



T.C.
KAMU DENETÇİLİĞİ KURUMU

ŞİKAYET NO : 2014/774
KARAR TARİHİ : 11/09/2014

TAVSİYE KARARI

ŞİKAYETÇİ : M.A.

ŞİKAYET EDİLEN İDARE : Adalet Bakanlığı

ŞİKAYETİN KONUSU : Kayseri Adli Yargı İlk Derece Mahkemesi Adalet Komisyonu Başkanlığı'nca yapılan kadrolu kalorifercilik sınavı sonucu başarılı olan ve Develi Kapalı Ceza İnfaz Kurumuna açıktan ve aday olarak atanması düşünülen şikayetçinin, Sarız Asliye Ceza Mahkemesi'nin Esas sayılı dosyası üzerinden hakkında kamu davasının açıldığı ve yargılamasının devam ettiği gerekçesiyle güvenlik soruşturması olumsuz değerlendirilerek iptal edilen atama işleminin iadesi talebi hakkındadır.

ŞİKAYET BAŞVURU TARİHİ : 25/2/2014

I. USÛL

A. Şikayet Başvuru Süreci

1) Şikayet başvurusu, Kurumumuza e-başvuru üzerinden iletilen ve 26/2/2014 tarih ve sayılı kayıt altına alınan gerçek kişiler için şikayet başvuru formu doldurulmak vasıtasıyla yapılmıştır. Şikayet başvurusunun karara bağlanması için 28/3/2013 tarihli ve 28601 mükerrer sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Kamu Denetçiliği Kurumu Kanununun Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmeliğin 41/1-a maddesi ve İmza Yetkileri Yönergesinin 7 inci maddesinin birinci fıkrasının (e) bendi uyarınca, şikayetin incelenmesine ve araştırılmasına geçilmiş, şikayet sayılı Ret Önerisiyle Kamu Başdenetçisi'ne sunulmuştur.

B. Ön İnceleme Süreci

2) Yapılan ön inceleme neticesinde, şikayet konusunun Kurumumuzun görev alanına girdiği, şikayetçinin menfaat ihlali koşulunu taşıdığı, şikayetin süresinde yapıldığı ve diğer ön inceleme konularında da bir eksiklik bulunmadığı tespit edilmekle, şikayetçinin idari başvuru yolunu tüketmediği anlaşılmıştır.

3) 14/6/2012 tarihli ve 6328 sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanununun "Başvuru ve usulü"başlıklı 17nci maddesinin dördüncü fıkrası ile 28/3/2013 tarihli ve 28601 mükerrer sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Kamu Denetçiliği Kurumu Kanununun Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmeliğin 20 nci maddesinin ikinci fıkrası ve 12 nci maddesinin dördüncü fıkrasında benzer şekilde, Kamu Denetçiliği Kurumuna başvuruda bulunulabilmesi için, 6/1/1982 tarihli ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununda öngörülen idari başvuru yollarının veya özel kanunlarda yer alan zorunlu idari başvuru yollarının tüketilmesinin gerekli olduğu; idari başvuru yolları tüketilmeden yapılan başvuruların ilgili idareye gönderilmesi gerektiği belirtilmiş, ancak Kurumun, telafisi güç veya imkânsız zararların doğması ihtimali bulunan hâllerde, idari başvuru yolları tüketilmese dahi başvuruları kabul edebileceği hüküm altına alınmıştır.

4) Şikâyetçinin iptal edilen atama işleminin iadesine ilişkin talebinin T.C. Anayasasının 49. maddesinde düzenlenen çalışma hakkı ve ödevine ilişkin olması dolayısıyla başvurusu 6328 sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanununun 17nci maddesinin dördüncü fıkrası ve Kamu Denetçiliği Kurumu Kanununun Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmeliğin 12nci maddesinin dördüncü fıkrası kapsamında değerlendirilerek idari başvuru yolu tüketilmeksizin inceleme ve araştırma aşamasına geçilmiştir.

II. OLAY VE OLGULAR

A. Şikâyetçinin Konu Hakkındaki Açıklamaları ve İddiaları

5) Şikâyet başvuru belgesinde şikâyetçi;

- Kayseri Adli Yargı İlk Derece Mahkemesi Adalet Komisyonu Başkanlığı tarafından yapılan ceza ve tevkif evleri kaloriferli alımı sınavına katıldığını,
- KPSS'den : 82.20412, Sözlü Sınavdan:100 puanla başarılı olduğunu ve hiçbir sabıka kaydının olmadığını,
- 2009'da hakkında açılan ceza davasının devam etmekte olduğundan bahisle güvenlik soruşturmasının olumsuz sonuçlandığını ve atamasının iptal edildiğini,
- Hakkında kesinleşmiş bir ceza olmadan, her bireyin suçsuz kabul edilmesi gerekmektedirken suçluymuş gibi davranılarak başarılı olduğu sınavın iptal edildiğini belirterek,

Adalet Bakanlığı Memur Sınav, Atama ve Nakil Yönetmeliğininin 18. maddesi uyarınca "Haklarında atama şartlarının kaybedilmesini gerektirecek nitelikteki eylemlerinden dolayı adli bir soruşturma veya kovuşturma bulunanlardan sınavda başarılı sayılanların atamaları soruşturma veya kovuşturma sonuçlanıncaya kadar bekletilir.", hükmüne atıfta bulunmak suretiyle, iptal edilen atama işleminin iadesini Kurumumuzdan talep etmektedir.

B. İdarenin Şikâyete İlişkin Açıklamaları

6) Adalet Bakanlığı Ceza ve Tevkifevleri Genel Müdürlüğünden alınan 04.04.2014 tarihli ve sayılı yazı ve eklerinden özetle;

- Şikâyetçi hakkında "dolandırıcılık, suç işlemek amacıyla kurulan örgüte üye olma" ve "tarihi eserleri konu ederek menfaat temin etmeye çalışan organize bir suç örgütünün içinde yer almak" suçlarından hakkında Sarız Asliye Ceza Mahkemesinde sayılı dosya ile kamu davasının açıldığı ve yargılamanın devam ettiği,

- Adalet Bakanlığı Memur Sınav-Atama ve Nakil yönetmeliğinin 6 ıncı maddesinin 18/b bendinde özel şartlar arasında "**güvenlik soruşturması olumlu olmak**" şartının bulunduğu;

-Bu nedenle, Güvenlik Soruşturması ve Arşiv Araştırması Nakil Yönetmeliği'nin 15 inci maddesi gereğince ve emsal Danıştay kararları da dikkate alınarak Kayseri Adli Yargı İlk Derece Mahkemesi Adalet Komisyonu Başkanlığı'nca oluşturulan Komisyon tarafından 3/10/2013 tarihli ve ... sayılı karar ile ilgilinin ataması uygun görülmediğinden, 11/10/2013 tarihli Bakanlık Olur'u ile atamasının iptal edildiği bildirilmiştir.

7) Adalet Bakanlığı Ceza ve Tevkifevleri Genel Müdürlüğünden alınan 1/8/2014 tarihli ve sayılı yazı ve eklerinde ise, yukarıdaki hususlara ilaveten, şikayetçinin Sarız Asliye Ceza Mahkemesinde görülmekte olan yargılamasının devam etmekte olduğu, henüz karara çıkmadığı ve **ilgili hakkında devam eden yargılaması dışında güvenlik soruşturmasının olumsuz olarak değerlendirilmesine neden olan başkaca bir hususun bulunmadığı** teyit edilmiştir.

C. Olaylar

8) Adalet Bakanlığı Ceza ve Tevkifevleri Genel Müdürlüğünün 21/5/2013 tarihli ve sayılı yazıları ile Develi Kapalı Ceza İnfaz Kurumunda Kaloriferci unvanında çalıştırılmak üzere sınav izni verilmiştir.

9) İlanda, kadrolu açıktan atanabilmek için aranan genel şartlar arasında; (b) bendinde "*Kamu haklarından mahrum bulunmamak, Türk Ceza Kanununun 53'üncü maddesinde belirtilen süreler geçmiş olsa bile; kasten işlenen bir suçtan dolayı bir yıl veya daha fazla süreyle hapis cezasına ya da affa uğramış olsa bile devletin güvenliğine karşı suçlar, Anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar, milli savunmaya karşı suçlar, devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk, zimmet, irtikâp, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, güveni kötüye kullanma, hileli iflas, ihaleye fesat karıştırma, edimin ifasına fesat karıştırma, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama veya kaçakçılık suçlarından mahkûm olmamak*" şartı ile (d) bendinde "**güvenlik soruşturması olumlu sonuçlanmak**" şartına yer verilmiştir.

10) Kayseri Adli Yargı İlk Derece Mahkemesi Adalet Komisyonunca yapılan sınav neticesinde, nihai başarı listesine göre 21 aday numaralı şikâyetçinin 1. sırada başarılı olarak atanmaya hak kazanmıştır.

11) Şikayetçi, 3/6/2013 tarihli dilekçesiyle hakkında adli sicil ve arşiv kaydının bulunmadığını; 21/6/2013 tarihli dilekçesiyle ise hakkında Asliye Ceza Mahkemesinde devam etmek olan bir davasının bulunduğunu ancak içeriğini bilmediğini Kayseri Adli Yargı İlk Derece Mahkemesi Adalet Komisyonuna sunmuştur.

12) Şikayetçi hakkında yapılan güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması neticesinde, Kayseri Valiliği İl Emniyet Müdürlüğünün 15/7/2013 tarihli ve sayılı yazısı ile şikayetçinin 2006-2009 yılları arasında "**Dolandırıcılık, suç işlemek amacıyla kurulan örgüte üye olmak**" suçundan Sarız Cumhuriyet Başsavcılığınca Soruşturma no: ... Esas no: .. İddianame No: .. ile Sarız Asliye Ceza Mahkemesinde dava açıldığı, davanın ... Esas numarası ile halen devam ettiği bildirilmiştir.

13) Başbakanlık Personel ve Prensipler Genel Müdürlüğünün 29/7/2013 tarihli ve ... sayılı yazıları ile şikayetçi hakkındaki gizli ibareli bilgi notunda "Tarihi eserleri konu ederek menfaat temin etmeye çalışan organize bir suç örgütünün içinde yer aldığı gerekçesiyle yargılanmaya başlandığı bildirilmiştir.

14) Bu doğrultuda, kaloriferci adayı şikayetçinin güvenlik soruşturmalarının olumsuz olduğu, Adalet Bakanlığı Memur Sınav - Atama ve Nakil Yönetmeliğinin 6. maddesinin 18/b bendinde özel şartlar arasında güvenlik soruşturması olumlu olmak şartının bulunduğu gerekçesiyle Güvenlik Soruşturması ve Arşiv Araştırması Yönetmeliğinin 15. maddesi gereğince Kayseri Adli Yargı İlk Derece Mahkemesi Adalet Komisyonu Başkanlığınca komisyon oluşturularak 3/10/2013 tarihli ve sayılı Komisyon kararı ile şikayetçinin ataması uygun görülmemiş ve 11/10/2013 tarihli Bakanlık Olur'u ile ataması iptal edilmiştir.

15) Atamanın iptaline ilişkin karar şikayetçiye 30/10/2013 tarihinde tebliğ edilmiş olup, şikayetçi 25/2/2014 tarihinde Kurumumuza yaptığı başvurusunda hakkında kesin hükme bağlanmamış ceza davası olması nedeniyle atamasının iptal edilmesi işleminin masumiyet karinesine aykırı olduğunu, peşinen suçlu kabul edilmesi anlamına geldiğini belirterek iptal edilen atama işleminin iadesini talep etmiştir.

III. HUKUKİ DEĞERLENDİRME VE GEREKÇE

A. İlgili Mevzuat

16) 2709 sayılı T.C. Anayasasının "C. Suç ve cezalara ilişkin esaslar" kenar başlıklı 38. maddesi, "*...Suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar, kimse suçlu sayılamaz...*"; "IV. Kamu hizmetlerine girme hakkı", "A. Hizmete girme" kenar başlıklı 70. maddesi, "*...Hizmete alınmada, görevin gerektirdiği niteliklerden başka hiçbir ayırım gözetilemez.*" ve "D. Kamu hizmeti görevlileriyle ilgili hükümler", "1. Genel ilkeler" kenar başlıklı 128. maddesi, "*Memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri kanunla düzenlenir...*", hükümlerini amirdir.

17) 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun, Devlet memurluğuna alınacaklarda aranacak genel ve özel şartları düzenleyen 48nci maddesi, *Genel ve özel şartlar:*

Madde 48 – (Değişik: 12/5/1982 - 2670/14 md.)

Devlet memurluğuna alınacaklarda aşağıdaki genel ve özel şartlar aranır. A) Genel şartlar:

1. Türk Vatandaşı olmak,⁽¹⁾
2. Bu Kanunun 40 ncı maddesindeki yaş şartlarını taşımak,
3. Bu Kanunun 41 nci maddesindeki öğrenim şartlarını taşımak,

4. *Kamu haklarından mahrum bulunmamak,*

(1) Bulgaristan'dan Türkiye'ye mecburi göç eden Türk soyundan olanlarda bu şartın aranmayacağı 27/6/1989 tarih ve 375 sayılı KHK'nin geçici 5 inci maddesi ile hükme bağlanmıştır.

5. (Değişik: 23/1/2008-5728/317 md.) *Türk Ceza Kanununun 53 üncü maddesinde belirtilen süreler geçmiş olsa bile; kasten işlenen bir suçtan dolayı bir yıl veya daha fazla süreyle hapis cezasına ya da affa uğramış olsa bile devletin güvenliğine karşı suçlar, Anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar, (...)⁽¹⁾ zimmet, irtikâp, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, güveni kötüye kullanma, hileli iflas, ihaleye fesat karıştırma, edimin ifasına fesat karıştırma, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama veya kaçakçılık suçlarından mahkûm olmamak.* ⁽¹⁾

6. Askerlik durumu itibariyle;

a) Askerlikle ilgisi bulunmamak,

b) Askerlik çağına gelmemiş bulunmak,

c) Askerlik çağına gelmiş ise muvazzaf askerlik hizmetini yapmış yahut ertelenmiş veya yedek sınıfa geçirilmiş olmak,

7. 53 üncü madde hükümleri saklı kalmak kaydı ile görevini devamlı yapmasına engel olabilecek (...)⁽²⁾ akıl hastalığı (...)⁽²⁾ bulunmamak. B) Özel şartlar:

1. Hizmet göreceği sınıf için 36 ve 41 nci maddelerde belirtilen öğretim ve eğitim kurumlarının birinden diploma almış olmak,

2. Kurumların özel kanun veya diğer mevzuatında aranan şartları taşımak.,

(1) Bu alt bentte yer alan "... milli savunmaya karşı suçlar, devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk, ..." bölümü, Anayasa Mahkemesi'nin 25/2/2010 tarihli ve E.: 2008/17, K.: 2010/44 sayılı Kararı ile iptal edilmiştir.

(2) Bu bentte yer alan "vücut veya" ile "veya vücut sakatlığı ile özür" ibareleri 21/4/2005 tarihli ve 5335 sayılı Kanunun 29 uncu maddesiyle yürürlükten kaldırılmıştır. hükümlerini amirdir.

18) Adalet Bakanlığı Memur Sınav, Atama ve Nakil Yönetmeliğinin, 18/1) "Genel Şartlar" başlıklı 5. maddesi;

Adalet Bakanlığında memur olabilmek için;

a) 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 48 inci maddesinin birinci fıkrasının (A) bendinin (1), (5) ve (6) numaralı alt bentlerindeki şartları taşımak,

....

d) Hizmet göreceği sınıfla ilgili özel kanun veya diğer mevzuatta aranan şartları taşımak gerekir.,

18/2) Özel Şartlar başlıklı 6. maddesi;

Genel şartların yanında, atama yapılacak kadroların niteliğine göre aşağıdaki şartlar aranır:

....

9) Kaloriferci ve aşçı kadrolarına atanabilmek için;

a) En az (Değişik ibare:RG-9/10/2010-27724) lise veya dengi okul mezunu olmak,

b) Halk eğitim müdürlüklerinin veya diğer resmî kurum veya kuruluşların düzenlediği kurslardan mezun olmak veya ilgili branşta sertifika sahibi olmak,

...

18) Ceza infaz kurumları ve tutukevleri ile denetimli serbestlik (**Mülga ibare:RG-2/4/201328606**) (...) müdürlüklerinde görev alacak bütün unvanlardaki personel için ayrıca aranacak şartlar;

...

b) Güvenlik soruşturması olumlu olmak,

....

19) Adlî ve idarî yargıda görev yapmak üzere atanacak tüm personel hakkında yapılacak arşiv araştırması olumlu olmak.", hükümlerini amirdir.

18/3) "Sınavı Kazananların Atanması" başlıklı 18. maddesi:

"... Atama şartlarını taşımayanların atamaları yapılmaz. Bu şekilde yapılan atamalar iptal edilir.

Haklarında atama şartlarının kaybedilmesini gerektirecek nitelikteki eylemlerinden dolayı adlî bir soruşturma veya kovuşturma bulunanlardan sınavda başarılı sayılanların atamaları soruşturma veya kovuşturma sonuçlanıncaya kadar bekletilir....", hükümlerini amirdir.

19) Güvenlik Soruşturması ve Arşiv Araştırması Yönetmeliğinin,

19/1) "Tanımlar" başlıklı 4. maddesi

Bu Yönetmelikte geçen; ... g) Güvenlik soruşturması: Kişinin kolluk kuvvetleri tarafından halen aranıp aranmadığının, kolluk kuvvetleri ve istihbarat ünitelerinde ilişiği ile adli sicil kaydının ve hakkında herhangi bir tahdit olup olmadığının, yıkıcı ve bölücü faaliyetlerde bulunup bulunmadığının, ahlaki durumunun, yabancılar ile ilgisinin ve sır saklama yeteneğinin mevcut kayıtlardan ve yerinden araştırılmak suretiyle saptanması ve değerlendirilmesini,

ifade eder.

19/2) "Güvenlik soruşturması ve arşiv araştırmasında araştırılacak hususlar" başlıklı 11. maddesi

Güvenlik soruşturması ve arşiv araştırmasında kişinin içinde bulunduğu ortam da dikkate alınarak:

a) Kimlik kontrolü, kimlik kayıtlarının doğruluk derecesi, uyrukluğ, 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 yansiyacak 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 ilgili derecesinin iç yüzü ve nedeni,

f) Sır saklama yeteneğinin olup olmadığı, araştırılır.

19/3) "Değerlendirme" başlıklı 15. maddesi

"Yaptırılan güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması sonucunda elde edilen bilgilerin olumsuz olması halinde, kişinin gizlik dereceli birim, kısım ve gizlik dereceli yerler ile askeri, emniyet ve istihbarat teşkilatları, ceza infaz kurumları ve tutuk evlerinde çalıştırılıp çalıştırılmamaları, yer değiştirerek bu görevlere devam edip etmemeleri gibi hususları incelemek ve sonucunu sorumlu amirin takdirine sunmak üzere; Bakanlıklarda müsteşarın, diğer kamu kurum ve kuruluşlarında en üst amirin, üniversitelerde rektörün, ilerde valinin başkanlığında, personel birim amiri, hukuk müşaviri ve varsa güvenlik işlerinden sorumlu birim amirinden oluşan "Değerlendirme Komisyonu" kurulur. Başbakanlıkta kurulacak Değerlendirme Komisyonu Müsteşar veya görevlendireceği müsteşar yardımcısının başkanlığında, Kanunlar ve Kararlar Genel Müdürü ile Personel ve Prensipler Genel Müdürünün katılımıyla oluşur. Türk Silahlı Kuvvetlerinde ise bu Komisyonun oluşumu kendi yönergeleri ile belirlenir. Değerlendirme Komisyonunun çalışma tutanakları ve Kararları gizlidir." hükümlerini amirdir.

B. Şikayet Konusuna İlişkin Uygulamalar

20) Danıştay 12. Dairesinin 14/5/2010 günlü ve E: 2008/2, K: 2010/2540 sayılı kararı

Davacının ... ili M tipi Cezaevi İnfaz ve Koruma memurluğu kadrosuna açıktan ve yeniden atanmasına ilişkin ... ili Adli Yargı Adalet Komisyonunun sayılı kararının iptaline ilişkin anılan Komisyonun sayılı kararının; gerekçe olarak ileri sürülen ... ili **3. Ağır Ceza Mahkemesinde yargılamanın henüz sonuçlanmadığı, kimsenin hakkında kesin hüküm olmadıkça suçlu sayılmayacağı, davalı idarece öncelikle bu davanın sonuçlanmasının beklenmesinin uygun olacağı ileri sürülerek** iptaline ilişkin açılan davada İdare Mahkemesi; Bir kamu görevine atama yapmak konusunda idarenin takdir yetkisinin bulunduğu ve yargı kararıyla idarenin bu yetkiyi kullanmaya zorlanamayacağını, olayda davacının hakkında yaptırılan güvenlik soruşturması sonucunda, 199...-199... ve 199...-199... yılları eğitim öğretim dönemlerinde ... ili Ticaret Meslek Lisesinden rüşvet karşılığı sahte diploma verilmesi olayı nedeniyle **hakkında dava açıldığının, yargılamanın devam ettiğinin ve almış olduğu diplomanın da iptal edildiğinin ancak davacının gerek başvuru formunda gerekse güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması formunda bu hususları gizlemek suretiyle aykırı beyanda bulunduğu, dolayısıyla infaz ve koruma memurluğunun önem ve özelliği bakımından ataması uygun bulunmayan** davacının atamasının yapılmamasına yönelik dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı sonucuna ulaşmış, karar Danıştay 12. Dairesince onanmıştır.

21) Danıştay 12. Dairesinin 21/3/2013 günlü, E:2010/5809, K: 2013/1988 sayılı kararı

Davacının İnfaz ve ve Koruma Memurluğu mülakat sınavında başarılı olması üzerine yapılan atamasının iptaline ilişkintarihli ve sayılı işlemin, ***hakkında verilen hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının memur olmasına engel teşkil etmeyeceği ve hukuka aykırı olduğu ileri sürülerek iptali istemiyle açılan davada*** İdare Mahkemesi; Uyuşmazlık konusu olayda davacının atanabilmesi için güvenlik soruşturmasının olumlu olarak sonuçlanmasının gerekmekte olduğunu, ***daha önceden yargılandığı ve mahkeme kararı ile ertelenmiş olsa bile ceza aldığı ve bu durumun adli sicil kaydına girdiğini dolayısıyla güvenlik soruşturmasının olumlu olarak sonuçlanmasının söz konusu olamayacağından, sunulan kamu hizmetinin de niteliği göz önünde bulundurulduğunda kamu yararı ve hizmet gerekleri doğrultusunda takdir yetkisi kullanılarak güvenlik soruşturmasının olumlu olmadığı gerekçesiyle tesis edilen dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmadığından*** davanın reddine karar vermiştir.

Davacı, tesis edilen işlemin hukuka aykırı olduğunu ileri sürmüştü ve İdare Mahkemesi kararının temyizden incelenerek bozulması talebinde bulunmuştur. Danıştay 12. Dairesi yaptığı inceleme sonucunda, davacının eylemine uyan müessir fiil nedeniyle davacının 2 yıl hapis cezası ile cezalandırılmasına, eylemin tahrik altında işlenmesi ve iyi halden cezanın 1 yıl, 6 ay hapis cezasına çarptırılmasına ve cezanın ertelenmesine karar verildiği, daha sonra 2007 yılında yapılan başvuru üzerine hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verildiği, davacının yaklaşık 6 yıl önce gerçekleşen fiil nedeniyle müessir fiil suçundan 1 yıl, 6 ay hapis cezasına mahkûm olmasına, mahkûmiyetinin ertelenmesine dair davacıya ait arşiv kaydının, söz konusu suçun ağır tahrik altında işlenmiş olması ve olayın özelliği göz önüne alındığında, olumsuz olduğundan söz edilemeyeceği, bu nedenle yukarıda belirtilen Yönetmelik hükmünde yer alan " arşiv araştırması olumlu olmak" şartını taşıdığı sonucuna vardığından, davacının atanmamasına ilişkin işlemde ve davayı reddeden İdare Mahkemesi kararında hukuka aykırılık görmemiş ve davacının temyiz isteminin kabulü ile Mahkeme kararının bozulmasına karar vermiştir. İdarenin karar düzeltme talebi 16/5/2014 günlü ve E:2013/10862, K:2014/4013 sayılı karar ile reddedilmiştir.

C. Kamu Denetçisi Mehmet ELKATMIŞ'ın Kamu Başdenetçisi'ne Önerisi

22) Kamu Denetçisi inceleme ve araştırması sonucunda Danıştay 12. Dairesinin idare lehine olan kararları doğrultusunda ve davacıların iptalini istedikleri işlemin idarenin takdir yetkisi sınırları içinde kaldığını kabul ederek şikâyetin reddini önermiştir.

Yasa koyucunun idarenin her türlü faaliyetlerini önceden tüm ayrıntıları ile tespit edip düzenlemesinin mümkün olmadığı, bu nedenle, kanun koyucunun idari faaliyetlere belirli bir çerçeve çizmesi ve bu çerçeve dâhilinde idareyi serbest bırakması, yani başka bir ifadeyle, idareye "**takdir yetkisi**" vermesinin hukuk devleti ilkesini zedelemeyeceğini;

Öte yandan yönetime belli konularda takdir yetkisinin tanınmasının, yönetimin keyfi olarak hareket edebileceği anlamına da gelmeyeceğini; bu doğrultuda Yönetimin takdir yetkisini kullanırken her şeyden önce, **yasanın koyduğu sınırlar** içinde kalması, **eşitlik ilkesine** uygun hareket etmesi, bu yetkiyi **kamu yararı** için kullanması ve bu yetkinin yasanın öngördüğü amaçtan başka ya da kamu yararı dışında başka bir amaç için kullanmaması, idarenin bu alandaki kararlarının da **gerekçeli olması gerektiğini** ve takdir yetkisinin

kullanılabilmesi için, yasalar özel koşullar öngörmüş ise, yönetimin bunlara da uyması gerektiğini, belirtmiştir.

Yukarıdaki açıklamadan hareketle, İdarenin dosyada takdir yetkisini yerleşik yargı kararları ile içtihatlarla uygun olarak haklı neden göstererek "baskın kamu yararı"nı gözetmek suretiyle, haklı beklenti doğuracak nedenleri ortadan kaldırarak dosya sahibi aleyhine kullandığı tespitinde bulunmuştur.

23) Ayrıca, şikâyet dosyasının incelenmesinden; Anayasanın "Suç ve Cezalara İlişkin esaslar" başlıklı 38.maddesinin son fıkrasında belirtilen "*suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar, kimse suçlu sayılamaz.*" masumiyet kuralı ile Adalet Bakanlığı Memur Sınav, Atama ve Nakil Yönetmeliğinin 18.maddesinin üçüncü fıkra hükmünün "*Haklarında atama şartlarının kaybedilmesini gerektirecek nitelikteki eylemlerinden dolayı adli bir soruşturma veya kovuşturma bulunanlardan sınavda başarılı sayılanların atamaları soruşturma veya kovuşturma sonuçlanıncaya kadar bekletilir.*" hükmü birlikte değerlendirildiğinde bu iki maddenin birbiri ile çelişki doğurduğu, ancak benzer konudaki uyuşmazlıklara ilişkin yerel mahkeme ve Danıştay kararları doğrultusunda en nihayetinde idarenin takdir yetkisi kapsamında bu yetkinin haklı nedenler ileri sürülerek her iki yönde kullanılmasının mümkün ve hukuki olduğu değerlendirilmiştir.

24) Yine benzer şekilde Kamu Görevlerine İlk Defa Atanacaklar İçin Yapılacak Sınavlar Hakkında Yönetmeliğin geçici 1'nci maddesine dayanarak çıkartılan Adalet Bakanlığı Memur Sınav, Atama ve Nakil Yönetmeliğinin "Devlet Memurluğuna Atanabilme Şartlarını düzenleyen 6.maddesinin 18/b bendinde "**güvenlik soruşturması olumlu olmak**" ibaresi geçtiğinden, aynı yönetmeliğin "sınavı kazananların atanması"nı düzenleyen 18.maddesinin üçüncü fıkrasının, idarenin takdir yetkisi kapsamında uygulanmasının yerleşik idare mahkemesi kararları ile Danıştay kararları ile birlikte değerlendirilmesi sonucunda, İdarenin atama işlemini gerekçe ileri sürerek sonradan iptal etmesinde hukuka aykırılık bulunmadığı; Güvenlik Soruşturması ve Arşiv Araştırması Yönetmeliğinin ilgili hükümleri uyarınca ilgili hakkında yapılan güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması neticesinde sonucun Kurumuna bildirildiği ve görev yapılacak kurum ve pozisyonun önemi ve özelliği gerekçesiyle yargı kararlarında da belirtildiği üzere idarenin tesis ettiği işlemin hukuka uygun olduğu değerlendirilmiştir.

25) Hakkaniyete uygunluk yönünden yapılan değerlendirmede de benzer gerekçe ile atama işlemi yapılmış ancak sonradan, "güvenlik soruşturması olumlu olmak" ibaresi kapsamında yapılan atama işleminin iptal edilmesi suretiyle yargıya intikal ettirilmiş dosyaların mevcudiyeti dikkate alındığında, mahkeme kararları ile yerinde görülen idarenin işleminin hakkaniyete de uygun olduğu değerlendirilmiştir.

D. Hukuka ve Hakkaniyete Uygunluk Yönünden Değerlendirme ve Gerekçe

26) T.C. Anayasasının 128. maddesi memurlar ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işlerinin kanunla düzenleneceği hükmünü amir olup, 70inci maddesinin ikinci fıkrasında hizmete alınmada görevin gerektirdiği niteliklerden başka bir ayırım gözetilmeyeceği, kuralına yer verilmiştir.

27) 657 sayılı DMK'nın 48. maddesinin A ve B fıkralarında; Anayasanın sözü geçen hükümlerine uygun olarak, Devlet memurluğuna atanmanın genel ve özel koşulları objektif kriterler halinde sayılmış olup, özel şartlar başlıklı B fıkrasının 2. bendinde kurumların özel kanun ve diğer mevzuatında aranan şartları taşımak koşuluna yer verilmiştir.

28) Paragraf 18'de yazılı olduğu üzere, Adalet Bakanlığı Memur Sınav, Atama, Nakil Yönetmeliğinin 18. maddesinde haklarında atama şartlarının kaybedilmesini gerektirecek nitelikteki eylemlerinden dolayı adli bir soruşturma veya kovuşturma bulunanlardan sınavda başarılı sayılanların atamalarının soruşturma veya kovuşturma sonuçlanıncaya kadar bekletileceği, amir hükmüne yer verilmiştir.

Güvenlik Soruşturması ve Arşiv Araştırması Yönetmeliğinin 4. maddesinde Güvenlik soruşturması: Kişinin kolluk kuvvetleri tarafından halen aranıp aranmadığının, kolluk kuvvetleri ve istihbarat ünitelerinde ilişkisi ile adli sicil kaydının ve hakkında herhangi bir tahdit olup olmadığının, yıkıcı ve bölücü faaliyetlerde bulunup bulunmadığının, ahlaki durumunun, yabancılar ile ilgisinin ve sır saklama yeteneğinin mevcut kayıtlardan ve yerinden araştırılmak suretiyle saptanması ve değerlendirilmesini ifade ettiği, belirtilmiştir.

29) C. Olaylar bölümü paragraf 15'te şikayetçinin talepleri yer almaktadır.

30) Yukarıda yer verilen mevzuat hükümleri ve somut olayımıza dair şikayetçi ve idare tarafından sunulan bilgi ve belgeler kapsamında, Sarız Asliye Ceza Mahkemesi nezdinde sanık M.A. ve diğer sanıklar yönünden esas sayılı dosya üzerinden yargılamanın devam ettiği, henüz karara çıkmamış olduğu bilgisi doğrultusunda şikayetçi hakkında verilmiş bir mahkumiyet kararı olmadığı halde idarece bu yargılamanın neden gösterilerek güvenlik soruşturmasının olumlu sonuçlanmadığını öne sürmesinin, Adalet Bakanlığı Memur Sınav-Atama ve Nakil Yönetmeliğinin 18. maddesinde yer verilen haklarında atama şartlarının kaybedilmesini gerektirecek nitelikteki eylemlerinden dolayı adli bir soruşturma veya kovuşturma bulunanlardan sınavda başarılı sayılanların atamalarının soruşturma veya kovuşturma sonuçlanıncaya kadar bekletileceği amir hükmü karşısında hukuki dayanaktan yoksun olduğu, ayrıca Anayasanın 38 inci maddesinin dördüncü fıkrasında "Suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar, kimse suçlu sayılmaz" hükmüyle yer verilen evrensel ceza hukuku ilkesine aykırılık teşkil ettiği sonucuna varılmıştır.

31) Anayasanın 90 ıncı maddesinin beşinci fıkrasında ise, usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmaların kanun hükmünde olduğu; bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamayacağı, usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümlerinin esas alınacağı düzenlenmiştir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6 ıncı maddesinin ikinci fıkrasında; *"Bir suç ile itham edilen herkesin suçluluğu sabit oluncaya kadar masum sayılacağı"* belirtilmiş, İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinin 11 inci maddesinin birinci fıkrasında ise, *"Bir suç işlemekten sanık herkes, savunması için kendisine gerekli bütün güvencenin sağlanmış bulunduğu açık bir yargılama ile yasaca suçlu olduğu saptanmadıkça, suçsuz sayılır."* hükmüne yer verilmiştir. Anayasanın 38. maddesinde düzenlenmiş olan ve kısaca "masumiyet karinesi", "suçsuzluk karinesi" olarak anılan bu ilkeye göre; bir suçtan dolayı kovuşturulan kişinin, suçluluğu mahkeme kararıyla sabit olmadıkça suçlu sayılması veya suçlu gibi muamele görmesi olanaklı değildir. Masumiyet

karinesi, kişinin suçsuz olduğu varsayımı ile hareket edilmesini gerektiren temel bir insan hakkıdır.

32) 2013/4 sayılı ve 30/9/2013 tarihli silah taşıma ruhsatının yenilenmesi talebinin reddine ilişkin kararımızda da vurgu yaptığımız üzere; Masumiyet karinesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) kararlarında da çoğu kez işlenmiş, sınırları, kapsam ve içeriği içtihatlarla belirlenmiştir. AİHM, masumiyet karinesinin cezai anlamda bir usul teminatıyla sınırlı kalmayıp, daha geniş kapsamlı olduğuna ve hiçbir devlet temsilcisinin bir mahkeme tarafından mahkum edilmeden bir kişiyi suçlu olarak gösteremeyeceğine (Fransa aleyhine *Alenet de Ribemont* davası), ayrıca masumiyet karinesinin sadece hakim ya da bir mahkeme tarafından değil, başka resmi makamlar tarafından da ihlal edilebileceğine (Litvanya aleyhine *Daktaras* davası) hükmetmiştir. Bu açıdan bakıldığında masumiyet karinesine uygun hareket etme yükümlülüğü sadece yargıya değil, aynı zamanda idareye de ait bir yükümlülüktür.

33) Danıştay 12. Dairesi 14/5/2010 günlü ve E: 2008/2, K: 2010/2540 sayılı kararında; cezaevi infaz ve koruma memurluğu kadrosuna açıktan ve yeniden atanmasına ilişkin idarenin işlemine ilişkin olarak, *davacı hakkında dava açıldığıнын, yargılamanın devam ettiğinin ve almış olduğu diplomanın da iptal edildiğinin ancak davacının gerek başvuru formunda gerekse güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması formunda bu hususları gizlemek suretiyle aykırı beyanda bulunduğu, dolayısıyla infaz ve koruma memurluğunun önem ve özelliği bakımından ataması uygun bulunmayan davacının atamasının yapılmamasına yönelik dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı, sonucuna ulaşmıştır.*

Söz konusu içtihadın incelenmesinden, Danıştay 12. Dairesinin yerel mahkeme kararını onamasına esas teşkil eden hususun davacının dürüstlük ilkesine aykırı olarak hareket etmesi olduğu, nitekim cezaevi ve ıslah evlerinde barındırılan suçluların ihtiyaçlarını karşılayan, mahkûmlar ile yakın, birebir temas ve ilişkide olan ve bunların ıslahını sağlayarak topluma yeniden kazandırılmasına yardım eden bir mesleğin teşkil ettiği öneme binaen, idarenin bu konudaki takdir yetkisi lehine karar verdiği tespit edilmiştir. Somut olayımızda ise, şikâyetçi 21/6/2013 tarihli dilekçesiyle hakkında Asliye Ceza Mahkemesinde devam etmekte olan bir davasının bulunduğunu ancak içeriğini bilmediğini Kayseri Adli Yargı İlk Derece Mahkemesi Adalet Komisyonuna sunmuş ve " Herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır." şeklinde düzenlenen Medeni Kanunun 2. maddesine uygun olarak hareket etmiştir. Kaldı ki, şikâyetçinin atanmaya hak kazandığı kalorifercilik kadrosu mahkûmlar ile yakın ve birebir ilişki tesis edilmesini gerektirecek nitelikte de değildir.

34) Danıştay 12. Dairesi 21/3/2013 günlü, E:2010/5809, K: 2013/1988 sayılı kararında ise, davacının İnfaz ve Koruma Memurluğu mülakat sınavında başarılı olması üzerine yapılan atamasının, daha önceden yargılandığı ve mahkeme kararı ile ertelenmiş olsa bile ceza aldığı ve bu durumun adli sicil kaydına girdiği dolayısıyla güvenlik soruşturmasının olumlu olarak sonuçlanmasının söz konusu olamayacağından iptaline ilişkin işleme dair İdare Mahkemesi kararında, mahkûmiyetinin ertelenmesine dair davacıya ait arşiv kaydının, *söz konusu suçun ağır tahrik altında işlenmiş olması ve olayın özelliği göz önüne alındığında, olumsuz olduğundan söz edilemeyeceği* sonucuna vardığından, hukuka uyarlık görmemiş ve davacının temyiz isteminin kabulü ile Mahkeme kararının bozulmasına karar vermiştir.

Söz konusu içtihadın incelenmesinden Danıştay 12. Dairesinin davacı mahkum olmuş ve mahkumiyeti ertelenmiş olmasına rağmen, *söz konusu suçun (müessir fiil) ağır tahrik altında işlenmiş olmasını ve olayın özelliğini göz önünde bulundurarak*, "arşiv araştırması olumlu olmak" şartını taşıdığı sonucuna vardığını görüyoruz. Söz konusu içtihat karşısında somut olayımız incelendiğinde, şikâyetçinin asliye ceza mahkemesinde devam eden davada sanık olduğu bilinmekle, yargılamasının halihazırda devam ettiğinin, başvurusunun durumunun ceza alıp cezası ertelenen bir sanığın durumundan daha riskli veya aleyhe yorumlanmasının adil olmadığı, mahkeme tarafından mahkum edilmeden suçlu gibi muamele görmesinin olanaklı olmadığı, idare tarafından da devam eden yargılaması dışında güvenlik soruşturmasının olumsuz olarak sonuçlanmasında başkaca bir hususun bulunmadığının kabulü karşısında şikâyetçinin atamasını iptal eden Kayseri Adli Yargı İlk Derece Mahkemesi Adalet Komisyonu Başkanlığınca oluşturulan Komisyonun 3/10/2013 tarihli ve 2013/608 sayılı Komisyon kararı ve atamanın iptaline ilişkin 11/10/2013 tarihli Bakanlık Olur'unun hukuka ve hakkaniyete aykırı olduğu kanaati ve sonucuna varılmıştır. (İdarelerin, kişilerin kesinleşmiş mahkumiyetinin söz konusu olmadığı durumda masumiyet karinesine uygun olarak hareket etmesi gerektiğine dair vurgu yapan Başdenetçiliğimizin 2013/4 sayılı tavsiye kararı da benzer mahiyette olup, Kurumumuzun istikrarlı kararları bu yöndedir.)

IV. HAK ARAMA ÖZGÜRLÜĞÜNE İLİŞKİN YASAL MEVZUAT

A. Dava Açma Süresinin Yeniden Başlaması

35) 14/6/2012 tarih ve 6328 sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanununun 17 inci maddesinin sekizinci fıkrasına göre göre Kamu Denetçiliği Kurumu'na, dava açma süresi içinde yapılan başvuru, işlemeye başlamış olan dava açma süresini durdurmakta olup, 21 inci maddenin ikinci fıkrası uyarınca tavsiye kararı üzerine otuz gün içinde herhangi bir işlem tesis edilmez veya eylemde bulunulmaz ise durmuş olan dava açma süresi kaldığı yerden işlemeye başlayacaktır.

B. Yargı Yolu

36) 2709 Sayılı 1982 Anayasası'nın Temel Hak ve Hürriyetlerin Korunması Başlıklı 40.maddesinin 2.fıkrasında, "Devlet, işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorundadır." hükmü yer almakta olup, şikâyetçinin dava açma süresini kaçırdığı tespit edilmiş olmakla, aksi düşünülmekte ise 6328 sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanununun 20 inci maddesinin ikinci fıkrası uyarınca, Ankara İdare Mahkemesine yargı yolu açıktır.

V. KARAR

Yukarıda açıklanan gerekçelerle ve dosya kapsamına göre **ŞİKÂYETİN KABULÜNE,**

Şikâyetçinin atamasının iptal edilmesine ilişkin işlemin geri alınması, atamasının yapılması veya hak kaybının önlenmesi adına Adalet Bakanlığı Memur Sınav-Atama ve Nakil Yönetmeliğinin 18. maddesi amir hükmü uyarınca şikâyetçi hakkındaki adli kovuşturma sonuçlanıncaya kadar atamasının bekletilmesi yönünde **ADALET BAKANLIĞI'NA TAVSİYEDE BULUNULMASINA,**

6328 sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanununun 20 inci maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca, bu karar üzerine tesis edilecek işlem ya da tavsiye edilen çözümün uygulanabilir nitelikte görülmediği takdirde gerekçesinin otuz gün içinde Kurumumuza bildirilmesinin zorunlu olduğuna,

Bu kararın şikâyetçiye, Adalet Bakanlığı'na, Kayseri Adli Yargı İlk Derece Mahkemesi Adalet Komisyonu Başkanlığı'na tebliğine,

Türkiye Cumhuriyeti Kamu Başdenetçisi'nce karar verildi.

M. Nihat ÖMEROĐLU

Kamu Başdenetçisi