

"...

## **II- İTİRAZIN GEREKÇESİ**

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

"1-) ANAYASANIN 2. MADDESİ YÖNÜNDEN: Anayasanın 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" hükmüne yer verilmektedir. Hukuk Devleti, insan haklarına saygılı ve bu hakları koruyucu, adaletli bir hukuk düzeni kuran ve bunu sürdürmekle kendini yükümlü sayan, bütün eylem ve işlemleri yargı denetimine bağlı olan devlettir. Hukuk Devleti ilkesi devletin, tüm organlarının üstünde hukuk kuralları ile kendisini bağlı saymasını gerektirir. Bu bağlamda Yasa koyucunun yasal düzenlemeler yaparkenki takdiri, sınırsız ve keyfi olmayıp hukuk devleti ilkeleriyle sınırlıdır. Bu duruma göre, yasa koyucunun, anne-babanın pasaport olanaklarından çocukların da yararlanma koşulları ve şeklini düzenlerken erkek çocuk için sadece reşit olmamayı esas alması yetersiz kalıp maslahata uygun olmayan sonuçlar doğurmaktadır. Çünkü reşit olma hali 4721 sayılı Medeni Kanunda 11 ve 12. maddelerde düzenlemiş olup, sadece fiil ehliyetinin alt unsurlarını ifade etmektedir. Bir başka ifade ile, reşit olmak (erginlik) 18 yaşının doldurulması, evlenme veya mahkeme kararıyla mümkün olmakta olup, tek başına fiil ehliyetine yeterli olmamaktadır. Burada üst kavram fiil ehliyeti olup, kişisel ve sosyal haklar ile sorumlulukların doğmasında üst kavram olan fiil ehliyetinin esas alınması hakkaniyet ve adaletin gerçekleşmesinde daha gerçekli olup, hukuk devletine de daha uygun sonuç doğuracaktır.

Örneğin dava konusu olayda, davacının çocuğu 18 yaşını tamamlamış olduğu dolayısıyla reşit olduğu gerekçesiyle annesinin pasaportuna işlenmemiştir. Gerçekten de çocuk 18 yaşını doldurmuş ve reşittir. Ancak epilepsi hastası ve zihinsel engelli olup fiil ehliyeti bulunmadığı gibi hayatının her anı anne-baba ile geçmekte ve geçmek zorundadır. Bu sebeple yasada reşit olmanın değil fiil ehliyetine sahip olmanın ölçü alınması hakkaniyet-adalet ve dolayısıyla hukuk devletine daha uygun olacaktır.

2-) ANAYASANIN 10. MADDESİ YÖNÜNDEN: Anayasanın 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, Devlet Organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar" hükmü düzenlenmektedir. Buna göre, yasa koyucu yasal düzenlemeler yaparken, cinsiyet farkı gözeterek belli bir cins lehine veya aleyhine farklılık öngöremez. Nitekim, dava konusu işlemin yasal dayanağı olan 5682 sayılı Kanunun 14/A-5 maddesinde kız evlatlara tanınan olanak erkek evlatlara tanınmayarak cinsiyet yönünden ayrımcılık yapılmıştır. Çünkü yasa hükmü uyarınca ailesiyle yaşayıp işi olmayan ve evli olmayan kız çocuklar reşit olsa bile anne-babanın pasaportuna kaydedilirken erkek çocuklar eğer reşit ise (örnekte olduğu gibi fiil ehliyeti bulunmasa bile) bu haktan yararlanamamaktadır. Bu ayrımcılığın ise Anayasanın 10. maddesi karşısında izahı kabil olmamaktadır.

3-) ANAYASANIN 41. MADDESİ YÖNÜNDEN: Anayasanın 41. maddesi "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, teşkilatı kurar" hükmünü düzenlemektedir. Buna göre, Devlet ailenin huzur ve refahını

özellikle de ana ve çocukların korunması ilkesini ihlal etmeme yükümlülüğü yanında, ihlal edilmesine sebep olacak unsurlar yönünden önleyici tedbirleri de almak zorundadır. Başka bir deyimle, Devletin, ailenin korunması yönünden pozitif ve negatif yükümlülükleri mevcuttur. Bu bağlamda Devlet (Yasama- yürütme-yargı olarak tüm erkleri ifade ediyor) aile hayatının sağlıklı devamına engel olan tedbirleri almak, buna aykırı her türlü düzenlemeyi ortadan kaldırmak zorundadır. Nitekim dava konusu olayda, zihinsel özürlü de olsa, çocuk anne baba için vazgeçilmez bir varlıktır. Bu sebeple onun hastalığı için yurtdışında tedavi olanakları aramaktadır. Ancak, yasal düzenleme, anneye, çocuğunu kendi pasaportuna refakatli olarak isteme olanağı vermeyip, annenin çocuğuyla birlikte olma hakkını engellemektedir. Bu sebeple, anılan hüküm, devletin aile hayatıyla ilgili yükümlülükleriyle de bağdaşmamaktadır.

**4-) ANAYASANIN 90. MADDESİ DE LALETLİYLE AVRUPA İNSAN HAKLARISÖZLEŞMESİNİN 8. MADDESİ VE 12 NO'LU PROTOKOL YÖNÜNDEN:**

**A-) ANAYASANIN 90. MADDESİ YÖNÜNDEN:**

Anayasanın 90/5. maddesinde "Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz" hükmüne yer verilmiş bulunmaktadır.

Bunun yanında Türkiye 18.05.1954 tarihinde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesini imzalamış olup bu tarihten itibaren adı geçen sözleşme iç hukukumuzun bir parçası olmuştur.

Türk doktrinde, Uluslar arası sözleşmelerin yeri ve normlar hiyerarşisine göre konumutartışmalıdır. Buna göre Avrupa İnsan hakları Sözleşmesi; alalade bir yasa gücünde midir, niteliklibir yasamıdır yoksa Anayasa hükmünde midir bu konuda yerleşik bir görüş birliği bulunmamaktadır. Ancak, hangi görüş benimsenirse benimsensin, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi hükümlerinin en azından yasa hükmü olduğu, Anayasaya aykırılığı ileri sürülmediğine göre de, diğer yasalara göre üstün ve nitelikli bir yasa olduğu kuşkusuzdur. Kaldı ki, Türk Devleti yönünden kararları bağlayıcı olan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesince, hüküm kurulurken, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi hükümleri, yasama, yürütme ve yargı olarak tüm Devlet faaliyetleri yönünden denetlenmekte olup, bu içtihatlar doğrultusunda Devlet, idari eylem ve işlemleri yanında yasa hatta Anayasa kurallarını bile yeniden düzenlemek zorunda hissetmektedir kendisini. Bunun yanında, Anayasa Mahkemesi de Anayasaya Uygunluk denetimi yaparken Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi hükümleri ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları dikkate almakta ve kararlarında işlemektedir, (şimdilik ölçü norm olarak esas alınmamakla birlikte referans norm olarak yer verilmektedir) Bu bağlamda, devletin her faaliyetinin olduğu gibi, tüm düzenleyici işlemlerinin denetiminde de Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatları ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi hükümlerinin de göz önüne alınması gerekir.

**B-) AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİNİN 8. MADDESİ YÖNÜNDEN:**

Nitekim Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 8. maddesinde de "1- Herkes özel hayatına, aile hayatına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahiptir. 2- Bu hakkın kullanılmasına bir kamu otoritesinin müdahalesi, ancak ulusal güvenlik, kamu emniyeti, ülkenin ekonomik refahı, dirlik ve düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın ve ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için, demokratik bir toplumda zorunlu olan ölçüde ve yasayla öngörölmüş olmak koşuluyla söz konusu olabilir" hükmüne yer

verilmiştir. Gerek Anayasa hükümleri gerekse anılan sözleşme maddesi uyarınca; devlet; ailenin korunması geliştirilmesi ve aile hayatına saygı anlamında, pozitif ve negatif yükümlülükler altına girmiş bulunmaktadır. Buna göre, devlet, kişilerin aile hayatını bozucu eylem ve işlemlerde bulunamayacağı gibi, bu tür eylem ve işlemlere maruz kalmamaları için gerekli tedbirleri de alınmakla yükümlüdür.

Pasaport Kanununa göre yurt dışına çıkmak için pasaport almak bir haktır. Bu hakkın kullanımı sırasında, zihinsel özürü ve sürekli bakıma muhtaç olan çocuğun annenin pasaportuna işlenmemesi dolayısıyla anne-çocuğun ayrılması hem çocuk yönünden hem anne yönünden aile hayatına saygı gösterilmesi ilkesine uygun düşmemektedir.

**C-) AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİNİN 14. MADDESİ ve 12 NOLU EK PROTOKOL YÖNÜNDEN:**

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 14. maddesinde "Bu sözleşmede tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanma, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasal veya diğer kanaatler, ulusal veya sosyal köken, ulusal bir azınlığa mensupluk, servet, doğum veya herhangi başka bir durum bakımından hiçbir ayrımcılık yapılmadan sağlanır" hükmü düzenlenmektedir. Bunun yanında, 12 Nolu Ek protokolün 1. maddesinde de "Yasayla öngörülmüş olan tüm haklardan yararlanma, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasi veya diğer kanaatler, ulusal veya sosyal köken, ulusal bir azınlığa mensup olma, servet, doğum veya herhangi bir statü bakımından hiçbir ayrımcılık yapılmadan sağlanır" düzenlenmesine yer verilmiştir. Her iki hükmün birlikte değerlendirilmesinden, Devlet, haklardan yararlanma konusunda ayrımcılık yapmama yükümlülüğünde olduğu gibi, 12 nolu protokolün başlangıç bölümünde düzenlendiği üzere "... ayrımcılığın genel olarak yasaklanmasını birlikte yerine getirerek, herkesin eşit olmasını sağlamak için yeni tedbirler alma kararlılığında olarak anlaşmışlardır..." Buna göre Devlet, ayrımcılığa sebep olan mevzuat hükümlerini de düzeltme yükümlülüğü altına girmiştir.

Bu bağlamda dava konusu olay ve dayanağı yasa hükmü değerlendirilecek olursa, aile hayatına saygı, annenin çocuğuyla birlikte olma, tedavi için onu yurtdışına götürme hakkını kullanma durumunda kız çocuk ve erkek çocuk arasında farklı muamele yapılmaktadır. Anne, aynı koşullardaki kız çocuğunu pasaportuna işletip birlikte yurtdışına çıkabildiği halde, zihinsel özürü ve bakıma muhtaç dahi olsa erkek çocuğunu pasaportuna işletemeyip, yurtdışına birlikte çıkarmamaktadır. Bu da Aileye saygı hakkının kullanılması, seyahat özgürlüğünün kullanılması gibi durumlarda cinsiyet yönünden ayrımcılığa sebep olmaktadır.

**SONUÇ VE TALEP:** Yukarıda açıklanan sebeplerle, davacının erkek çocuğunun, annesinin pasaportuna işlemesi talebinin reddi işleminin yasal dayanağının 5682 sayılı Yasanın 14/A- 5. maddesi olup, uyumsuzluğun çözümünde uygulanacak madde olduğu; anılan maddenin ise, kız ve erkek çocuklar arasında haksız ve sebepsiz ayrımcılığa yol açtığı sonuç ve kanaatine varılarak; 5682 sayılı Pasaport Kanununun 14. maddesinin A bendinin 5. fıkrasının "... yine yanında yaşayıp reşit bulunmayan erkek çocuklarına da..." ibaresinin Anayasanın 2, 10, 41. maddelerine ve 90. maddesi delaletiyle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 8 ve 14. maddeleri ile 12 nolu Ek Protokole aykırı olduğu düşüncesiyle anılan yasa hükmünün, iptali talebiyle Anayasa Mahkemesine itirazın götürülmesine, dava dosyasının tüm belgeleriyle onaylı suretinin dosya oluşturularak Anayasa Mahkemesine sunulmasına, iş bu karar aslı ile dosya suretinin yüksek mahkemeye tebliğinden itibaren 5 ay karar verilinceye kadar bekletilmesine 10.03.2004 gününde oybirliğiyle karar verildi.""