 10. Daire E. 2014/1924 K. 2019/6322*
 - *Karar No V.24: Danıştay 10. Daire E. 2013/4842 K. 2016/2476*
 - *Karar No V.25: Danıştay 10. Daire E. 2013/6352 K. 2016/2694*
 - *Karar No V.26: Danıştay 10. Daire E. 2016/3517 K. 2016/3851*
 - *Karar No V.27: Danıştay 10. Daire E. 2016/3510 K. 2017/3472*
 - *Karar No V.28: Danıştay 10. Daire E. 2016/14150 K. 2018/2883*
-

DANIŞTAY 2. DAİRE

E. 2016/682

K. 2019/7515

DAVACI :

VEKİLİ :

DAVALI : Milli Eğitim Bakanlığı / ANKARA

VEKİLİ :

DAVANIN KONUSU : Öğretmen olarak görev yapan davacı tarafından, 17/04/2015 günlü, 29329 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren Milli Eğitim Bakanlığı Öğretmen Atama ve Yer Değiştirme Yönetmeliğinin 49. maddesinin 1. fıkrasında yer alan, aile birliği mazeretine ilişkin eksik düzenlemenin iptali istenilmektedir.

DAVACININ İDDİALARI :

Rize İli, Pazar ilçesinde öğretmen olarak görev yaptığı, kızının Temel Eğitimden Ortaöğretime Geçiş (TEOG) sınavı sonucunda İstanbul Lisesini kazandığı; ancak dava konusu Yönetmelik hükmünde reşit olmayan çocuklar yönünden aile birliği mazeretine dayalı yer değişikliği talepleriyle ilgili bir düzenleme bulunmadığından, sistem üzerinden başvuru yapmanın mümkün olmadığı,

Aile bütünlüğü kavramının, Anayasanın 41. maddesinde açıkça tanımlanan haliyle, yalnızca eşleri değil çocukları da kapsamına karşın, dava konusu Yönetmelik hükmüyle getirilen düzenlemede, aile bütünlüğü kapsamına yalnızca eşler yönünden yer verildiği,

Dava konusu eksik düzenlemenin, Anayasaya uygun olarak, reşit olmayan çocukları da kapsamına alarak genişletilmesi ve tüm aile bireylerinin bir arada yaşamasına olanak tanıyacak şekilde yeniden düzenlenmesi gerektiği ileri sürülmektedir.

DAVALININ SAVUNMASI :

Usul yönünden; davanın süresinde açılmadığı;

Esasa ilişkin olarak ise; dava konusu Yönetmeliğin, dayanağı üst Kanuna ve Genel Yönetmeliğe uygun olarak hazırlandığı;

Devlet memurlarının naklen atanmalarında eş durumunun gözetilmesi zorunlu ise de, idarenin, aile birliğinin korunması ve kamu hizmetlerinin gereği gibi yürütülmesi zorunluluğu arasında denge kurmak zorunda olduğu savunulmaktadır.

DANIŞTAY TETKİK HAKİMİ :

DÜŞÜNCEİ : Anayasa'nın 41. maddesinde, devletin ailenin huzur ve refahı ile çocukların korunması ve aile planlamasının öğretimi ile uygulanmasını sağlamak için gerekli tedbirleri alacağı ve her çocuğun, korunma ve bakımdan yararlanma, yüksek yararına açıkça aykırı olmadıkça, ana ve babasıyla kişisel ve doğrudan ilişki kurma ve sürdürme hakkına sahip olduğu kuralı bulunmakta olup; dava konusu Yönetmeliğin dayandığı üst norm niteliğindeki düzenlemelerde, çocuğun öğrenim mazeretine bağlı yer değişikliği taleplerinin dikkate alınacağına dair bir düzenlemeye yer verilmemiş olması, kurumların kendi özel mevzuatında konuya ilişkin düzenleme yapılmasına engel olmayacağı gibi; idarelerin, bu konudaki Anayasal yükümlülüklerini de ortadan kaldırmayacağından; dava konusu hükmün, eksik düzenleme içerdiği gerekçesiyle iptali gerektiği düşünülmektedir.

DANIŞTAY SAVCISI :

DÜŞÜNCEİ : Öğretmen olan davacı, 17.4.2015 günlü, 29329 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Milli Eğitim Bakanlığı Öğretmen Atama ve Yer Değiştirme Yönetmeliğinin 49. maddesinin 1. fıkrasının, aile birliği mazeretine bağlı yer değiştirmede çocuğun öğrenim özrüne yer verilmemesi yönünden iptalini istemektedir.

Davalı idarenin usule ilişkin itirazı yerinde görülmeyp işin esası incelendi:

Sosyal ve ekonomik haklar ve ödevler arasında sayılan "Ailenin korunması ve çocuk hakları" Anayasanın 41 maddesinde, "Aile, Türk toplumunun temelidir ve eşler arasında eşitliğe dayanır. Devlet, ailenin huzur ve refahı ile

özellikle ananın ve çocukların korunması ve aile planlamasının öğretimi ile uygulanmasını sağlamak için gerekli tedbirleri alır, teşkilâtı kurar.." şeklinde hükme bağlanmış, 42. maddesinde de, eğitim ve öğrenim hakkı ve ödevi düzenlenmiştir.

657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 72. maddesinin 2. fıkrasında, "Yeniden veya yer değiştirme suretiyle yapılacak atamalarda aile birimini muhafaza etmek bakımından kurumlar arasında gerekli koordinasyon sağlanarak memur olan diğer eşin de isteği halinde ataması, atamaya tabi tutulan memurun atandığı yere 74 ve 76 ncı maddelerde belirtilen esaslar çerçevesinde yapılır. Yer değiştirme suretiyle atanmaya tabi memurun atandığı yerde eşinin atanacağı teşkilatın bulunmaması ya da teşkilatı olmakla birlikte niteliğine uygun münhal bir görev bulunmaması ve ilgilinin de talebi halinde, bu personele eşinin görev süresi ile sınırlı olmak üzere aşağıdaki şartlarda izin verilebilir" hükmüne yer verilmiştir.

Buna göre aile kavramında, anne, baba ve çocuklardan oluşan geniş anlamda aile tanımından söz edildiği anlaşılmaktadır.

Anılan Yasa hükmü uyarınca Devlet Memurlarının aynı kurum içinde yer değiştirme suretiyle atanmalarını sağlamak amacıyla Bakanlar Kurulunca çıkarılan ve 25.6.1983 günlü, 18088 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren Devlet Memurlarının Yer Değiştirme Suretiyle Atanmalarına İlişkin Yönetmeliğin 4. maddesinde temel ilkeler belirlenmiş, 14. maddesinde de aile birliği mazeretine bağlı yer değişikliği düzenlenmiştir.

Atamalarda eş durumunun gözetilmesi bir zorunluluk iken memurun öğrenim gören çocukları bakımından gerek Devlet Memurları Kanunu, gerek Devlet Memurlarının Yer Değiştirme Suretiyle Atanmalarına İlişkin Yönetmelikte herhangi bir düzenlemeye yer verilmediği gibi memurun kendisinin öğrenim görmesi durumu da Yönetmelikte bir özür olarak değerlendirilmemiştir.

Ancak kurumların özel Yönetmeliklerinde bu husus naklen atamalarda göz önüne alınacak kriterlerden biri olarak düzenlenebilecek iken özel bir düzenleme yapılmamış olması idarenin anayasal yükümlülüğünü ortadan kaldırmayacaktır.

Öte yandan, (Gözden Geçirilmiş) Avrupa Sosyal Şartı uyarınca, toplumun temel birimi olarak aile, tam gelişmesini sağlamaya yönelik uygun sosyal, hukuksal ve ekonomik korunma hakkına sahiptir.

Bu itibarla, naklen atama mevzuatında çocukların öğrenim durumunun dikkate alınmaması, devlete, aile birliğini korumak ve gereken tedbirleri almak konusunda bir yükümlülük yükleyen Anayasaya aykırılık oluşturmaktadır.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu Yönetmelik maddesinin eksik düzenleme nedeniyle iptali gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Karar veren Danıştay İkinci Dairesince; Tetkik Hâkiminin açıklamaları dinlendikten ve dosyadaki belgeler incelendikten sonra işin gereği görüşüldü:

MADDİ OLAY VE HUKUKİ SÜREÇ :

Davacı, Rize ili, Pazar Mesleki ve Teknik Anadolu Lisesinde öğretmen olarak görev yapmakta iken, (dava tarihinde) reşit olmayan kızı, 2015 yılı TEOG sınavı sonucunda İstanbul İli, Fatih ilçesinde bulunan İstanbul Lisesini kazanmıştır.

Okulun 2015-2016 öğretim yılında kız pozisyonuna yatılı öğrenci alınmayacağına öğrenilmesi üzerine davacı, 2015 yılı yaz tatili döneminde Milli Eğitim Bakanlığı Öğretmen Atama ve Yer Değiştirme Yönetmeliğinin dava konusu 49. maddesine göre aile birliği mazeretine bağlı yer değiştirme talebinde bulunmak istemiş, ancak anılan maddede çocukların öğrenim mazeretine yer verilmediğinden sistem üzerinden başvuru yapamamıştır.

Bunun üzerine incelenmekte olan dava açılmıştır.

İNCELEME VE GEREKÇE :

USUL YÖNÜNDEN:

Davalı idarenin savunma dilekçesinde, davanın süresinde açılmadığına yönelik usul itirazında bulunulmuş ise de; davacı tarafından, dava konusu Yönetmelik hükmü nedeniyle sistem üzerinden başvuru yapılamaması üzerine, uygulanan düzenleyici işleme karşı dava açma süresi içinde bakılan davanın açılmış olması karşısında, davalı idarenin bu konudaki usul itirazı yerinde görülmemiştir.

İLGİLİ MEVZUAT :

Anayasanın “Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler” başlıklı Üçüncü Bölümünün “Ailenin korunması ve çocuk hakları” alt başlığında yer alan 41. maddesinde, “Aile, Türk toplumunun temelidir ve eşler arasında eşitliğe dayanır. Devlet, ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocukların korunması ve aile planlamasının öğretimi ile uygulanmasını sağlamak için gerekli tedbirleri alır, teşkilâtı kurar.

Her çocuk, korunma ve bakımdan yararlanma, yüksek yararına açıkça aykırı olmadıkça, ana ve babasıyla kişisel ve doğrudan ilişki kurma ve sürdürme hakkına sahiptir.” hükmüne yer verilmiş; “Eğitim ve öğrenim hakkı ve ödevi” başlıklı 42. maddesinde de, kimsenin, eğitim ve öğrenim hakkından yoksun bırakılamayacağı belirtilmiştir.

657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 72. maddesinin 2. fıkrasında, “Yeniden veya yer değiştirme suretiyle yapılacak atamalarda aile birimini muhafaza etmek bakımından kurumlar arasında gerekli koordinasyon sağlanarak memur olan diğer eşin de isteği halinde ataması, atamaya tabi tutulan memurun atandığı yere 74 ve 76 ncı maddelerde belirtilen esaslar çerçevesinde yapılır. Yer değiştirme suretiyle atanmaya tabi memurun atandığı yerde eşinin atanacağı teşkilatın bulunmaması ya da teşkilatı olmakla birlikte niteliğine uygun münhal bir görev bulunmaması ve ilgilinin de talebi halinde, bu personele eşinin görev süresi ile sınırlı olmak üzere aşağıdaki şartlarda izin verilebilir” kuralı yer almıştır.

657 sayılı Kanun’a dayanılarak çıkarılan ve 19/04/1983 günlü, 83/6525 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile yürürlüğe konulan **Devlet Memurlarının Yer Değiştirme Suretiyle Atanmalarına İlişkin Yönetmeliğin** 30/06/2014 günlü, 2014/6578 sayılı Bakanlar Kurulu Kararıyla değişik “Aile Birliği Mazeretine Bağlı Yer Değişikliği” başlıklı 14. maddesinin dava konusu işlemin tesis edildiği tarihteki halinde; “Aile birliği mazeretine dayanarak yer değişikliği memurun;

a) Kamu personeli olan eşinin, kurum içi yer değiştirme suretiyle atanma imkânının olmaması veya mevzuatı uyarınca eşin zorunlu yer değiştirmeye tabi tutulan bir görevde bulunması durumunda bu kapsamdaki eşin bulunduğu yere,

b) Eşlerin her ikisinin de aynı kurumda çalışıyor olması halinde, kurumun daha fazla hizmet ihtiyacı duyduğu yere,

c) Eşlerin farklı kurumda çalışıyor olması halinde kurumlar arasında gerekli koordinasyon sağlanmak suretiyle her iki kurumun da öncelikli hizmet ihtiyacının bulunduğu yere,

d) Kamu personeli olmayan eşinin, talep edilen yerde başvuru tarihi itibarıyla son iki yıl içinde 360 gün sosyal güvenlik primi ödemek suretiyle kendi adına veya bir hizmet akdi ile işverene bağlı olarak çalışmış ve halen çalışıyor olması halinde bu durumda olan eşin bulunduğu yere,

e) Milletvekili, belediye başkanı, muhtar veya noter olan eşlerinin bulunduğu yere, atanması suretiyle yapılabilir. Aile birliği mazeretine dayanarak yer değiştirme isteğinde bulunan memur, eşinin kamu kurum ve kuruluşlarında kamu personeli olarak çalıştığına veya atanmayı talep ettiği yerde eşinin başvuru tarihi itibarıyla son iki yıl içinde 360 gün sosyal güvenlik primi ödemek suretiyle kendi adına veya bir hizmet akdi ile işverene bağlı olarak halen çalıştığına ya da birinci fıkranın (e) bendinde sayılan görevlerde bulunduğuna ilişkin belgeyi kurumuna ibraz etmekle yükümlüdür. Ayrıca yer değiştirme başvurusuna, evlilik durumunu kanıtlayan belgenin de eklenmesi gerekir." kuralına yer verilmiştir.

Dava konusu Milli Eğitim Bakanlığı Öğretmen Atama ve Yer Değiştirme Yönetmeliğinin 3. maddesinde ise, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu ve Devlet Memurlarının Yer Değiştirme Suretiyle Atanmalarına İlişkin Yönetmelik, anılan Yönetmeliğin dayanakları arasında sayılmış; "Mazaret ve engellilik durumuna bağlı yer değiştirmeler" başlıklı 49. maddesinin 1. fıkrasının (a) bendinde; aile birliği mazeretine bağlı yer değiştirmenin, her iki eşin de öğretmen olması ve bu kapsamda yer değiştirmek istedikleri yerlerde alanları itibarıyla öğretmen ihtiyacı bulunmaması durumunda, istemeleri halinde her ikisinin de alanları itibarıyla öğretmen ihtiyacı bulunan il/ilçeye atanmaları suretiyle gerçekleştirilebilecekleri öngörülmüştür.

HUKUKİ DEĞERLENDİRME :

Normlar hiyerarşisi olarak bilinen temel hukuk ilkesine göre, normlar arasında altlık ve üstlük ilişkisi söz konusu olmakta ve her norm geçerliliğini bir üst hukuk normundan almaktadır. Başka bir anlatımla normlar hiyerarşisi, her türlü normun hiyerarşik olarak bir sıra dahilinde sıralanması ve birbirine bağlı olması anlamına gelmekte olup; bunun doğal sonucu olarak, hiyerarşik sıralamada daha altta yer alan normun, kendisinden üstte bulunan norma aykırı

hükümler içermeyeceği; dolayısıyla, düzenleyici bir işlemin kendinden önce gelen Kanun ve Yönetmelik hükümlerine aykırı düzenlemeler getiremeyeceği kabul edilmektedir.

Yukarıda yer verilen 657 sayılı Kanunun 72. maddesinin 2. fıkrasında ve anılan Kanun hükmüne dayanılarak çıkarılan Devlet Memurlarının Yer Değiştirme Suretiyle Atanmalarına İlişkin Yönetmelikte, devlet memurunun aile birliği mazeretine bağlı olarak yapılabilecek yer değişikliklerine ilişkin durumlar belirlenmiştir.

Söz konusu düzenlemelerde, devlet memurunun öğrenim gören çocukları bakımından, görev yerinin değiştirilmesine olanak tanıyan herhangi bir düzenleme yapılmamış; başka bir ifadeyle devlet memurunun öğrenim gören çocuğun bulunması durumuna, aile birliği mazeretine bağlı naklen atama hallerinde göz önüne alınacak kriterlerden biri olarak yer verilmemiştir.

Bu sebeple, dava konusu Yönetmeliğin, dayanağı olan 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu ile çerçeve Yönetmelik niteliği taşıyan Devlet Memurlarının Yer Değiştirme Suretiyle Atanmalarına İlişkin Yönetmeliğin yukarıda yer verilen hükümleri doğrultusunda düzenlendiği sonucuna ulaşılmıştır.

Bu itibarla, üst hukuk normlarına uygun olan Yönetmelik hükmünde hukuka, kamu yararına ve hizmet gereklerine aykırılık görülmemiştir.

KARAR SONUCU :

Açıklanan nedenlerle,

1. DAVANIN REDDİNE,

2. Aşağıda dökümü yapılan 162,30-TL yargılama giderinin davacı üzerinde bırakılmasına,

3. Avukatlık Asgari Ücret Tarifesine göre belirlenen 2.475,00-TL vekalet ücretinin davacıdan alınarak davalı idareye verilmesine,

4. Artan posta ücretinin davacıya iadesine,

5. Bu kararın tebliğ tarihini izleyen **30 (otuz) gün** içerisinde Danıştay İdari Dava Daireleri Kuruluna **temyiz yolu açık** olmak üzere, **25/12/2019** tarihinde **oybirliğiyle** karar verildi.

DANIŞTAY 2. DAİRE

E. 2016/7252

K. 2018/5677

DAVACI :

DAVALI : Sağlık Bakanlığı / ANKARA

VEKİLLERİ :

DAVANIN KONUSU :

1. Çocuk Endokrinolojisi Uzmanı olarak görev yapan davacı tarafından, eşinin ... Üniversitesi Tıp Fakültesi Genel Cerrahi Anabilim Dalı'nda öğretim elemanı olarak görev yaptığından bahisle Ankara iline atanma istemiyle yaptığı başvurunun reddine ilişkin 62. Dönem Devlet Hizmet Yükümlülüğü Kurası ve Eş Durumu Değerlendirme Sonuçlarının kendisiyle ilgili kısmının,

2. 26/03/2013 günlü, 28599 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşları Atama ve Yer Değiştirme Yönetmeliğinin 04/04/2015 günlü, 29316 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Yönetmelikle değişik Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşları Atama ve Yer Değiştirme Yönetmeliğinin "Aile birliği mazeretine bağlı yer değişikliği" başlıklı 20. maddesinin 2. fıkrasının (ç) bendinin,

3. 26/03/2013 günlü, 28599 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşları Atama ve Yer Değiştirme Yönetmeliğinin 04/04/2015 günlü, 29316 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Yönetmelikle değişik Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşları Atama ve Yer Değiştirme Yönetmeliğinin "Aile birliği mazeretine bağlı yer değişikliği" başlıklı 20. maddesinin 7. fıkrasının iptali istenilmektedir.

DAVACININ İDDİALARI :

Davacı; eşinin ... Üniversitesi Tıp Fakültesi Genel Cerrahi Anabilim Dalı'nda öğretim elemanı olarak görev yaptığını ve başka bir yere atanma imkanının bulunmadığını,

657 sayılı Kanun'a dayanılarak çıkarılan ve 19/04/1983 günlü, 83/6525 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile yürürlüğe konulan Devlet Memurlarının Yer Değiştirme Suretiyle Atanmalarına İlişkin Yönetmeliğin "Aile birliği mazeretine bağlı yer değişikliği" başlıklı 14. maddesi, 30/06/2014 günlü, 2014/6578 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı Eki Yönetmeliğin 4. maddesiyle değiştirildiğini, anılan değişiklikle memurun, kamu personeli olan eşinin, kurum içi yer değiştirme suretiyle atanma imkânının olmaması veya mevzuatı uyarınca eşin zorunlu yer değiştirmeye tabi tutulan bir görevde bulunması durumunda bu kapsamdaki eşin bulunduğu yere atanabileceğinin düzenlenmiş olduğunu ve bu suretle, tüm Devlet memurları için bu hak, unvan veya sıfat yönünden herhangi bir kısıtlamaya tabi tutulmadığını,

Oysa, Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşları Atama ve Yer Değiştirme Yönetmeliğinin "Aile birliği mazeretine bağlı yer değişikliği" başlıklı 20. maddesinin 7. fıkrası ile üst hukuk normlarına aykırı olarak stratejik personelin eş durumu mazeretinin dikkate alınmadığını,

Yine, Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşları Atama ve Yer Değiştirme Yönetmeliğinin "Aile birliği mazeretine bağlı yer değişikliği" başlıklı 20. maddesinin 2. fıkrasının (ç) bendi ile 2547 sayılı Yükseköğretim Kanununa tabi olarak görev yapan öğretim elemanlarının eşleri olan stratejik personelin eş durumundan yararlanırken, öğretim elemanı eşlerinin eş durumundan yararlanmamasının ayrımcılığa yol açtığını,

Dolayısıyla, Anayasa'nın 41. maddesinin, Devletin, ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocukların korunmasını ve aile planlamasının öğretimi ile uygulanmasını sağlamak için gerekli tedbirler almasını ve teşkilatını kurmasını hükme bağladığını ve bu maddeyle, ailenin korunmasına yönelik olarak devlete verilen görevin öngörüldüğü şekliyle yerine getirilebilmesinin temel koşullarından birisinin de aile birliğinin sağlanması olduğu, aksi bir uygulamanın, ailenin huzurunu temelden sarsarak maddi ve manevi anlamda giderilmesi çok zor olan zararları beraberinde getireceği, böylesi bir durumu ise, günümüzün evrensel anlamda kabul görmüş sosyal ve hukuk devleti ilkesi anlayışıyla bağdaştırmanın mümkün olmadığını ileri sürmüştür.

DAVALI İDARENİN SAVUNMASI :

Davalı idarece; davacının uzman tabip unvanlı bir personel olması ve bu yönüyle Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşları Atama ve Yer Değiştirme Yönetmeliği uyarınca, "stratejik personel" olarak kabul edilmesi, davacının eşinin ise 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu uyarınca "öğretim üyesi" olarak kabul edilmemesi nedeniyle eş durumu mazereti sebebiyle atanma talebinin kabulünün mümkün olmadığı,

Devlet Memurlarının Yer Değiştirme Suretiyle Atanmalarına İlişkin Yönetmeliğin 30/06/2014 günlü, 2014/6578 sayılı Bakanlar Kurulu Kararıyla değişik "Aile Birliği Mazeretine Bağlı Yer Değişikliği" başlıklı 14. maddesinin 1. fıkrasının c bendinde, "Eşlerin farklı kurumda çalışıyor olması halinde kurumlar arasında gerekli koordinasyon sağlanmak suretiyle her iki kurumun da öncelikli hizmet ihtiyacının bulunduğu yere" atanmasının yapılabileceğinin düzenlendiği, bu çerçevede öncelikli ve öneme haiz hizmet ihtiyacı açısından değerlendirme yapılacak olursa; işlem tarihi itibarıyla davacının atanma talep ettiği Ankara ilinde davacı ile aynı branşta 9 doktor hizmet veriyor iken, Bolu ilinde aynı branşta çalışan doktorun bulunmadığı ve dolayısıyla stratejik personel statüsünde bulunan davacının Bolu iline atanmasına ilişkin işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı,

Diğer taraftan, Devlet Memurlarının Yer Değiştirme Suretiyle Atanmalarına İlişkin Yönetmeliğe 16/08/2014 günlü, 29090 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 30/06/2014 günlü, 2014/6578 sayılı Bakanlar Kurulu kararı ile getirilen ve tüm Devlet memurlarını kapsayan, kamu personeli olmayan eşin, talep edilen yerde kesintisiz son üç yıl sosyal güvenlik primi ödemek suretiyle kendi adına veya bir hizmet akdi ile işverene bağlı olarak çalışmış ve halen çalışıyor olması halinde eşin bulunduğu yere atanabileceği yolundaki düzenlemeye, 01/09/2016 günlü, 29818 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 08/08/2016 günlü, 2016/9097 sayılı Bakanlar Kurulu kararı ile anılan Yönetmeliğin "Aile Birliği Mazeretine Bağlı Yer Değişikliği" başlıklı 14. maddesine "Genel sağlık bakımından önemi haiz sağlık personeli hakkında özel yönetmelikte düzenleme yapılması kaydıyla birinci fıkranın (d) bendine ilişkin farklı usul ve esaslar belirlenebilir." cümlesinin son fıkra olarak eklenmesiyle istisna getirilerek, Sağlık Bakanlığı'nın atama ve yer değiştirme yönetmeliğinde diğer kurumlardan farklı düzenleme yapmasına imkan tanındığı ileri sürülmüş ve davanın reddi savunulmuştur.

DANIŞTAY TETKİK HAKİMİ ... DÜŞÜNCESİ :

26/03/2013 günlü, 28599 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşları Atama ve Yer Değiştirme Yönetmeliğinin 04/04/2015 günlü, 29316 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşları Atama ve Yer Değiştirme Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik ile değişik 20. maddesinin 7. fıkrasında yer alan, “Stratejik personelin yer değiştirme taleplerinde bu maddenin ikinci fıkrasının (c) bendi ile beşinci fıkrası uygulanmaz.” şeklindeki düzenlemenin iptali istemine ilişkin olarak karar verilmesine yer olmadığı, davacının atanma istemiyle yaptığı başvurunun reddine ilişkin 62. Dönem Devlet Hizmet Yükümlülüğü Kurası ve Eş Durumu Değerlendirme Sonuçlarının kendisiyle ilgili kısmının ve Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşları Atama ve Yer Değiştirme Yönetmeliğinin “Aile birliği mazeretine bağlı yer değişikliği” başlıklı 20. maddesinin 2. fıkrasının (ç) bendinin ise iptali gerektiği düşünülmektedir.

DANIŞTAY SAVCISI ... DÜŞÜNCESİ :

Dava, uzman doktor olan davacının, eş durumu gözetilerek Ankara İl’ine atama başvurusunun reddine ilişkin bireysel işlemin ve 4.4.2015 tarih ve 29316 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşları Atama ve Yer Değiştirme Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelikle değiştirilen Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşları Atama ve Yer Değiştirme Yönetmeliğinin “Aile birliği mazeretine bağlı yer değişikliği” başlıklı 20. maddesinin 2. fıkrasının (ç) bendindeki “Eşi, 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu kapsamında kurulan üniversitelerde öğretim üyesi olanların ataması eşinin görev yaptığı yere yapılır.” düzenleme ile aynı maddenin 7. fıkrasında yer alan “Stratejik personelin yer değiştirme taleplerinde bu maddenin ikinci fıkrasının (c) bendi ile beşinci fıkrası uygulanmaz.” şeklindeki düzenlemenin iptali istemiyle açılmıştır.

4.4.2015 tarih ve 29316 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşları Atama ve Yer Değiştirme Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelikle değiştirilen Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşları Atama ve Yer Değiştirme Yönetmeliğinin “Tanımlar” başlıklı 4. maddesinin (m) bendinde, “Stratejik personel; “Tıpta ve dış hekimliğinde uzmanlık eğitimi mevzuatına göre uzman olmuş uzman tabip, uzman (TUTG) ve tabip unvanındaki personel” olarak tanımlanmış olup, “Aile birliği mazeretine bağlı

yer değişikliği" başlıklı 20. maddesinin 2. fıkrasında ise, "Eşlerin farklı kamu kurum ve kuruluşlarında kamu personeli olarak çalışması halinde;

a) Varsa eşinin kurumuyla yapılan protokol hükümleri uygulanır.

b) Eşleri, mevzuatı uyarınca zorunlu yer değiştirmeye tâbi olarak mülki idare amirliği, milli istihbarat, emniyet hizmetleri sınıflarından birinde görev yapanlar ile hâkim, savcı veya Türk Silahlı Kuvvetlerinde subay, astsubay, uzman jandarma, uzman erbaş veya uzman er olarak görev yapan personelin eşinin görev yaptığı yere ataması yapılır.

c) Yer değişikliği talebinde bulunan personelin eşinin görev yaptığı yerin kendi unvan ve branşında C veya D hizmet grubunda olması halinde eşinin görev yaptığı yere ataması yapılır. Aksi halde ilgili kurumla koordinasyon sağlanır. Eşinin görev yaptığı kurumun başka yerde teşkilatının bulunmaması, kadro veya mevzuatı açısından aile birliği mazeretine dayalı atanma imkânının olmaması halinde talebi değerlendirilir.

ç) Eşi, 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu kapsamında kurulan üniversitelerde öğretim üyesi olanların ataması eşinin görev yaptığı yere yapılır.

(3) Eşi, tıpta ve dış hekimliğinde uzmanlık mevzuatına göre uzmanlık veya yan dal uzmanlık eğitimi görmekte olanların yer değiştirme taleplerinde aslık üstlük, bölge ve hizmet grubu şartı aranmaz. Ancak, başvuru tarihi itibarıyla eşinin kalan uzmanlık eğitim süresinin altı aydan fazla olması zorunludur.

(4) Personelin, milletvekili, belediye başkanı, muhtar veya noter olan eşlerinin bulunduğu yere yer değiştirme suretiyle ataması yapılabilir.

(5) Kamu görevlisi olmayan eşinin, atanma talep edilen yerde kesintisiz üç yıl sosyal güvenlik primi ödemek suretiyle kendi adına veya bir hizmet akdi ile işverene bağlı olarak çalışmış ve halen çalışıyor olması halinde, personelin yer değişikliği suretiyle ataması yapılır. Sosyal Güvenlik Kurumu kapsamında çalışanlardan askerlik süresini borçlanıp primlerini ödeyenlerin askerlikte geçen süreleri üç yıllık süre kapsamında değerlendirilir.

6) Altıncı fıkra kapsamında yapılacak yer değiştirme işlemlerinde, kısa çalışma ödeneğinin ödenmesi ile askerlik nedeniyle işyeriyle ilişkisi kesilenlerden askerlik dönüşü aynı ilde en geç iki ay içerisinde göreve başlanması halinde, müracaat tarihi itibarıyla üç yıllık prim ödeme şartı

aranmakla birlikte bulunduğu yerde üç yıllık kesintisiz prim ödeme şartı aranmaz.

(7) Stratejik personelin yer değiştirme taleplerinde bu maddenin ikinci fıkrasının (c) bendi ile beşinci fıkrası uygulanmaz.” kuralı bulunmaktadır.

Dava konusu Yönetmeliğin 20. maddesinin 2. fıkrasının (ç) bendindeki “Eşi, 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu kapsamında kurulan üniversitelerde öğretim üyesi olanların ataması eşinin görev yaptığı yere yapılır.” düzenlemesine gelince:

Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti ilkesinin bir gereği olarak, yasa kurallarının, genel nitelikte olması, herkes için nesnel hukuki durumlar yaratması ve aynı hukuki durumda bulunan kişilere ayırım gözetilmeksizin uygulanabilir olması gerekmektedir.

Diğer taraftan, Anayasa'nın 10. maddesinde, “Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir. Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz.” denilmiştir. Bu maddede yer verilen eşitlik ilkesi hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusudur. Bu ilke ile eylemli değil, hukuksal eşitlik öngörülmüştür. Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin kanunlar karşısında aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak, haklı bir nedene dayanmayan ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Bu ilkeyle, aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak kanun karşısında eşitliğin ihlali yasaklanmıştır.

Aynı zamanda, Anayasanın “Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler” başlıklı üçüncü bölümünün 41. maddesinde, “Ailenin korunması ve çocuk hakları” başlığı altında “Aile, Türk toplumunun temelidir... Devlet, ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocukların korunması ve aile planlamasının öğretimi ile uygulanmasını sağlamak için gerekli tedbirleri alır...” şeklindeki düzenleme ile; ailenin Türk toplumunun temeli olduğu vurgulanmış, Devletin, ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocukların korunmasını ve aile planlamasının öğretimi ile uygulanmasını sağlamak için gerekli tedbirler almasını ve teşkilatını kurmasını hükme bağlamıştır. Bu maddeyle Anayasa koyucunun aileyi parçalanmaktan kurtarmak, bireylerini bir arada tutmak suretiyle ailenin huzur ve mutluluğunu devam ettirmek ve bu yolla kamu

görevlilerinin ailevi kaygılardan uzak bir biçimde kamu hizmetlerini verimli, etkin ve sağlıklı bir biçimde yürütmeleri için gerekli ortamı sağlamak amaçlarını taşıdığı kuşkusuzdur.

2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun "Amaç" başlıklı 1. Maddesinde "Bu kanunun amacı; yükseköğretimle ilgili amaç ve ilkeleri belirlemek ve bütün yükseköğretim kurumlarının ve üst kuruluşlarının teşkilatlanma, işleyiş, görev, yetki ve sorumlulukları ile eğitim- öğretim, araştırma, yayım, öğretim elemanları, öğrenciler ve diğer personel ile ilgili esasları bir bütünlük içinde düzenlemektir." "Tanımlar" başlıklı 3. Maddesinde, **öğretim elemanları** "Yükseköğretim kurumlarında görevli öğretim üyeleri, öğretim görevlileri, okutmanlar ile öğretim yardımcılardır.," öğretim üyeleri ise "Yükseköğretim kurumlarında görevli profesör, doçent ve yardımcı doçentlerdir." şeklinde tanımlanmıştır. Aynı Yasanın 5. bölümünün başlığı "**Öğretim Elemanları**" olarak belirlenmiş ve öğretim üyeleri, öğretim görevlileri, okutmanlar ile öğretim yardımcıları (araştırma görevlileri, uzmanlar, çeviriciler ve eğitim - öğretim planlamacılarıdır) bu bölüm altında maddeler halinde düzenlenmiştir. Yine aynı Yasanın çalışma esaslarının belirlendiği 36. maddesinde "**Öğretim elemanları, üniversitede devamlı statüde görev yapar.**" şeklinde bir düzenleme mevcuttur. 2914 sayılı Yükseköğretim Personel Kanunu'nun "Kapsam" başlıklı 2. maddesinde "Bu Kanun 04/11/1981 tarih ve 2547 sayılı Yükseköğretim Kanununa tabi üniversite **öğretim elemanlarının** aylık, ödenek ve sair özlük haklarını kapsar." denilmektedir. 2547 sayılı Kanun ile ve 2914 sayılı Kanun beraber değerlendirildiğinde, öğretim görevlisi, öğretim elemanı, okutman, araştırma görevlilerinin, öğretim elemanı olarak bir başlık altında toplandığı ve aynı yasal düzenlemelere tabi oldukları görülmektedir.

Dava konusu Yönetmeliğin 20 maddesi; Aile Birliği Mazeretine Bağlı Yer Değişikliğinin hangi durumlar altında gerçekleşeceğini düzenlemiştir. Aynı maddenin 2. fıkrasının (ç) bendinde ise, sağlık bakanlığı personeli olan birinin eşi eğer Yükseköğretim Kanunu kapsamında kurulan bir üniversitede öğretim üyesi olarak görev yapıyorsa ilgili personelin eşinin yanına atanmasının önü açılmıştır. Bu düzenleme ile yükseköğretimde görev yapan öğretim üyesi dışındaki öğretim elemanları kapsam dışında tutulmuştur.

Yukarıda yer verilen Anayasal ve yasal düzenlemeler bir arada değerlendirildiğinde, söz konusu düzenleme ile **eşitlik ilkesinin ve aile bütünlüğünün korunmasının ihmal edildiği**, aynı zamanda öğretim üyesi dışındaki öğretim elemanlarının kapsam dışı tutularak **eksik düzenleme**

yapıldığı sonucuna varıldığından dava konusu Yönetmeliğin 20. maddesinin 2. fıkrasının (ç) bendinde hukuka uyarlık bulunmamaktadır.

Dava konusu Yönetmeliğin 20. maddesinin 7. fıkrasındaki “Stratejikpersonelin yer değiştirme taleplerinde bu maddenin ikinci fıkrasının (c) bendi ile beşinci fıkrası uygulanmaz.” düzenlemesine yönelik kısmına gelince:

657 sayılı Devlet Memurları Kanunu’nun “Yer değiştirme suretiyle atanma” başlıklı 72. maddesinde, kurumlarda yer değiştirme suretiyle atanmaların, hizmetlerin gereklerine, özelliklerine, Türkiye’nin ekonomik, sosyal, kültürel ve ulaşım şartları yönünden benzerlik ve yakınlık gösteren iller gruplandırılarak tespit edilen bölgeler arasında adil ve dengeli bir sistem içinde yapılacağı; aynı maddenin son fıkrasında da, yer değiştirme ile ilgili atama esaslarının Devlet Personel Başkanlığınca hazırlanacak bir yönetmelikle belirleneceği kurala bağlanmıştır.

657 sayılı Kanuna dayanılarak çıkarılan Devlet Memurlarının Yer Değiştirme Suretiyle Atanmalarına İlişkin Yönetmeliğin 28. maddesinde; kurumların, bu Yönetmeliğin çeşitli maddelerinde kurumlarca tespiti öngörülen diğer hususları kapsayan özel yönetmeliklerini Devlet Personel Dairesinden olumlu görüş alınmak sureti ile çıkaracakları, özel Yönetmeliklerde bu Yönetmeliğe aykırı hükümlerin yer alamayacağı kuralına yer verilmiştir.

Devlet Memurlarının Yer Değiştirme Suretiyle Atanmalarına İlişkin Yönetmeliğin 14. maddesi, 30.6.2014 tarihli ve 2014/6578 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı Eki Yönetmeliğin 4. maddesiyle değiştirilmiş, anılan değişikliklerle memurun, kamu personeli olmayan eşinin, talep edilen yerde kesintisiz son üç yıl sosyal güvenlik primi ödemek suretiyle kendi adına veya bir hizmet akdi ile işverene bağlı olarak çalışmış ve halen çalışıyor olması halinde eşin bulunduğu yere atanabileceği düzenlenmiş ve bu suretle, **tüm Devlet memurları için** bu hak, unvan veya sıfat yönünden herhangi bir kısıtlamaya tabi tutulmadan tanınmıştır.

Ancak, Devlet Memurlarının Yer Değiştirme Suretiyle Atanmalarına İlişkin Yönetmelikte yer almadığı halde, dava konusu Yönetmelik ile serbest veya özel kuruluşlarda çalışan eş dolayısıyla sağlık personeline eş durumu özü nedeniyle atanma isteğinde bulunma hakkı tanınmış iken, hekimleri kapsayan “stratejik personel”e bu konuda kısıtlama getirilmiştir.

Bu bakımdan, hekimleri kapsayan “stratejik personel”e, eş durumu özü nedeniyle atanma isteğinde bulunma hakkına kısıtlama getirdiği anlaşıldığından dava konusu düzenleme, Genel Yönetmeliğe, dolayısıyla hukuka aykırıdır.

Davacının, dava konusu 62. Dönem Devlet Hizmet Yükümlülüğü Kurası ve Eş Durumu Değerlendirme Sonuçlarının kendisiyle ilgili kısmına gelince: hukuka aykırılığı tespit edilen dava konusu Yönetmelik hükümleri uyarınca tesis edilen, davacının, ... Üniversitesi Tıp Fakültesi Genel Cerrahi Anabilim Dalında öğretim elemanı olarak görev yapan eşinden dolayı eş durumu sebebiyle atanma talebinin reddine ilişkin işlemde bu nedenle hukuka uyarlık görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, davanın kabulüyle, davacının, Ankara İl’ine atama başvurusunun reddine ilişkin bireysel işlemin ve 4.4.2015 tarih ve 29316 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşları Atama ve Yer Değiştirme Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelikle değiştirilen Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşları Atama ve Yer Değiştirme Yönetmeliğinin 20. maddesinin 2. fıkrasının (ç) bendi ile aynı maddenin 7. fıkrasının iptali gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay İkinci Dairesi’nce; 25/08/2017 günlü, 30165 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren 694 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile 663 sayılı Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşlarının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnameye eklenen Geçici 15. madde uyarınca, Türkiye Kamu Hastaneleri Kurumu Başkanlığının dava ve icra takip işlerinin Sağlık Bakanlığına devredildiği görülmüş olup, davanın Sağlık Bakanlığı husumetiyle görülmesine karar verilip Tetkik Hakiminin açıklamaları dinlendikten sonra dosyadaki bilgi ve belgeler de incelenmek suretiyle işin gereği düşünüldü:

MADDİ OLAY VE HUKUKİ SÜREÇ :

Davacının eşinin ... Üniversitesi Tıp Fakültesi Genel Cerrahi Anabilim Dalı’nda öğretim elemanı olarak görev yaptığı ve bu gerekçeyle eş durumu mazeretine dayalı atanma talebinde bulunduğu, davacı tarafından yapılan

bu başvurunun, kendisinin stratejik personel kapsamında olduğu ve ilgili Yönetmeliğin 20. maddesi gerekçe gösterilerek reddedildiği görülmüştür.

İNCELEME VE GEREKÇE :

Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti ilkesinin bir gereği olarak, yasa kurallarının, genel nitelikte olması, herkes için nesnel hukuki durumlar yaratması ve aynı hukuki durumda bulunan kişilere ayırım gözetilmeksizin uygulanabilir olması gerekmektedir.

Diğer taraftan, Anayasa'nın 10. maddesinde, "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." denilmiştir. Bu maddede yer verilen eşitlik ilkesi hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusudur. Bu ilke ile eylemli değil, hukuksal eşitlik öngörülmüştür. Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin kanunlar karşısında aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak, haklı bir nedene dayanmayan ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Bu ilkeyle, aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak kanun karşısında eşitliğin ihlali yasaklanmıştır.

Aynı zamanda, Anayasanın "Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler" başlıklı üçüncü bölümünün 41. maddesinde, "Ailenin korunması ve çocuk hakları" başlığı altında "Aile, Türk toplumunun temelidir... Devlet, ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocukların korunması ve aile planlamasının öğretimi ile uygulanmasını sağlamak için gerekli tedbirleri alır,..." şeklindeki düzenleme ile; ailenin Türk toplumunun temeli olduğu vurgulanmış, Devletin, ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocukların korunmasını ve aile planlamasının öğretimi ile uygulanmasını sağlamak için gerekli tedbirler almasını ve teşkilatını kurmasını hükme bağlamıştır. Bu maddeyle Anayasa koyucunun aileyi parçalanmaktan kurtarmak, bireylerini bir arada tutmak suretiyle ailenin huzur ve mutluluğunu devam ettirmek ve bu yolla kamu görevlilerinin ailevi kaygılardan uzak bir biçimde kamu hizmetlerini verimli, etkin ve sağlıklı bir biçimde yürütmeleri için gerekli ortamı sağlamak amaçlarını taşıdığı kuşkusuzdur.

2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun "Amaç" başlıklı 1. maddesinde "Bu kanunun amacı; yükseköğretimle ilgili amaç ve ilkeleri belirlemek ve bütün yükseköğretim kurumlarının ve üst kuruluşlarının teşkilatlanma, işleyiş,

*görev, yetki ve sorumlulukları ile eğitim- öğretim, araştırma, yayım, **öğretim elemanları**, öğrenciler ve diğer personel ile ilgili esasları bir bütünlük içinde düzenlemektir.," "Tanımlar" başlıklı 3. maddesinde, öğretim elemanları "Yükseköğretim kurumlarında görevli öğretim üyeleri, öğretim görevlileri, okutmanlar ile öğretim yardımcılarıdır.," öğretim üyeleri ise "Yükseköğretim kurumlarında görevli profesör, doçent ve yardımcı doçentlerdir." şeklinde tanımlanmıştır. Aynı Yasanın 5. bölümünün başlığı "**Öğretim Elemanları**" olarak belirlenmiş ve öğretim üyeleri, öğretim görevlileri, okutmanlar ile öğretim yardımcıları (araştırma görevlileri, uzmanlar, çeviriciler ve eğitim - öğretim planlamacılarıdır) bu bölüm altında maddeler halinde düzenlenmiştir. Yine aynı Yasanın çalışma esaslarının belirlendiği 36. maddesinde "**Öğretim elemanları**, üniversitede devamlı statüde görev yapar." şeklinde bir düzenleme mevcuttur. 2914 sayılı Yükseköğretim Personel Kanunu'nun "Kapsam" başlıklı 2. maddesinde "Bu Kanun 04/11/1981 tarih ve 2547 sayılı Yükseköğretim Kanununa tabi üniversite öğretim elamanlarının aylık, ödenek ve sair özlük haklarını kapsar." denilmektedir. 2547 sayılı Kanun ile ve 2914 sayılı Kanun beraber değerlendirildiğinde, öğretim görevlisi, öğretim elemanı, okutman, araştırma görevlilerinin, öğretim elemanı olarak bir başlık altında toplandığı ve aynı yasal düzenlemelere tabi oldukları görülmektedir.*

657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun "Yer değiştirme suretiyle atanma" başlıklı 72. maddesinde, kurumlarda yer değiştirme suretiyle atanmaların, hizmetlerin gereklerine, özelliklerine, Türkiye'nin ekonomik, sosyal, kültürel ve ulaşım şartları yönünden benzerlik ve yakınlık gösteren iller gruplandırılarak tespit edilen bölgeler arasında adil ve dengeli bir sistem içinde yapılacağı; aynı maddenin son fıkrasında da, yer değiştirme ile ilgili atama esaslarının Devlet Personel Başkanlığınca hazırlanacak bir yönetmelikle belirleneceği kurala bağlanmıştır.

657 sayılı Kanun'a dayanılarak çıkarılan ve 19/04/1983 günlü, 83/6525 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile yürürlüğe konulan Devlet Memurlarının Yer Değiştirme Suretiyle Atanmalarına İlişkin Yönetmeliğin 30/06/2014 günlü, 2014/6578 sayılı Bakanlar Kurulu Kararıyla değişik "Aile Birliği Mazeretine Bağlı Yer Değişikliği" başlıklı 14. maddesinin dava konusu işlemin tesis edildiği tarihteki halinde; "Aile birliği mazeretine dayanarak yer değişikliği memurun;

a) Kamu personeli olan eşinin, kurum içi yer değiştirme suretiyle atanma imkânının olmaması veya mevzuatı uyarınca eşin zorunlu yer değiştirmeye tabi tutulan bir görevde bulunması durumunda bu kapsamdaki eşin bulunduğu yere,

...

c) Eşlerin farklı kurumda çalışıyor olması halinde kurumlar arasında gerekli koordinasyon sağlanmak suretiyle her iki kurumun da öncelikli hizmet ihtiyacının bulunduğu yere,

d) Kamu personeli olmayan eşinin, talep edilen yerde başvuru tarihi itibarıyla son iki yıl içinde 360 gün sosyal güvenlik primi ödemek suretiyle kendi adına veya bir hizmet akdi ile işverene bağlı olarak çalışmış ve halen çalışıyor olması halinde bu durumda olan eşin bulunduğu yere,

...

atanması suretiyle yapılabilir.

Aile birliği mazeretine dayanarak yer değiştirme isteğinde bulunan memur, eşinin kamu kurum ve kuruluşlarında kamu personeli olarak çalıştığına veya atanmayı talep ettiği yerde eşinin başvuru tarihi itibarıyla son iki yıl içinde 360 gün sosyal güvenlik primi ödemek suretiyle kendi adına veya bir hizmet akdi ile işverene bağlı olarak halen çalıştığına ya da birinci fıkranın (e) bendinde sayılan görevlerde bulunduğuna ilişkin belgeyi kurumuna ibraz etmekle yükümlüdür. Ayrıca yer değiştirme başvurusuna, evlilik durumunu kanıtlayan belgenin de eklenmesi gerekir.” “Özel Yönetmelikler” başlıklı 28. maddesinde; “Kurumlar bu Yönetmeliğin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren 6 ay içinde halen görevde bulunan memurların geçmiş hizmetlerinin bu Yönetmelik çerçevesinde nasıl değerlendirileceğini ve bu Yönetmeliğin çeşitli maddelerinde kurumlarca tesbiti öngörülen diğer hususları kapsayan özel Yönetmeliklerini Devlet Personel Dairesinden olumlu görüş alınmak sureti ile çıkarırlar. Özel Yönetmeliklerde bu Yönetmeliğe aykırı hükümler yer alamaz...” 30/06/2014 günlü, 2014/6578 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı Eki Yönetmeliğin 12. maddesi ile eklenen Geçici 5. maddede de, “Kamu kurum ve kuruluşları bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren altı ay içinde yönetmeliklerini bu Yönetmeliğe uygun hale getirirler. Bu süre içerisinde kamu kurum ve kuruluşlarının yönetmeliklerinin bu Yönetmeliğe aykırı olmayan hükümlerinin uygulanmasına devam edilir.” düzenlemeleri yer almıştır.

657 sayılı Devlet Memurları Kanunu, Sağlık Hizmetleri Temel Kanununun Ek 1. maddesi ve Devlet Memurlarının Yer Değiştirme Suretiyle Atanmalarına İlişkin Yönetmeliğe dayanılarak, sağlık hizmetlerinin yurt genelinde etkin ve verimli bir şekilde yürütülebilmesi için Sağlık Bakanlığı ve bağlı kuruluşlarında

görev yapan sağlık hizmetleri ve yardımcı sağlık hizmetleri sınıfı personelinin atama ve yer değiştirmelerine ilişkin usul ve esasları düzenlemek amacıyla hazırlanmış olan Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşları Atama ve Yer Değiştirme Yönetmeliği, 26/03/2013 günlü, 28599 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe konulmuştur.

Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşları Atama ve Yer Değiştirme Yönetmeliğinin dava konusu işlemin tesis edildiği tarihte yürürlükte olan haline göre, “Aile birliği mazeretine bağlı yer değişikliği” başlıklı 20. maddesinin 1. fıkrasında, eşlerin ikisinin de Bakanlık veya bağlı kuruluşlarda kamu personeli olması hali düzenlenmiş, devamında ise;

“(2) Eşlerin farklı kamu kurum ve kuruluşlarında kamu personeli olarak çalışması halinde;

a) Varsa eşinin kurumuyla yapılan protokol hükümleri uygulanır.

b) Eşleri, mevzuatı uyarınca zorunlu yer değiştirmeye tâbi olarak mülki idare amirliği, milli istihbarat, emniyet hizmetleri sınıflarından birinde görev yapanlar ile hâkim, savcı veya Türk Silahlı Kuvvetlerinde subay, astsubay, uzman jandarma, uzman erbaş veya uzman er olarak görev yapan personelin eşinin görev yaptığı yere ataması yapılır.

c) Yer değişikliği talebinde bulunan personelin eşinin görev yaptığı yerin kendi unvan ve branşında C veya D hizmet grubunda olması halinde eşinin görev yaptığı yere ataması yapılır. Aksi halde ilgili kurumla koordinasyon sağlanır. Eşinin görev yaptığı kurumun başka yerde teşkilatının bulunmaması, kadro veya mevzuatı açısından aile birliği mazeretine dayalı atanma imkânının olmaması halinde talebi değerlendirilir.

ç) Eşi, 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu kapsamında kurulan üniversitelerde öğretim üyesi olanların ataması eşinin görev yaptığı yere yapılır.

...

(5) Kamu görevlisi olmayan eşinin, atanma talep edilen yerde kesintisiz üç yıl sosyal güvenlik primi ödemek suretiyle kendi adına veya bir hizmet akdi ile işverene bağlı olarak çalışmış ve halen çalışıyor olması halinde, personelin yer değişikliği suretiyle ataması yapılır. Sosyal Güvenlik Kurumu kapsamında çalışanlardan askerlik süresini borçlanıp primlerini ödeyenlerin askerlikte geçen süreleri üç yıllık süre kapsamında değerlendirilir.

...

(7) Stratejik personelin yer değiştirme taleplerinde bu maddenin ikinci fıkrasının (c) bendi ile beşinci fıkrası uygulanmaz." kurallarına yer verilmiştir.

DAVA KONUSU YÖNETMELİĞİN İNCELENMESİ :

I- 26/03/2013 günlü, 28599 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşları Atama ve Yer Değiştirme Yönetmeliğinin 04/04/2015 günlü, 29316 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Yönetmelikle değişik 20. maddesinin 7. fıkrasında yer alan, "Stratejik personelin yer değiştirme taleplerinde bu maddenin ikinci fıkrasının (c) bendi ile beşinci fıkrası uygulanmaz." ibaresinin iptali istemine ilişkin olarak;

04/04/2015 günlü, 29316 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşları Atama ve Yer Değiştirme Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelikle değiştirilen Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşları Atama ve Yer Değiştirme Yönetmeliğinin "Aile birliği mazeretine bağlı yer değişikliği" başlıklı 20. maddesinin 7. fıkrasında yer alan "*Stratejik personelin yer değiştirme taleplerinde bu maddenin (...) beşinci fıkrası uygulanmaz.*" düzenlemesinin Danıştay Beşinci Dairesinin 15/06/2016 günlü, E:2016/963; K:2016/3923 sayılı kararı ile iptaline karar verildiği ve davalı idarenin temyiz başvurusu üzerine de anılan kararın Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nun 13/03/2017 günlü, E:2017/168, K:2017/1137 sayılı kararıyla onandığı görülmekte olup, diğer taraftan, Yönetmeliğin, 20. maddesinin 7. fıkrasının 30/09/2016 günlü, 29843 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşları Atama ve Yer Değiştirme Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik ile yürürlükten kaldırıldığı, söz konusu değişiklikle Yönetmeliğin 20. maddesinin 6. fıkrasına "Stratejik personelin yer değiştirme taleplerinde bu maddenin ikinci fıkrasının (c) bendinin birinci cümlesi ile beşinci fıkrası uygulanmaz." ibaresinin eklendiği, bu fıkranın da 02/03/2018 günlü, 30348 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşları Atama ve Yer Değiştirme Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik ile yürürlükten kaldırıldığı göz önüne alındığında, bu isteme yönelik olarak davanın konusuz kaldığı anlaşılmıştır.

Bu itibarla, davacının iptalini talep ettiği söz konusu bu kısma ilişkin düzenleme yürürlükte bulunmadığından, yukarıda belirtilen düzenlemenin iptaline ilişkin istem hakkında karar verilmesine yer bulunmamaktadır.

II - 26/03/2013 günlü, 28599 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşları Atama ve Yer Değişikliği Yönetmeliğinin 04/04/2015 günlü, 29316 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan Yönetmelikle değişik Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşları Atama ve Yer Değişikliği Yönetmeliğinin “Aile birliği mazeretine bağlı yer değişikliği” başlıklı 20. maddesinin 2. fıkrasının (ç) bendinin iptali istemine ilişkin olarak;

Dava konusu Yönetmeliğin 20. maddesinde Aile Birliği Mazeretine Bağlı Yer Değişikliğinin hangi durumlar altında gerçekleşeceği düzenlenmiştir. Aynı maddenin 2. fıkrasının (ç) bendinde ise, sağlık bakanlığı personeli olan birinin eşi eğer Yükseköğretim Kanunu kapsamında kurulan bir üniversitede öğretim üyesi olarak görev yapıyorsa ilgili personelin eşinin yanına atanmasının önü açılmıştır. Bu düzenleme ile yükseköğretimde görev yapan öğretim üyesi dışındaki öğretim elemanları kapsam dışında tutulmuştur.

Yukarıda yer verilen Anayasal ve yasal düzenlemeler bir arada değerlendirildiğinde, söz konusu düzenleme ile **eşitlik ilkesinin ve aile bütünlüğünün korunmasının ihmal edildiği**, aynı zamanda öğretim üyesi dışındaki öğretim elemanlarının kapsam dışı tutularak **eksik düzenleme** yapıldığı gerekçeleriyle dava konusu Yönetmeliğin 20. maddesinin 2. fıkrasının (ç) bendinde hukuka uyarlık görülmemiştir.

III - Davacının, dava konusu 62. Dönem Devlet Hizmet Yükümlülüğü Kurası ve Eş Durumu Değerlendirme Sonuçlarının kendisiyle ilgili kısmının iptali istemine gelince:

Bakılmakta olan davada 04/04/2015 günlü, 29316 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşları Atama ve Yer Değişikliği Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelikle değiştirilen Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşları Atama ve Yer Değişikliği Yönetmeliğinin “Aile birliği mazeretine bağlı yer değişikliği” başlıklı 20. maddesinin 2. fıkrasının (ç) bendindeki “Eşi, 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu kapsamında kurulan üniversitelerde öğretim üyesi olanların atanması eşinin görev yaptığı yere yapılırdüzenlemesinin iptaline karar verildiği göz önünde bulundurulduğunda, hukuka aykırılığı tespit edilen söz konusu Yönetmelik hükmü uyarınca, davacının eşinin, ... Üniversitesi Tıp Fakültesi Genel Cerrahi Anabilim Dalında öğretim elemanı olarak görev yapması yani öğretim üyesi olmaması nedeniyle eş durumu sebebiyle atanma talebinin reddedilmesine ilişkin olarak tesis edilen, 62. Dönem Devlet Hizmet Yükümlülüğü Kurası ve Eş Durumu Değerlendirme

Sonuçlarının davacıyla ilgili kısmında da hukuka uyarlık bulunmamaktadır.

KARAR SONUCU :

Açıklanan nedenlerle;

1. 26/03/2013 günlü, 28599 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşları Atama ve Yer Değiştirme Yönetmeliğinin 04/04/2015 günlü, 29316 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan Yönetmelikle değişik 20. maddesinin 7. fıkrasında yer alan, “Stratejik personelin yer değiştirme taleplerinde bu maddenin ikinci fıkrasının (c) bendi ile beşinci fıkrası uygulanmaz.” ibaresinin iptali istemi hakkında **KARAR VERİLMESİNE YER OLMADIĞINA,**

2. 26/03/2013 günlü, 28599 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşları Atama ve Yer Değiştirme Yönetmeliğinin 04/04/2015 günlü, 29316 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan Yönetmelikle değişik Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşları Atama ve Yer Değiştirme Yönetmeliğinin “Aile birliği mazeretine bağlı yer değişikliği” başlıklı 20. maddesinin 2. fıkrasının (ç) bendinin **İPTALİNE,**

3. Davacının, dava konusu 62. Dönem Devlet Hizmet Yükümlülüğü Kurası ve Eş Durumu Değerlendirme Sonuçlarının kendisiyle ilgili kısmının **İPTALİNE,**

4. Dava kısmen karar verilmesine yer olmadığı, kısmen iptal ile sonuçlandığından, aşağıda dökümü yapılan 292,80-TL yargılama giderinin ve Avukatlık Asgari Ücret Tarifesine göre belirlenen 1.980,00-TL vekalet ücretinin davalı idareden alınarak davacıya verilmesine,

5. Bu kararın tebliğ tarihini izleyen 30 (otuz) gün içerisinde Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu’na temyiz yolu açık olmak üzere, **17/10/2018** tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

DANIŞTAY 10. DAİRE

E. 2016/1132

K. 2020/84

KARARIN DÜZELTİLMESİNİ İSTEYEN (DAVACI) :

VEKİLİ :

KARŞI TARAF (DAVALI) : İçişleri Bakanlığı / ANKARA

VEKİLİ :

İSTEMİN KONUSU : Ankara 17. İdare Mahkemesinin 21/12/2011 tarih ve E:2011/2383, K:2011/1672 sayılı kararının onanmasına dair Danıştay Onuncu Dairesi'nin 20/10/2015 tarih ve E:2012/3034, K:2015/4483 sayılı kararının; 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun Geçici 8. maddesi uyarınca uygulanmasına devam edilen 3622 sayılı Kanun ile değişik 54. maddesi uyarınca düzeltilmesi istenilmektedir.

YARGILAMA SÜRECİ :

Dava konusu istem: Moldova uyruklu olan davacı tarafından, hakkında alınan Türkiye'ye giriş yasağı kararının kaldırılmasına yönelik başvurusunun reddine ilişkin 14/01/2011 tarih ve 19008 sayılı İçişleri Bakanlığı Emniyet Genel Müdürlüğü işleminin iptali istenilmektedir.

İlk Derece Mahkemesi kararının özeti: Ankara 17. İdare Mahkemesinin 21/12/2011 tarih ve E:2011/2383, K:2011/1672 sayılı kararıyla; 07/02/1999 tarihinde Edirne Kapıkule sınır kapısından ülkemize giriş yapan davacının aynı yıl pasaportta sahtecilik suçundan yakalanarak hapis cezasına çarptırıldığı, hapis cezasının para cezasına çevrilerek ülkemizden çıkışının sağlandığı, bu suç nedeniyle hakkında giriş yasağı kararı alındığı, 24/05/2006 tarihinde R.B. adına aldığı pasaportla İstanbul Atatürk Hava Limanından ülkemize giriş

yapmak istediği, ancak giriş yasağı nedeniyle girişine izin verilmediği, 2007 yılından itibaren ise R.Ç. adına aldığı pasaportla hakkındaki tahdit kaydından etkilenmeden 2010 yılına kadar giriş çıkış yaptığı, 2010 yılında ikamet izni almak için Antalya Emniyet Müdürlüğüne müracaat ettiği sırada hakkında yapılan incelemede bu durumun tespit edilmesi üzerine giriş yasağını ihlal suçundan Ç-114 koduyla 1 yıl süreli Türkiye'ye giriş yasağı kapsamına alınmak suretiyle 01/05/2010 tarihinde ülkemizden çıkışının sağlandığı, bu bağlamda, 5682 sayılı Pasaport Kanunu ile 5683 sayılı Yabancıların Türkiye'de İkamet ve Seyahatleri Hakkında Kanunun ilgili hükümleri uyarınca idareye tanınan takdir yetkisi kapsamında davacının başvurusunun reddine ilişkin işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle dava reddedilmiştir.

Daire kararının özeti: Davacının temyiz başvurusu üzerine Danıştay Onuncu Dairesince, temyize konu karar hukuk ve usule uygun bulunarak, söz konusu karar onanmıştır.

KARAR DÜZELTME TALEP EDENİN İDDİALARI : Davacı vekili tarafından, davanın konusunun müvekkilinin 01/05/2010 tarihinden Türkiye'den çıkışı sağlanarak Ç-114 tahdit koduyla 1 yıl süre ile Türkiye'ye girişinin yasaklanması işlemi olmayıp, müvekkili hakkında Türkiye'ye süresiz olarak alınan giriş yasağının kaldırılması talebinin reddi işlemi olduğu, 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu ile işleme dayanak alınan 5682 sayılı Kanun'un 8. maddesinin ve 5683 sayılı Kanun'un tamamının yürürlükten kaldırıldığı, dolayısıyla müvekkili hakkındaki Türkiye'ye süresiz giriş yasağı konulmasına ilişkin alınan kararın yasal dayanağının kalmadığı, öte yandan 2010 yılında Antalya ilinde konut satın almak isteyen müvekkili hakkında gerekli güvenlik incelemeleri ve araştırmaları yapıldıktan sonra söz konusu incelemelerde hiçbir sorun olmadığı için müvekkilinin Türkiye'de taşınmaz almasına izin verildiği, ayrıca yapılan uygulamanın Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin yerleşmiş kararlarına, temel hak ve özgürlüklere, uluslararası sözleşmelere, seyahat özgürlüğü ve mülkiyet hakkına aykırı olduğu ileri sürülerek Danıştay Onuncu Dairesince verilen kararın düzeltilmesi istenilmektedir.

KARŞI TARAFIN SAVUNMASI : Davalı idare tarafından, davacı hakkında tesis edilen işlemde mevzuata aykırı bir husus bulunmadığı belirtilerek kararın düzeltilmesi isteminin reddi gerektiği savunulmaktadır.

DANIŞTAY TETKİK HÂKİMİ :

DÜŞÜNCE : Karar düzeltme isteminin kabulü ile İdare Mahkemesi kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Karar veren Danıştay Onuncu Dairesince, Tetkik Hâkiminin açıklamaları dinlendikten ve dosyadaki belgeler incelendikten sonra gereği görüldü:

Kararın düzeltilmesi dilekçesinde ileri sürülen nedenler, 2577 sayılı Kanun'un geçici 8. maddesi uyarınca uygulanmasına devam edilen 3622 sayılı Kanun ile değişik 54. maddesi hükmüne uygun bulunduğundan, karar düzeltme isteminin kabulü ile Danıştay Onuncu Dairesinin 20/10/2015 tarih ve E:2012/3034, K:2015/4483 sayılı kararı kaldırılarak uyuşmazlık yeniden incelendi:

İNCELEME VE GEREKÇE :

MADDİ OLAY :

Moldova uyruklu olan davacı, 07/02/1999 tarihinde Edirne Kapıkule sınır kapısından Türkiye'ye giriş yaptıktan sonra aynı yıl İstanbul ilinde pasaportta sahtecilik suçundan yakalanmış, söz konusu suça yönelik yapılan yargılama sonucunda 3 ay hapis cezası ile cezalandırılmasına karar verilmiş ve bu ceza adli para cezasına çevrilmiştir. Sonrasında davacı hakkında 02/02/2000 tarihinde 5682 sayılı Kanun'un 8. maddesi uyarınca yurda giriş yasağı kararı alınmıştır.

Bu yasak sonrasında davacı tarafından 24/05/2006 tarihinde R.B. A1405578 seri nolu pasaportla İstanbul Atatürk Hava Limanından giriş yapılmak istenilmiş ancak Türkiye'ye giriş yasağı bulunması nedeniyle ülkeye girişine izin verilmemiştir.

2007 yılından itibaren ise R.Ç. adına aldığı pasaport ile 2010 yılına kadar Türkiye'ye giriş çıkış yapmıştır. Ayrıca davacı 08/03/2010 tarihinde Antalya ilinden taşınmaz satın almıştır. Taşınmaz satın almış olması sebebiyle 2010 yılında yapmış olduğu ikamet izni başvurusu sırasında hakkında Türkiye'ye giriş yasağı bulunduğu tespit edilmesi üzerine davacı, giriş yasağını ihlal suçundan Ç-114 koduyla 1 yıl süreli Türkiye'ye giriş yasağı kapsamına alınmış

ve 01/05/2010 tarihinde ülkeden çıkışı sağlanmıştır.

Davacı vekili tarafından 29/04/2010 tarihinde Emniyet Genel Müdürlüğü Yabancılar Hudut İltica Daire Başkanlığına başvuruda bulunulmuştur. Anılan başvuruda; davacı vekili tarafından müvekkilinin kızlık soyadının B. olduğu ve hakkındaki Türkiye'ye giriş yasağının 2000 yılında kızlık soyadı ile konulduğu, oysa müvekkilinin 2000 yılında Türkiye'de bulunmadığı, bu yasağının isim benzerliğinden kaynaklandığını, müvekkilinin ilk olarak 1999 yılında Türkiye'de bulunduğu ve vizesi geçtiği için pasaportuna el konularak ülkesine gönderildiği, bu olaydan sonra 2007 yılına kadar müvekkilinin Türkiye'de bulunmadığı, 2007 yılında ise Türkiye'ye geldiği, 2007-2008-2009 ve 2010 yıllarında müteaddit defa Türkiye'ye geldiği, Türkiye'de yaşamak için seçtiği Antalya ilinden konut satın aldığı belirtilerek müvekkili hakkındaki giriş yasağı kararının kaldırılması istenilmiştir.

Söz konusu başvuruya yönelik yapılan inceleme sonucunda tesis edilen dava konusu 12/01/2011 tarihli işlem ile davacı hakkında tahrifatlı pasaport kullanmak nedeniyle 5682 sayılı Kanun'un 8/5. maddesi kapsamında alınan Türkiye'ye giriş yasağı kararının kaldırılmayarak aynı Kanun maddesi uyarınca söz konusu yasağın güncellenmesine karar verilmiş, anılan işlemin iptali istemiyle bakılan dava açılmıştır.

Öte yandan dosya içerisinde yer alan bilgi ve belgelerden davacının M.A. isimli Türk vatandaşından evlilik dışı 26/01/2014 tarihinde doğan ve 11/09/2018 tarihinde M.A. isimli kişi tarafından tanınarak Türk vatandaşı olan bir çocuğunun bulunduğu görülmektedir.

İLGİLİ MEVZUAT:

5682 sayılı Pasaport Kanunu'nun işlem tarihinde yürürlükte olan "Türkiye'ye Girmeleri Memnu Kimseler" başlıklı 8. maddesinde, "1. Serseriler ve dilenciler; 2. Delilikle veya bulaşık hastalıkla malül olanlar (Bu gibilerden umumi sıhhati ve asayışı tehlikeye sokmıyacak halde olup kendi vasıtalarıyla veya kanuni veli veya vasilerinin maddi himayeleri altında tedavi veya hava değiştirme için gelenler bu hükümden istisna edilebilirler); 3. Türkiye Cumhuriyetinin taraf bulunduğu, mücrimlerin iadesine mütaallik anlaşma veya andlaşmalarla iadeye esas olarak kabul edilen suçlardan birinden sanık veya hükümlü bulunanlar; 4. Türkiye'den sınır dışı edilmiş olupta avdetine müsaade edilmemiş bulunanlar; 5. Türkiye Cumhuriyetinin emniyetini ve

umumi nizamını bozmak niyetiyle veya bozmak isteyenlere ve bozanlara iştirak veya yardım etmek maksadiyle geldikleri sezilenler; 6. Fahişeler ve kadınları fuhuşa sevk ederek geçinmeyi meslek edinenlerle beyaz kadın ticareti yapanlar ve her nevi kaçakçılar; 7. Türkiye’de kalacaklarını beyan ettikleri müddetçe yaşamalarına ve tekrar gitmelerine yetiyecek paraları bulunmayıp Türkiye’de kendilerini himaye edecek kimseleri bulunduğunu veya Türkiye’de yabancılara kanunla menedilmemiş işlerden birini tutacaklarını ispat edemiyenler.” Türkiye’ye girmeleri yasak kişiler arasında sayılmıştır.

İşlem tarihinde yürürlükte olan mülga 5683 sayılı Yabancıların Türkiye’de İkamet Ve Seyahatleri Hakkında Kanun’un “İkamet Tezkeresinin Reddolunacağı Haller” başlıklı 7. maddesinde, “A) Sırf iş tutmak için gelecek sanat ve meslek erbabı olup da tutacağı iş, kanunlar gereğince Türk vatandaşlarına hasredilmiş bulunan; B) Türk kanun veya örf ve adetleriyle yahut siyasi icabatla telif edilemeyecek durumda olan veya faaliyette bulunan; C) Türkiye’de kalmak istediği müddet zarfında yaşamak için maddi imkanları meşru bir şekilde temin edemeyeceği sabit olan; D) Türkiye’ye girmesi memnu olup da her nasılsa girmiş bulunan; E) Türkiye’de oturduğu müddetçe huzur ve asayiş ihlal eden; yabancılara ikamet tezkeresi verilmez.” hükmü; “Yabancıların Türkiye’yi Terke Davet veya Sınır Dışı Edilmeleri Halleri Muzır şahıslar” başlıklı 19. maddesinde, “İçişleri Bakanlığınca memlekette kalması umumi güvenliğe, siyasi ve idari icaplara aykırı sayılan yabancılar verilecek muayyen müddet zarfında Türkiye’den çıkmağa davet olunur. Bu müddetin sonunda Türkiye’yi terketmeyenler sınır dışı edilebilirler.” hükmü yer almaktadır.

1982 Anayasasının “Ailenin korunması ve çocuk hakları” başlıklı 41. maddesinde de “Aile, Türk toplumunun temelidir ve eşler arasında eşitliğe dayanır. Devlet, ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocukların korunması ve aile planlamasının öğretimi ile uygulanmasını sağlamak için gerekli tedbirleri alır, teşkilatı kurar. Her çocuk, korunma ve bakımdan yararlanma, yüksek yararına açıkça aykırı olmadıkça, ana ve babasıyla kişisel ve doğrudan ilişki kurma ve sürdürme hakkına sahiptir. Devlet, her türlü istismara ve şiddete karşı çocukları koruyucu tedbirleri alır.” hükmüne yer verilmiştir.

11/04/2013 tarih ve 28615 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu’nun “Türkiye’ye giriş yasağı” başlıklı 9. maddesinde, “(1) Genel Müdürlük, gerektiğinde ilgili kamu kurum ve kuruluşlarının görüşlerini alarak,

kamu düzeni veya kamu güvenliği ya da kamu sağlığı açısından Türkiye'ye girmesinde sakınca görülen yabancıların ülkeye girişini yasaklayabilir....

(3)Türkiye'ye giriş yasağının süresi en fazla beş yıldır. Ancak, kamu düzeni veya kamu güvenliği açısından ciddi tehdit bulunması hâlinde bu süre Genel Müdürlükçe en fazla on yıl daha artırılabilir..." hükmü yer almaktadır.

HUKUKİ DEĞERLENDİRME:

Her ne kadar tahrifatlı pasaport kullandığı gerekçesiyle davacı hakkında süresiz yurda giriş yasağı konulmuşsa da, yapılan tahkikatın ardından davacının Türkiye'de konut almasına izin verildiği görülmektedir. Bu haliyle yurda girişine izin verilmemesine neden olan eylemden sonra taşınmaz mal satın almasına izin verilen davacının anılan eylemi haricinde kamu düzeni veya kamu güvenliği açısından sakıncalı olduğuna yönelik olarak başkaca herhangi bir tespitin bulunmadığı dikkate alındığında; bu gerekçeyle tesis edilen dava konusu işlemde hukuka uyarlık bulunmamaktadır.

Diğer taraftan davacının Türk vatandaşı ile evlilik dışı çocuğu olduğu ve çocuğun tanıma yoluyla Türk vatandaşlığını kazandığı göz önünde bulundurulduğunda; davacı hakkında tesis edilen yurda giriş yasağının süresiz olmasının Anayasa ile güvence altına alınan ailenin ve çocuğun korunması yükümlülüğü ile bağdaşmadığı sonucuna varıldığından, süresiz yurda giriş yasağının kaldırılması talebiyle yapılan başvurunun reddine ilişkin dava konusu işlemde bu yönüyle de hukuka uygunluk görülmemiştir.

Ayrıca dava konusu işlemin tesis edildiği ve Mahkeme kararının verildiği tarihten sonra yürürlüğe giren 6458 sayılı Kanun'un 9. maddesi uyarınca Türkiye'ye giriş yasağının süresinin en fazla beş yıl olabileceği, ancak, kamu düzeni veya kamu güvenliği açısından ciddi tehdit bulunması hâlinde bu sürenin Genel Müdürlükçe en fazla on yıl daha artırılabilceği düzenlemesine yer verildiği görüldüğünden, davacı hakkında süresiz olarak tesis edilen yurda giriş yasağı işleminde bu sebeple de hukuka uygunluk bulunmadığı sonucuna varılmıştır.

KARAR SONUCU :

Açıklanan nedenlerle;

1. Davacının temyiz isteminin kabulüne,

2. Davanın reddine ilişkin Ankara 17. İdare Mahkemesinin 21/12/2011 tarih ve E:2011/2383, K:2011/1672 sayılı kararının **BOZULMASINA,**

3. Yeniden bir karar verilmek üzere dosyanın anılan Mahkemeye gönderilmesine, 29/01/2020 tarihinde oybirliğiyle kesin olarak karar verildi.

DANIŞTAY 10. DAİRE

E. 2014/1924

K. 2019/6322

TEMYİZ EDEN (DAVALI) : Emniyet Genel Müdürlüğü / ANKARA

VEKİLİ :

KARŞI TARAF (DAVACI) :

VEKİLİ:

İSTEMİN KONUSU : Ankara 15. İdare Mahkemesinin 31/01/2014 tarih ve E:2013/1238, K:2014/52 sayılı kararının temyizen incelenerek bozulması istenilmektedir.

YARGILAMA SÜRECİ :

Dava konusu istem: Çin Halk Cumhuriyeti vatandaşı olan ve Türk vatandaşı çocuğuna refakat etmesi amacıyla ikamet tezkeresi verilen davacı tarafından, söz konusu ikamet tezkeresinin iptal edilerek kendisine 05/11/2013 tarihine kadar geçerli turistik amaçlı ikamet izni verilmesinin ardından kendisine uzun süreli ikamet izni verilmesi istemiyle yaptığı başvurunun reddine yönelik olarak tesis edilen 19/08/2013 tarih ve 1775-41133 sayılı davalı idare işleminin iptali istenilmektedir.

İlk Derece Mahkemesi kararının özeti: Ankara 15. İdare Mahkemesinin 31/01/2014 tarih ve E:2013/1238, K:2014/52 sayılı kararıyla; davacının, Türk vatandaşı olan ... ile Pakistan kanunlarına göre evlendiği, ancak Türk vatandaşı eşin Türkiye'de de evli olması nedeniyle Türk Medeni Kanunu uyarınca bu evliliğin geçersiz sayıldığı, öte yandan söz konusu evlilikten müşterek kızının 21/11/2003 tarihinde Türkiye Cumhuriyeti Vatandaşı olarak nüfusa tescil edildiği fakat kızının velayetinin Kadıköy 2. Aile Mahkemesinin 16/03/2004 tarihli kararıyla babasına verildiği, sonrasında davacı tarafından kızıyla kişisel

ilişki tesisine karar verilmesi istemiyle yapılan başvuru üzerine Kadıköy 3. Aile Mahkemesinin 11/06/2009 tarih ve E:2008/1004 K:2009/509 sayılı kararıyla, her ayın 2. pazar günü ve her yılın Ağustos ayının 1. gününden 5. güne kadar (yanında kalmak kaydıyla) kişisel ilişki tesisine karar verildiği ve bu kararın Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin 15/03/2010 tarih ve E:2009/15511 K:2010/4865 sayılı kararıyla onandığı, bu haliyle söz konusu mahkeme kararıyla davacının annelik hakkının uygulanabilmesi için sürekli bir şekilde Türkiye’de bulunmasının gerekli olduğu, yine Türkiye Cumhuriyetinin taraf olduğu Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesinde de, ana-babası ayrı Devletlerde oturan bir çocuğun olağanüstü durumlar hariç, hem ana hem de babası ile düzenli biçimde kişisel ilişkiler kurma ve doğrudan görüşme hakkına sahip olduğunun kabul edildiği, diğer taraftan davalı idarece davacının, Türk kanun veya örf ve adetleriyle yahut siyasi icabatla telif edilemeyecek durumda veya faaliyetinde bulunduğu veya Türkiye’de oturduğu müddetçe huzur ve asayışı ihlal edeceğini ortaya koyan her hangi bir somut kanıtın sunulmadığı da dikkate alındığında; davacının, Türk vatandaşı olan kızı nedeniyle tarafına uzun süreli ikamet izni verilmesine yönelik başvurusunun reddine ilişkin işlemde hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle dava konusu işlem iptal edilmiştir.

TEMYİZ EDENİN İDDİALARI : Davalı idare tarafından, evli erkekle olan gayri resmi birlikteliğinden dünyaya gelen Türk vatandaşı çocuğu yanında ikamet izni talep eden yabancı uyruklu anneye, zorunlu haller dışında (tedavi gören, ülkesinde dönemeyecek durumda olan, seyahat etmesine engel durumu olan vb.) uzun süreli ikamet izni verilmesinin 2011 yılı Ekim ayı itibariyle durdurulduğu, bu durumda olanlara yurtdışında yer alan temsilciliklerden altı aydan fazla ikamet süreli “ziyaret”, “akraba ziyareti” amaçlı vize alarak gelmeleri halinde Genelge hükümleri uyarınca bir yıla kadar ikamet izni verilme imkanının sağlandığı belirtilerek mevzuata uygun olarak tesis edilen dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı ileri sürülmüştür.

KARŞI TARAFIN SAVUNMASI: Davacı tarafından savunma verilmemiştir.

DANIŞTAY TETKİK HÂKİMİ :

DÜŞÜNCEİ : Temyiz isteminin reddi ile usul ve hukuka uygun olan İdare Mahkemesi kararının onanması gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Karar veren Danıştay Onuncu Dairesince, Tetkik Hâkiminin açıklamaları dinlendikten ve dosyadaki belgeler incelendikten sonra gereği görüldü:

HUKUKİ DEĞERLENDİRME :

İdare ve vergi mahkemelerinin nihai kararlarının temyizen bozulması, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesinde yer alan sebeplerden birinin varlığı hâlinde mümkündür.

Temyizen incelenen karar usul ve hukuka uygun olup, dilekçede ileri sürülen temyiz nedenleri kararın bozulmasını gerektirecek nitelikte görülmemiştir.

KARAR SONUCU :

Açıklanan nedenlerle;

1. Davalı idarenin temyiz isteminin reddine,

2. Dava konusu işlemin iptali yolundaki Ankara 15. İdare Mahkemesinin 31/01/2014 tarih ve E:2013/1238, K:2014/52 sayılı temyize konu kararının **ONANMASINA,**

3. 2577 sayılı Kanun'un (Geçici 8. maddesi uyarınca uygulanmasına devam edilen) 54. maddesinin 1. fıkrası uyarınca bu kararın tebliğ tarihini izleyen günden itibaren on beş gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 07/10/2019 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

DANIŞTAY 10. DAİRE

E. 2013/4842

K. 2016/2476

Temyiz Eden (Davacı) :

Vekili :

Karşı Taraf (Davalı) : Emniyet Genel Müdürlüğü/ANKARA

Vekili :

İstemin Özeti : Ankara 13. İdare Mahkemesince davanın reddi yolunda verilen 28/2/2013 tarih ve E:2012/1246, K:2013/297 sayılı kararın temyizden incelenerek bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : Temyiz isteminin reddi gerektiği savunulmaktadır.

Danıştay Tetkik Hakimi :

Düşüncesi : İdare Mahkemesi kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Onuncu Dairesince gereği görüldü:

Dava; Almanya vatandaşı olan davacı tarafından, Türkiye'ye süresiz giriş yasağının kaldırılması istemiyle yapılan başvurunun reddine ilişkin 9/7/2012 tarih ve 135598 sayılı işlemin iptali istemiyle açılmıştır.

Ankara 13. İdare Mahkemesince; olayda, uluslararası terör örgütü üyesi olarak hüküm giymiş bir kişi olan davacının, ülkeye girişinin yasaklanması Ülkemizin taraf olduğu uluslararası yükümlülüklerle aykırı olmadığı, sınırlamanın makul ve demokratik bir toplumda kamu yararının gerektirdiği

ölçütlerde olduğu, davacının ülkemizde kalmasının milli güvenlik ve kamu düzeni açısından sakınca oluşturabileceği, davacının ülkeye alınmaması sonucunda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 3. maddesi kapsamında bir muameleye de maruz kalmayacağı görülmekte olup; bu haliyle davaya konu işlemin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile eki protokollere de aykırı olmadığı sonucuna ulaşıldığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

Davacı tarafından, İdare Mahkemesi kararının hukuka aykırı olduğu ileri sürülerek temyizden incelenerek bozulması istenilmektedir.

1982 Anayasasının "Ailenin korunması ve çocuk hakları" başlıklı 41. maddesinde "Aile, Türk toplumunun temelidir ve eşler arasında eşitliğe dayanır. Devlet, ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocukların korunması ve aile planlamasının öğretimi ile uygulanmasını sağlamak için gerekli tedbirleri alır, teşkilatı kurar. Her çocuk, korunma ve bakımdan yararlanma, yüksek yararına açıkça aykırı olmadıkça, ana ve babasıyla kişisel ve doğrudan ilişki kurma ve sürdürme hakkına sahiptir. Devlet, her türlü istismara ve şiddete karşı çocukları koruyucu tedbirleri alır." hükmüne yer verilmiştir.

5683 sayılı Yabancıların Türkiye'de İkamet ve Seyahatleri Hakkında Kanun'un "A) İkamet Tezkeresinin Redd olunacağı Haller" başlıklı 7. maddesinde; "Sırf iş tutmak için gelecek sanat ve meslek erbabı olup da tutacağı iş, kanunlar gereğince Türk vatandaşlarına hasredilmiş bulunan; B) Türk kanun veya örf ve adetleriyle yahut siyasi icabatla telif edilemeyecek durumda olan veya faaliyette bulunan; C) Türkiye'de kalmak istediği müddet zarfında yaşamak için maddi imkanları meşru bir şekilde temin edemeyeceği sabit olan; D) Türkiye'ye girmesi memnu olup da her nasılsa girmiş bulunan; E) Türkiye'de oturduğu müddetçe huzur ve asayiş ihlal eden; yabancılara ikamet tezkeresi verilmez." 19. maddesinde "İçişleri Bakanlığınca memlekette kalması umumi güvenliğe, siyasi ve idari icaplara aykırı sayılan yabancılara verilecek muayyen müddet zarfında Türkiye'den çıkmağa davet olunur. Bu müddetin sonunda Türkiye'yi terketmeyenler sınır dışı edilebilirler." 21. maddesinde "Bu kanunda derpiş edilen sınır dışı kararını almaya İçişleri Bakanlığı yetkilidir. İçişleri Bakanlığı, lüzum göreceği sınır ve sahil illerine memleketin umumi güvenlik ve nizamı noktasından derhal çıkarılmaları lazımgelen yabancılara istizan etmeden sınır dışı etmek yetkisini verebilir. Bu iller bu yetkiye göre işlem yaptıkları takdirde keyfiyeti mucip sebepleriyle birlikte İçişleri Bakanlığına bildirmeğe mecburdurlar." kuralı yer almaktadır.

Dosyanın incelenmesinden, Türk vatandaşlığından izin almak suretiyle çıkan ve Alman vatandaşı olan davacının, "Yabancı bir terör örgütüne üye olmak, yabancı bir terör örgütüne destek sağlamak ve Dış Ticaret ve Ödemeleri Kanunu'nun İhlali" suçlarından Karlsruhe Federal Yüksek Mahkemesi'nin 19/9/2008 tarih ve 404/08 sayılı yakalama müzekkeresine binaen Almanya'ya iadesi amacıyla uluslararası düzeyde arandığı, Adalet Bakanlığının 17.11.2008 tarih ve 104479 sayılı yazısı ile, Almanya Federal Cumhuriyeti'ne iadesi amacıyla tutuklanmak üzere 19 Mayıs Cumhuriyet Başsavcılığına talimat verildiği, 18.11.2008 tarihinde Samsun/19 Mayıs İlçe Jandarma Komutanlığı görevlilerince yakalandığı, "Yasadışı İslami Cihat (IJU) adlı örgüt üyesi olmak" suçundan (...) ve davacı (...) hakkında Ankara 11. Ağır Ceza Mahkemesinde 2009/053 sayılı dosya üzerinden görülen davada, "Beraat" kararı verildiği ve serbest bırakıldığı, ancak davacının Almanya'ya iadesinin Bakanlar Kurulunun 14/4/2010 tarih ve 2010/340 sayılı kararı ile uygun görülmesi üzerine 14/6/2010 tarihinde Bafra Ağır Ceza Mahkemesinin 2008/188 Esas sayılı kararı ile tutuklandığı, hakkında yapılan işlemler neticesi 13/7/2010 tarihinde Almanya'ya iade edildiği, Frankfurt Am Main Yüksek Eyalet Mahkemesinde yapılan yargılamasında, "Bir Terör Örgütüne Yurtdışında Yardım Etme ve Terör Örgütüne Yurtdışında Üye Olma Suretiyle Örgüte Katkıda Bulunma" suçundan 3 yıl 3 ay hapis cezası verildiği, Emniyet Genel Müdürlüğü İstihbarat Dairesi Başkanlığının 12.11.2010 tarih ve 371491-10 sayılı yazısında, "*Uluslararası terörist faaliyetlerin tespit ve deşifresi amacıyla sürdürülen çalışmalar kapsamında intikal eden bilgilere göre, davacı (...)'ın 26.04.2007 tarihinden Kasım 2007 tarihine kadar Veziristan'da eğitim kampında bulunduğu ve 13.07.2010 tarihinden beri Almanya'da tutuklu bulunduğu* bildirilmesi üzerine Bakanlık Makamının 4/1/2011 tarihli Olurlarına istinaden tesis edilen 5/1/2011 tarih ve 11866 sayılı işlemlerle 5682 sayılı Kânunun 8. maddesine göre "Yurdumuza girmesi yasaklanan yabancılar" kapsamına alındığı, davacı vekilince yapılan davacının Türkiye'ye daimi giriş yasağı kararının kaldırılması yönündeki 21/6/2012 tarihli başvurusunun dava konusu işlemlerle reddi üzerine görülmekte olan davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

Olayda, hakkında Frankfurt Am Main Yüksek Eyalet Mahkemesinde yapılan yargılamasında, "Bir Terör Örgütüne Yurtdışında Yardım Etme ve Terör Örgütüne Yurtdışında Üye Olma Suretiyle Örgüte Katkıda Bulunma" suçundan 3 yıl 3 ay hapis cezasına hükümlenen davacının cezasının infaz edilmesi üzerine (şartlı salıverme koşullarından da faydalanmak suretiyle) Türkiye'de bulunan ve Türk vatandaşı olan eşi ve çocuğunun yanına gelebilmek

amacıyla hakkında konulan yurda giriş yasağının kaldırılması talebiyle yaptığı başvurunun dava konusu işlemlerle reddedildiği görülmektedir.

Davalı idare tarafından, her ne kadar, davacı hakkında hükmolunan ceza mahkumiyeti gözönüne alınmak suretiyle ülke güvenliği açısından tehlikeli olabileceği gerekçesiyle hakkında daimi yurda giriş yasağı konulmuşsa da, davacının eş ve çocuğunun Türk vatandaşı olduğu ve Türkiye’de bulunduğu hususları birlikte dikkate alındığında, davacı hakkında tesis edilen yurda giriş yasağının süresiz olmasının Anayasa ile güvence altına alınan ailenin korunması ve çocuk hakları ile bağdaşmadığı anlaşıldığından, daimi yurda giriş yasağının kaldırılması talebiyle yapılan başvurunun reddine ilişkin dava konusu işlemde hukuka uyarlık bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, temyiz isteminin kabulüyle, Ankara 13. İdare Mahkemesi’nin 28/2/2013 tarih ve E:2012/1246, K:2013/297 sayılı kararının **BOZULMASINA**, yeniden bir karar verilmek üzere dosyanın anılan İdare Mahkemesine gönderilmesine 4/5/2016 tarihinde oyçokluğuyla karar verildi.

KARŞI OY :

Temyizen incelenen karar usul ve hukuka uygun olup, dilekçede ileri sürülen temyiz nedenleri kararın bozulmasını gerektirecek nitelikte görülmediğinden; temyiz isteminin reddi ile temyize konu kararın onanması gerektiği düşüncesiyle çoğunluk kararına katılmıyorum.

DANIŞTAY 10. DAİRE

E. 2013/6352

K. 2016/2694

Temyiz Eden (Davacı) :

Vekili :

Davalı : İçişleri Bakanlığı / ANKARA

Vekili :

İstemin Özeti : Ankara 2. İdare Mahkemesince davanın reddi yolunda verilen 18/4/2013 tarih ve E:2012/1259, K:2013/714 sayılı kararın temyizden incelenerek bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : Temyiz isteminin reddi gerektiği savunulmaktadır.

Danıştay Tetkik Hakimi :

Düşüncesi : İdare Mahkemesi kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Onuncu Dairesince gereği görüşüldü: Dava, davacı tarafından, ikamet tezkeresi verilmesi istemiyle yaptığı başvurunun reddine ilişkin 27/6/2012 tarih ve 128652 sayılı işlemin iptali istemiyle açılmıştır.

Ankara 2. İdare Mahkemesince; olayda, 5683 sayılı Kanunda ikamet tezkeresi talebinin reddolunacağı haller arasında Türk kanun veya örf ve adetleriyle yahut siyasi icabatla telif edilemeyecek durumda olan veya faaliyette bulunan kişilere yer verildiği, evlilik dışı beraberlik sonucu dünyaya gelen çocuğundan bahisle ikamet talebinde bulunan davacının durumunun

bu kapsamda değerlendirilmesi gerektiği anlaşıldığından tesis edilen dava konusu işlemde mevzuata ve hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

Davacı tarafından, İdare Mahkemesi kararının hukuka aykırı olduğu ileri sürülerek temyizden incelenip bozulması istenilmektedir.

1982 Anayasasının "Ailenin Korunması ve Çocuk Hakları" başlıklı 41. maddesinde "Aile, Türk toplumunun temelidir ve eşler arasında eşitliğe dayanır. Devlet, ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocukların korunması ve aile planlamasının öğretimi ile uygulanmasını sağlamak için gerekli tedbirleri alır, teşkilatı kurar. Her çocuk, korunma ve bakımdan yararlanma, yüksek yararına açıkça aykırı olmadıkça, ana ve babasıyla kişisel ve doğrudan ilişki kurma ve sürdürme hakkına sahiptir. Devlet, her türlü istismara ve şiddete karşı çocukları koruyucu tedbirleri alır." hükmüne yer verilmiştir.

Dava konusu işlem tarihi itibarıyla yürürlükte bulunan 5683 sayılı Yabancıların Türkiye'de İkamet ve Seyahatleri Hakkında Kanun'un "A) İkamet Tezkeresinin Reddolunacağı Haller" başlıklı 7. maddesinde; "Sırf iş tutmak için gelecek sanat ve meslek erbabı olup da tutacağı iş, kanunlar gereğince Türk vatandaşlarına hasredilmiş bulunan; B) Türk kanun veya örf ve adetleriyle yahut siyasi icabatla telif edilemeyecek durumda olan veya faaliyette bulunan; C) Türkiye'de kalmak istediği müddet zarfında yaşamak için maddi imkanları meşru bir şekilde temin edemeyeceği sabit olan; D) Türkiye'ye girmesi memnu olup da her nasılsa girmiş bulunan; E) Türkiye'de oturduğu müddetçe huzur ve asayişini ihlal eden; yabancılara ikamet tezkeresi verilmez." 19. maddesinde "İçişleri Bakanlığınca memlekette kalması umumi güvenliğe, siyasi ve idari icaplara aykırı sayılan yabancılar verilecek muayyen müddet zarfında Türkiye'den çıkmağa davet olunur. Bu müddetin sonunda Türkiye'yi terketmeyenler sınır dışı edilebilirler." 21. maddesinde "Bu kanunda derpiş edilen sınır dışı kararını almaya İçişleri Bakanlığı yetkilidir. İçişleri Bakanlığı, lüzum göreceği sınır ve sahil illerine memleketin umumi güvenlik ve nizamı noktasından derhal çıkarılmaları lazımgelen yabancıları istizan etmeden sınır dışı etmek yetkisini verebilir. Bu iller bu yetkiye göre işlem yaptıkları takdirde keyfiyeti mucip sebepleriyle birlikte İçişleri Bakanlığına bildirmeğe mecburdurlar." kuralı yer almaktadır.

Dosyanın incelenmesinden, Azerbaycan uyruklu olan ve 24/5/2012 tarihinde ÷lkemize giriş yapıp 21/8/2012 tarihine kadar vize muafiyeti kapsamında kalan ve hakkında herhangi bir suç kaydı bulunmayan davacının, (...) isimli Türk vatandaşı ile birlikteliğinden 24/8/2011 doğumlu ve (...) isimli Türk vatandaşı çocuğı olduğundan bahisle, çocuğunun yanında kalmak amacıyla yaptığı ikamet izni başvurusun reddine ilişkin dava konusu işlemin iptali istemiyle gör÷lmekte olan davanın açıldığı anlaşılmaktadır

Olayda, Türk vatandaşı ile müşterek çocuğı bulunan davacının ikamet izni verilmesi yolundaki isteminin reddine ilişkin dava konusu işlemde hukuka uyarlık, davanın reddi yolunda verilen İdare Mahkemesi kararında ise hukuki isabet bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, temyiz isteminin kabul÷yle, Ankara 2. İdare Mahkemesi'nin 18/4/2013 tarih ve E:2012/1259, K:2013/714 sayılı kararının **BOZULMASINA**, yeniden bir karar verilmek üzere dosyanın anılan İdare Mahkemesine gönderilmesine 13/5/2016 tarihinde oybirliğıyle karar verildi.

KARŞI OY :

Temyizen incelenen karar usul ve hukuka uygun olup, dilekçede ileri sür÷len temyiz nedenleri kararın bozulmasını gerektirecek nitelikte görülmediğinden; temyiz isteminin reddi ile temyize konu kararın onanması gerektiğı oyuyla çoğunluk kararına katılmıyoruz.

DANIŞTAY 10. DAİRE

E. 2016/3517

K. 2016/3851

Temyiz Eden (Davalı) : Göç İdaresi Genel Müdürlüğü- ANKARA

Vekili :

Karşı Taraf (Davacı) :

İstemin Özeti : Ankara 1. İdare Mahkemesi'nin 30/12/2015 tarih ve E:2015/2217; K:2015/3188 sayılı kararının hukuka uygun olmadığı ileri sürülerek temyizen incelenerek bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : Savunma verilmemiştir.

Danıştay Tetkik Hakimi :

Düşüncesi : İdare Mahkemesi kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Onuncu Dairesince dosyanın tekemmül ettiği görülmekle yürütmenin durdurulması istemi hakkında bir karar verilmeyerek işin gereği görüldü:

Dava, Afganistan uyruklu davacı tarafından, uluslararası koruma talebinin reddine dair Göç İdaresi Genel Müdürlüğü'nün 28/02/2015 tarih, 48952707/201/49543/71818-32480 sayılı kararının iptali istemiyle açılmıştır.

Ankara 1. İdare Mahkemesi'nce; davacının Taliban'a ait bir merkezde çalışmakta iken bu merkezden kaçarak ülkesini terketmesi nedeniyle Taliban tarafından yöneltilecek kötü muamele riski ile karşı karşıya kalabileceği yönündeki iddiaların doğruluğu konusunda herhangi bir araştırma ve

inceleme (ilgili ülke büyükelçiliği veya Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği'nden vs.) irdeleme ve diğer taraftan davacının ülkesinde ayrıca güvenli bölgelerin var olup olmadığı 6458 sayılı Kanununun 78/4. maddesi gereğince araştırma yapılmaksızın talebinin reddedilmesi, davacının ülkesine geri gönderilmesi halinde zulme uğraması riski karşısında ulusal ve uluslararası metinler yönünden hukuka aykırı bulunduğu, ayrıca 16.12.2013 tarihinde, henüz 6458 sayılı Kanun yürürlüğe girmeden önce yapılan mülakat ile aradan uzun zaman geçtikten sonra, yeni bir değerlendirme yapılmaksızın işlem tesis edildiği anlaşıldığından, davacının nesnel durumuna göre değerlendirme yapılması gerekirken, somut bir gerekçeye dayanmaksızın tesis edilen dava konusu işlemde hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle dava konusu işlemin iptaline karar verilmiştir.

Davalı idare tarafından, anılan İdare Mahkemesi kararının hukuka aykırı olduğu ileri sürülerek temyizden incelenerek bozulması istenilmektedir.

Anayasanın 16. maddesinde; "Temel hak ve hürriyetler, yabancılar için, milletlerarası hukuka uygun olarak kanunla sınırlanabilir." hükmü ve 90. maddesinde de; "Türkiye Cumhuriyeti adına yabancı devletlerle ve milletlerarası kuruluşlarla yapılacak andlaşmaların onaylanması, Türkiye Büyük Millet Meclisinin onaylamayı bir kanunla uygun bulmasına bağlıdır.... Usulüne göre yürürlüğe konulmuş Milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. (Ek cümle: 07/05/2004 - 5170 S.K./7.mad) Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır." hükmü yer almaktadır.

11.04.2013 tarih ve 28615 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nun 3.maddesinde; "(1) Bu Kanunun uygulanmasında;...d) Başvuru sahibi: Uluslararası koruma talebinde bulunan ve henüz başvurusu hakkında son karar verilmemiş olan kişiyi, r) Uluslararası koruma: Mülteci, şartlı mülteci veya ikincil koruma statüsünü,...ifade eder." hükmü; 46. maddesinde çocuğunun yüksek yararı söz konusu olduğunda insani ikamet izni verilebileceği hükmü; 62.maddesinde; "(1) Avrupa ülkeleri dışında meydana gelen olaylar sebebiyle; ırkı, dini, tabiiyeti, belli bir toplumsal gruba mensubiyeti veya siyasi düşüncelerinden dolayı zulme uğrayacağından haklı sebeplerle korktuğu için vatandaşı olduğu ülkenin dışında

bulunan ve bu ülkenin korumasından yararlanamayan, ya da söz konusu korku nedeniyle yararlanmak istemeyen yabancıya veya bu tür olaylar sonucu önceden yaşadığı ikamet ülkesinin dışında bulunan, oraya dönemeyen veya söz konusu korku nedeniyle dönmek istemeyen vatansız kişiye statü belirleme işlemleri sonrasında şartlı mülteci statüsü verilir. Üçüncü ülkeye yerleştirilinceye kadar, şartlı mültecinin Türkiye’de kalmasına izin verilir.” hükmü; 63.maddesinde; “(1) Mülteci veya şartlı mülteci olarak nitelendirilemeyen, ancak menşe ülkesine veya ikamet ülkesine geri gönderildiği takdirde; a) Ölüm cezasına mahkûm olacak veya ölüm cezası infaz edilecek, b) İşkenceye, insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza veya muameleye maruz kalacak, c) Uluslararası veya ülke genelindeki silahlı çatışma durumlarında, ayırım gözetmeyen şiddet hareketleri nedeniyle şahsına yönelik ciddi tehditle karşılaşacak, olması nedeniyle menşe ülkesinin veya ikamet ülkesinin korumasından yararlanamayan veya söz konusu tehdit nedeniyle yararlanmak istemeyen yabancı ya da vatansız kişiye, statü belirleme işlemleri sonrasında ikincil koruma statüsü verilir.” hükmü; 75.maddesinde de; “(1) Etkin ve adil karar verebilmek amacıyla, başvuru sahibiyle kayıt tarihinden itibaren otuz gün içinde bireysel mülakat yapılır. Mülakatın mahremiyeti dikkate alınarak, kişiye kendisini en iyi şekilde ifade etme imkânı tanınır. Ancak, aile üyelerinin de bulunmasının gerekli görüldüğü durumlarda, kişinin muvafakati alınarak mülakat aile üyeleriyle birlikte yapılabilir. Başvuru sahibinin talebi üzerine, avukatı gözlemci olarak mülakata katılabilir. (2) Başvuru sahibi, yetkililerle iş birliği yapmak ve uluslararası koruma başvurusunu destekleyecek tüm bilgi ve belgeleri sunmakla yükümlüdür. (3) Özel ihtiyaç sahipleriyle yapılacak mülakatlarda, bu kişilerin özel durumları göz önünde bulundurulur. Çocuğun mülakatında psikolog, çocuk gelişimci veya sosyal çalışmacı ya da ebeveyni veya yasal temsilcisi hazır bulunabilir. (4) Mülakatın gerçekleştirilememesi hâlinde, yeni mülakat tarihi belirlenir ve ilgili kişiye tebliğ edilir. Mülakat tarihleri arasında en az on gün bulunur. (5) Gerekli görüldüğünde başvuru sahibiyle ek mülakatlar yapılabilir. (6) Mülakatlar sesli veya görsel olarak kayıt altına alınabilir. Bu durumda mülakat yapılan kişi bilgilendirilir. Her mülakatın sonunda tutanak düzenlenir, bir örneği mülakat yapılan kişiye verilir.” hükmü; 78 maddesinde “..(4) Başvuru sahibine, zulüm veya ciddi zarar görme tehdidine karşı vatandaşı olduğu ülke veya önceki ikamet ülkesinin belirli bir bölgesinde koruma sağlanabiliyorsa ve başvuru sahibi, ülkenin o bölgesine güvenli bir şekilde seyahat edebilecek ve yerleşebilecek durumdaysa, başvuru sahibinin uluslararası korumaya muhtaç olmadığına karar verilebilir.” hükmü yer almaktadır.

29.8.1961 tarih ve 359 sayılı Kanunla onaylanması uygun bulunan 1951 tarihli Mültecilerin Hukuki Durumuna Dair Sözleşme ve Mültecilerin Hukuki Statüsüne İlişkin Protokolünün 1. maddesi uyarınca bu Sözleşmenin; ırkı, dini, milliyeti, belirli bir toplumsal gruba üyeliği veya siyasi düşünceleri nedeniyle takibata uğrayacağından haklı olarak korktuğu için vatandaşı olduğu ülke dışında bulunan ve vatandaşı olduğu ülkenin himayesinden istifade edemeyen veya korkudan dolayı istifade etmek istemeyen ya da uyuşu yoksa ve önceden ikamet ettiği ülke dışında bulunuyorsa oraya dönmeyen veya korkusundan dolayı dönmek istemeyen her şahsa uygulanacağı kuralı öngörölmüştür.

Türkiye Cumhuriyeti Devleti Sözleşmenin 1. maddesine çekince koyarak, yalnızca Avrupa'dan gelenlere mülteci statüsü tanımakta olup; Avrupa dışından gelenlere ise sığınmacı statüsü tanımaktadır.

Anılan Sözleşmenin 33. maddesinde de, "1.Hiçbir Taraf Devlet, bir mülteciyi, ırkı, dini, tâbiyeti, belli bir sosyal gruba mensubiyeti veya siyasi fikirleri dolayısıyla hayatı ya da özgürlüğü tehdit altında olacak ölkelerin sınırlarına, her ne şekilde olursa olsun geri göndermeyecek veya iade etmeyecektir.

2. Bununla beraber, bulunduğu ülkenin güvenliği için tehlikeli sayılması yolunda ciddi sebepler bulunan veya özellikle ciddi bir adi suçtan dolayı kesinleşmiş bir hükümlle mahkum olduğu için söz konusu ülkenin halkı açısından bir tehlike oluşturmaya devam eden bir mülteci, işbu hükümden yararlanmayı talep edemez." hükmünü içermektedir.

İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 2. maddesinde, herkesin yaşam hakkının yasanın koruması altında olduğu, 3. maddesinde de, hiç kimsenin işkenceye, insanlık dışıya da onur kırıcı ceza veya işlemlere tabi tutulamayacağı düzenleme altına alınmıştır.

Dosyanın incelenmesinden, Afganistan uyruklu davacının 15/07/2013 tarihinde yasa dışı yollardan Türkiye'ye girdiği ve 19/07/2013 tarihinde uluslararası koruma talebinde bulunduğu, anılan talebine yönelik işlemlerinin 6458 sayılı Kanun'un 62. Maddesi kapsamında tanımı yapılan "şartlı mülteci" ve 63. maddesinde tanımı yapılan "ikincil koruma" kapsamında yürütöldüğü ve talebinin davaya konu Göç İdaresi Genel Müdürlüğü'nün 28/02/2015 tarih, 48952707/201/(49543/71818-32480) sayılı kararı ile reddedilmesi üzerine işlemin iptali istemiyle bakılan davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

Uluslararası koruma, uluslararası ve ulusal mevzuatta belirtildiği şekilde, ırkı, dini, tabiiyeti, belli bir toplumsal gruba mensubiyeti veya siyasi düşüncesinden dolayı haklı sebeplere bağlı olarak zulme uğrama korkusu içinde bulunan ve vatandaşı olduğu ülkenin korumasından yararlanamayan ya da haklı sebeplere bağlı olarak yararlanmak istemeyen ya da önceden yaşadığı ikamet ülkesinin dışında bulunan ve oraya dönemeyen veya dönmek istemeyen yabancılar ile bu tür olaylar sonucu önceden yaşadığı ikamet ülkesi dışında bulunan, oraya dönemeyen veya söz konusu korkusu nedeniyle dönmek istemeyen vatansız kişilere sağlanan statüdür. Bu statüden yararlanabilmenin ilk koşulu ise meydana gelen olaylar nedeniyle ve söz konusu olaylar sonucunda haklı nedenlere dayanan zulüm korkusudur. Zulüm korkusunun ilgilinin ırkı, dini, tabiiyeti, belli bir toplumsal gruba mensubiyeti veya siyasi düşüncelerine dayanması gerekmektedir. Zulüm kavramı ise ilgilinin yaşamı, özgürlüğü, ayrımcılığa maruz kalmaması vb. gibi kişinin hayatını çekilmez duruma sokan nesnel durumları ifade edebileceği gibi, kişi yönünden öznel olarak değerlendirilebilecek durumları kapsar.

Uluslararası koruma başvurusu halinde ortada haklı sebeplere dayanan zulüm korkusunun olup olmadığının değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu değerlendirme nesnel ve öznel durumlar gözönüne alınarak yapılmalıdır. Nesnel unsurlar başvurusunun menşe ülkesindeki koşulların somut olarak ele alınmasını gerektirmekte ve bu unsurlar sonuçta başvurusunun öznel unsurlardaki korkusunun saptanmasında önem arz etmektedir. Belli olaylar karşısında her bireyin aynı davranmasını beklemek imkansız olduğundan, başvurusunun olaylar karşısındaki durumu önemlidir. Bu nedenle yapılacak mülakatlarda ilgililerin söz konusu zulüm korkusunu makul bir düzeyde ortaya koyabilmeleri gerekir. Yapılan mülakat sonucunda elde edilen verilerin yeteri derecede açık olmaması durumunda bir inanılabilirlik değerlendirilmesinin yapılması ve kişinin içinde bulunduğu veya yaşadığı korkunun, makul olup olmadığının ve buna bağlı bir risk değerlendirmesinin yapılması gerekli görülmektedir.

Afganistan Avrupa ülkeleri arasında yer almadığından, davacının mülteci sıfatını kazanması mümkün değildir. Diğer taraftan şartlı mülteci statüsünün kazanılması için ırkı, dini, tabiiyeti, belli bir toplumsal gruba mensubiyeti veya siyasi düşüncelerinden dolayı zulme uğrayacağından haklı sebeplerle korkma durumunun söz konusu olması, ikincil koruma statüsü elde edebilmek için ise menşe ülkesine gönderilmesi halinde, ölüm cezasına mahkûm olacağı

veya ölüm cezasının infaz edileceği, işkenceye, insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza veya muameleye maruz kalacağı,uluslararası veya ülke genelindeki silahlı çatışma durumlarında, ayırım gözetmeyen şiddet hareketleri nedeniyle şahsına yönelik ciddi tehditle karşılaşacağı durumunun söz konusu olması gerekmektedir.

Dava konusu uyuşmazlıkta, davacıyla yapılan 21/08/2013 tarihli mülakatta, Taliban üyesi olduğunu,yaklaşık 4 yıl Taliban adına silahlı eylemlerde bulunduğunu, Taliban fazla para vermediği için geçim sıkıntısı çektiklerini ve bu nedenle ordudan ayrıldığını ve daha düzenli ve iyi bir hayat yaşamak için Türkiye'ye geldiğini beyan ettiği; 16/12/2013 tarihli mülakatta ise Talibanın bir binasında çaycılık ve temizlik hizmeti yaptığından, taliban üyesi amcasının oğlu sayesinde bu işe girdiğinden, onun öldürülmesi üzerine korkup işten ayrıldığından bahsettiği ve Türkiye'ye bu yüzden geldiğini beyan ettiği; dava dilekçesinde ise Afganistan'da yaşanan silahlı çatışmalar ve savaş nedeniyle can ve mal güvenliklerinin kalmadığı iddiasında bulunduğu, yapılan mülakatlar arasında ve dava dilekçesinde çelişkili ifadeler kullandığı, geri gönderilmesi durumunda zulme uğrayacağına ilişkin somut bilgi ve belgelerin bulunmadığı görülmektedir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Soering/Birleşik Krallık davasında belirttiği üzere, başvuranın kötü muameleye maruz kalma konusunda "gerçek bir risk" ile yüz yüze olduğuna dair maddi gerekçeler varsa, iade/sınırdışı eden Devletin sorumluluğundan bahsedilebilecektir.

Somut olayda ise, davacının geçmişteki hangi fiili veya durumları nedeniyle ülkesine iadesi halinde zulme maruz kalacağı konusunda maddi gerekçelere dayanılmadığı gibi; davalı idare tarafından dosyaya sunulan menşe ülke raporunda Taliban'ın Afganistan'ın genelinde etkili olmadığı, Afganistan'daki durumun uluslararası koruma için gerçek bir risk oluşturmadığı, İngiltere Göç İdaresi'nin Kabil'e gidenlerin ülke içinde yer değiştirenlerden daha iyi durumda olduğunu belirttiği, ilgilinin ülkesi içinde yer değiştirerek güvenli bölgelere yerleşmesinin de uygulanabilir bir seçenek olduğu anlaşılmaktadır.

Öte yandan, uluslararası koruma başvurularının davacının sadece mülakatındaki beyanları esas alınarak değerlendirilmediği, uluslararası koruma statüsü için mevzuatta yer alan diğer unsurlarla birlikte değerlendirme yapıldığı dikkate alındığında, mülakatın üzerinden uzun bir zaman geçmesinin tek başına işlemi hukuka aykırı hale getirmeyeceği sonucuna varılmıştır.

Ayrıca, davacının çocuğunun lenf kanseri olduğu iddiasına ilişkin olarak ise 6458 sayılı Kanunun "Geri Gönderme Yasağı" başlıklı 4.maddesinde sağlık durumunun bu yasak kapsamında sayılmadığı; aynı Kanunun 46. maddesi kapsamında insani ikamet izni alınabileceğinin düzenlendiği görülmüştür.

Bu durumda; uluslararası korumanın amacının başvuru sahibi kişilerin ülkede yukarıda yer verilen ulusal ve uluslararası mevzuat hükümleri uyarınca belirlenen sebepler dışında kalmalarına izin verilmesi şeklinde değerlendirilemeyeceği ve anılan statünün amacının zulme uğrama korkusu içinde bulunan ve gerçekten bu riski taşıyan şahısların ülkede belirlenen statü içerisinde kalmalarına izin vermek olduğu hususları göz önünde bulundurulduğunda; davacının uluslararası koruma başvurusunun kabulüne olanak sağlayacak şartların mevcut olmadığı dosyadaki bilgi ve belgelerden anlaşıldığından davalı idare tarafından davacı hakkında, talebinin bireysel olarak değerlendirilerek uluslararası koruma için gereken kriterleri taşımadığı gerekçesiyle ulusal mevzuata ve Türkiye'nin taraf olduğu temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalara uygun olarak verilen, uluslararası koruma başvurusunun reddine ilişkin kararın iptali yolundaki idare mahkemesi kararında hukuki isabet bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, temyiz isteminin kabulüyle, Ankara 1. İdare Mahkemesi'nin 30/12/2015 tarih ve E:2015/2217, K:2015/3188 sayılı kararının **BOZULMASINA**, yeniden bir karar verilmek üzere dosyanın adı geçen mahkemeye gönderilmesine, 2577 sayılı Kanunun (Geçici 8. maddesi uyarınca uygulanmasına devam edilen) 54. maddesinin 1. fıkrası uyarınca bu kararın tebliğ tarihini izleyen günden itibaren onbeş gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 25/10/2016 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

DANIŞTAY 10. DAİRE

E. 2016/3510

K. 2017/3472

Temyiz Eden (Davalı) : Göç İdaresi Genel Müdürlüğü

Vekili :

Karşı Taraf (Davacı) :

Vekili :

İstemin Özeti : Ankara 1. İdare Mahkemesi'nin 27/01/2016 tarih ve E:2015/1356, K:2016/134 sayılı kararının hukuka uygun olmadığı ileri sürülerek temyizen incelenerek bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : Savunma verilmemiştir.

Danıştay Tetkik Hakimi :

Düşüncesi : Sonucu itibarıyla yerinde olan Mahkeme kararının gerekçe değiştirerek onanması gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Onuncu Dairesince, dosyanın tekemmül ettiği görülmekle davalı idarenin yürütmenin durdurulması istemi hakkında bir karar verilmeksizin dosya incelendi, gereği görüldü:

Dava; Gürcistan uyruklu olan davacının, Türkiye'de kalış amacını haklı nedenlere dayandırmadığından bahisle, aile ikamet izni başvurusunun uygun görülmemesine ve sınır dışı edilecek yabancılar kapsamına alınmasına ilişkin 26/02/2015 tarih ve 2015/1160 sayılı Göç İdaresi Genel Müdürlüğünün işleminin iptali istemiyle açılmıştır.

Ankara 1. İdare Mahkemesi'nce; davacı hakkındaki tutulan 08/10/2012 tarihli tutanakta beyanlarına yer verilen komşuların imzalarının bulunmadığı, tutanağın davacının eşinin askerde olduğunu iddia ettiği dönemde tutulmasına rağmen bu hususun araştırılmadığı, davacı ile veya eşi ile görüşme yapılmadığı, şüpheden uzak bir kanaate ulaşacak ölçüde araştırma yapılmadığı, 30/11/2012 tarihli tutanakta ise davacının evlilik durumunun tam olarak tespit edilemediğinin kayıt altına alındığı, çevreden yeterli araştırma soruşturma yapılmadan, başka delillere müracat edilmeksizin kanaate dayalı olarak ve hukuka aykırı bir şekilde davacının formalite evlilik yaptığı sonucuna ulaşıldığı, dava konusu işleme gerekçe gösterilen bir diğer husu olan davacının eşinin 4 ayrı suç kaydına rastlandığı konusunda ise "ikamet izni talep eden kişinin eşinin suç kaydı olmaması" gibi bir şartın yasanın hiçbir hükmünde yer almadığı, Türk vatandaşı eşin suç kaydı olmasının aile ikamet izni verilmesine engel bir hal teşkil etmediği, davacının değişik tarihlerde, değişik otellerde, değişik erkek şahıslarla 17 kez kaldığı kaydına rastlanıldığı yönündeki iddiaya ilişkin olarak; hiçbir bilgi belge bulunmadığı, davacının hangi tarihte hangi otelde hangi şahısla kaldığının ortaya konulmadığı, ispat edilemeyen bir hususun davacının fuhuş yaptığına yönelik kanıt olamayacağı, davacının para karşılığı anlaştığı erkek şahıslarla yakalandığı yönünde de dosyada herhangi bir bilgi belge bulunmadığı, davacının Hepatit C hastalığını taşıdığı yönündeki iddiaya ilişkin olarak ise her ne kadar dosyaya 16/03/2013 tarihli bir rapor fotokopisi sunulmuş olsa da tam teşekküllü bir hastaneden davacının kamu sağlığını tehlikeye sokacak bir hastalığı olup olmadığı hususunun tespit edilmesi ve Bulaşıcı Hastalıklar Sürveyans ve Kontrol Esasları Yönetmeliği'nin EK-III Bildirime Esas Bulaşıcı Hastalıkların Standart Vaka Tanımları başlıklı bölümünün Viral Hepatitler [akut] bölümünde Hepatit C tanısı için: "Anti-HCV pozitifliği ve tamamlayıcı testlerle (RIBA, HCV-PCR) doğrulama" gerektiği hususları göz önüne alındığında, davacı hakkında işlem tesis edilirken yukarıda anılan hususlara riayet edilmediği, yeterli inceleme araştırma yapılmadığı, çocuğun üstün yararının değerlendirilmediği, bunun ötesinde aile ikamet izni alınması için mevzuatta belirtilen şartlara uymayan bir durumunun idarece belgelenemediği, idarece hukuken geçerli bir sebep ortaya konularak tesis edilmiş bir işlem olmaksızın aile ikamet izni başvurusunun uygun görülmemesi ve sınır dışı edilecek yabancılar kapsamına alınması yönünde tesis edilen dava konusu işlemde hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçeleriyle dava konusu işlemin iptaline karar verilmiştir.

Davalı idare tarafından İdare Mahkemesi kararının hukuka aykırı olduğu ileri sürülerek bozulması gerektiği savunulmaktadır.

6458 sayılı Yabancılar Ve Uluslararası Koruma Kanunu'nun "**Türkiye içinden yapılan** ikamet izni talebinin reddi, iptali veya uzatılmaması" başlıklı 25. maddesinin 1. fıkrasında, Türkiye içinden yapılan **ikamet izni talebinin reddi**, ikamet izninin uzatılmaması veya iptali ile **bu işlemlerin tebliği valiliklerce yapılır**. Bu işlemler sırasında, yabancıнын Türkiye'deki aile bağları, ikamet süresi, menşe ülkedeki durumu ve çocuğun yüksek yararı gibi hususlar göz önünde bulundurulur ve ikamet iznine ilişkin karar ertelenebilir." hükmüne yer verilmiştir.

Dava dosyasının incelenmesinden, Gürcistan uyruklu davacının, Türk Vatandaşı ... ile 17/04/2012 tarihinde evlendiği ve bu evlilikten bir çocuğu olduğu; Türk vatandaşı ile evli olduğu gerekçesiyle aile ikamet izni başvurusu neticesinde, davalı idarece tesis edilen 26/02/2015 tarih ve 98811785-İkamet-2015/1160 sayılı işlemle, davacının 6458 sayılı Kanun'un 5, 7, 15, 34 ve 35. maddeleri uyarınca davacının, Türkiye'ye giriş ve Türkiye'den çıkışları sınır kapılarından geçerli pasaport veya pasaport yerine geçen belgelerle yapılmadığı Türkiye'de kalış amacını haklı nedenlere dayandıramadığı, kamu düzeni ve kamu sağlığı açısından sakıncalı olabileceği değerlendirildiği gerekçeleriyle ikamet izni başvurusunun uygun görülmediği ve aynı Kanunun 54. maddesi kapsamında sınırdışı edilecek yabancılar kapsamına alınması yönünde karar alınması üzerine bakılmakta olan davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

Dava konusu işlemde, davacının ikamet izni başvurusu hakkında "...başvurusu uygun görülmemiştir..." şeklindeki ibareye yer verildiği görüldüğünden, söz konusu işlemin kesin ve icrai nitelikte olduğu anlaşılmıştır.

6458 sayılı Kanun'un yukarıda anılan hükmü uyarınca, Türkiye içinden yapılan ikamet izni talebinin reddine ancak Valiliklerin karar verebileceği, bu kapsamda davalı Göç İdaresi Genel Müdürlüğü'nün herhangi bir yetkisinin bulunmadığı açıktır.

Buna göre, davacı tarafından Türkiye içinde yapılan ikamet izni başvurusu hakkında ilgili Valiliğince bir karar verilmesi gerekirken, bu konuda yetkisinin bulunmadığı görülen davalı idarece tesis edilen işlem yetki unsuru açısından hukuka aykırı bulunmaktadır.

Açıklanan nedenlerle, temyiz isteminin kabulüyle, Ankara 1. İdare Mahkemesi'nin 27/01/2016 tarih ve E:2015/1356, K:2016/134 sayılı kararının **BOZULMASINA**, yeniden bir karar verilmek üzere dosyanın adı geçen mahkemeye gönderilmesine, 2577 sayılı Kanun'un (Geçici 8. maddesi uyarınca uygulanmasına devam edilen) 54. maddesinin 1. fıkrası uyarınca bu kararın tebliğ tarihini izleyen günden itibaren onbeş gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 04/07/2017 tarihinde oyçokluğuyla karar verildi.

(X)-KARŞI OY :

İdare ve vergi mahkemelerinin nihai kararlarının temyizden bozulması 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesinde yer alan sebeplerden birinin varlığı halinde mümkündür.

Uyuşmazlıkta; davacının, aile ikamet izni başvurusunun uygun görülmemesine ve sınır dışı edilecek yabancılar kapsamına alınmasına ilişkin 26/02/2015 tarih ve 2015/1160 sayılı Göç İdaresi Genel Müdürlüğü'nün işleminin iptali istemiyle açılmış olan davada; İdare Mahkemesince davanın esası incelenerek dava konusu işlemin iptaline karar verilmişse de, 6458 sayılı Yabancılar Ve Uluslararası Koruma Kanunu'nun 25. maddesinin 1. fıkrasında Türkiye içinden yapılan ikamet izni talebinin reddine valiliklerin karar vereceği belirtildiğinden davalı idarenin dava konusu işlemi tesis etmeye yetkisi olmadığı anlaşılmaktadır.

Bu itibarla, dava konusu işlemin yetkisiz makam tarafından tesis edildiği gerekçesiyle iptaline karar verilmesi gerekirken, davanın esası görüşülerek dava konusu işlemin iptali yolunda verilen kararda, sonucu itibariyle hukuki isabetsizlik bulunmamakta olup; davalı idarenin temyiz istemi bu nedenle yerinde görülmemektedir.

Açıklanan nedenlerle, İdare Mahkemesinin kararının yukarıda açıklanan gerekçe ile onanması gerektiği oyuyla Daire kararına katılmıyoruz.

DANIŞTAY 10. DAİRE

E. 2016/14150

K. 2018/2883

Temyiz Eden (Davalı) : İstanbul Valiliği

Vekili :

Karşı Taraf (Davacı) :

Vekili :

İstemin Özeti : İstanbul 1. İdare Mahkemesi'nin 10/05/2016 tarih ve E:2016/175, K:2016/1094 sayılı kararının; davalı idare tarafından, kısa dönem ikamet izni verilmesi istemiyle başvuruda bulunan davacının başvuru evraklarının eksik olduğunun tespit edilmesi üzerine eksikliklerin tamamlanması için davacıya 30 gün süre verildiği, verilen süre içerisinde kendisinden istenen evrakları teslim etmeyen davacının başvurusunun 6458 sayılı Yabancılar ve uluslararası Koruma Kanunu'nun 33. maddesi uyarınca reddedildiği, ayrıca, davacı vekili tarafından, müvekkili hakkında tesis edilen sınır dışı işleminin iptali istenilmiş ise de, davacı hakkında alınmış bir sınır dışı kararının bulunmadığı, davacıya ülkeyi terk etmesi için verilen 10 günlük sürenin, ülkede kalma hakkı bulunmayan yabancılara ön bildirim ve çıkış yapmaları için tanınan bir süre olduğu, öte yandan, davacının eşinin ülkemizde mülteci statüsünde kaldığı iddia edilmekle birlikte, söz konusu durumun ikamet başvurusunun ertelenmesi için elzem bir olay olmadığı, çünkü davacının ülkemizden çıkış yaparak geçerli vize veya vize muafiyeti ile birlikte tekrar ülkemize gelebileceği belirtilerek, davaya konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı ileri sürülerek temyizen incelenerek bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : Savunma verilmemiştir.

Danıştay Tetkik Hakimi :

Düşüncesi : Mahkeme kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Onuncu Dairesi'nce gereği görüldü:

Dava, Rusya vatandaşı olan davacı tarafından, kısa dönem ikamet izni verilmesi istemiyle yaptığı başvurunun reddi ile 10 gün içinde ülkemizden çıkış yapması gerektiğine ilişkin 14/01/2016 tarih ve 925592 sayılı davalı idare işleminin iptali istemiyle açılmıştır.

İstanbul 1. İdare Mahkemesi'nce; kısa dönem ikamet izni başvurusuna ilişkin evrakları eksik olduğundan bahisle kendisine söz konusu eksiklikleri gidermesi için 30 gün süre verilen Rusya uyruklu davacının, verilen süre içerisinde evrakları teslim etmediği sabit ise de; davacının eşinin uluslararası koruma statüsü sahibi olduğu, 5 çocuğunun ülkemizde eğitimine devam ettiği, ülkemizde ailesiyle birlikte ayrılmaz bağ oluşturduğu, çocuğunun annesi olarak, eşi ile çocuğunun yanında olmasının gerekliliği ve önemi de göz önünde bulundurulduğunda; davacının, Türkiye'de kalışının engellenmesi halinde, çocuğu ve eşi ile olan aile bağlarının kopması ve kendisi, çocuğu ve eşinin hayatları zarar göreceğinden dava konusu işlemde hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle iptaline karar verilmiştir.

Davalı idare tarafından, İstanbul 1. İdare Mahkemesi'nin 10/05/2016 tarih ve E:2016/175, K:2016/1094 sayılı kararının hukuka uygun olmadığı ileri sürülerek temyizden incelenerek bozulması istenilmektedir.

6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nun Kısa dönem ikamet izninin şartları başlıklı 32/1-(a) maddesinde, 31 inci maddenin birinci fıkrasında sayılan gerekçelerden biri veya birkaçını ileri sürerek talepte bulunmak ve bu talebiyle ilgili bilgi ve belgeleri ibraz etmek kısa dönem ikamet izinlerinin verilmesindeki şartlar arasında sayılmış, aynı Kanun'un 25/1. maddesinde Türkiye içinden yapılan ikamet izni talebinin reddi, ikamet izninin uzatılmaması veya iptali ile bu işlemlerin tebliğinin valiliklerce yapılacağı; bu işlemler sırasında, yabancının Türkiye'deki aile bağları, ikamet süresi, menşe ülkedeki durumu ve çocuğun yüksek yararı gibi hususlar göz önünde bulundurulacağı ve ikamet iznine ilişkin kararın ertelenebileceği hükümlerine yer verilmiştir. Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmeliğin 22. maddesinin 1. fıkrasında; "Başvuru sırasında eksik ya da ihtiyaç duyulacak tamamlayıcı bilgi ve belgeler yabancıya bildirilir. Bildirim tarihinden itibaren otuz gün içerisinde bilgi ve belgelerin tamamlanmaması

halinde başvuru işleminden kaldırılır” hükmüne; 18. fıkrasında, “Türkiye içinden yapılan ikamet izni talebinin reddi, ikamet izninin uzatılmaması veya iptali ile ilgili işlemler sırasında yabancıların Türkiye’deki aile bağları, ikamet süresi, menşe ülkedeki durumu ve çocuğun yüksek yararı göz önünde bulundurulur ve kararın icrası ertelenebilir. Bu durumdaki yabancıya harca tabi olmayan ve Türkiye’ de bir ay süresince kalma hakkı sağlayan belge verilir. Bir aylık süre sonunda Valilikçe tekrar değerlendirme yapılır ve yabancıların ülkemizde kalmasını gerektiren durumun devam ettiğinin anlaşılması halinde söz konusu belgenin süresi birer aylık sürelerle uzatılabilir. Bu durumda, yabancılardan Harçlar Kanununda belirtilen hükümler doğrultusunda kalacağı sürenin harcı tahsil edilir.” hükmüne yer verilmiştir.

Dosyanın incelenmesinden, Rusya vatandaşı davacının, 08/12/2015 tarihinde kısa dönem ikamet izni için davalı idareye başvurduğu; başvuru evraklarının eksik olduğunun tespit edilmesi üzerine eksikliklerin tamamlanması için davacıya 30 gün süre verildiği; kendisine verilen süre içerisinde istenen evrakları teslim etmediğinden bahisle davacının başvurusunun reddi ve 10 gün içinde ülkemizden çıkış yapması gerektiğine ilişkin olarak 14/01/2016 tarih ve 925592 sayılı dava konusu işlemin tesis edildiği; söz konusu işlemin iptali istemiyle açılan davada; İstanbul 1. İdare Mahkemesince dava konusu işlemin iptaline karar verilmesi üzerine, davalı idarece anılan Mahkeme kararının temyizden incelenerek bozulmasının istenildiği anlaşılmaktadır.

Uyuşmazlıkta; davalı idarece, kısa dönem ikamet izni başvurusuna ilişkin olarak, başvuru evraklarındaki eksiklikleri tamamlaması için davacıya verilen süre içerisinde söz konusu eksikliklerin giderilmediğinden bahisle dava konusu işlemin tesis edildiği ve davacının, ülkemizden çıkış yaparak geçerli vize veya vize muafiyeti ile birlikte tekrar ülkemize gelerek ikamet izni başvurusunda bulunabileceği hususları dikkate alındığında; davacı tarafından sonradan yapılacak ikamet izni başvurularında, durumunun idarece yeniden değerlendirileceği göz önünde bulundurulmak ve dava konusu işlemin hukukiliği irdelenmek suretiyle bir karar verilmesi gerekirken, salt aile hayatına saygı gösterilmesi ilkesinden hareketle İstanbul 1. İdare Mahkemesince verilen iptal kararında hukuka uyarlık bulunmadığı sonucuna varılmıştır.

Açıklanan nedenlerle, temyiz isteminin kabulüyle, İstanbul 1. İdare Mahkemesi’nin 10/05/2016 tarih ve E:2016/175, K:2016/1094 sayılı kararının **BOZULMASINA**, yeniden bir karar verilmek üzere dosyanın adı geçen mahkemeye gönderilmesine, 2577 sayılı Kanun’un (Geçici 8. maddesi

uyarınca uygulanmasına devam edilen) 54. maddesinin 1. fıkrası uyarınca bu kararın tebliğ tarihini izleyen günden itibaren onbeş gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 03/10/2018 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

Çocuk Haklarına İlişkin Diğer Kararlar

-
- *Karar No VI.29: Danıştay 12. Daire E. 2017/96 K. 2019/4129*
 - *Karar No VI.30: Danıştay 10. Daire E. 2019/6133 K. 2019/6464*
-

DANIŞTAY 12. DAİRE

E. 2017/96

K. 2019/4129

KARAR DÜZELTME İSTEMİNDE BULUNAN (DAVACI) :

KARŞI TARAF (DAVALI) : Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı / ANKARA

VEKİLİ :

İSTEMİN KONUSU : Van 1. İdare Mahkemesi'nin 11/05/2015 tarih ve E:2014/441, K:2015/670 sayılı kararının onanmasına dair Danıştay Onikinci Dairesi'nin 02/12/2015 tarih ve E:2015/5030, K:2015/6375 sayılı kararının; 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun Geçici 8. maddesi uyarınca uygulanmasına devam edilen 3622 sayılı Kanun ile değişik 54. maddesi uyarınca düzeltilmesi istenilmektedir.

YARGILAMA SÜRECİ :

Dava konusu istem: Dava, davacının 2828 sayılı Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Kanunu'na 3413 sayılı Kanun ile eklenen Ek-1. maddesi uyarınca kamu kurum ve kuruluşlarında işe yerleştirme talebinin reddine ilişkin 10/02/2014 tarih ve 87 sayılı işlemin iptali istemiyle açılmıştır.

İlk Derece Mahkemesi kararının özeti: Davacı hakkındaki korunma kararının davacı reşit olmadan önce kaldırıldığı, bu nedenle davacının ilgili mevzuattan faydalanması mümkün olmadığından, dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

Daire kararının özeti: Davacının temyiz başvurusu üzerine Danıştay Onikinci Dairesince, temyize konu karar hukuk ve usule uygun bulunmuş ve kararın onanmasına karar verilmiştir.

KARAR DÜZELTME TALEP EDENİN İDDİALARI : Davacı tarafından, dava dilekçesinde ve sonraki aşamalarda belirttiği beyanlarına ve taleplerine aykırı karar verildiği, annesinin başvurusu üzerine yurttan ayrılmış olmakla beraber hakkındaki korunma kararının kaldırıldığına dair annesine veya kendisine yapılmış bir tebligat bulunmadığı, annesi okur-yazar olmadığından hakkındaki korunma kararının kaldırılmasını istemesinin söz konusu olmadığı, annesinin yalnızca hakkında uygulanan barınma tedbirinin kaldırılmasını ve kızının kendisine teslim edilmesini istediği, okur-yazar olmayan ve korunma kararının niteliği ve sonuçları hakkında bilgi sahibi olmayan annesinden parmak bastırılarak alınan dilekçenin hukuka aykırı olduğu, hakkındaki korunma ve bakım tedbirlerinin her ikisinin de kaldırılması için Kuruma yapılmış herhangi bir başvurunun bulunmadığı, hakkındaki korunma kararının usule aykırı olarak kaldırıldığı ileri sürülerek Danıştay Onikinci Dairesince verilen kararın düzeltilmesi istenilmektedir.

KARŞI TARAFIN SAVUNMASI : Savunma verilmemiştir.

DANIŞTAY TETKİK HÂKİMİ ... DÜŞÜNÇESİ : Karar düzeltme isteminin kabulü gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Karar veren Danıştay Onikinci Dairesince, Tetkik Hâkiminin açıklamaları dinlendikten ve dosyadaki belgeler incelendikten sonra, 04/08/2018 tarihli ve 30499 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan 15 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi uyarınca davalı Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı yerine Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı hasım mevkiine alınarak gereği görüldü:

Kararın düzeltilmesi dilekçesinde ileri sürülen nedenler, 2577 sayılı Kanun’un Geçici 8. maddesi uyarınca uygulanmasına devam edilen 3622 sayılı Kanun ile değişik 54. maddesi hükmüne uygun bulunduğundan, karar düzeltme isteminin kabulü ile Danıştay Onikinci Dairesi’nin 02/12/2015 tarih ve E:2015/5030, K:2015/6375 sayılı kararı kaldırılarak uyuşmazlık yeniden incelendi:

İNCELEME VE GEREKÇE:

MADDİ OLAY :

Dosyanın incelenmesinden; 30/12/1993 doğumlu olan davacının, Van 1. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 09/07/2003 tarih ve E:2003/388, K:2003/377 sayılı kararı ile reşit oluncaya kadar korunma altına alınmasına karar verildiği, bu karara dayalı olarak sosyal hizmet kuruluşuna yerleştirildiği, Van Kız Yetiştirme Yurdunda kalmakta iken annesinin Van Yurt Müdürlüğü'ne 18/03/2004 tarihinde verdiği dilekçe ile, kızı hakkındaki korunma kararının kaldırılarak kendisine verilmesini istemesi üzerine, Van İl Sosyal Hizmetler Müdürlüğü tarafından 13/04/2004 tarihli dilekçe ile davacı hakkındaki korunma kararının kaldırılması istemiyle mahkemeye başvurulduğu, Van 2.Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 20/04/2004 tarih ve E:2004/280, K:2004/130 sayılı kararı ile, davacı hakkındaki korunma kararının kaldırılmasına ve karardan bir suretinin davacı kuruma tebliğine karar verildiği görülmüştür. Davacının 29/01/2014 tarihinde yapmış olduğu başvuru ile, 2828 sayılı Sosyal Hizmetler Kanunu'na 3413 sayılı Kanunla eklenen Ek 1. madde hükmünden yararlandırılarak kamu kurum ve kuruluşlarında işe yerleştirilmesini istediği, başvurusunun reşit olmadan kuruluştan ayrıldığı ve hakkındaki korunma kararının kaldırıldığı gerekçesiyle reddedildiği anlaşılmıştır.

İLGİLİ MEVZUAT :

2828 sayılı Sosyal Hizmetler Kanunu'nun "Korunma kararı" başlıklı 22. maddesinin birinci fıkrasında; "Korunmaya ihtiyacı olan çocukların reşit oluncaya kadar bu Kanun hükümlerine göre Kurumca kurulan sosyal hizmet kuruluşlarında bakılıp yetiştirilmeleri ve bir meslek sahibi edilmeleri hususundaki gerekli tedbir kararı 03/07/2005 tarihli ve 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanununa göre yetkili ve görevli mahkemece alınır. Bu karar için gerekli belgeler Kurumca düzenlenir ve ilgili mahkemeye gönderilir." hükmüne, "Korunma Kararının Süresi ve Kaldırılması" başlıklı 24. maddesinde de; "Korunma kararı genel olarak çocuk reşit olana kadar devam eder. Ancak bu karar, korunma kararına neden olan şartların ortadan kalkması halinde Kurum yetkililerinin önerisi üzerine mahkemece çocuk reşit olmadan önce kaldırılabilceği gibi reşit olduktan sonra da çocuğun rızası alınmak şartıyla devamı hususunda karar verilebilir." hükmüne yer verilmiş olup; maddenin son cümlesinde, reşit olduktan sonra korunma kararının hangi şartlara bağlı

olarak uzatılması sonucu Kurumla ilişkilerinin devamının sağlanacağı kurala bağlanmıştır.

2828 sayılı Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Kanunu'na 3413 sayılı Kanun'un 1.maddesi ile eklenen ek 1.maddesinde, "Kamu kurum ve kuruluşları, reşit olana kadar Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığı Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Genel Müdürlüğü tarafından bakılan ve korunan çocuklar için, her yılbaşındaki, hangi statüde olursa olsun, serbest kadro mevcutlarının binde biri nispetindeki kısmını ayırarak bu çocuklar arasında yapılacak giriş sınavlarında başarılı olanlar arasından atama yaparlar. Bu maddeden yararlanmak isteyenler, 18 yaşını tamamladıkları tarihten itibaren, kamu kurum ve kuruluşlarına; Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Genel Müdürlüğü vasıtasıyla başvurmak zorundadırlar." hükmü yer almaktadır.

02/03/1995 tarih ve 22218 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe konulan Korunmaya Muhtaç Çocukların İşe Yerleştirilmesine İlişkin Tüzüğün 1. maddesinde; Tüzüğün, korunmaya muhtaç çocukların korunmaları sona erdikten sonra işe yerleştirilmelerinin esas ve usulleri, kamu kurum ve kuruluşlarının bu konudaki yükümlülükleri ile Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumuyla diğer kurumlar arasındaki eşgüdümün sağlanmasına ilişkin hükümler düzenlenmiş, aynı Tüzüğün 3. maddesinde ise; Tüzük hükümlerinden, korunma kararı alınmış olup da;

- a) Reşit oluncaya kadar sosyal hizmetler kuruluşlarında kalmış,
- b) Bir koruyucu aile yanına yerleştirilmiş,
- c) Aynı-nakdi yardım yapılarak ailesinin yanına gönderilmiş korunmaya muhtaç çocukların yararlanacağı hüküm altına alınmıştır.

HUKUKİ DEĞERLENDİRME :

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin 07/02/2019 tarih ve E:2018/7921, K:2019/711 sayılı kararında; *"...Koruma kararının kaldırılması davasında dava ve karar tarihi itibarıyla ergin olmayan küçüklerin yasal temsilcileri (veli ya da vasi) davaya dahil edilmeden eksik hasım ve eksik inceleme ile yargılamaya devam edilerek yazılı şekilde hüküm tesis edilmesi de doğru değildir..."* gerekçesi ile mahkeme kararının bozulmasına karar verilmiştir.

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin 07/02/2019 tarih ve E:2018/8262, K:2019/712 sayılı kararında; *"..Koruma kararının kaldırılmasına yönelik istek koruma altında bulunan çocuğun hak ve menfaatleriyle ilgilidir. Bu sebeple, davanın hakkında koruma kararı alınmış olan kişi küçük ise veli veya vasisine, ergin ise koruma altına alınan kişiye yöneltmesi gerekir. Bu husus nazara alınmadan evrak üzerinde eksik hasım ve eksik incelemeyle hüküm kurulması da doğru görülmemiştir..."* gerekçesi ile mahkeme kararının bozulmasına karar verilmiştir.

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin 31/03/2010 tarih ve E:2009/16837, K:2010/6214 sayılı kararında; *"..Koruma kararının kaldırılmasına ilişkin istek, koruma altında bulunan çocuğun hak ve menfaatleriyle de ilgilidir. Bu nedenle davanın, hakkında koruma kararı alınmış olan çocuğa, çocuk ergin olmamış ise yasal temsilcisine (veli veya vasisine) yöneltmesi, onların da göstereceği deliller varsa toplanıp, yasal çerçevede değerlendirilerek ulaşılabilecek sonuç uyarınca karar verilmesi gerekir. Olayda, koruma kararı, davacı kurumun başvurusu üzerinde evrak üzerinde yapılan inceleme ile kaldırılmış, çocuğun yasal temsilcisine husumet yöneltmediği gibi, karar da bunlara tebliğ edilmemiştir. Hakkında koruma kararı verilmiş olan çocuk daha sonra ergin olduğuna göre, husumet ona yöneltmeden gösterdiği takdirde delilleri toplanmadan karar verilmesi de doğru bulunmamıştır..."* gerekçesi ile mahkeme kararının bozulmasına karar verilmiştir.

Danıştay 12. Dairesi'nin 07/12/2016 tarih ve E:2016/3006, K:2016/6138 sayılı kararında; *"..korunma kararının kaldırılmasına ilişkin mahkeme kararının Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin 17.03.2016 tarih ve E:2016/3413 ve K:2016/5246 sayılı ilamıyla bozulması ve 2828 sayılı Kanunun 24. maddesi gereğince korunma kararının genel olarak çocuk reşit olana kadar devam edeceği, aksine karar alınmadığı takdirde çocuğun reşit olmasıyla kendiliğinden kalkacağı hükümlerinin birlikte değerlendirilmesinden, yapılan yargılama sırasında davacının reşit olduğu, reşit olmadan önce hakkındaki koruma kararının kaldırıldığından bahsedilemeyeceğinden davacının aranılan şartları taşımadığı gerekçesiyle tesis edilen işlemde hukuka uyarlık, davanın reddi yolunda verilen idare mahkemesi kararında hukuki isabet bulunmamaktadır..."* gerekçesi ile mahkeme kararının bozulmasına karar verilmiştir.

Yargıtay ve Danıştay kararları ile dava konusu bilgi ve belgelerin birlikte değerlendirilmesinden, davacının hakkındaki korunma kararının kaldırılmasına ilişkin mahkeme kararının verildiği tarihte ergin olmadığı görülmektedir. Bu

nedenle, bu kararın uygulanabilir hale gelmesi için bu davanın davacının yasal temsilcisine yöneltilmesi ve kararında bu temsilciye tebliğ edilmesi suretiyle kanun yollarına başvurulmaksızın veya kanun yollarına başvurulmuş ise kanun yollarından geçerek kesinleşmesi gerekmektedir. Ancak ilgili kararın kesinleşip kesinleşmediği dosya muhteviyatından anlaşılamadığı gibi, bakılan davada davacı tarafından da bu kararın okuma ve yazma bilmeyen annesine ve kendisine tebliğ edilmediğinin ileri sürülmüş olduğu görülmüştür.

Bu durumda, İdare Mahkemesince davacı hakkında verilen korunma kararının kaldırılmasına ilişkin mahkeme kararının davacı reşit oluncaya kadar kesinleşip kesinleşmediği hususu araştırılarak, bu araştırma sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, bu hususa ilişkin bir değerlendirilme yapılmadan eksik inceleme ve değerlendirme sonucu davanın reddi yolunda verilen idare mahkemesi kararında hukuki isabet görülmemiştir.

KARAR SONUCU:

Açıklanan nedenlerle;

1. 2577 sayılı Kanun'un 49. maddesine uygun bulunan davacının temyiz isteminin kabulüne,

2. Davanın yukarıda özetlenen gerekçeyle reddine ilişkin, Van 1. İdare Mahkemesi'nin 11/05/2015 tarih ve E:2014/441, K:2015/670 sayılı kararının 2577 sayılı Kanun'un 49. maddesi uyarınca **BOZULMASINA,**

3. Yeniden bir karar verilmek üzere dosyanın anılan Mahkemeye gönderilmesine, 10/06/2019 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

DANIŞTAY 10. DAİRE

E. 2019/6133

K. 2019/6464

TEMYİZ EDEN (DAVACILAR) : 1-

2-

VEKİLLERİ :

KARŞI TARAF (DAVALI) : Sağlık Bakanlığı

VEKİLİ :

İSTEMİN KONUSU : Van 3. İdare Mahkemesinin 09/05/2014 tarih ve E:2013/119, K:2014/748 sayılı kararının temyizden incelenerek bozulması istenilmektedir.

YARGILAMA SÜRECİ :

Dava konusu istem: 02/03/2011 tarihinde doğum sancısı şikayetiyle Erciş Devlet Hastanesi Doğum Servisine başvuran davacılarından ...'a görevli doktor ve personel tarafından zamanında müdahale yapılmayıp çocuğu ölü doğmasına sebebiyet verildiği iddiasıyla, 10.000,00 TL defin ve cenaze gideri ile her bir davacı için 10.000,00 TL maddi 75.000,00 TL manevi zarar olmak üzere toplam 30.000,00 TL maddi, 150.000,00 TL manevi zararın olay tarihinden itibaren işletilecek yasal faiziyle birlikte tazmini istenilmiştir.

İlk Derece Mahkemesi kararının özeti: Van 3. İdare Mahkemesince verilen 09/05/2014 tarih ve E:2013/119, K:2014/748 sayılı kararlar; Adli Tıp Kurumunun 19/02/2014 tarih ve 678 sayılı Raporunda özetle; davacılarından ...'ın 02/03/2011 tarihli ölü doğum yapması olayında, tıbbi belgelerde bebeğin travmatik bir tesirle öldüğüne dair delillerin bulunmadığı, ...'ın ikisi doğumdan hemen sonra ölüm ile sonlanan 9 normal doğum yaptığı, hastaneye

Karar Numarası: VI. 30

başvurudan hemen sonra saat 09:00 sıralarında yapılan muayenede çocuğun sağ olduğu ve gerekli tedavilere görevli doktor gözetiminde başladığı, gebelik USG tetkiki yapıldığı, saat 9:30'da NST tetkiki yapıldığı, saat 09:45'te doktor tarafından indüksiyonun başlatıldığı, aralıklı monitör takibine, fetal monitörde bozulma olduğundan doğumun sezaryen ile yapılmasına ve gebeliğin oral alımının kesilmesine karar verildiği, sancuların sıklaşması üzerine hastanın doğumhaneye alındığı, doğumhaneye kabulünden yaklaşık iki buçuk saat sonra hastanın fetal monitöre bağlandığı ve kalp atışlarının duyulmadığı, hastanın tekrar ultrasona alındığı USG ve fetal kalp atımlarının görülmediği, gebe ve yakınlarıyla görüşülerek bebeğin normal doğumla ölü olarak doğduğu, ilk USG tetkikinde biyofizik profilinin (fetal kalp atımları, amniotik sıvı miktarı, fetal solunum hareketleri, fetusun extremitte hareketleri) normal olması, görevli doktorun aralıklı monitör takibi yapması, fetal monitörde bozulma olduğundan doğumun sezaryen ile yapılmasına ve gebeliğin oral alımının kesilmesine karar verilmesi, NST tetkikinde kısa süre sonra bebeğin ex olması, doğum olayının kısa sürmesi dikkate alındığında görevli doktor ve yardımcı sağlık personeline atf-ı kabil bir kusurun bulunmadığı hususlarına yer verildiği; olayda, yukarıda yer verilen raporda belirtilen hususlar ile dava dosyasında bulunan tüm bilgi ve belgeler bir bütün olarak değerlendirildiğinde, doğum sancısı ile hastaneye başvuran davacıya uygulanan tedavi tetkik ve müdahalelerin tıp kurallarına uygun olduğu hususunun Adli Tıp Kurulunca belirlenmesi karşısında, olayda davalı idarenin hizmet kusurunun bulunmadığı, bu nedenle de maddi ve manevi tazminat isteminin reddi gerektiği gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

TEMYİZ EDENİN İDDİALARI : Davacılar tarafından, saat 7:00 de hastaneye başvurulmasına rağmen 9:10'a kadar hastaya müdahale edilmediği, girişinin yapılmadığı; doktor ve sağlık görevlilerinin zamanında müdahalede bulunmayarak bebeğin ölümüne sebep oldukları; idare tarafından yaptırılan inceleme sonucu düzenlenen 29/07/2011 tarihli ön inceleme raporuyla doktorun kusurlu olduğunun kanıtlandığı belirtilerek Mahkeme Kararının bozulması gerektiği ileri sürülmektedir.

KARŞI TARAFIN SAVUNMASI : Savunma verilmemiştir.

DANIŞTAY TETKİK HÂKİMİ ... DÜŞÜNCESİ : Temyiz isteminin kısmen

kabulü ile Mahkeme Kararının defin giderlerine ilişkin maddi tazminat ve manevi tazminata ilişkin kısmının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Onuncu Dairesince, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 335. maddesinin 3. fıkrasında yer alan "Adli yardım, hükmün kesinleşmesine kadar devam eder." hükmü gereği, İdare mahkemesince davacının adli yardım isteminin kabulü yolunda verilen 06/02/2013 tarih ve E:2013/119 sayılı karar temyiz aşamasında da geçerli olduğundan bu konuda yeni bir karar verilmeyerek işin esasına geçildi, Tetkik Hâkiminin açıklamaları dinlendikten ve dosyadaki belgeler incelendikten sonra gereği görüldü:

TEMYİZ İSTEMİNE KONU MAHKEME KARARININ, HER BİR DAVACI İÇİN 10.000,00 TL DESTEKTEN YOKSUN KALMA TAZMİNATI İSTEMİNİN REDDİNE İLİŞKİN KISMI YÖNÜNDEN;

HUKUKİ DEĞERLENDİRME;

İdare ve vergi mahkemelerinin nihai kararlarının temyizen bozulması, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesinde yer alan sebeplerden birinin varlığı hâlinde mümkündür.

Temyizen incelenen kararın destekten yoksun kalma tazminatının reddine ilişkin kısmı usul ve hukuka uygun olup, dilekçede ileri sürülen temyiz nedenleri kararın bozulmasını gerektirecek nitelikte görülmemiştir.

TEMYİZ İSTEMİNE KONU MAHKEME KARARININ, DEFİN MASRAFLARINA İLİŞKİN MADDİ TAZMİNAT VE MANEVİ TAZMİNAT İSTEMİNİN REDDİNE İLİŞKİN KISMI YÖNÜNDEN;

İNCELEME VE GEREKÇE :

MADDİ OLAY :

Davacılar... 02/03/2011 tarihinde saat 08:00 sıralarında miadında ağırlı gebe olarak Erciş Devlet Hastanesi'ne başvurmuş, ebe tarafından yapılan gebelik muayenesinde: TA:120/80, ÇKS:(+) olduğu, rahim ağzı açıklık

multipar açıklığında su kesesi negatif olduğu, suları kalın mekonyumlu geldiği kayıt altına alınmış; saat 08:45 civarı gebe doğumhaneye alınmış; gebenin ikisi doğumdan hemen sonra ölüm ile sonlanan 9 normal doğum yaptığı, saat 09:10'da yapılan gebelik muayenesinde kollum açıklığı 2 cm, silinme %50, su kesesi negatif olduğu, suları mekonyumlu olduğu kaydedilmiş; saat 09:15-09:30 arası NST çekilmiş, Kadın Hastalıkları ve Doğum Uzmanı Dr. ...'na gösterilmiş, "reaktif, yer yer hafif deselerasyonlar görülmekte" şeklinde değerlendirilmiş; saat 09:45'de Doktor oxytocin ile indüksiyonu başlatmış, normal vajinal doğumun denenmesine, aralıklı monitor takibine, fetal monitörde bozulma olduğunda doğumun sezaryen ile yapılmasına ve gebenin oral alımının kesilmesine karar verilmiş, saat 10:15'de yapılan muayenede ÇKS(+) olduğu tespit edilmiş, doğumhaneye kabulünden 2,5 saat sonra saat 11:15'de fetal monitöre bağlandığında fetal kalp atım seslerinin duyulmaması nedeni ile ultrasona alınmış, USG de fetal kalp atımları görülmemiş, oxytocin indüksiyonu ile fetusun vajinal yolla doğurtulmasına karar verilmiş; saat 14:30'da 2840 gr, yaşam belirtileri olmayan erkek bebek doğurtulmuş; olayda davalı idare çalışanlarının kusurlu olduğu iddiasıyla uğranılan maddi ve manevi zararın tazmini istemiyle davacılar tarafından 20/07/2011 tarihinde davalı idareye başvurulmuş, başvurunun reddi üzerine bakılan dava açılmıştır.

HUKUKİ DEĞERLENDİRME:

Anayasanın 125. maddesinde, idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olduğu belirtildikten sonra, son fıkrasında, idarenin kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlü olduğu hükme bağlanmıştır.

İdarenin yürütmekle yükümlü olduğu bir hizmetin kuruluşunda, düzenlenişinde veya işleyişindeki nesnel nitelikli bozukluk, aksaklık veya boşluk olarak tanımlanabilen hizmet kusuru; hizmetin kötü işlemesi, geç işlemesi veya hiç işlememesi hallerinde gerçekleşmekte ve idarenin tazmin yükümlülüğünün doğmasına yol açmaktadır. Bu bağlamda hizmet kusuru, özel hukuktaki anlamından uzaklaşarak nesnelleşen, anonim bir niteliğe sahip, bağımsız karakteri olan bir kusurdur. Hizmet kusurundan dolayı sorumluluk, idarenin sorumluluğunun doğrudan doğruya ve asli nedenini oluşturmaktadır.

Diğer taraftan, idarelerin kamu hizmetlerinin gereği gibi işlemlerini sağlayacak organizasyonları yaparak yeterli araç ve gereçle donatılmış bina,

tesis ve araçlarda hizmetin özelliğine uygun olarak seçilen ve yetişmiş personelle hizmeti yürütmek yükümlülüğünün bulunduğu da tartışmasızdır.

İdare hukukunun ilkeleri ve Danıştayın yerleşik içtihatlarına göre, zarar gören kişinin hizmetten yararlanan durumda olduğu ve hizmetin riskli bir nitelik taşıdığı hallerde, idarenin tazmin yükümlülüğünün doğması için, zararın, idarenin hizmet kusuru sonucu meydana gelmiş olması gerekmektedir.

İdarenin hukuki sorumluluğu, kamusal faaliyetler sonucunda, idare ile yönetilenler arasında yönetilenler zararına bozulan ekonomik dengenin yeniden kurulmasını, idari etkinliklerden dolayı bireylerin uğradığı zararın idarece tazmin edilmesini sağlayan bir hukuksal kurumdur. Bu kurum, kamusal faaliyetler nedeniyle yönetilenlerin malvarlığında ortaya çıkan eksilmelerin ya da çoğalma olanağından yoksunluğun giderilebilmesi, karşılanabilmesi için aranılan koşulları, uygulanması gereken kural ve ilkeleri içine almaktadır.

Genel anlamı ile tam yargı davaları, idarenin faaliyetlerinden ötürü, hakları zarara uğrayanlar tarafından idare aleyhine açılan tazminat davalarıdır. Bu tür davalarda mahkeme, hem olayın maddi yönünü, yani zararı doğuran işlem ve eylemleri, hem de bundan çıkabilecek hukuki sonuçları tespit edecektir. İdare kural olarak, yürüttüğü kamu hizmetiyle nedensellik bağı kurulabilen zararları tazminle yükümlü olup; idari eylem ve/veya işlemlerden doğan zararlar, idare hukuku kuralları çerçevesinde, hizmet kusuru veya kusursuz sorumluluk ilkeleri gereği tazmin edilmektedir.

Tam yargı davalarında, öncelikle zarara yol açtığı öne sürülen idari işlem veya eylemin hukuka uygunluğunun denetlenmesi esas alındığından, olayın oluşumu ve zararın niteliği irdelenip, idarenin hizmet kusuru olup olmadığının araştırılması, hizmet kusuru yoksa kusursuz sorumluluk ilkelerinin uygulanıp uygulanmayacağına incelenmesi, tazminata hükmedilirken de her halde sorumluluk sebebinin açıkça belirtilmesi gerekmektedir.

Bakılan uyuşmazlıkta İdare Mahkemesince hükme esas alınan Adli Tıp Kurumu 1. İhtisas Kurulunun 19/02/2014 tarihli raporunda dava konusu olayda görev alan doktor ve yardımcı sağlık personeline atfı kabil kusur bulunmadığı belirtilmiş ise de, Erciş Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından yürütülen soruşturmada, Van Adli Tıp Şube Müdürlüğü Adli Tıp Uzmanları Uz. Dr. ... ve Adli Tıp Uzmanı Uz. Dr. ... ile Yüzüncü Yıl Üniversitesi Kadın Doğum Uzmanları Prof. Dr. ..., Doç. Dr. ..., Doç. Dr. ... ve Yrd. Doç. Dr. ...'tan oluşan

heyete hazırlattırılan 07/05/2013 tarihli bilirkişi raporunda, "... isimli hastanın dosyasının incelenmesi sonucunda amniyon mayı mekonyumlu olarak geldiği ve doğum kararının verilmiş olduğu ve doğumu hızlandırmak için indüksiyon başlandığının anlaşıldığı, bu durum yüksek riskli bir durum olup takibinin bir ekip tarafından yapılması ve ayrıca adı geçen hastanın o günkü nöbetçi ekip tarafından sürekli monitorize edilmesinin gerektiği, bu imkan yoksa 15-20 dakikada bir kontraksiyon sonrasında ÇKS (çocuk kalp sesi)'nin düzenli olarak dinlenmesi ve not edilmesinin gerektiği, hemşire gözlem formunda mevcut verilere göre 10:15'de ÇKS: (+) iken 11:15' de ÇKS:(-) olarak izlendiği, bu süreçte ÇKS takibine dair herhangi bir kayıt bulunmadığı, ÇKS de bozulma olduğunda hastanın sezaryene alınmasının gerektiği, bu durumla ilgili herhangi bir bilgi ve belgenin dosyada mevcut olmadığının görüldüğü, hastanın takibinin ebe, hemşire ve doktorun içinde bulunduğu bir ekip tarafından sık aralıklarla yapılmasının gerektiği, bu takip düzenli yapılmadığından öncesinde çocuk kalp sesleri alınmasına rağmen sıkıntıya girmesi halinde doğumun doğal yolla ya da sezeryan ile yapılmasıyla ilgili doktorun karar vermediği, böyle bir durumun önüne geçmek için doktorun hasta ile ilgilenen personeli yönlendirmesi, takipleri konusunda gereken telkinlerde bulunması ve hastasının her durumundan bilgisinin olması gerekirken bu hususlarda yetersiz kaldığı anlaşıldığından, ...'ın takip ve tedavisinden sorumlu içinde Dr. ...'nun da olduğu o günkü nöbetçi ekibin sorulduğu üzere gerekli dikkat ve özeni göstermediğinin anlaşıldığı" yönünde görüş bildirilmiştir.

29/07/2011 tarihli Uz. Dr. ... tarafından hazırlanan Ön İnceleme Raporunda, "...annenin Erciş Devlet Hastanesi doğum servisine başvurduğunda doğumun başlamış olduğu, muayenesinde 2 cm dilatasyon %50 effesman baş geliş poşh negatif (-) ve koyu mekonyumlu olduğu, çocuk kalp sesinin pozitif olduğu, çekilen NST sinin nonreaktif olduğu, Dr. ...'nun talimatları ile ebe ... ve Dr. ... tarafından doğum sürecinin takip edildiği, bu süreçte nonreaktif olmasına rağmen nst nin tekrarlanmadığı, ifadede belirtilen biofizik profil ile ilgili bir kaydın dosyada olmadığı, çocuk kalp sesinin 1 saat sonra tekrar bakıldığı ve pozitif olarak değerlendirildiği, NST nin 2 saat sonra bakılmak istendiğinde bebeğin kalp atım seslerinin alınamaması üzerine gebenin ultrasona alınarak bebeğin ölmüş olduğunun saptanarak doğumun bu şekilde gerçekleştirildiği, gebeliğin koyu mekonyumlu suların gelmesinden dolayı riskli gebelik olmasına rağmen sık aralıklarla takip edilmediği (esas olan sürekli fetal monitorizasyondur ancak hastane şartlarında bu sağlanamadığında sık aralıklarla takip yapılmalıdır.), nonreaktif nst ile bebeğin iyilik halinin

değerlendirilmesinin yapılamayacağından dolayı NST nin mutlaka tekrar edilmesi ve sonucuna göre bebek sıkıntıda ise sezaryen açısından gecikmeden değerlendirilmesi gerektiği, riskli doğum grubunda olan bu doğumu takip ederken sürekli doğumhanede olan ve talimatları veren Dr. ...'nun hastaya gereken dikkat ve özeni göstermediği" nin belirtildiği görülmüştür.

Dava dosyasındaki belgeler ve raporların incelenmesinden, 02/03/2011 tarihinde saat 08:00 sıralarında doğum sancılarının başlaması nedeniyle Erciş Devlet Hastanesi'ne başvuran davacılarından ... hastaneye geldiğinde bebeğinin canlı olduğu, Dr. ...'nun ifadesinde belirttiği biyofizik profil (fetal kalp atımları, amniyotik sıvı miktarı, fetusun extremitte hareketleri ve fetal solunum hareketleri)'nin normal olduğu ile ilgili bir kaydın dosyada bulunmadığı, aksine **su kesesinin negatif olduğu, sularının kalın mekonyumlu geldiği**, NST çekildiğinde sonucun "reaktif, yer yer hafif **deselerasyonlar (yavaşlama)** görülmekte" olarak değerlendirildiği sadece ÇKS sinin pozitif olduğu kaydının bulunduğu, yukarıda yer verilen raporlardan anlaşıldığı üzere bu durumun yüksek riskli doğum kabul edildiği, 09:10 ve 10:15'deki kayıtlarda ÇKS'nin pozitif olduğu ancak 11:15'de negatife döndüğü ve ultrasona alındığında da fetal kalp atımlarının görülmediği anlaşılmaktadır.

...'ın hastaneye başvurduğunda canlı olan bebeğinin yaklaşık 3,5 saat sonra anne karnında öldüğü, yukarıda belirtilen nedenlerden dolayı durumu yüksek riskli doğum kabul edilen gebenin sürekli monitörize edilmesi, bu imkan yoksa 15-20 dakikada bir ÇKS'nin düzenli olarak dinlenmesi, not edilmesi ve sonucuna göre bebek sıkıntıda ise sezaryen açısından gecikmeden değerlendirilmesi gerekirken sık aralıklarla takip edilmediği açıktır. Açıklanan nedenlerden dolayı davalı idarenin maddi (Defin Masrafı) ve manevi zarardan sorumlu olduğu ve tazminat şartlarının oluştuğu görülmüştür.

Ancak, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 8.maddesinde; "*Her insanın hak ehliyeti vardır.*"; 28.maddesinde ise; "*Kişilik, çocuğun sağ olarak tamamıyla doğduğu anda başlar ve ölümle sona erer. Çocuk hak ehliyetini, sağ doğmak koşuluyla, ana rahmine düştüğü andan başlayarak elde eder.*" hükümleri yer almaktadır. Yasa koyucu anılan hükümlerle, çocuğun hak ehliyetini sağ ve tam doğmak koşuluyla ana rahmine düştüğü andan itibaren kazanacağını belirterek anne karnındaki cenine koşullu olarak hak ehliyeti tanımıştır. Buna göre ceninin kişiliğinden ve hak ehliyetinden bahsedebilmek için sağ ve tam doğmak koşullarının birlikte sağlanması gerekmektedir. Kişiliğin hangi anda kazanılacağı, kişinin hak ve yükümlülüklerine sahip olması ve hukuk düzenince

korunması yönünden önem taşır. Çocuğun hak ehliyetini, sağ doğmak koşuluyla ana rahmine düştüğü andan başlayarak elde edeceği belirtilerek, cenine de koşullu olarak hak ehliyeti tanınmasına ilişkin Medeni Kanun'un 28/2. maddesindeki yasal düzenlemenin amacı, miras hukuku ve özel hukuk bakımından açılacak davalar yönünden önem taşımaktadır. Miras hukuku yönünden sağ olarak doğmayan cenin mirasçı olamaz. Destekten yoksun kalma zararına ilişkin istemlerin yasal dayanağını oluşturan 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 53. maddesi uyarınca, ölenin desteğinden yoksun kalan kişilerin zararının karşılanması gerektiği hususunda kuşku bulunmamaktadır. Destek kavramı, gerçekleşmiş veya gerçekleşmesi umulan bir bakım ilişkisini gösterir. Eylemli ve düzenli olarak bir kimsenin geçiminin bir bölümü veya tümünü sağlayacak biçimde ona yardım eden veya olayların olağan akışına göre eğer ölüm meydana gelmeseydi az çok yakın bir gelecekte de bu yardımı sağlayacak olan kişi destek sayılır.

Dava konusu olayda, davacılarından ...'ın hamile olduğu, dosyadaki belgelerin tetkikinden davacıların bebeğinin henüz anne karnında iken vefat ettiği, ceninin daha doğmadan öldüğü, yukarıda yer verilen Kanun hükümleri uyarınca sağ olarak doğmadığı anlaşılmaktadır.

Bu hale göre, yukarıdaki açıklamalar ışığında, desteğinden yoksun kalındığı iddia edilen bebeğin tam ve sağlıklı olarak doğmuş olmadığı, anne karnında iken vefat ettiği, bu nedenle hukuk alanında kişilik kazanmadığı anlaşıldığından, kişilik kazanamayan ve hak ehliyeti de bulunmayan ceninin ileride davacılarla destek olacağına düşünülmesine hukuken imkan bulunmadığından, Mahkeme Kararının, davacıların destekten yoksun kalma tazminatı taleplerinin reddine dair kısmında hukuka aykırılık bulunmasa da, defin masraflarına ilişkin maddi tazminat ve manevi tazminat istemleri yönünden davanın reddi kısmında hukuki isabet bulunmamaktadır.

KARAR SONUCU :

Açıklanan nedenlerle;

1. Davacıların temyiz isteminin kısmen kabulüne, kısmen reddine,

2. Davanın yukarıda özetlenen gerekçeyle reddine ilişkin temyize konu Van 3. İdare Mahkemesinin 09/05/2014 tarih ve E:2013/119, K:2014/748 sayılı kararının, defin masraflarına ilişkin maddi tazminat ve manevi tazminat isteminin reddine ilişkin kısmının **BOZULMASINA,**

3. Destekten yoksun kalma tazminatı isteminin reddine ilişkin kısmının **ONANMASINA,**

4. Bozulan kısım hakkında yeniden bir karar verilmek üzere dosyanın anılan Mahkemeye gönderilmesine,

5. 2577 sayılı Kanun'un (geçici 8. maddesi uyarınca uygulanmasına devam edilen) 54. maddesinin 1. fıkrası uyarınca bu kararın tebliğ tarihini izleyen onbeş gün içerisinde kararın düzeltilmesi yolu açık olmak üzere, 09/10/2019 tarihinde onanan kısım yönünden oybirliği, bozulan kısım yönünden oyçokluğuyla karar verildi.

KARŞI OY:

Bakılan uyuşmazlıkta İdare Mahkemesince hükme esas alınan Adli Tıp Kurumu 1. İhtisas Kurulunun 19/02/2014 tarihli raporu ile Van Adli Tıp Şube Müdürlüğü adli tıp uzmanları ve Yüzüncü Yıl Üniversitesi kadın doğum uzmanı öğretim üyelerinden oluşan heyet raporu ve uzman doktor imzalı muhakkik bilirkişi raporları arasında çelişkiyi gidermek için dava konusu olayda görevli doktor hakkında taksirle ölüme neden olma suçundan açılan kamu davasında, Yargıtay bozma ilamı doğrultusunda, Erciş 3. Asliye Ceza Mahkemesinin 2016/247 Esas sayılı dosyasında Adli Tıp Kurumu Genel Kurulundan alınan 09/03/2017 tarihli raporda, dava konusu olayda görev alan doktor ve yardımcı sağlık personeline atfı kabil kusur bulunmadığının belirlenmesi karşısında maddi ve manevi tazminat şartlarının oluşmadığı anlaşıldığından davanın reddi yolundaki İdare Mahkemesi kararında hukuka aykırılık bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, temyize konu Kararın defin masraflarına ilişkin maddi tazminat ve manevi tazminat isteminin reddine ilişkin kısmının da onanması gerektiği görüşüyle aksi yöndeki çoğunluk kararına katılmıyoruz.

Çocuğun Sağlık Hakkına İlişkin Bölge İdare Mahkemesi ve İdare Mahkemesi Kararları

-
- *Karar No VII.31: Ankara Bölge İdare Mahkemesi 11. İdari Dava Dairesi E. 2019/7004 K. 2020/2256*
 - *Karar No VII.32: Ankara 9. İdare Mahkemesi E. 2018/2377 K. 2019/1832*
 - *Karar No VII.33: Ankara Bölge İdare Mahkemesi 7. İdari Dava Dairesi Y. D. İtiraz No. 2020/345*
 - *Karar No VII.34: Ankara 11. İdare Mahkemesi E. 2020/1726*
-

ANKARA BÖLGE İDARE MAHKEMESİ

11. İDARİ DAVA DAİRESİ

E. 2019/7004

K. 2020/2256

İSTİNAF BAŞVURUSUNDA

BULUNAN (DAVALI) : Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı

VEKİLİ :

DİĞER DAVALILAR : 1- Ankara Valiliği

VEKİLİ :

2- Pursaklar Kaymakamlığı- ANKARA

KARŞI TARAF (DAVACI) :

VEKİLİ :

İSTEMİN ÖZETİ : Davacının kızı ... için evde bakım hizmeti kapsamında bakıcı verilmesi talebiyle yapılan başvurunun reddine ilişkin işlemin iptaline karar verilmesi istemiyle açılan davada; davacının kızı için düzenlenen 15.10.2014 tarihli sosyal inceleme raporunda "sipinabifida, hidrosefali, yutkunma bozukluğu nedeniyle %98 oranında ağır engelli olduğu ve evde bakıma destek hizmetinden yararlandırılmasının uygun olacağı" yönünde görüş bildirildiği ve davalı idareler tarafından her ne kadar davacının evde bakım hizmeti kapsamında bakıcı verilmesi talebinin personel tahsis edilmesi halinde değerlendirileceği belirtilmiş olsa da, sosyal devlet ilkesinin doğal sonucu olarak çocukların korunmasını sağlamak için gerekli tedbirlerin alınmasının devletin temel yükümlülüğü olduğu, bedensel, zihinsel ve ruhsal engelleri nedeniyle yaşama gereklerine uyamama durumunda olan engelli bireylerin bakımının yapılmasının ve rehabilitasyon hizmetlerinden

yararlandırılmasının esas olduğu ve engellilere ikametgahlarında evde bakım hizmeti verilebileceğinin ve ailesi yanında evde bakımının öncelikli olduğu, dört yıl boyunca personel tahsisi yapılmamasının dava konusu işlemlerin gerekçesi olamayacağı sonucuna varıldığından, dava konusu işlemde hukuka uyarlık görülmediği gerekçesiyle, dava konusu işlemin iptaline ilişkin olarak Ankara 9. İdare Mahkemesi'nce verilen 19.09.2019 tarih ve E:2018/2377, K:2019/1832 sayılı kararın; hukuka aykırı olduğu ileri sürülerek kaldırılması ve davanın reddine karar verilmesi istenilmektedir.

SAVUNMANIN ÖZETİ : Savunma verilmemiştir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Karar veren Ankara Bölge İdare Mahkemesi 11. İdari Dava Dairesince dosya incelenerek gereği görüldü;

Ankara 9. İdare Mahkemesi'nce verilen karar; usul ve yasa hükümleri ile hukuka uygun olup kaldırılmasını gerektiren bir neden bulunmadığından, **İSTİNAF BAŞVURUSUNUN REDDİNE**, yargılama giderlerinin başvuruda bulunan üzerinde bırakılmasına, posta gideri avansından varsa artan miktarın başvurana iadesine, 25.06.2020 tarihinde oybirliğiyle ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun değişik 45/6. maddesi uyarınca **kesin olarak** karar verildi.

ANKARA 9. İDARE MAHKEMESİ

E. 2018/2377

K. 2019/1832

DAVACI :

VEKİLİ :

DAVALILAR : 1- AİLE, ÇALIŞMA VE SOSYAL HİZMETLER BAKANLIĞI

VEKİLİ :

2- ANKARA VALİLİĞİ

VEKİLİ :

3- PURSAKLAR KAYMAKAMLIĞI / ANKARA

DAVANIN ÖZETİ : Davacının kızı ... için evde bakım hizmeti kapsamında bakıcı verilmesi istemiyle yapılan başvurunun reddine ilişkin Pursaklar Kaymakamlığının 07.08.2018 tarih ve E.2242 sayılı işlemi ile Aile ve Sosyal Politikalar İl Müdürlüğünün 09.08.2018 tarihli işleminin; 2010 doğumlu kızının %98 oranında engelli olduğu, yaşam destek ünitesine bağlı olarak yaşamını sürdürdüğü, kesintisiz şekilde oksijen saturasyonu ve nabız takibi cihazlarla yapılan doğuştan engelli olduğu, kızının evde bakım destek hizmetinden yararlanabileceğinin Saray Engelsiz Yaşam ve Rehabilitasyon Merkezi tarafından düzenlenen raporla uygun görüldüğü, ilgili birimin kurulamaması veya personel tahsisinin yapılamamasının hukuk önünde hiçbir geçerliliğinin bulunmadığı, dava konusu işlemlerin hukuka aykırı olduğu ileri sürülerek iptali istenilmektedir.

AİLE, ÇALIŞMA VE SOSYAL HİZMETLER BAKANLIĞI SAVUNMA ÖZETİ : Pursaklar Kaymakamlığı Saray Engelsiz Yaşam Bakım ve Rehabilitasyon Merkezi Müdürlüğü bünyesinde evde bakım destek hizmet birimi oluşturulmasına ve 2015 yılı Ocak ayından itibaren hizmet verebilmesi

için 24.09.2014 tarihli onay işlemi yapıldığı, 28.04.2016 tarihli ve 1050 sayılı yazıyla Ankara İl Müdürlüğüne ...'nın talebinin uygun bulunduğu ile bir meslek ve üç bakım elemanı temin edildiği takdirde hizmet sunulabileceğinin bildirildiği, istenen personeller tahsis edilmediğinden talebin karsılanamadığı, dava konusu işlemlerin hukuka uygun olduğu belirtilerek davanın reddi gerektiği savunulmaktadır.

ANKARAVALİLİĞİ SAVUNMA ÖZETİ : Savunma dilekçesi verilmemistir.

PURSAKLAR KAYMAKAMLIĞI SAVUNMA ÖZETİ : Savunma dilekçesi verilmemistir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Karar veren Ankara 9. İdare Mahkemesince işin gereği görüldü:

Dava; davacının kızı ... için evde bakım hizmeti kapsamında bakıcı verilmesi istemiyle yapılan başvurunun reddine ilişkin Pursaklar Kaymakamlığının 07.08.2018 tarih ve E.2242 sayılı işlemi ile Aile ve Sosyal Politikalar İl Müdürlüğünün 09.08.2018 tarihli işleminin iptali istemiyle açılmıştır.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın "I. Ailenin korunması ve çocuk hakları" başlıklı 41. maddesinde; Aile, Türk toplumunun temelidir ve eşler arasında eşitliğe dayanır. Devlet, ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocukların korunması ve aile planlamasının öğretimi ile uygulanmasını sağlamak için gerekli tedbirleri alır, teşkilatı kurar. Her çocuk, korunma ve bakımdan yararlanma, yüksek yararına açıkça aykırı olmadıkça, ana ve babasıyla kişisel ve doğrudan ilişki kurma ve sürdürme hakkına sahiptir. Devlet, her türlü istismara ve şiddete karşı çocukları koruyucu tedbirleri alır." hükmüne, "XIII. Devletin iktisadi ve sosyal ödevlerinin sınırları" başlıklı 65. maddesinde ise; "Devlet, sosyal ve ekonomik alanlarda Anayasa ile belirlenen görevlerini, bu görevlerin amaçlarına uygun öncelikleri gözeterek mali kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getirir." hükmüne yer verilmiştir.

03.09.2010 tarih ve 27691 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yayımı tarihinde yürürlüğe giren Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Genel Müdürlüğü Özürlülerin Bakımı, Rehabilitasyonu ve Aile Danışmanlığı Hizmetlerine Dair Yönetmeliğin 1. maddesinde; "Bu Yönetmeliğin amacı; bedensel, zihinsel ve ruhsal özürleri nedeni ile yaşama gereklerine uyamama durumunda olan özürlü bireylerin, tespitini, incelenmesini, bakımını ve

rehabilitasyon hizmetlerinden yararlandırılmalarını, özürlü ve özürlü ailelerine danışmanlık hizmetini, bu hizmetlerin niteliğine ve işleyişine ilişkin usul ve esasları, personelin görev, yetki ve sorumluluklarını belirlemektir.” hükmüne, 4. maddesinde; “Bu Yönetmelikte geçen; ... e) Evde bakıma destek hizmeti: Meslek elemanlarının önerileri doğrultusunda, özürlüye bakıcı personel tarafından ikametgâhında bakım hizmeti verilmesi ile özürlüye ve ailesine psiko-sosyal destek hizmetleri sunulmasını,... i) Özürlü: Doğuştan veya sonradan herhangi bir nedenle bedensel, zihinsel, ruhsal, duyuşsal ve sosyal yeteneklerini çeşitli derecelerde kaybetmesi nedeniyle toplumsal yaşama uyum sağlama ve günlük gereksinimlerini karşılama güçlükleri olan ve korunma, bakım, rehabilitasyon, danışmanlık ve destek hizmetlerine ihtiyaç duyan kişiyi,...ifade eder.” hükmüne, 7. maddesinde; “Özürlülere yönelik hizmetlerin genel esasları aşağıda belirtilmiştir. a) Özürlülerin ailesi yanında evde bakımına öncelik verilir...” hükmüne; 37. maddesinde; “Evde bakıma destek hizmeti, evde bakıma destek hizmetine ihtiyaç duyan özürlüyü, evde bakıma destek hizmetini sunacak merkezi ve personeli kapsar.” hükmüne, 38. maddesinde; “(1) Merkez aracılığıyla özürlü bireye ikametgâhında bakım hizmeti verilebilir. (2) Bu durumda merkez bünyesinde en az bir meslek elemanından ve yeterli sayıda bakıcı personelden evde bakıma destek hizmet birimi oluşturulur. (3) Evde bakıma destek hizmet birimi kuruluş müdürünün gözetim ve denetiminde çalışır. (4) Evde bakıma destek hizmet biriminde görevli bir meslek elemanının hazırlayacağı bireysel bakım planı doğrultusunda bakıcı personel tarafından bakım hizmeti verilir. (5) Evde bakıma destek hizmet biriminde görevli en az bir meslek elemanı veya ihtiyaç hâlinde kuruluş müdürünün uygun göreceği farklı bir meslek elemanı özürlü bireyi ve ailesini en az üç ayda bir düzenli olarak ikametgâhında ziyaret ederek bakım hizmetlerinin sunumunu takip eder, özürlü bireye ve ailesine aile danışmanlığı hizmetlerini verir.” hükmüne, 39. maddesinde de; “(1) Merkez tarafından sunulacak evde bakıma destek hizmeti merkezin imkânları dâhilinde sunulur. (2) Evde bakıma destek birimi tarafından, bir bakıcı personelin bir günde en fazla üç özürlüye evde bakıma destek hizmeti verebileceği şekilde planlama yapılır. Evde bakıma destek hizmeti sunulacak özürlülerin sayısı dikkate alınarak, bakıcı personel ihtiyacının atama yoluyla veya bakım hizmetlerinin hizmet alımı yoluyla karşılanması talebi Genel Müdürlüğe bildirilir. Genel Müdürlük bütçe imkânları dâhilinde atama yapar veya hizmet alımı yetkisi verir. (3) Evde bakıma destek hizmet birimi kuruluş müdürünün teklifi ve il müdürlüğü onayı ile oluşturulur. (4) Evde bakıma destek hizmetinden

yararlanmak için yapılacak müracaatlarda özürlüye ait özürlü sağlık kurulu raporu istenir. Özürlünün bulaşıcı hastalığı ve madde bağımlılığının olması durumunda bu husus raporda belirtilir. (5) Başvurusu kabul edilen, istenen belgeleri tamamlanan ve sosyal inceleme raporu hazırlanan özürlünün, evde bakıma destek hizmetinden yararlandırılmasının uygun olacağını tespiti hâlinde aşağıdaki işlemler yapılır. a) Dosya kuruluş müdürlüğü tarafından evde bakıma destek birimine havale edilir. b) Evde bakıma destek birimi; dosyayı ve özürlü bireyi; sosyo-ekonomik ve psikolojik öncelik gerektiren durumları, merkezin kapasitesi ve personel durumunu da dikkate alarak değerlendirir. c) Değerlendirme neticesinde; özürlünün evde bakıma destek hizmetlerinden yararlandırılmasının teklif edilmesi hâlinde dosya kuruluş müdürünün onayına sunulur. ç) Kuruluş müdürünün onayını müteakiben evde bakıma destek birimi tarafından bireysel bakım planı hazırlanır. d) Bireysel bakım planı çerçevesinde hizmet yürütülür. (6) Merkez imkânlarının yeterli olmaması nedeniyle özürlünün kabul edilmesinin mümkün olmaması hâlinde durum özürlüye veya yasal temsilcisine bildirilir ve dosya daha sonra değerlendirilmek üzere kayıtlara alınır." hükmüne yer verilmiştir.

Dava dosyasının incelenmesinden, Hacettepe Üniversitesi Hastaneleri İhsan Doğramacı Çocuk Hastanesinin 27.04.2011 tarih ve 316 sayılı raporuyla davacının kızı ...'ın %98 oranında ağır engelli olduğunun tespit edildiği, 18.08.2014 tarihinde davacı tarafından Aile ve Sosyal Politikalar İl Müdürlüğüne başvuruda bulunarak evde bakım hizmetinden yararlanma talebinde bulunulduğu, Ankara Valiliği Aile ve Sosyal Politikalar İl Müdürlüğü'nün 15.09.2014 tarih ve 136953 sayılı yazısıyla Pursaklar Kaymakamlığı Saray Engelsiz Yaşam Bakım ve Rehabilitasyon Merkezi Müdürlüğüne yazı yazılarak "*Konuyla ilgili gerekli değerlendirmenin yapılarak Evde Bakıma Destek Biriminin oluşturulması için gerekli işlemlerin başlatılmasının*" istenildiği, 24.09.2014 tarihli Ankara Aile ve Sosyal Politikalar İl Müdürü Olur'uyla Pursaklar Kaymakamlığı Saray Engelsiz Yaşam Bakım ve Rehabilitasyon Merkezi Müdürlüğünde "Evde Bakıma Destek Hizmet Birimi" oluşturularak 2015 yılı Ocak ayından itibaren hizmet verilmesinin kararlaştırıldığı, 15.10.2014 tarihinde davacının ikametgahında sosyal inceleme yapıldığı, Pursaklar Kaymakamlığı Saray Engelsiz Yaşam Bakım ve Rehabilitasyon Merkezi Müdürlüğü'nün 17.11.2014 tarih ve 3021 sayılı yazısıyla Evde Bakıma Destek Hizmetlerinden yararlanmak isteyenlere 2015 yılı Ocak ayından itibaren personel ve donanım açısından gerekli çalışmaların başlatılabileceği hususunun Ankara Aile ve Sosyal Politikalar

İl Müdürlüğüne bildirildiği, 15.10.2014 tarihinde yapılan sosyal inceleme neticesinde sosyal hizmet uzmanı tarafından düzenlenen 13.12.2014 tarih ve 9307 sayılı sosyal inceleme raporunda *“Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Genel Müdürlüğü Özürlülerin Bakımı, Rehabilitasyonu Ve Aile Danışmanlığı Hizmetlerine Dair Yönetmeliğin 38. maddesine göre evde bakıma destek hizmetinden yararlandırılmasının uygun olacağı”* kanaatine yer verildiği, Pursaklar Kaymakamlığı Saray Engelsiz Yaşam Bakım ve Rehabilitasyon Merkezi Müdürlüğü'nün 30.05.2015 tarih ve 792 sayılı yazısıyla Evde Bakıma Destek Hizmetlerinden yararlanmak isteyen engelli bireylere ikametgahında hizmet verilebilmesi için bir meslek elemanına ihtiyaç duyulduğu hususunun Ankara Aile ve Sosyal Politikalar İl Müdürlüğüne bildirildiği, Pursaklar Kaymakamlığı Saray Engelsiz Yaşam Bakım ve Rehabilitasyon Merkezi Müdürlüğü'nün 19.02.2016 tarih ve 485 sayılı yazısıyla Evde Bakıma Destek Hizmetlerinden yararlanmak isteyen engelli bireylere ikametgahında hizmet verilebilmesi için bir meslek elemanına ve üç bakım elemanına ihtiyaç duyulduğu hususunun Ankara Aile ve Sosyal Politikalar İl Müdürlüğüne bildirildiği, Pursaklar Kaymakamlığı Saray Engelsiz Yaşam Bakım ve Rehabilitasyon Merkezi Müdürlüğü'nün 28.04.2016 tarih ve 1050 sayılı yazısıyla Evde Bakıma Destek Hizmetlerinden yararlanmak isteyen engelli bireylere ikametgahında hizmet verilebilmesi için bir meslek elemanına ve üç bakım elemanına ihtiyaç duyulduğu hususunun Ankara Aile ve Sosyal Politikalar İl Müdürlüğüne bildirildiği, davacı tarafından %98 ağır engelli kızı ... için evde bakım hizmeti kapsamında bakıcı verilmesi istemiyle 28.07.2018 tarihinde CİMER'e ve 03.08.2018 tarihinde Pursaklar Kaymakamlığı Saray Engelsiz Yaşam Bakım ve Rehabilitasyon Merkezi Müdürlüğüne başvuruda bulunduğu, başvurusunun Pursaklar Kaymakamlığının 07.08.2018 tarihli E.2242 sayılı işlemiyle *“Ankara Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler İl Müdürlüğünden evde bakıma destek hizmeti biriminin kurulabilmesi ve hizmetin yürütülebilmesi için talep edilen personel tahsis edildiğinde talebinin değerlendirilmeye alınabileceği”* gerekçesiyle reddi ve Aile ve Sosyal Politikalar İl Müdürlüğü'nün 09.08.2018 tarihli işlemiyle CİMER üzerinden reddi üzerine de görülmekte olan davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

Mahkememizin 17.04.2019 tarihli ara kararıyla davalı idarelerden *“Davacının başvuruda bulunduğu Merkez bünyesinde evde bakım hizmeti yöntemiyle yatılı ya da gündüz olmak üzere toplam kaç kişiye hizmet verildiğinin ve bu kişilere kaç personel tahsis edildiğinin sorularak buna ilişkin bilgi ve belgelerin onaylı örneğinin gönderilmesinin istenilmesine,”*

karar verildiği, davalı idareler tarafından verilen ara kararı cevaplarında evde bakım destek hizmeti birimi için kuruluştaki görevli hiç personelin bulunmadığı, dolayısıyla kimseye hizmet verilmediği şeklinde ara kararına cevap verildiği görülmektedir.

Olayda, Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Genel Müdürlüğü Özürlülerin Bakımı, Rehabilitasyonu ve Aile Danışmanlığı Hizmetlerine Dair Yönetmeliğinin 03.09.2010 tarihinde yürürlüğe girdiği, 24.09.2014 tarihli Ankara Aile ve Sosyal Politikalar İl Müdürü Olur'uyla Pursaklar Kaymakamlığı Saray Engelsiz Yaşam Bakım ve Rehabilitasyon Merkezi Müdürlüğünde "Evde Bakıma Destek Hizmet Birimi" oluşturularak 2015 yılı Ocak ayından itibaren hizmet verilmesinin kararlaştırıldığı, Pursaklar Kaymakamlığı Saray Engelsiz Yaşam Bakım ve Rehabilitasyon Merkezi Müdürlüğünün 17.11.2014 tarihli, 30.05.2015 tarihli, 19.02.2016 tarihli, 28.04.2016 tarihli, 07.08.2018 tarihli yazılarıyla Ankara Aile, Çalışma ve Sosyal Politikalar İl Müdürlüğüne yazı yazılarak Evde Bakıma Destek Hizmetlerinden yararlanmak isteyen engelli bireylere ikametgahında hizmet verilebilmesi için bir meslek elemanına ve üç bakım elemanına ihtiyaç duyulduğu hususunun belirtildiği, ancak Ankara Aile, Çalışma ve Sosyal Politikalar İl Müdürlüğünce personel tahsisinin dört yıl boyunca yapılmadığı görülmektedir.

Bu durumda, davacının kızı için düzenlenen 15.10.2014 tarihli sosyal inceleme raporunda "*sipinabifida, hidrosefali, yutkunma bozukluğu nedeniyle %98 oranında ağır engelli olduğu ve evde bakıma destek hizmetinden yararlandırılmasının uygun olacağı*" yönünde görüş bildirildiği ve davalı idareler tarafından her ne kadar davacının evde bakım hizmeti kapsamında bakıcı verilmesi talebinin personel tahsis edilmesi halinde değerlendirileceği belirtilmiş olsa da, yukarıda yer verilen mevzuat hükümlerinden sosyal devlet ilkesinin doğal sonucu olarak çocukların korunmasını sağlamak için gerekli tedbirlerin alınmasının devletin temel yükümlülüğü olduğu, bedensel, zihinsel ve ruhsal engelleri nedeniyle yaşama gereklerine uyamama durumunda olan engelli bireylerin bakımının yapılmasının ve rehabilitasyon hizmetlerinden yararlandırılmasının esas olduğu ve engellilere ikametgahlarında evde bakım hizmeti verilebileceğinin ve ailesi yanında evde bakımının öncelikli olduğu, dört yıl boyunca personel tahsisi yapılmamasının dava konusu işlemlerin gerekçesi olamayacağı sonucuna varıldığından, dava konusu işlemlerde hukuka uyarlık görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle; dava konusu işlemin **iptaline**, aşağıda dökümü gösterilen 507,40.-TL yargılama giderinin ve A.A.Ü.T. uyarınca belirlenen 1.362,00.-TL avukatlık ücretinin davalı idarelerden müştereken alınarak davacıya verilmesine, artan posta ücretinin kararın kesinleşmesinden sonra davacıya iadesine, kararın tebliğinden itibaren 30 gün içerisinde Ankara Bölge İdare Mahkemesine istinaf yolu açık olmak üzere 19/09/2019 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

ANKARA BÖLGE İDARE MAHKEMESİ

7. İDARİ DAVA DAİRESİ

Y.D. İtiraz No. 2020/345

YÜRÜTMENİN DURDURULMASI İSTEMİ HAKKINDA

VERİLEN KARARA İTİRAZ EDEN (DAVALILAR) : 1- Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı (e-tebligat)

VEKİLİ :

2- Türkiye İlaç ve Tıbbi Cihaz Kurumu (e-tebligat)

3- Sağlık Bakanlığı (e-tebligat)

VEKİLLERİ :

KARŞI TARAF (DAVACI) :

VEKİLİ :

İSTEMİN ÖZETİ : Davacıya velayeten anne ve babası tarafından, davacı bebek ...'ın Spinal Musküler Atrofi olarak adlandırılan SMA hastası olduğu, bundan bahisle son zamanlarda geliştirilen ve bu hastalığın tedavisinde büyük fayda sağlayan '... ' isimli ilacın yurt dışından tedariki ve kullanımı istemiyle yapılan 11.06.2020 tarihli başvurunun cevap verilmeyerek zımnen reddine ilişkin Türkiye İlaç ve Tıbbi Cihaz Kurumu işleminin iptali ve yürütmenin durdurulması istemiyle açılan davada; her ne kadar davalı idareler tarafından, davacı için yapılan başvuru sonrasında klinik çalışmaların devam ettiği ve henüz ... ilacının gen tedavisindeki etkililiğine, yan etki profiline ve uzun dönem etkilerine ilişkin bir sonuç alınamadığı ve değerlendirme sürecinin devam ettiği belirtilmekte ise de; davacı bebeğin 30.08.2019 tarihinde dünyaya geldiği, davanın açıldığı tarih itibarıyla yaklaşık 12 aylık olduğu ve ... ilacının özellikle 2 yaşına kadar olan bebeklere uygulandığı ve 2 yaşın altındaki bebeklerde iyileşme sağlandığının ortaya konulduğu, yine yapılan açık kaynak araştırmasına

göre ülkemizin yakın geçmişte üyesi olduğu Uluslararası Uyum Konseyinin (ICH) üyesi bulunan FDA (Amerikan Gıda ve İlaç Kurumu-U.S. Food and Drug Administration) tarafından 2 yaşın altındaki bebeklerde uygulanmasına ilişkin ruhsat başvurusunun kabul edildiği, ayrıca yine ICH'nin üyesi olan EMA (Avrupa İlaç Kurumunu-European Medicines Agency) tarafından ise 2 yaşın altındaki ve üstündeki çocuklara uygulanmasına onay verildiği, davalı Sağlık Bakanlığı ve Türkiye İlaç ve Tıbbi Cihaz Kurumunca yapılan klinik çalışmalarda ... ilacının etkililiğine, yan etkisine ve uzun dönem etkilerine ilişkin kesin bir sonuç elde edilememiş olsa da yapılan çalışmalara bakıldığında olumlu etkilerinin bulunduğu ve ilacın uygulandığı bebeklerde olumlu gelişmelerin gözlemlendiğinin açık olduğu, nitekim davacı bebeğin, ilerleyen süreçte iki yaşını doldurması durumunda uygulanacak olan ... tedavisinden fayda elde edilemeyebileceği, öte yandan dava dilekçesinde belirtildiği üzere davacıya velayeten anne ve babanın ... ilacının sadece yurt dışı ilaç kullanımına izin verilmesi yönünde başvuruda buldukları, diğer bir ifade ile ilacın kullanımına izin verilmesi istemiyle başvuru yapıldığı, ilaç firmasının ilacın ithalatına izin verilmesi durumunda fiyat avantajı sağlayacağına ilişkin bilgiler nedeniyle uygulamanın ülkemizde yaptırılacağına ilişkin beyanlarının bulunduğu hususları hep birlikte değerlendirildiğinde; gerek Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 2. maddesinde Türkiye Cumhuriyeti Devletinin sosyal bir Devlet olduğu ve 'Devletin temel amaç ve görevleri'nin düzenlendiği 5. maddesi ile 'Sağlık hizmetleri ve çevrenin korunması' başlıklı 56. maddesi hükümleri ile 1262 sayılı Kanunun Ek 7. maddesi hükümleri gereğince, davacı bebeğin tedavisi için uygulanacak olan ... isimli ilacın ülkemizde kullanılması için, Yurt Dışı İlaç Kullanımına izin verilmesi istemiyle yapılan başvurunun reddine ilişkin işlemde hukuka ve hakkaniyete uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle yürütmenin durdurulması isteminin kabulü yönünde Ankara 11. İdare Mahkemesince verilen 27/11/2020 tarih ve E:2020/1726 sayılı kararın davalı idarelerce itirazın incelenerek kaldırılması ve yürütmenin durdurulması talebinin reddine karar verilmesi istenilmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Karar veren Ankara Bölge İdare Mahkemesi 7. İdari Dava Dairesince dava dosyası incelenerek işin gereği görüşüldü:

Dava dosyasında mevcut bilgi ve belgelere göre, mahkemece yürütmenin durdurulması istemi hakkında verilen kararda yasaya aykırılık bulunmadığından,

Karar Numarası: VII. 33

itiraz istemlerinin 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 27. maddesinin 7. fıkrası uyarınca REDDİNE, 09/12/2020 tarihinde kesin olarak oybirliğiyle karar verildi.

ANKARA 11. İDARE MAHKEMESİ

E. 2020/1726

YÜRÜTMENİN DURDURULMASINI İSTEYEN (DAVACI) :

VEKİLİ :

KARŞI TARAF (DAVALILAR) : 1- SAĞLIK BAKANLIĞI -UETS[35756-76579-89740]

2- TÜRKİYE İLAÇ VE TIBBİ CİHAZ KURUMU-UETS[35750-60572-77820]

3- SOSYAL GÜVENLİK KURUMU BAŞKANLIĞI

VEKİLİ :

İSTEMİN ÖZETİ : Davacıya velayeten anne ve babası tarafından, davacı bebek ...'ın Spinal Musküler Atrofi olarak adlandırılan SMA hastası olduğu, bundan bahisle son zamanlarda geliştirilen ve bu hastalığın tedavisinde büyük fayda sağlayan '..' isimli ilacın yurt dışından tedariki ve kullanımı istemiyle yapılan 11.06.2020 tarihli başvurunun cevap verilmeyerek zimnen reddine ilişkin Türkiye İlaç ve Tıbbi Cihaz Kurumu işleminin; SMA hastalığının tedavisinin son derece pahalı olduğu, şu an Türkiye'deki tedavilerde S. isimli ilacın kullanıldığı ve hastanın yaşamı boyunca bu ilacı kullanması gerektiği, ... isimli ilacın ise hastalığın tedavisinde büyük fayda sağladığı ve yaklaşık bir saat süren tek seferlik bir tedaviyi kapsadığı, diğer bir ifade ile bu ilacın eksik veya çalışmayan SMN1 geninin işlevini değiştirerek hastalığın genetik kök nedenini ele almak için tasarlanmış tek seferlik bir gen tedavisi olduğu, ... tedavisinin şu an için sadece yurt dışında yapılan bir tedavi olduğu ve maliyetinin 2,4 milyon doları bulduğu, bu ilacın ithalatının gerçekleştirilmesi durumunda ilaç firmasının Türkiye'deki tedavi için teklifinin yaklaşık 730.000 dolara ineceği, mevcutta kullanılan S. ilacının ömür boyu kullanılması gerektiği ve sadece hastalığı yavaşlatmaya yönelik bir tedavi sağladığı, oysa ki ... ilacının tek seferlik bir iğne olarak uygulandığı ve SMN1 geninin yerine geçip hastalığı

ortadan kaldırdığı, çocuklarının iyileşebilmesi için bu ilacın Türkiye'ye ithalatı için davalı kurumun onay vermesi veya ilacın kurum tarafından yayımlanan yurt dışı aktif ilaç listesinde yer verilmesi gerektiği ileri sürülerek, iptali ve yürütmenin durdurulması istenilmektedir.

SAĞLIK BAKANLIĞI VE TÜRKİYE İLAÇ VE TIBBİ CİHAZ KURUMU BAŞKANLIĞI'NIN SAVUNMALARININ ÖZETİ:

Spinal Muskuler Atrofi tanısında ülkemizde ruhsatlı olmamakla birlikte yurt dışı ilaç listesinde bulunan Nusinersen **Sodium** etkin maddeli ilacın Kurumun hasta bazlı onayını takiben kullanılmakta olduğu, ilgili hastanın tedavisinde Nusinersen Sodium kullanımına ilişkin Kurumun müdavi hekimi tarafından yapılan 16.11.2019 tarihli başvurunun değerlendirildiği ve 29.11.2019 tarih ve E.201434 sayılı yazı ile ilgili ilacın ilk 4 dozluk yükleme tedavisinin uygun görüldüğü, hasta için Nusinersen kullanımına yönelik olarak yapılan 22.05.2020 tarih ve E.245372 sayılı başvurunun da değerlendirildiği ve 23.05.2020 tarih ve E.124120 sayılı yazı ile ilacın 5. dozunun kullanımının uygun görüldüğü, başvurular değerlendirildiğinde hastanın mevcut durumunda Nusinersen Sodium tedavisi öncesinde CHOP INTEND (çocukluk çağı nöromuskuler gelişim bozukluklarında motor becerilerinin değerlendirildiği test) skorunun 18 puan olduğu, yükleme tedavisi sonrasında 5. doz öncesinde CHOP INTEND skorunun 46 puana ulaştığının belirtildiği, davacıların bebeklerinin Nusinersen Sodium etkin maddeli ilaçla tedaviden fayda gördüğünün objektif olarak hekimi tarafından kanıtlandığı ve Kurumun bilimsel komisyonları tarafından tedavinin devamı olan 5.dozun kullanımının uygun görüldüğü, diğer yandan, FDA tarafından 24.05.2019 tarihinde onasemnogene abeparvovec-ioi etkin maddeli '...' isimli ürünün 2 yaşın altındaki SMN1 geninde bialellik mutasyonlu SMA tanılı hastalarda ruhsatlandırıldığı, ... adenovirusün özel yöntemlerle vektör olarak kullanıldığı gen tedavisi ürünü olduğu, Adeno-Associated Virus ailesine mensup olup AAV9 adı verilen bir virüs üzerinde taşındığı, bu virüsün kana veya omurilik sıvısına enjekte edildiği, tedavi eden ilacın bu şekilde çalışan bir SMN1 genini (kasları kontrol eden) motor sinir hücrelerine iletmek üzere merkezi sinir sistemine girdiği, ... ekstremiteleri paralitik olmayan ve kalıcı ventilatör desteği olmayan hastalarda endike olduğu, ilacın önerilen dozu kg başına 1.11014 vektor genomudur (vg) ilacın klinik çalışmasına (start çalışması) 6 aylıktan küçük tip 1 SMA tanılı hastalar (15 hasta) dahil edildiği ve 20 aya kadar takip edildiği, yüksek dozluk kohort grubundaki hasta sayısının 12 olduğu, çalışmada ilaç intravenöz infüzyonla uygulandığı, çalışmaya dahil edilen hastaların hepsi için geçirilmiş adenovirus enfeksiyonu açısından test

yapıldığı, 12 hastadan 11 tanesinin başını tutabildiği, 9 hastanın dönebildiği, 9 hastanın 30 saniye desteksiz oturduğu, tedavinin 1. ayının sonunda CHOP INTEND ortalama 9,8 puan, 3.ayın sonunda 15,4 puan arttığı, çalışma sonunda CHOP 24,6 puan arttığı, 11 hastanın CHOP puanınının 40 ve üstünde çıktığı, tip 2 SMA tanılı 5 yaşına kadar olan 27 hastanın dahil edildiği çalışmanın devam ettiği, bu verilen doğrultusunda ilacın uzun dönemli etkileri ve yan etkileri konusunda henüz yeterli bilimsel veri olmadığı, mevcut durumda, Bakanlık bünyesinde ilgili gen tedavisinin erişimine, etkililiğine, yan etki profiline ve uzun dönem etkilerine ilişkin değerlendirme sürecinin devam ettiği, öte taraftan, hastaların, hekimlerinin tedavi için uygun gördüğü ilacın, yeterli bilimsel kanıt olmadıkça Kurum tarafından onaylanmasının mümkün olmadığı, Kuruma hasta bazında gelen yurt dışı ilaç kullanım başvurularının yine hasta bazında değerlendirildiği, hiçbir zaman genel bir kural olmadığı, başvuruların bilimsel açıdan incelendiği ve hastaların kullanılmak istenilen ilaçtan fayda görüp görmeyeceği ve ilacın olası yan etkilerinin değerlendirildiği, hiçbir zaman ilacın fiyatının, ekonomik boyutunun dikkate alınmadığı, başvuruların hasta bazında yapıldığı ve değerlendirildiği, esasen yaşam hakkını korumak maksadı ile hastaya zarar vermeyeceğinin ortaya konulamadığının anlaşılması sonucunda talebin onaylanmasının henüz mümkün bulunmadığı gerekçesiyle tesis edilen işlemin, yasa ile tevdi edilen yetki ve görev çerçevesinde tesis edilmiş olduğu ve yapılan başvuru ile ilgili olarak idarenin değerlendirme görev ve sorumluluğunun bulunduğu, işlemin hukuka uygun olduğu belirtilerek davanın reddi gerektiği savunulmaktadır.

SOSYAL GÜVENLİK KURUMU BAŞKANLIĞI'NIN SAVUNMASININ ÖZETİ: Usule ilişkin olarak; davanın süresinde açılmadığı, esasa ilişkin olarak ise; dava konusu işlemin hukuka uygun olduğu belirtilerek davanın reddi gerektiği savunulmaktadır.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Karar veren Ankara 11. İdare Mahkemesi'nce, davalı Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığının usule ilişkin itirazı yerinde görülmeyle, yürütmenin durdurulması istemi hakkında gereği görüldü:

Dava; davacıya velayeten anne ve babası tarafından, davacı bebek ...'ın Spinal Musküler Atrofi olarak adlandırılan SMA hastası olduğu, bundan bahisle son zamanlarda geliştirilen ve bu hastalığın tedavisinde büyük fayda sağlayan

'..' isimli ilacın yurt dışından tedariki ve kullanımı istemiyle yapılan 11.06.2020 tarihli başvurunun cevap verilmeyerek zımnen reddine ilişkin Türkiye İlaç ve Tıbbi Cihaz Kurumu işleminin iptali istemiyle açılmıştır.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 'Cumhuriyetin Nitelikleri' başlıklı 2.maddesinde; *"Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk Devletidir."* hükmü, 'Devletin temel amaç ve görevleri' başlıklı 5. maddesinde; *"Devletin temel amaç ve görevleri, Türk milletinin bağımsızlığını ve bütünlüğünü, ülkenin bölünmezliğini, Cumhuriyeti ve demokrasiyi korumak, kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak; kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmaktır."* hükmü, 'Sağlık hizmetleri ve çevrenin korunması' başlıklı 56.maddesinde; *"..Devlet, herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak; insan ve madde gücünde tasarruf ve verimi artırarak, işbirliğini gerçekleştirmek amacıyla sağlık kuruluşlarını tek elden planlayıp hizmet vermesini düzenler. Devlet, bu görevini kamu ve özel kesimlerdeki sağlık ve sosyal kurumlarından yararlanarak, onları denetleyerek yerine getirir..."* hükmü yer almaktadır.

3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanununun 3.maddesinde; *"Sağlık hizmetleriyle ilgili temel esaslar şunlardır: a) Sağlık kurum ve kuruluşları yurt dışında eşit, kaliteli ve verimli hizmet sunacak şekilde Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığınca, diğer ilgili bakanlıkların da görüşü alınarak planlanır, koordine edilir, mali yönden desteklenir ve geliştirilir... k) Koruyucu, teşhis, tedavi ve rehabilite edici hizmetlerde kullanılan ilaç, aşı, serum ve benzeri biyolojik maddelerin üretiminin ve kalitesinin teşvik ve temini esas olup, her türlü müstahzar, terkip, madde, malzeme, farmakope mamülleri, kozmetikler ve bunların üretiminde kullanılan ham ve yardımcı maddelerin ithal, ihraç, üretim, dağıtım ve tüketiminin, amaç dışı kullanılmak suretiyle fizik ve psişik bağımlılık yapan veya yapma ihtimali bulunan madde, ilaç, aşı, serum ve benzeri biyolojik maddeler ile diğer terkiplerin kontrolüne, murakabesine ve bunların yurt içinde ve yurt dışında ücret karşılığı kalite kontrollerini yaptırmaya, özel mevzuata göre ruhsatlandırma, izin ve fiyat verme işlerini yürütmeye Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığı yetkilidir. Özel mevzuatına göre izin veya ruhsat*

alınmamış ilaç ve terkiplerin üretimi, ithali, satışı ile ruhsat veya izin alınmış dahi olsa ilaç ve terkiplerin bilimsel araştırma amacıyla Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığı ve ilgili kişinin rızası olmadan insan üzerinde kullanımı yasaktır. I) (Ek: 30/5/1997- KHK - 572/24 md.) Engelli çocuk doğumlarının önlenmesi için, gebelik öncesi ve gebelik döneminde tıbbi ve eğitsel çalışmalar yapılır. Yeni doğan bebeklerin metabolizma hastalıkları için gerekli olan testlerden geçirilerek risk taşıyanların belirlenmesine ilişkin tedbirler alınır..." hükmüne yer verilmiştir.

Öte yandan; 1262 sayılı İspençiyari ve Tıbbi Müstahzarlar Kanununun 4.maddesinde; " *Kodeksde dahil olmadığı halde birinci maddede zikrolunan ispençiyari ve tıbbi müstahzarlar evsafını haiz olmayıp bir vahdeti kimyeviye arzeden ve sanayii kimyeviye fabrikaları tarafından hastalıkların tedavisinde istimal edilmek üzere yeniden ticarete çıkarılan kimyevi ve tıbbi maddelerin dahi hini ithallerinde Sıhhiye ve Muaveneti İçtimaiye Vekaletinden müsaadei resmîye alınır.*" hükmü, 5.maddesinde; " *Türkiye'de ispençiyari ve tıbbi mevât ve müstahzarat imaline ve bu maksatla laboratuvar veya fabrika küşadına Türk tabip, eczacı ve kimyager ve ihtisaslarına taallük eden maddeler için de veteriner ve dış tabibi bir mesul müdürün mesuliyeti altında hakiki ve hükmi şahıslar salahiyettardır..."* hükmü, 6.maddesinde; " *5 inci maddede zikredilen şartlar dahilinde yapılacak müstahzarların müsaadesini almak için evvelemirde bir istida ile Sıhhat ve İçtimai Muavenet Vekaletine müracaat olunur. Bu istida ile beraber müstahzarlardan beş nümune ve cinsi ve miktarı sarîh olarak tayin edilmiş olmak şartıyla müstahzarı terkip eden maddeleri bildirir tasdikli bir formül ve müstahzarın ambalajına mahsus kab ve saire ve tarifname nümune ve suretleri gönderilir ve müstahzarın toptan ve perakende satış fiyatları da bildirilir..."* hükmü, 7.maddesinde; " *6 ncı maddede yazılı istida ve numuneler Sağlık Bakanlığınca veya Sağlık Bakanlığınca yetkilendirilen laboratuvarlarda tetkik ve tahlil edilerek aşağıda yazılı şartların mevcudiyeti halinde izin verilmesine mütaallik muamele yapılır: A) Müsaade talep eden kimsenin bu kanunla tayin edilmiş olan salahiyeti haiz olması; B) Tevdi edilen formülün müstahzar halinde ticarete arzedilmesinde fayda bulunması; C) Kullanılmasında sıhhi mahzur bulunmaması; D) Sanata muvafık yapılması ve uzun müddet muhafazası halinde bozulmağa müsait olmaması; E) Tahlil ve tetkik neticesinde formülüne uygun ve bildirilen tedavi vasıflarını haiz olması; F) Fiyatının muvafık ve isminin uygun bulunması. Müstahzarın tabip reçetesiyle veya reçeteye lüzum olmadan serbestçe satılması hususu vekaletçe tayin ve ruhsatnamede zikredilir..."* hükmü, 9. maddesinde; " *Memlekette yapılacak*

veya dışardan getirilecek müstahzarlara ait istidaların Sıhhat ve İçtimai Muavenet Vekaletine geldiği tarihten itibaren nihayet iki ay zarfında muamelesi bitirilerek istida sahibine cevap verilir. Şu kadar ki müstahzar üzerinde fenni tetkikler icrası veya şifai tesirlerinin tecrübelerle tesbiti icabeylediği hallerde bu müddet lüzumu kadar uzatılabilir." hükmü, son olarak Ek 7. Maddesinde ise; **"Tetkik veya tecrübe edilmek veya şahsi tedavide kullanılmak ve Sıhhat ve İçtimai Muavenet Vekaletince kabul edilecek miktarı aşmamak üzere ruhsatnameyi haiz olmıyan müstahzarlarla bunlardan ticarete çıkarılmamak şartıyla resmi müesseseler veya amme menfaatlerine hadim hayır cemiyetleri namına gelecek olanların dışardan memlekete ithaline Sıhhat Vekaletince müsaade edilebilir."** hükmü yer almaktadır.

Bakanlıklara Bağlı, İlgili, İlişkili Kurum ve Kuruluşlar ile Diğer Kurum ve Kuruluşların Teşkilatı Hakkında 4 Sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin Türkiye İlaç ve Tıbbi Cihaz Kurumunun düzenlendiği otuzaltıncı bölümünün 508.maddesinde; *"..(1) Kurumun görev, yetki ve sorumlulukları şunlardır: a) Görev alanına giren ürünlerin ruhsatlandırılması, üretimi, depolanması, satışı, ithalatı, ihracatı, piyasaya arzı, dağıtımı, hizmete sunulması, toplatılması ve kullanımları ile ilgili kural ve standartları belirlemek, bu faaliyetleri yürütecek kamu ve özel hukuk tüzel kişileri ile gerçek kişilere izin vermek, ruhsatlandırmak, denetlemek ve gerektiğinde yaptırım uygulamak, laboratuvar analizlerini yapmak veya yaptırmak. b) Sağlık beyanı ile satışa sunulacak ürünlerin sağlık beyanlarını inceleyerek bu beyanlara izin vermek, izinsiz veya gerçeğe aykırı sağlık beyanı ile yapılan satışları denetlemek, gerektiğinde durdurma, toplama, toplatma ve imha iş ve işlemlerini yapmak veya yaptırmak, izin ve sağlık beyanları yönünden bunların her türlü reklam ve tanıtımlarını denetlemek ve aykırı olanları durdurmak, piyasaya arz edilen ilaç, tıbbî cihaz ve ürünlerin reklam ve tanıtımının usûl ve esaslarını belirlemek ve uygulamasını denetlemek. c) Görev alanına giren ilaç, tıbbî cihaz ve ürünlere ilişkin klinik araştırmalarla ilgili düzenlemeleri yapmak, izin vermek ve denetlemek... d) Hayati önemi haiz ilaç, tıbbî cihaz ve ürünlerin piyasada sürekli bulunabilmesi için gerekli tedbirleri almak...ğ) Görev alanına giren ilaç, tıbbî cihaz ve ürünlerin piyasa gözetimi ve denetimini yapmak, gerektiğinde toplatmak, imha etmek veya ettirmek, piyasadaki ürünler için güvenilirlik bildirim yöntemlerini belirlemek, gerekli bildirimleri yapmak, laboratuvar analizlerini yapmak veya yaptırmak... i) Görev alanı ile ilgili faaliyetleri izlemek, değerlendirmek, iyi uygulama örneklerini yaygınlaştırmak, politika üretilmesi ve gerekli düzenlemelerin yapılması için Bakanlığa teklifte bulunmak. j)*

Görev alanı ile ilgili konularda ulusal veya uluslararası, kamu kurumları ve üniversiteler ile özel kuruluşlarla bilimsel ve teknik işbirliği yapmak, müşterek çalışmalar yürütmek.." hükmüne yer verilmiştir.

Diğer taraftan, Yurt Dışından İlaç Temini ve Kullanımı Kılavuzunun 1. maddesinde; "Bu Kılavuz, ülkemizde ruhsatlandırılmamış ve/veya ruhsatlandırıldığı hâlde çeşitli sebeplerle piyasada bulunmayan beşeri tıbbi ürünlerin, hastalıkların teşhis ve tedavisinde kullanılmak üzere yurt dışından reçete bazında veya acil durumlarda toplu temini ile söz konusu ürünlerin bilimsel veriler doğrultusunda tıbbi, etik, hukuki ve akılcı kullanımını sağlamak ve bu süreçteki usul ve esasları belirlemek amacıyla hazırlanmıştır." düzenlemesi, 'Dayanak' başlıklı 2.maddesinde; "(1) Bu Kılavuz; 15/07/2018 tarihli, 4 No.lu Bakanlıklara Bağlı, İlgili, İlişkili Kurum ve Kuruluşlar ile Diğer Kurum ve Kuruluşların Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin 508 inci ve 796 inci maddeleri, 2/3/1927 tarihli ve 984 sayılı Ecza Ticarethaneleriyle Sanat ve Ziraat İşlerinde Kullanılan Zehirli ve Müessir Kimyevi Maddelerin Satıldığı Dükkanlara Mahsus Kanununun 11 inci maddesi, 14/5/1928 tarihli ve 1262 sayılı İspençiyari ve Tıbbi Müstahzarlar Kanununun ek 7 nci maddesine ve Sağlık Uygulama Tebliği'nin 4.3. maddesine istinaden hazırlanmıştır." düzenlemesi, 'Tanımlar' başlıklı 4.maddesinde; "(1) Bu Kılavuzda yer alan; a) Bakanlık: Sağlık Bakanlığını, b) Kurum: Türkiye İlaç ve Tıbbi Cihaz Kurumunu, c) Yurt Dışı İlaç Kullanımı: Ülkemizde henüz ruhsatlandırılmamış ve/veya ruhsatlandırıldığı hâlde çeşitli sebeplerle piyasada bulunmayan beşeri tıbbi ürünlerin hastalıkların teşhis ve tedavisi amacıyla yurt dışından getirilerek kullanımını, ç) Acil Durum: Ani gelişen hastalık, kaza, yaralanma ve benzeri durumlarda olayın meydana gelmesini takip eden ilk 24 saat içinde tıbbi müdahale gerektiren durumlar ile ivedilikle tıbbi müdahale yapılmadığı veya başka bir sağlık kuruluşuna nakli halinde hayatın ve/veya sağlık bütünlüğünün kaybedilme riskinin doğacağı kabul edilen durumları, d) FDA: Amerikan Gıda ve İlaç Kurumunu (U.S. Food and Drug Administration), e) EMA: Avrupa İlaç Kurumunu (European Medicines Agency),... ı) Yurt Dışı İlaç Listesi: Kurum tarafından ithaline izin verilen etkin maddeler ve bunları ihtiva eden beşeri tıbbi ürünlerin listesini, ii) Üretim Yeri: Ülkemizde bulunmayan veya az bulunan teknolojiler ile üretilen beşeri tıbbi ürünler için Kurum tarafından başvuru bazında yeniden değerlendirildiği hâller dışında, beşeri tıbbi ürünün iç ambalajlama öncesi farmasötik şeklinin üretildiği yeri ifade eder. j) Yurt Dışı İlaç Değerlendirme Komisyonu: Ekonomik Değerlendirmeler ve Laboratuvar Hizmetleri Başkan Yardımcısı, Ekonomik Değerlendirmeler ve İlaç Tedarik Yönetimi Dairesi

Başkanı, İlaç Ruhsatlandırma Dairesi Başkanı, İlaç Denetim Dairesi Başkanı, Klinik Araştırmalar Dairesi Başkanı, Farmakovijilans ve Kontrole Tabi Maddeler Dairesi Başkanı ve Analiz ve Kontrol Laboratuvarları Dairesi Başkanından oluşur. Komisyonun sekreteryası Ekonomik Değerlendirmeler ve İlaç Tedarik Yönetimi Dairesi Başkanlığınca yapılır. "düzenlemesi, 5.maddesinde; "(1) Herhangi bir hastalığın tedavisinde, güncel tedavi rehberleri doğrultusunda etkililiği ve güvenilirliği bilimsel ve yeterli sayıda klinik çalışma ile kanıtlanmış, ilgili endikasyonda standart dozu belirlenerek Kurumca ruhsatlandırılmış beşeri tıbbi ürünlerin eczanelerden temin edilerek kullanımı esastır. 2) a) Yurt Dışı İlaç Listesi (Ek-1)'nde bulunmayan, fakat ülkemizdeki tedavi seçeneklerinin tümünü kullanmış veya kullanmasına engel durumu olan hastalar için hastalıklarının teşhis ve/veya tedavisinde kullanılmasını gerektiren istisnai durumlarda yapılacak ilaç kullanım başvuruları Bakanlığımıza bağlı eğitim ve araştırma hastaneleri ile tıpfakülteleri hastanelerinde görevli ilgili branş hekimleri (ilgili branştan en az 1 (bir) hekim imzalı) tarafından düzenlenen Sağlık Kurulu Raporu olmak şartı ile hastanın müdavi hekimi tarafından yapılır." düzenlemesi, 'Yurt Dışı İlaç Kullanım Başvurusu' başlıklı 6.maddesinde; "... (2) Yurt Dışı İlaç Listesi (Ek-1)'nde olmayan bir etkin maddeyi içeren beşeri tıbbi ürünün temini için, ilgili etkin maddenin Yurt Dışı İlaç Listesi'ne (Ek-1) eklenmesine yönelik hekim/hastane tarafından Kuruma başvuru yapılması zorunludur... (6) Kurum tarafından, başvuruda kullanımı talep olunan beşeri tıbbi ürünün etkin maddesinin ilgili endikasyonda kullanımının bilimsel yönden uygun olup olmadığı değerlendirilir ve ancak Kurum izninden sonra kullanılabilir. İşbu madde kapsamında Kurum izni alınmadan yurt dışı ilaç kullanımına başlanılmış ise, geriye dönük bu gibi durumlar için yapılacak başvurular acil durumlar dışında değerlendirilmeye alınmaz...(9) Hastalığın ilerlemesi, hastanın hayatını kaybetmesi, ilaç alerjisi ve ciddi advers etkiler gibi olumsuz bir durum gelişmesine bağlı olarak tedavinin sonlandırılmasını gerektiren hallerde en geç 5 (beş) iş günü içinde, tedaviyi üstlenen hekim tarafından gerekçesiyle birlikte Kuruma yazılı bilgi verilmesi zorunludur... (11) Yurt dışı etkin madde kullanım izni şahsi (hasta bazında) olup, hastanın içinde bulunduğu özel klinik durum için verilir. Herhangi bir hasta için verilen izin; benzer teşhis konulmuş fakat farklı klinik seyre sahip diğer hastalara emsal teşkil etmeyeceği gibi, Kurumun talep edilen etkin maddeyle ilgili genel bir sağlık stratejisini de yansıtmaz..." düzenlemesi bulunmaktadır.

Dava dosyasının incelenmesinden; 30.08.2019 tarihinde dünyaya gelen davacıların bebeği ...'in, Spinal Musküler Atrofi olarak adlandırılan SMA

hastası olduğu, şu an ülkemizdeki tedavilerde mevcut kullanılan S. isimli ilacı kullandığı ve hastalığı sürecince sadece 4 doz S. tedavisi gördüğü, adı geçen ilacın bireyin yaşamı boyunca alınması gereken bir ilaç olduğu, S. tedavisinde, bireylerin tedavinin ilk iki ayında dört yükleme dozu aldığı, bu yükleme dozu tamamlandığında ise her dört ayda bir bakım dozu aldıkları, sürekli olarak bu şekilde ömür boyu ilerleyen bu tedavinin bireyler için hem maddi, hem manevi olarak yıpratıcı bir süreç oluşturduğu, ... isimli ilacın ise son zamanlarda geliştirilen ve bu hastalığın tedavisinde büyük bir fayda sağlayan bir gen ilacı olduğu ve SMA hastalığının tedavisinde kullanılmak üzere yeni geliştirilen gen ilacının yapılan araştırmalar sonucunda son derece parlak ve ümit vergici sonuçlar doğurduğundan bahisle davacı bebeğin tedavisini uygulayan doktor tarafından Yurt Dışı İlaç kullanımı Talep Formu düzenlenerek 4 doz Nusinersen Sodyum (S.) tedavisinin kullanıldığı ve minimal klinik fayda gözlemlendiği, FDA ve EMA tarafından onaylanan ... isimli ilacın kullanılması gerektiği belirtilerek Türkiye İlaç ve Tıbbi Cihaz Kurumuna 10.06.2020 tarihli dilekçe ile başvuruda bulunulduğu, söz konusu başvuruya süresinde cevap verilmeyerek zimnen reddi üzerine, bu işlemin iptali istemiyle bakılmakta olan davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

Dava konusu olayda; davacı bebeğin SMA Tip 1 hastası olduğu ve şu an S. isimli ilacı kullanarak tedavisinin devam ettiği, davacıyı muayene eden ve tedavisini takip eden Çocuk Nöroloji ve Çocuk Hastalıkları uzmanı tarafından, S. isimli ilacın 4 doz uygulandığı ve minimal klinik fayda gözlemlendiğinden bahisle, davacının tedavisi için ... isimli ilacın kullanımına izin verilmesi isteminde bulunulduğu, adı geçen ilacın kullanılmasına izin verilmesine gerekçe olarak dava dilekçesi ve eki bilgi ve belgelere bakıldığında; S. isimli ilacın yaşam boyunca alınması gerektiği, bir dozunun 90 bin Euro olduğu, kullanımının, 1.gün, 15.gün, 30.gün, 60.gün ve sonrasında her 4 ayda bir doz olarak ömür boyu sürececek bir tedaviyi içerdiği, yükleme dozu+5 yıllık bakım dozunun 1.710.000 Euro (yaklaşık 2.025.000 dolar) olduğu, sadece tek bir doz uygulanan ... ilacının ise 2.400.000 dolar olduğu, bu ilacın son zamanlarda geliştirildiği ve bu hastalığın tedavisinde büyük bir fayda sağladığı, SMA hastalığının tedavisinde kullanılmak üzere yeni geliştirilen ilacın yapılan araştırmalar sonucunda son derece parlak ve ümit verici sonuçlar doğurduğu, ayrıca ülkemizin yakın zamanda üye olduğu FDA ve EMA tarafından da onaylı bir ilaç olduğu, yaklaşık 40 ülkede onay görerek kullanımına izin verildiği, ... gen ilacı ile yapılan tedavinin, yaklaşık bir saat süren tek seferlik bir tedavi olduğu, ilacın eksik veya çalışmayan SMN1 geninin işlevini değiştirerek hastalığın

genetik kök nedenini ele almak için tasarlanan bir gen tedavisini içerdiği, ilacın kullanımını müteakip 5 yıl içerisinde yapılan araştırma ve incelemelerde hastalarda yaşamsal herhangi bir sıkıntı görülmediği ve motor kilometre taşlarında ilerlemeler tespit edildiği, genellikle ilacın uygulanmasından sonraki bir ay içinde hızlı şekilde motor fonksiyon gelişimi, desteksiz oturma, emekleme ve bağımsız yürüme becerisi de dahil olmak üzere kilometre taşı başarılarına ulaşıldığı ve tedavi görmeyen Tip 1 SMA hastalarında hiçbir zaman ulaşılmayan noktalara gelindiği, davacı bebeğin ailesi tarafından yakın olarak tanıdıkları ve tedavi süreçlerine şahit oldukları 3 bebeğin de bu ilacı aldıkları ilk hafta hızlıca beklenen gelişme noktasına ulaştıkları ve solunumlarının düzeldiği, öte yandan ... ilacının 2 yaşının altındaki bebeklere sorunsuz bir şekilde uygulanabildiği, bu ilaç sayesinde nefes alması bile güç olan bebeklerin desteksiz yürüyebilecek mucizevi bir noktaya geldiği, ... tedavisinin şu an için sadece yurt dışında yapılan bir tedavi olduğu ve maliyetinin 2.400.000 doları bulunduğu, bu tutarın S. ilacının yaklaşık 5 yıllık tedavi maliyetine tekabül ettiği, fakat S. ilacının ömür boyu kullanılması gerektiği, ... ilacının ithalatı gerçekleştirildiği takdirde ilaç firmasının Türkiye'deki tedavi için teklifinin yaklaşık 730.000 dolara ineceği, ayrıca ... ilacının ülkemizde uygulanmaması durumunda, tedavi ücretlerinin toplandığı kabul edilse bile bir çok bebeğin sağlık durumunun herhangi bir okyanus aşırı uçak seyahatini kaldırabilecek durumda olmadığı, bilindiği üzere bir çok bebeğin boğazı ve midesinin delik olduğu, oksijen tüpüne bağlı olarak nefes aldıkları, uzun saatler havada kalıp bir çok hava basıncı değişimine maruz kalacak bebeklerin hayata tutunmasının da bir hayli zorlaşacağı, gerek hava basınç değişimi gerekse yaşanan türbülanslar nedeniyle herhangi bir sağlık problemi olmayan bebeklerin bile son derece zorlandığı bu tür uçuşların, boğazı ve midesi delik bebeklerin yaşamasını ciddi şekilde tehlikeye atacağı, öte yandan, ... tedavisi olan ve ilacı aldıktan sonra vefat eden herhangi bir bebeğe rastlanılmadığı, diğer taraftan, ... tedavisinin başarı yakalaması için 2 yaşının altındaki bebeklere uygulanması gerektiği, (21 kilogramın altındaki çocukları için ve 13,5 kilogramın altında olup 2 yaşından büyük olan bebekler için de çalışmaların yapıldığı fakat henüz net bir başarı sağlanamadığı), davacı bebeğin dava tarihi itibarıyla 12 aylık (1 yaşında) olduğu, ... isimli ilacın ülkemize gelmesi halinde **davacı bebeğin anne ve babası tarafından gen ilacının bedelinin ödenerek** çocuklarının tedavi ettirileceği, tüm bu nedenlerle dava konusu işlemin hukuka aykırı olduğu ve adı geçen ilacın yurt dışı ilaç kullanımına izin verilmesi gerektiği belirtilmektedir.

Diğer taraftan; davalı Sağlık Bakanlığı ve Türkiye İlaç ve Tıbbi Cihaz Kurumu Başkanlığı tarafından dava dilekçesine sunulan savunma dilekçeleri ve eki bilgi ve belgeler incelendiğinde; Spinal Muskuler Atrofi tanısında ülkemizde ruhsatlı olmamakla birlikte Yurt Dışı İlaç Listesinde bulunan Nusinersen Sodium etkin maddeli (S.) ilacın, Kurum tarafından hasta bazında onayını takiben kullanıldığı, davacı bebeğe ilişkin 16.11.2019 tarihli başvuru üzerine adı geçen ilacın ilk 4 dozluk yükleme tedavisinin uygulandığı, tedavisi öncesinde CHOP INTEND (çocukluk çağı nöromuskuler gelişim bozukluklarında motor becerilerinin değerlendirildiği test) skorunun 18 puan olduğu, yükleme tedavisi sonrasında 5. Doz öncesinde CHOP INTEND skorunun 46 puana ulaştığı, davacı bebeğin Nusinersen Sodium etkin maddeli ilaçla tedaviden fayda gördüğünün objektif olarak hekimi tarafından da kanıtlandığı ve Kurumun bilimsel komisyonları tarafından tedavinin devamı olan 5.dozun kullanımının uygun görüldüğü, diğer taraftan, Yurt Dışı İlaç Kullanımı Talepleri üzerine başta Türkiye Cumhuriyeti Anayasası olmak üzere 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu, 1262 sayılı İspençiyari ve Tıbbi Müstahzarlar Kanunu, 4 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile Yurt Dışından İlaç Temini ve Kullanımı Kılavuzu ile diğer ilgili mevzuat kapsamında gerekli işlemlerin başlatılarak taleplerin incelemeye alındığı, bu kapsamda yurt dışından ilaç temini talebiyle yapılan başvuruların, ruhsatlı tedavi seçenekleri ile hastalığın progrese olması (ilerlemesi) durumunda etkililiği ve güvenilirliğinin bilimsel olarak kanıtlanmış ilaçların yurt dışı ilaç temini başvurularının **hasta bazında değerlendirilerek onay verilebildiği**, hastaların hekimlerinin tedavi için uygun gördüğü ilacın, yeterli bilimsel kanıt olmadıkça Kurum tarafından onaylanmasının mümkün olmadığı, Kuruma hasta bazında gelen yurt dışı ilaç kullanım başvurularının yine hasta bazında değerlendirildiği ve hiç bir zaman genel bir kural olmadığı, Kuruma yapılan başvuruların bilimsel açıdan incelendiği ve hastaların kullanılmak istenilen ilaçtan fayda görüp görmeyeceği ve ilacın olası yan etkilerinin değerlendirildiği, hiçbir zaman ilacın fiyatının, ekonomik boyutunun dikkate alınmadığı, başvuruların da hasta bazında yapıldığı ve değerlendirmelerin yine hasta bazında gerçekleştirildiği, FDA tarafından 24.05.2019 tarihinde onasemnogene abeparvec xioi etkin maddeli ... isimli ürünün 2 yaşın altındaki SMN 1 geninde bialellik mutasyonlu SMA tanılı hastalarda ruhsatlandırıldığı, ... adenovirüsün özel yöntemlerle vektör olarak kullanıldığı gen tedavisi ürünü olduğu, Adeno-Associated Virüs ailesine mensup olup AAV9 adı verilen bir virüs üzerinde taşındığı, bu virüsün kana veya omurilik sıvısına enjekte edildiği, tedavi eden ilacın bu şekilde çalışan

bir SMN1 genini (kasları kontrol eden) motor sinir hücrelerine iletmek üzere merkezi sinir sistemine girdiği, ... ekstremiteleri paralitik olmayan ve kalıcı ventilatör desteği olmayan hastalarda endike olduğu, ilacın önerilen dozunun kg başına 1.1x10¹⁴ vektor genomu (vg) olduğu, ilacın klinik çalışmasına (start çalışması) 6 aylıktan küçük Tip 1 SMA tanılı hastalar (15 hasta) dahil edildiği ve 20 aya kadar takip edilmiş olup yüksek dozlu kohort grubundaki hasta sayısının 12 olduğu, çalışmada ilacın intravenöz infüzyonla uygulandığı, çalışmaya dahil edilen hastaların hepsi için geçirilmiş adenovirus enfeksiyonu açısından test yapıldığı, 12 hastadan 11 tanesinin başını tutabildiği, 9 hastanın dönebildiği, 9 hastanın 30 saniye desteksiz oturduğu, tedavinin 1. ayının sonunda CHOP İNTEND ortalama 9,8 puan, 3. ayın sonunda 15,4 puan arttığı, çalışma sonunda Chop 24,6 puan arttığı, 11 hastanın CHOP puanınının 40 ve üstüne çıktığı, Tip 2 SMA tanılı 5 yaşına kadar olan 27 hastanın dahil edildiği çalışmanın ise devam ettiği, bu veriler doğrultusunda ilacın uzun dönem etkileri ve yan etkileri konusunda henüz yeterli bilimsel verinin bulunmadığı, sonuç olarak mevcut durumda Bakanlık bünyesinde ilgili gen tedavisinin erişimine, etkililiğine, yan etki profiline ve uzun dönem etkilerine ilişkin değerlendirme sürecinin devam ettiğinin belirtildiği görülmektedir.

Dava konusu olayda; uyuşmazlığın çözümü için Mahkememizce davalı idarelere yapılan ara kararı ile: *“dava konusu ... isimli ürünün kullanımına ilişkin çalışmaların devam ettiği bildirildiğinden, davacıların bebeğinin davanın açıldığı tarih itibariyle 12 aylık olduğu dikkate alındığında ve söz konusu ilacın 0-2 yaş aralığında olan bebeklerde uygulanabildiği ve fayda sağladığı iddiası göz önünde bulundurulduğunda, çalışmaların tamamlanıp tamamlanmadığının, tamamlanmadı ise hangi aşamada olduğunun sorularak, şayet sonuçlanmamış ise sürecin ortalama tamamlanma süresinin sorularak bu konuda açıklama istenilmesine, yine davacıların başvurusunun ardından, şayet başvurunun olumlu karşılandığı, diğer bir ifade ile başvurularının kabul edildiği düşünüldüğünde, ilacın kullanımına ilişkin sürecin nasıl işleyeceğinin (ilacın yurt dışından getirilmesi süreci, satın alınma usulü, ilacın davacı bebeğe uygulanması vb) sorularak, bu konuyla ilgili açıklama istenilmesine, diğer taraftan, davaya konusu ... ilacının, davacıların bebeği ve aynı hastalığı taşıyan diğer bebeklerin tedavisinde kullanımına izin verildiği takdirde, tek seferlik bir tedavi ile uygulanıp uygulanmayacağı sorulmasına, ayrıca dava dilekçesinde; ... ilacının, Ülkemizin yakın zamanda oybirliği ile üye olduğu FDA (Food and Drug Administration) ve EMA (European Medicines Agency) tarafından da onaylı bir ilaç olduğu ve Japonya, Katar, Arabistan,*

İsrail ve Brezilya olmak üzere yaklaşık 40 ülkede daha onay gördüğü ileri sürüldüğü görüldüğünden, bu tür gelişmelerin, Ülkemizde ilacın kullanımına ilişkin izinlerde herhangi bir olumlu etkisinin olup olmadığının sorularak, bu konuyla ilgili açıklama istenilmesine' karar verildiği, bahse konu ara kararına davalı Sosyal Güvenlik Başkanlığınca verilen cevap dilekçesinde; davacıların '... isimli ilacın Ülkemize gelmesi halinde gen ilacının bedelini ödeyerek davacı bebeği tedavi ettireceklerine ilişkin dava dilekçesinde ifadelerinin bulunduğu, bu nedenle dava konusu işlemin SGK'den geri ödeme talebini içermediğinin bildirildiği, davalı Sağlık Bakanlığı ve Türkiye İlaç ve Tıbbi Cihaz Kurumunca sunulan ara kararına ilişkin cevap dilekçesinde ise; ... isimli ilacın klinik çalışmasına 6 aylıktan küçük Tip 1 SMA tanılı hastaların (15 hasta) dahil edildiği ve 20 aya kadar takip edilmiş olan yüksek dozlu kohort grubundaki hasta sayısının 12 olduğu, çalışmada ilaç intravenöz infüzyonla uygulandığı, çalışmaya dahil edilen hastaların hepsi için geçirilmiş adenovirus enfeksiyonu açısından test yapıldığı ve adenovirus antikör titresinin 1:50 altında olması gerektiği, 12 hastadan 11 tanesinin başını tutabildiği, 9 hastanın dönebildiği, 9 hastanın 30 saniye desteksiz oturabildiği, tedavinin 1. Ayının sonunda ÇHOP INTEND ortalama 9,8 puan, 3.ayın sonunda 15,4 puan arttığı, çalışma sonunda CHOP INTEND 24, 6 puan arttığı, 11 hastanın CHOP INTEND puanının 40 ve üstünde çıktığı, sadece 2 hasta (yüzde 17) ayağa kalkabildiği ve sadece 1 hastanın (yüzde 8) yürüyebildiği, ilaç için tamamlanıp yayınlanan çalışma sonuçlarının henüz kısıtlı sayıda olduğu ve özellikle ilacın uzun dönemdeki etkililik/yan etki bilgisine ve ilacın yeniden uygulanmasına ilişkin gereklilik olup olmadığına dair bilimsel veri bulunmadığı, diğer taraftan gen tedavisinin değerlendirilmesi amacıyla Kurum tarafından 29.09.2020 tarihinde Bilimsel Komisyon Toplantısının düzenlendiği, ilacın güncel durumunda yayımlanan ve yürütülmekte olan bilimsel çalışmaları göz önünde bulundurulduğunda çalışmaya dahil edilen hasta gurubunun asemptomatik ve 6 aydan küçük hastalar olduğu ve 13 kg üzerindeki hastalarda adenovirus yükü çok artacağı için ...nın önerilmediği, ilaç için henüz yeterli klinik verinin bulunmadığı ve hali hazırda ülkemizde ilgili tanıda kullanılan bir yurt dışı ilaç seçeneği olan Nusinersen tedavisine yanıt alınan hastalarda tedaviye nusinersenle devam edilmesinin önerildiği, hasta için Kurumun müdavi hekimi tarafından iletilen belgeler incelendiğinde de davacı bebeğin CHOP INTEND skorunun anlamlı olarak arttığı, klinik durumunda iyileşme olduğu, öte taraftan ... isimli ilacın ithalatı ve kullanımına ilikin Bakanlık tarafından henüz izin verilmediği, ilacın yurt dışından temin edilmesine ilişkin onay verilmesi durumunda

ise henüz geri ödeme kapsamında bulunmayan ilacın bedelinin bireysel olarak karşılanacağı, ayrıca ilaçların ruhsatlandırılmasına ilişkin sürecin firma tarafından ilaç ruhatlandırma başvurusu yapılmasıyla başladığı, ilacın FDA, EMA ve bazı dünya ülkelerinde ruhsatlandırma sürecine başvurması ve sürecin tamamlanmasının firma insiyatifinde gerçekleştirildiği, Kuruma henüz ... için ruhsat başvurusu yapılmadığı, son olarak güncel bilimsel veriler doğrultusunda ülkemizdeki hastaların tedavisinde güvenilirliği, etkililiği ve kalitesi kanıtlanmış ilaçların/yöntemlerin kullanıma sunulması için Kurum ve Sağlık Hizmetleri Genel Müdürlüğü bünyesinde değerlendirme sürecinin devam ettiğinin bildirildiği görülmektedir.

Bu durumda; dava dosyasındaki bilgi ve belgeler ile yukarıda yer verilen mevzuat hükümleri ve davacı bebeğin sağlık sorunu ve yaşı hep birlikte değerlendirildiğinde; her ne kadar davalı idareler tarafından, davacı için yapılan başvuru sonrasında klinik çalışmaların devam ettiği ve henüz ... ilacının gen tedavisindeki etkililiğine, yan etki profiline ve uzun dönem etkilerine ilişkin bir sonuç alınmadığı ve değerlendirme sürecinin devam ettiği belirtilmekte ise de; davacı bebeğin 30.08.2019 tarihinde dünyaya geldiği, davanın açıldığı tarih itibarıyla yaklaşık 12 aylık olduğu ve ... ilacının özellikle 2 yaşına kadar olan bebeklere uygulandığı ve 2 yaşın altındaki bebeklerde iyileşme sağlandığının ortaya konulduğu, yine yapılan açık kaynak araştırmasına göre ülkemizin yakın geçmişte üyesi olduğu Uluslararası Uyum Konseyinin (ICH) üyesi bulunan FDA (Amerikan Gıda ve İlaç Kurumu-U.S. Food and Drug Administration) tarafından 2 yaşın altındaki bebeklerde uygulanmasına ilişkin ruhsat başvurusunun kabul edildiği, ayrıca yine ICH'nin üyesi olan EMA (Avrupa İlaç Kurumunu-European Medicines Agency) tarafından ise 2 yaşın altındaki ve üstündeki çocuklara uygulanmasına onay verildiği, davalı Sağlık Bakanlığı ve Türkiye İlaç ve Tıbbi Cihaz Kurumunca yapılan klinik çalışmalarda ... ilacının etkililiğine, yan etkisine ve uzun dönem etkilerine ilişkin kesin bir sonuç elde edilememiş olsa da yapılan çalışmalara bakıldığında olumlu etkilerinin bulunduğu ve ilacın uygulandığı bebeklerde olumlu gelişmelerin gözlemlendiğinin açık olduğu, nitekim davacı bebeğin, ilerleyen süreçte iki yaşını doldurması durumunda uygulanacak olan ... tedavisinden fayda elde edilemeyebileceği, öte yandan dava dilekçesinde belirtildiği üzere davacıya velayeten anne ve babanın ... ilacının sadece yurt dışı ilaç kullanımına izin verilmesi yönünde başvuruda buldukları, diğer bir ifade ile ilacın kullanımına izin verilmesi istemiyle başvuru yapıldığı, ilaç firmasının ilacın ithalatına izin verilmesi durumunda fiyat avantajı sağlayacağına ilişkin bilgiler nedeniyle uygulamanın

Ülkemizde yaptırılacağına ilişkin beyanlarının bulunduğu hususları hep birlikte değerlendirildiğinde; gerek Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 2. maddesinde Türkiye Cumhuriyeti Devletinin sosyal bir Devlet olduğu ve 'Devletin temel amaç ve görevleri'nin düzenlendiği 5. maddesi ile 'Sağlık hizmetleri ve çevrenin korunması' başlıklı 56. maddesi hükümleri ile 1262 sayılı Kanununun Ek 7.maddesi hükümleri gereğince, davacı bebeğin tedavisi için uygulanacak olan ... isimli ilacın ülkemizde kullanılması için, Yurt Dışı İlaç Kullanımına izin verilmesi istemiyle yapılan başvurunun reddine ilişkin işlemde hukuka ve hakkaniyete uyarlık bulunmamaktadır.

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 27. maddesinin 2. fıkrasında; Danıştay veya İdare Mahkemelerinin, idari işlemin uygulanması halinde telafisi g veya imkânsız zararların doğması ve idari işlemin açıkça hukuka aykırı olması şartlarının birlikte gerçekleşmesi durumunda, davalı idarelerin savunması alındıktan veya savunma süresi geçtikten sonra gerekçe göstererek yürütmenin durdurulmasına karar verebilirlecekleri hüküm altına alınmıştır.

Öte yandan; hukuka açıkça aykırı bulunan işlemin uygulanması halinde; davacı bebeğin SMA Tıp 1 hastalığının bulunduğu, dava tarihi itibariyle 12 aylık olduğu ve ... tedavisinden etkin şekilde fayda sağlayabilmesi için tedavinin 2 yaşını doldurmadan uygulanması gerektiği, mevcut hastalığı nedeniyle boğazının ve midesinin delinmiş olduğu ve oksijen tüpüne bağlı olarak nefes alıp verebildiği, yurt dışında tedavinin uygulanması durumunda uçak seyahatini kaldıramayabileceği, adı geçen ilacın uygulanmasından önce n tetkik tahlil ve sair süreçlerin zaman alabileceği gibi hususlar hep birlikte düşünüldüğünde, davacı bebeğin telafisi g veya imkansız zararlara katlanacağı açıktır.

Açıklanan nedenlerle; **hukuka aykırılığı açık olan dava konusu işlemin,** uygulanması halinde telafisi güç zararlar doğabileceğinden 2577 sayılı Kanun'un 27. maddesi uyarınca teminat alınmaksızın **YÜRÜTÜLMESİNİN DURDURULMASINA,** bu kararın tebliğini izleyen günden itibaren **7 (yedi) gün içerisinde Ankara Bölge İdare Mahkemesi'ne itiraz yolu açık olmak üzere,** 27/11/2020 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

