

2007

NİSAN

3 AYDA BİR YAYIMLANIR



Nevzat ERDEMİR
Ulusal Egemenlik

Abdülkadir ÖN
Farkın Farkı Fark Etmez

Mehrigül KELEŞ
Yaklaşan Cumhurbaşkanlığı Seçimlerinin Meşruiyet ve Hukukilik Boyutuyla
Değerlendirilmesi

Nejat ÖZTAŞKENT
5271 Sayılı "Ceza Muhakemesi Kanunu" Üzerine Aykırı Düşünceler

Talih UYAR
Haczedilen Taşınır Mallar Hakkında Alınacak Muhafaza Tedbirleri (İİK mad.88)

İlhami GÜNEŞ
Tasarım Tesciline Karşı İşlenen Suçlar

Mustafa SAKAL - Mustafa ALPASLAN
SSK Borçlarında İşverenlere 1.1.2007'den İtibaren Yurtdışı Çıkışı Yasağı
Uygulaması

Turgay CİN
Yunan Basınına Yansıdığı Şekliyle, Atina ile İstanbul Rum Başpiskoposları
Arasındaki Yönetim Krizi, "Evrensellik" ve Türkiye

**ABD Büyükelçiliği'nde Görev Yapan Diplomat Jeffrey S. Collins'in 9 Ocak
2007'de İzmir Barosu'na Ziyaretindeki Görüşmenin Tam Metni**

HAKEMLİ MAKALE

Pınar BAKLACI - Esen AKINTÜRK
Avrupa Birliği Vatandaşlarının ve Aile Fertlerinin Üye Devlet Ülkelerinde
Serbestçe Dolaşımına İlişkin 2004/38 Sayılı Direktif Hakkında Genel
Bilgilendirme

AİHM Kararları - Wieser/Avusturya Davasında

YARGI KARARLARI
Ceza Bölümü
Hukuk Bölümü

YİTİRDİKLERİMİZ

YIL: 72

2

İZMİR BAROSU DERGİSİ

Yıl: 72 • Nisan 2007 • Sayı: 2 • Üç ayda bir yayımlanır • ISSN 1305-757X

SAHİBİ

İzmir Barosu Adına Başkan
Av. Nevzat ERDEMİR

YAZI İŞLERİ MÜDÜRÜ

Av. Abdülkadir ÖN

YAYIN KURULU

Av. Onur GÜVEN
Av. İlhan ERKUL
Av. Nizamettin ERKUL
Av. Erdem GÜMÜŞ
Av. Mehriğül KELEŞ
Av. Özcan ÖĞÜTÇÜ
Av. Ertuğrul PERİM
Av. Abbas ERDOĞAN
Av. Uluğ İlve YÜCESOY

DANIŞMA KURULU

(Soyadı sırasıyla)

Prof. Dr. Tayfun AKGÜNER (Kültür Üniversitesi)
Prof. Dr. Ziya AKINCI (Galatasaray Ü. Hukuk Fak. Devletler Özel Hukuku)
Prof. Dr. Zeyrettin ASLAN (İÜ Huk. Fak. İdare Hukuku)
Prof. Dr. Oğuz ATALAY (DEÜ Huk. Fak. Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku)
Prof. Dr. Timur DEMİRBAŞ (Bahçeşehir Ü.Huk.Fak.Ceza ve Ceza Usul Huk.)
Prof. Dr. Şeref ERTAŞ (DEÜ Hukuk Fak. Medeni Hukuk)
Prof. Dr. Mehmet HELVACI (İÜ Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Yusuf KARAKOÇ (DEÜ Hukuk Fakültesi Vergi Hukuku)
Prof. Dr. NEVZAT KOÇ (DEÜ Huk. Fak. Medeni Hukuk)
Prof. Dr. Huriye KUBİLAY (DEÜ Huk. Fak. Ticaret Hukuku-Deniz Hukuku)
Prof. Dr. Erdal ONAR (Ankara Üniversitesi Huk. Fak. Anayasa Hukuku)
Prof. Dr. Işıl ÖZKAN (DEÜ Hukuk Fakültesi Avrupa Birliği Hukuku)
Prof. Dr. Bahri ÖZTÜRK (Kültür Ü. Ceza ve Ceza Usul Hukuku)
Prof. Dr. Hakan PEKCANİTEZ (GSÜ H. Fak. Medeni Usul ve İcra İflas Huk.)
Prof. Dr. Füsün SOKULLU (İÜ Huk. Fak. Ceza ve Ceza Usul Hukuku)
Prof. Dr. Ali Nazım SÖZEN (DEÜ Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürü)
Prof. Dr. Melda SUR (DEÜ Huk.F.Devletler Umumi-İş ve Sosyal Güvenlik Huk.)
Prof. Dr. Durmuş TEZCAN (Kültür Ü. Huk. Fak. Ceza ve Ceza Usul Hukuku)
Prof. Dr. Nuket TURGUT (Atılım Ü. Huk. Fak. Kamu Hukuku-Çevre Hukuku)
Prof. Dr. Bilge UMAR (Yeditepe Ü. Huk. Fak. Medeni Usul ve İcra İflas Huk.)
Prof. Dr. Turan YILDIRIM (Marmara Ü. Huk. Fak. İdare Hukuku)
Prof. Dr. Aydın ZEVLİLİLER

Doç. Dr. Mustafa ALP (DEÜ Hukuk Fak. İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku)
Doç. Dr. Meltem CANİKLİOĞLU (DEÜ Huk. Fak. Anayasa Hukuku)
Doç. Dr. B.Bahadır ERDEM (İÜ Hukuk Fak. Devletlerarası Özel Hukuk)
Doç. Dr. Mustafa Ruhan ERDEM (DEÜ Huk. Fak. Ceza ve Ceza Usul Huk.)
Doç. Dr. Mustafa SAKAL (DEÜ İİBF, Maliye Bölümü)
Doç. Dr. Şükran ERTÜRK (DEÜ Huk. Fak. İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku)
Doç. Dr. Meltem Kutlu GÜRSEL (DEÜ Huk. Fak. İdare Hukuku)
Doç. Dr. Yasemin IŞIKTAÇ (YÜ Hukuk Fak. Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi)
Doç. Dr. Demet ÖZDAMAR (DEÜ Hukuk Fak. Medeni Hukuk)
Doç. Dr. Veli Özer ÖZBEK (DEÜ Huk. Fak. Ceza ve Ceza Usul Hukuku)
Doç. Dr. Oğuz SANCAKTAR (DEÜ Huk. Fak. İdare Hukuku)
Doç. Dr. Meral SUNGURTEKİN (DEÜ Huk. Fak. Medeni Usul ve İflas Huk.)
Yrd. Doç. Dr. Beşir ACABEY (DEÜ Huk. Fak. Medeni Hukuk)
Yrd. Doç. Dr. Emre GÖKYAYLA (DEÜ Huk. Fak. Medeni Hukuk)
Yrd. Doç. Dr. Sevtap METİN (YÜ Hukuk Fak. Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi)
Yrd. Doç. Dr. Muhlis ÖĞÜTÇÜ (DEÜ Huk. Fak. İdare Hukuku)
Yrd. Doç. Dr. Oğuz ŞİMŞEK (DEÜ Huk. Fak. Anayasa Hukuku)
Yrd. Doç. Dr. Gökçe Türkoğlu ÖZDEMİR (DEÜ Huk. Fak. Roma Hukuku)
Yrd. Doç. Dr. Ahmet TÜRK (DEÜ Huk. Fak. Ticaret Hukuku)
Av. Talih UYAR

YAYINA HAZIRLAYAN

Utku KILINÇ
Öznur USANMAZ
Semih KURU

YÖNETİM YERİ

İZMİR BAROSU

1456 Sokak No:16 K:6 Barohan

35220 Alsancak / İZMİR

Tel: 0 232 463 00 14

Faks: 0 232 463 66 74

e-posta: yayin@izmirbarosu.org.tr

www.izmirbarosu.org.tr

BASIMA HAZIRLIK

Egetan Bas. Yay. Ltd. Şti.

1484 Sok. No. 15 K.2 Alsancak/İZMİR

Tel: 0 232 421 08 96

BASKI

Uşşak Matbaacılık Ltd. Şti.

1464 Sok. No. 55/A Alsancak/İZMİR

Tel: 0 232 464 99 67

BASIM TARİHİ

25.05.2007

İZMİR BAROSU DERGİSİ'nde yayımlanan yazılar yazarların kişisel görüşünü yansıtır. Gönderilen yazılar yayımlansın ya da yayımlanmasın geri verilmez. Yayımlanmayan yazılar için gerekçe gösterme zorunluluğu yoktur.

İçindekiler

İzmir Barosu Dergisi'ne Yazı Gönderecekler İçin Bilgi Notu	5
Nevzat ERDEMİR Ulusal Egemenlik	7
Abdülkadir ÖN Farkın Farkı Fark Etmez	11
Mehrigül KELEŞ Yaklaşan Cumhurbaşkanlığı Seçimlerinin Meşruiyet ve Hukukilik Boyutuyla Değerlendirilmesi	13
Nevzat ERDEMİR Trafik ve Hukuk	22
Nejat ÖZTAŞKENT 5271 Sayılı "Ceza Muhakemesi Kanunu" Üzerine Aykırı Düşünceler	30
Talih UYAR Haczedilen Taşınır Mallar Hakkında Alınacak Muhafaza Tedbirleri (İİK mad.88)	35
İlhami GÜNEŞ Tasarım Tesciline Karşı İşlenen Suçlar	44

Mustafa SAKAL- Mustafa ALPASLAN SSK Borçlarında İşverenlere 1.1.2007'den İtibaren Yurtdışı Çıkışı Yasağı Uygulaması	56
---	----

Turgay CİN Yunan Basınına Yansıdığı Şekliyle, Atina ile İstanbul Rum Başpiskoposları Arasındaki Yönetim Krizi, “Evrensellik” ve Türkiye	60
--	----

ABD Büyükelçiliği'nde Görev Yapan Diplomat Jeffrey S. Collins'in 9 Ocak 2007'de İzmir Barosu'na Ziyaretindeki Görüşmenin Tam Metni	103
--	-----

HAKEMLİ YAZILAR

Pınar BAKLACI/Esen AKINTÜRK Avrupa Birliği Vatandaşlarının ve Aile Fertlerinin Üye Devlet Ülkelerinde Serbestçe Dolaşımına İlişkin 2004/38 Sayılı Direktif Hakkında Genel Bilgilendirme . . .	115
--	-----

AIHM Kararları Wieser/Avusturya Davasında	139
--	-----

Yargı Kararları Ceza Bölümü	157
---------------------------------------	-----

Yargı Kararları Hukuk Bölümü	187
--	-----

YİTİRDİKLERİMİZ	214
----------------------------------	------------

İzmir Barosu Dergisi'ne Yazı Gönderecekler İçin Bilgi Notu

Dergimizin “hakemli” olması, sadece hakem denetiminden geçmiş yazılara yer verileceği sonucunu getirmemektedir. Dergimizde “hakemli” ve “hakemsiz” yazılar birlikte yer alabilecektir.

Dergimize gönderilecek yazıların başka bir yerde yayımlanmamış ya da yayımlanmak üzere gönderilmemiş olması gerekmektedir.

Yazıların uzunluğu dergi formatında ve otuz sayfayı geçmemelidir. Dergimize gönderilecek yazıların 12 punto (dipnot, kaynakça, özet 10 punto) yazılarak, A4 boyutunda iki adet bilgisayar çıktısı ile ve CD veya diskete kaydedilmiş olarak gönderilmesi gerekmektedir.

Gönderilen yazıların yayımlanmasına karar verildiği takdirde, yazının basılı ve elektronik yayım haklarına İzmir Barosu sahip olacaktır.

Yazarlar, unvanlarını, görev yaptıkları kurumlarını, haberleşme adresleri ile telefon numaralarını ve varsa e-posta adreslerini belirtmelidirler.

Dergiye gönderilecek / verilecek yazılar, yayın ilkeleri bakımından Yayın Kurulu'nda ön incelemesi yapıldıktan sonra, yazarı tarafından istenildiği takdirde, hakeme / hakemlere gönderilecek; hakemlerden gelecek raporlar doğrultusunda yazının “hakemli makaleler” bölümünde basılmasına karar verilecektir.

Hakem incelemesi istenilen yazılar, en az iki hakem incelemesinden geçirilecek ve iki olumlu rapor üzerine yayımlanacaktır. Bir olumlu bir olumsuz rapor halinde üçüncü bir hakeme başvurulacaktır. Üçüncü hakemin görüşü doğrultusunda iki olumlu görüş ortaya çıktığında yazı yayımlanacaktır. Hakemler yazıları **“biçimsel ve içerik olarak bilimsel ölçütlere uygunluk”** yönünden denetleyeceklerdir. Hakem raporları yayım arşivinde saklanacaktır. Yazılar hakemlere gönderildiğinde yazarın adı soyadı bildirilmeyecektir. Aynı şekilde yazar da kimlerin hakem denetimi yaptığını bilmeyecektir. Hakemle yazarın bir konudaki görüşünün farklı olması, yazının hakem denetiminde olumlu sonuç alınmasına asla engel değildir. Hakemler yazılara ilişkin üç sonuç bildirebileceklerdir. **“yayımlanması uygundur”, “yetersizliklerin giderilmesi için iade edilmelidir”, “yayımlanması uygun değildir”**. Yazının hakem tarafından yetersiz bulunması halinde, hakem raporlarında “yazar nüshası”, yani hakem kimlik bilgilerinin olmadığı nüsha ya-

zara verilecektir. Yazar, raporda saptanan eksiklikleri giderdikten sonra, yazı yeniden aynı hakeme verilecektir. Bunun sonucuna göre yazıyla ilgili gerekli işlem yapılacaktır.

Hakemli inceleme istenmeyen yazılar, Yayın Kurulu incelemesi ile yayımlanacaktır. Yayın Kurulu'nda her yazı en az iki üye incelemesinden geçirilecek, raportörler görüşlerini Kurul'a sunacak ve Yayın Kurulu'nca yazının yayımlanıp yayımlanmayacağına karar verilecektir. Gerktiğinde yazı okunarak bütün üyelerce oylanmak suretiyle yayımlanıp yayımlanmamasına karar verilecektir. Yazardan Yayın Kurulu'nca eksik görülen konuların düzeltilmesi istenebilecektir. Yazım yanlışları Yayın Kurulu tarafından düzeltilecek, diğer eksiklikler bakımından yazarlarla bağlantı kurularak düzeltilmesi yazarından istenecektir.

Yayımlamayan yazılar, yazara geri gönderilmeyecektir. Ancak yazıların yayımlanıp yayımlanmayacağı ilgisine en kısa sürede bildirilecektir.

Yazardan düzeltme isteğinde, düzeltmenin en geç 15 gün içinde yapılarak Yayın Kurulu'na ulaştırılması gereklidir.

Dergi'ye gönderilen yazıların yazım bakımından son denetiminin yapılmış olduğu, yazarın disketteki biçimiyle yazısının yayımlanmasına "olur" verdiği kabul edilecektir. Yazının baskı düzeltmeleri Yayın Kurulu tarafından yapılacak, yazarına bu düzeltmeler için yazı gönderilmeyecektir.

İzmir Barosu Dergisi'nin yazı dili Türkçe'dir.

İzmir Barosu Dergisi; bilimsel yazı ve makalelerin yanı sıra Yargıtay, Danıştay, Anayasa Mahkemesi, AİHM kararları ve kesinleşmiş mahkeme kararları, karar incelemeleri ve hukuk tartışmalarına vb. yazılara Yayın Kurulu'nun kararı ile yer verilecektir.

Yeni Mandacılık

■ Nevzat ERDEMİR (*)

Değerli Meslektaşlarım;

Türkiye Ulusal Egemenlik Bayramı'nın kutlandığı şu günlerde çok önemli bir tarihsel dönemeçten geçmektedir. Günümüzde Türkiye'ye yeni dünya düzeni veya Avrupa Birliği'ne uyum adı altında dayatılan şey yeni mandacılıktır. Yeni mandacılık akımları Türkiye'yi **yasama, yürütme ve yargısına dış odakların müdahale ettiği yarı bağımlı bir ülke durumuna getirmiştir**. Ekonominin yönetim ve denetimi İMF ve diğer uluslar arası kurumların tekeline geçmiştir. Türkiye uzun zamandan bu yana ulusal egemenliğini tümüyle kullanamamaktadır. Ülkemiz adı konulmamış bir işgal ve teslimiyet süreci içindedir. Ülkemizin tümlüğü, ulusumuzun birlik ve teklifi tehdit ve tehlike altındadır. Türkiye'nin ve bölge ülkelerinin günümüzde yaşadığı en büyük sorun emperyalizmdir. Temel amaç bölge halklarını sömürmek, başta petrol olmak üzere bölgenin doğal ve kültürel kaynaklarını ele geçirmek, haçlı hegemonyası ve Hristiyan birliği kurmaktır.

Mustafa Kemal Atatürk 1921 yılında: *“Gerçek durumda egemenlik yalnız bir biçimde yaşama geçer: O da bu egemenliğin sahibi olan insanların doğrudan doğruya bir araya gelerek **yasama, yürütme ve yargı görevlerini doğrudan yerine getirmeleriyle olanaklıdır**. Ulusu temsil eden ulusal istenç adına sınırlı ve belirli bir zaman için tinsel kişiliğinde yansıtan Millet Meclisi bile en sonunda ulusça yenilenmek durumundadır. Asıl olan ulustur. Egemenlik onun olduğu gibi, yönetim hakkı da onundur”* demiştir.

(*) Avukat, İzmir Barosu Başkanı

Yaşanan olaylar Türkiye'yi bölmek ve parçalamak isteyen batının Türkiye'ye yönelik politikasında bir değişiklik olmadığını ortaya koymaktadır. Geçmişte Türkiye'yi tankları, topları ve ordularıyla ele geçirmeye çalışan odakların sadece ve sadece yöntem değiştirdikleri açıktır.

ABD, aralarında Türkiye'nin de bulunduğu 24 ülkenin sınırlarını ve rejimini Büyük Ortadoğu Projesi adı altında değiştirmek istemekte, yurdumuzun ayrılmaz parçası olan doğu ve güneydoğusu Türkiye'den koparılmak istenmektedir. Yurdumuz emperyal odaklar tarafından düşük yoğunluklu bir iç çatışma ve kaosun içine itilmiştir. Nihai amaç ve hedefin Büyük Ermenistan ve Büyük İsrail'i kurmak olduğu bilinmelidir. Türkiye'de ve Irak'ın kuzeyinde kendini Kürt olarak tanımlayan kimi unsurların bu küresel saldırganlara alet olmamaları gerekir. Saldırganların günü geldiğinde onları selpak mendil gibi kullandıktan sonra atacakları ve onları yalnız bırakacakları, geldikleri gibi gidecekleri akıldan çıkarılmamalıdır.

*“Toplumda en yüksek özgürlük, en yüksek eşitlik ve adaletin sürekli biçimde sağlanması ve korunması, **ancak ve ancak tam ve kesin anlamıyla ulusal egemenliğin kurulmuş bulunmasına** bağlıdır.*

***Bağsız ve koşulsuz** tabiriyle belirtilen egemenliği, ulusun üzerinde tutmak demek, bu egemenliğin bir zerresini, sıfatı, ismi ne olursa olsun, hiçbir makama vermemek, verdirmemek demektir. Bununla kasettiğim manayı kolaylıkla anlayabilirsiniz.” (1923)*

Sosyalist blokun dağılmasından sonra, rakipsiz kalan küresel saldırganlar bir yandan yeni dünya düzeni, öbür yandan Avrupa Birliği'ne uyum adı altında ulus egemenliği, tam bağımsızlık ve ulusal ant gibi varlığımızın, birlik ve dirliğimizin kaynağını oluşturan kazanımlardan vazgeçmeyi ulusumuza dayatmakta, devşirmiş işbirlikçi sözde aydınlar yaşamsal kazanımların modasının geçtiğini söylemekte, dış odaklara payandalık yapmaktadır.

Bundan daha acı ve vahim olanı ise; ülke içinde siyasal erki elinde tutanların dış odaklarla söylem ve eylem birliği içinde olmaları, Başbakan RTE'nin küresel saldırganların bu projesinin EŞBAŞKANLIĞI görevini üstlenmesidir. Bu gaflet ve delaletin ötesinde ihanet kertesine ulaşan bir eylemdir.

Ulusumuz tarih bilinci ve birikimi ile bu teslimiyetçi gidişi ve Sevr'in yeni senaryolarını dışlayacak ve anamalcı küresel diktatörlerin ve onların yerli işbirlikçilerin amaçları, niyetleri ve hevesleri kursaklarında kalacaktır.

“Sömürgecilik ve emperyalizm yeryüzünden yok olacak ve ye-

rine uluslararasıda hiçbir renk, din ve ırk ayırımı gözetmeyen yeni bir uyum ve işbirliği egemen olacaktır.”

Hukuk kuralları içinde, bu ihaneti yapanlardan bağımsız yargı önünde hesap sorulacak günler elbet gelecektir. Hiçbir suç ve suçlu cezasız kalmayacaktır.

Türkiye'de, M. Kemal Atatürk'ün andının bilinmemesi ve onun ilkelinin yaşama tümüyle geçirilmemesinin sancı ve sıkıntıları yaşanmaktadır. Yüce Önder'in andına ve söylediklerine bakınız:

“İşittim ki, kimi arkadaşlar yoksulluğumuzu bahane ederek memleketlerine geri dönmek istiyorlarmış. Ben kimseyi zorla Milli Meclis'e davet etmedim. Herkes kararında özgürdür, bunlara başkaları da katılabilir. Ben bu kutsal davaya inanmış bir insan sıfatı ile buradan bir yere gitmemeye karar verdim. Hatta hepiniz gidebilirsiniz. Asker Mustafa Kemal mavzerini eline alır, fişeklerini göğsüne dizer, bir eline de bayrağını alır, bu şekilde Elmadağı'na çıkar, orada tek kurşunum kalana dek vatanımı savunurum. Kurşunlarım bitince de bu aciz bedenimi bayrağıma sarar, düşman kurşunları ile yaralanır, temiz kanımı kutsal bayrağıma içire, içire tek başıma can veririm. Ben buna and içtim!”

Ulusal egemenlik öyle bir nurdur ki, onun karşısında zincirler erir, taç ve tahtlar yanar, mahvolur. Ulusların tutsaklığı üzerine kurulmuş kurumlar her tarafta yıkılmaya mahkûmdur.

Devletimizin sonsuza dek yaşaması için ülkemizin güçlenmesi için, ulusumuzun gönenç ve mutluluğu için, yaşamımız, namusumuz, şerefimiz, geleceğimiz için ve bütün kutsallığımız ve nihayet her şeyimiz için mutlaka en kıskanç duygularımızla, en açık uyanıklık ve gözümüzün açıklığıyla ve tüm gücümüzle ulusal egemenliğimizi koruyacak ve savunacağız.

Ulusumuzun güçlü, mutlu ve güvenlik içinde yaşayabilmesi için devletin tümüyle ulusal bir siyaset izlemesi ve bu siyasetin, iç kuruluşlarımıza tamamen uygun ve dayalı olması gerekir.

Bütün dünya bilmelidir ki, artık bu devletin ve ulusun başında hiçbir güç yoktur, hiçbir makam yoktur. Yalnız bir güç vardır. O da ulusal egemenliktir. O da ulusun kalbi, vicdanı ve varlığıdır.

Şimdiye dek ulusumuzun başına gelen tüm yıkımlar, kendi talih ve yazgısını başkalarının eline terk etmesinden kaynaklanmıştır. İnsanlar, uluslar kendi istençlerini, kendi vicdanlarının gereklerini yürütmek ve uygulamak isterlerse, egemenliklerini kesinlikle ellerinde tutmak zorundadırlar.

Türkiye halkı bağısız ve koşulsuz egemenliğine sahip olmuştur.

Egemenlik hiçbir renk, hiçbir biçim, hiçbir anlam ve yolla paylaşım kabul etmez.

Kurtuluş, ancak ve ancak ulusal gücü (Kuvayı Milliye) etkin ve ulusal istencin (ulusal iradenin) egemen kılınması ile olanaklıdır. Tüm programlarının hedefi şudur: 1. Tam bağımsızlık (İstiklâl-i tâm): İçeriği ve anlatımı Ulusal Ant'tır (Misâk-ı Millîdir) 2. Bağısız koşulsuz ulusal egemenlik.

“Süngü ile silahla, kanla elde ettiğimiz utkudan sonra, kültür, ilim, fen, ekonomi gibi alanlarda utku kazanmak için çalışacağız. Ulusu gönenç ve mutluluğa götüreceğ bu alanlarda güvenle, başarıyla yürüyebilmek ise, yalnız bir koşula bağlıdır. Bu koşul: Ulusun, doğrudan doğruya kendi egemenliğine kendisinin sahip olmasıdır!” (1923)

Farkın Farkı Fark Etmez

■ Abdülkadir ÖN (*)

Kamuoyu haftalardır Cumhurbaşkanlığı seçimlerine odaklanmış, hukukçularımız ve siyaset adamlarımız harıl harıl bu konuyu tartışmışlardır. Ancak bu tartışmalarda dikkat çeken yön bu tartışmayı yürütenlerin siyasetçi ve hukukçu değil de, bana matematikçi ve fizikçiler gibi gelmesidir. Bir görüş varsa yoksa 367 dedi, diğer görüş hayır 184'ü bulunca açarım, 276 ile cumhurbaşkanını seçerim dedi durdu. Cem Yılmaz da haklı olarak çarpıtı topladı çıkardı ve öyleyse dayım 54 yaşındadır, dedi.

İktidarın ve muhalefetin dört işlemi ne kadar doğru ise Cem Yılmaz'ın da dört işlemi bir o kadar doğruydur. Gerek muhalefetin gerekse iktidarın kurduğu denklem sadece çarpma çıkarma ve toplamaya dayalı olunca işlemde hem hatalar yapıldı, hem de eksik verilerle denklem kurmaya çalışıldılar. Denkleminde ordu ve millet olmayan hiçbir matematik işlem kesin ve doğru sonuçlara varamaz.

Muhalefet Abdullah Gül'e destek verseydi dahi Abdullah Gül yine de cumhurbaşkanı olamayacaktı. Nitekim muhalefet Abdüllatif Şener'e, Vecdi Gönül'e veya AKP'li başka birine yeşil ışık yakmış, hatta sürekli ortaçağla uzlaşmanın felsefesini üretmiştir. Fakat bu oyun iktidara ve muhalefete rağmen millet ve ordu faktörüyle bozulmuştur. Oyun bozulacaktı ve bozulmaya mahkumdu. Tarihin matematiği ve denklemi öyle kurulmuştur.

Dergimizin bu sayısında değerli meslektaşım Mehriğül Keleş'in yazısına da bir gönderme olacağı düşüncesiyle farklı bir bakış açısı getirmek istedim. Amacım kimseyi eleştirmek değildir.

(*) Avukat, Yayın Kurulu Başkanı

HUKUK SİYASETİ VEYA SİYASET HUKUKU

Devlet; milletin örgütlenmiş silahlı gücüdür. Her sınıf ekonomiden aldığı güç ile, yani üretim araçları üzerindeki hakimiyeti ile, devlete de hakim olur. Devlete hakim olan güç silaha ve hukuka da hakimdir. 20. yüzyılın başında eksiklerine rağmen demokratik devrimini başarıya ulaştırmış bir ülkenin kendini, ortaçağın karanlık feodal kuvvetlerine yedirmeyeceği tarihin matematiğidir. Yüzyılın başındaki demokratik devrim, Ordu ve millet denklemi ile kurulmuştur. Ordu+Millet =Kemalist Devrimdir.

Bu veriler kullanılmadan ve dikkate alınmadan yapılacak bütün dört işlemler hatalı sonuçlar verecek ve herkesin dayısı 367 yaşında olacaktır.

Cumhurbaşkanlığı tartışmaları ile bir kez daha ispatlanmıştır ki; Türkiye'nin kazandığı demokratik cumhuriyeti kimsenin geriye götürebilmesi mümkün değildir. Süreç bundan sonra demokratik devrimimizin daha ileriye taşınmasında ayak bağı olan feodal, ortaçağ kalıntılarının tasfiyesi sürecidir. Herkes böyle bilmelidir. Hukukun siyasetini ve hukukun matematiğini tarihin içindeki sınıfların yarattığı unutulmamalıdır. Tarih; halkların ve sınıfların mücadele tarihi olup, kahramanların ve Cumhurbaşkanının nasıl biri olacağına yine kendi döngüsü içerisinde cevap vermiştir.

Aydınlık Türkiye ve aydınlık gelecek için,
Saygılarımla.

Yaklaşan Cumhurbaşkanlığı Seçimlerinin Meşruiyet ve Hukukilik Boyutuyla Değerlendirilmesi

■ Mehriğül KELEŞ (*)

Türk Demokrasi tarihinde yine ilginç bir Cumhurbaşkanlığı seçim sürecine girmiş bulunuyoruz. Bu dönemdeki tartışma başlıkları, cumhuriyet, rejimin nitelikleri, laiklik, nasıl bir Cumhurbaşkanı istiyoruz, türban, kamusal alan, Cumhurbaşkanlığı seçimlerinde uzlaşma şart mı? AKP Cumhurbaşkanı tek başına seçebilir mi? Şeklinde özetlenebilir.

Onursal Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı Sabih Kanadoğlu'nun Cumhurbaşkanlığı seçimlerindeki hukuksal yorumu, tartışmaya yeni bir boyut kazandırmıştır. Kanadoğlu'nun Cumhurbaşkanlığı tartışmalarındaki Anayasal yorumu, *"AKP Tek Başına Cumhurbaşkanı seçemez, Cumhurbaşkanlığı seçimlerinde toplantı yetersayısı 367'dir, AKP'nin oyu 354'dür, her dört tur oylamada da 367 toplantı yeter sayısı gerekmektedir, 3. tur oylamada AKP salt çoğunlukla Cumhurbaşkanı seçemez, seçerse bu seçimi Anayasa Mahkemesi 'İçtüzük ihdası' niteliğinde görerek iptal edebilir ve yasal olmayan bu şekildeki seçimi hukuk yoluyla önlemek olanaklıdır"* şeklinde özetlenebilir.¹ Bu tartışmaya Anayasa hukukçuları da katılmış olup takip edebildiğim kadarıyla Prof. Dr. Erdoğan Teziç,² Prof. Dr. Necmi Yüzbaşıoğlu,³ Prof. Dr.

(*) Avukat, İzmir Barosu Üyesi

1) KANADOĞLU, Sabih; "AKP Tek Başına Cumhurbaşkanının Seçemez", Cumhuriyet Gazetesi, 26 Aralık 2006

2) TEZİÇ, Erdoğan; "Meclis Kilittendir", Cumhuriyet Gazetesi, 27 Aralık 2006, sh.8

Ö. İ. Kaboğlu,⁴ Prof. Dr. Süheyl Batum,⁵ Doç. Dr. Bertil Emrah Oder⁶, bu yorumu, yani Sabih Kanadoğlu'nun yorumunu benimsemişlerdir. Prof. Dr. Ergun Özbudun ise AKP'nin 3. turda salt çoğunlukla Cumhurbaşkanını seçebileceği konusunda görüş bildirmektedir.⁷

Cumhurbaşkanlığı, Devletin en yüksek kamusal makamıdır. Anayasa, Devletin başı sıfatıyla Türkiye Cumhuriyeti'ni ve Türk Milleti'nin birliğini temsil edecek Cumhurbaşkanlığını oldukça ayrıntılı olarak düzenlemiş, nitelikleri ve tarafsızlığını, seçim yöntemini, görevlerini and içmesini, sorumluluk ve sorumsuzluk halini ayrıntılarıyla düzenlemiştir. Cumhurbaşkanının görevlerini düzenleyen 104. maddeye bakıldığında, Devletin başı olarak temsili yetkilerinin yanı sıra, Anayasanın uygulanmasını, devlet organlarının düzenli ve uyumlu çalışmasını "gözetme" yetkileri kapsamında Cumhurbaşkanının yasama, yürütme ve yargıya ilişkin kapsamlı yetkilerinin bulunduğu görülmektedir. Bunlardan bazı üst düzey kamu görevlilerini ve yargı mensubunu atama görevleri, tarafsız olması nedeniyle, Cumhurbaşkanına tanınmış yetkililerdir. Doğrudan Cumhurbaşkanına bağlı Devlet Denetleme Kurulu ve diğer yetkileriyle birlikte bu "gözetme" görevini ifa eden ve atama yetkilerini kullanan Cumhurbaşkanının "sorumsuzluğu" kavramıyla birlikte düşünüldüğünde, görevini layıkıyla yapan bir Cumhurbaşkanının elinde çok sağlam bir adalet mekanizması yaratılabileceği gibi, tarafsızlık ve adalet duygularından yoksun bir Cumhurbaşkanının elinde yargının baştan aşağı bozulmasına da yol açabilir.⁸ Bu nedenle seçilecek Cumhurbaşkanının nitelikleri ve tarafsızlığı büyük önem taşımaktadır. Cumhuriyetin niteliklerine yürekten bağlı, Cumhuriyet Devrimi kazanımlarını koruyup

3) YÜZBAŞIOĞLU, Necmi; "Yargı İptal Eder", *Cumhuriyet Gazetesi*, 27 Aralık 2006, sh.8 ve ayrıca Bkz. YÜZBAŞIOĞLU, Necmi; "Cumhurbaşkanı Seçimi Öncesi Cumhurbaşkanlığı" Sempozyumunda yaptığı konuşma (Sempozyum. Türkiye Barolar Birliği 12-13 Ocak 2007, Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayınları:116, 1. Baskı, Şubat 2007, sh.259-275)

4) KABAOĞLU, Ö.İ.; "Yasa Uzlaşmaya Yönlendiriyor", *Cumhuriyet Gazetesi*, 27 Aralık 2006, sh.8

5) BATUM, Süheyl; Dpn.3'deki Sempozyumda yaptığı konuşma, age., sh. 245-258

6) ODER, Bertil Emrah; "Nitelikli Çoğunluk Toplantı Yetersayısını da Kapsar", *Cumhuriyet Gazetesi*, 27 Aralık 2006, sh.8

7) ÖZBUDUN, Ergun; Dpn.3'deki Sempozyumda yaptığı Konuşma, age., sh. 236-245

8) Bkz. KELEŞ, Mehrigül; "Anayasal ve Siyasal Yaşamımızda Cumhurbaşkanının Yeri", *İzmir Barosu Dergisi*, Nisan 1993, sh. 47-48

geliştirebilecek, Anayasa'nın aradığı niteliklere ve tarafsızlığa sahip, Devletin başı sıfatıyla Türkiye Cumhuriyeti'ni ve Türk Milleti'nin birliğini temsil edebilecek, vatansever, şaibesiz, yolsuzluğa bulaşmamış, laik devlet yapısını içine sindirmiş, hukukun üstünlüğüne inanan birinin Cumhurbaşkanı olması gerekmektedir.

Bu niteliklere haiz birinin Cumhurbaşkanlığında tarafsızlığını sağlama için de büyük ölçüde toplumsal uzlaşma ile seçilmesi zorunluluğu bulunmaktadır. Anayasamız, Cumhurbaşkanlığı seçimlerinde uzlaşmayı sağlamak için çeşitli prosedürler öngörmüş, toplantı ve karar yetersayılarını ayrı ayrı belirlemiş, seçimi bir takvime bağlamış (30 gün), bir sürece yayarak 4 tur olarak düzenlemiş, bu sürecin sonunda seçim yapılamadığı takdirde de milletvekillerini seçimde uzlaşmaya yöneltmek amacıyla TBMM seçimlerinin yenileneceği özel bir fesih mekanizması benimsemiştir.

Gelelim, seçim sürecinde yaşadığımız **meşruluk** ve **hukukilik** tartışmalarına.

Bilindiği üzere meşruiyet ve hukukilik kavramları çoğu zaman örtüşmekle birlikte, bunların içerikleri farklıdır. **Meşruiyet**, bir konunun etik, ahlaki ve vicdani boyutunu, yani kamuoyu vicdanını ifade eden sosyolojik bir kavramken, **hukukilik** (kimilerinin deyişiyle "kanunilik"). Ancak bu kavram, bütün hukuku kapsamadığından ben hukukilik terimini tercih ediyorum), o konunun yürürlükteki hukuk kurallarına uygunluğunu, yani şekli ve usuli boyutunu ifade etmektedir.

Bu açıdan bakıldığında, yaklaşan Cumhurbaşkanlığı seçimlerine üç açıdan bakmak gerekmektedir. Bugünkü yapısıyla TBMM'nin Cumhurbaşkanını seçmesi meşru mudur? AKP Cumhurbaşkanını tek başına seçebilir mi, seçerse bu seçim demokratik ve meşru bir seçim midir? Bu seçim, Anayasa ve TBMM İçtüzüğü hükümlerine göre nasıl yapılmalıdır?

Bugünkü 22. Dönem TBMM'nin yapısını oluşturan en son 2002 milletvekili seçimlerinde, en geniş seçim çevresi 18 milletvekilliğine yükseltilmiş, % 10 ülke barajlı d'Hont sistemi uygulanmıştır. Anayasamızın 67. maddesine göre, "*Seçim kanunları, temsilde adalet ve yönetimde istikrar ilkelerini bağdaştıracak biçimde düzenlenir*". Oysa bu seçim sonuçları incelendiğinde, istik-

rar yakalanmış gibi görünmekle birlikte, temsilde adalet ilkesinin hiçbir şekilde gerçekleşmediği, dolayısıyla uygulanan seçim sisteminin, anayasal buyruğa uygun olmadığı görülmektedir.

Nitekim seçimlerden birinci parti olarak çıkan AKP, %34.4 oy almış, Meclis'te %66.4 oranında milletvekili çıkartmıştır. AKP bu durumda Meclis'te % 32.18 aşkın temsil (artık temsil) oranına sahip duruma gelmiştir. Yani gerçek oyunun yaklaşık iki katı tutarında temsil edilmektedir. Meclis'e giren ikinci parti CHP ise %19.41 oya karşılık Meclis'te % 32.13 milletvekili çıkarmıştır. CHP'nin aşkın temsil (artık temsil) oranı % 13'dür. Barajı aşamayan partilere ilişkin %45 oy, bu iki parti arasında aşkın temsil olarak paylaşılmıştır. Meclis'e giren iki parti(AKP ve CHP'nin) bağımsızlarla birlikte toplam temsil oranı % 55'tir. Seçime katılım oranı ise 2002 seçimlerinde % 79'dur. Bütün bu olgular, kayıtlı tüm seçmenlere oranlandığında bu Meclis'in, iktidarıyla muhalefetiyle birlikte toplam olarak kayıtlı seçmenlerin % 43.3'ünü temsil ettiği ortaya çıkmaktadır.

Yani, tüm seçmenin %56.7'si bu Meclis'te (XXII. Dönem TBMM'de) temsil olanağı bulamamıştır.⁹

Yani bu Meclis gerçekte, seçmen çoğunluğunun temsilcisi olmayıp, seçmen azınlığının temsilcisidir. Bu nedenle öncelikli sorun, bu temsil zafiyetinin aşılmasıdır. Bu temsil zafiyetinin, bugüne kadar barajın düşürüldüğü ve temsilde adaleti gerçekleştirecek bir seçim yasası değişikliğiyle aşılması ve bir erken seçimle giderilmesi gerekirdi. Ancak, bugüne kadar bu yapılamadığından meşruluk krizi çözülememiştir. Diğer yasalar ve parlamento tasarrufları bir yana, özellikle Anayasa'nın nitelikli çoğunluk aradığı ve özellikli durumlar diye nitelendirebileceğimiz Anayasayı değiştirme, cumhurbaşkanlığı seçimleri, Türk Silahlı Kuvvetleri'nin kullanımına karar verme gibi durumlarda, toplumsal uzlaşma gerekli olup meşruluk krizi çıkması kaçınılmazdır. Bu nedenle, Meclisin bugünkü yapısındaki temsilde zafiyet giderilmediğinden, Devletin başı sıfatıyla Türkiye Cumhuriyeti'ni ve Türk Milleti'nin birliğini temsil edecek, tarafsız nitelikleri haiz bir Cumhurbaşkanlığı seçiminin toplumsal uzlaşma ile yapılması gerekmektedir. Bu bakım-

9) YÜZBAŞIOĞLU, Age., sh.234

dan Cumhurbaşkanlığı seçimlerinin bir meşruiyet krizine dönüşmemesi ve Meclis'in bu krizi aşması gerekmektedir. Okul sıralarında çıra ışığında bağımsızlık meşalesini yakan ve Cumhuriyeti kuran Meclisimizin onurlu geçmişine ve saygınlığına gölge düşürmemesi için milletvekillerini tarihi bir görev beklemektedir. İktidar partisi AKP'nin aldığı %34,4 oyla Meclis'te elde ettiği sayısal çoğunluğa güvenerek tek başına aday belirleyip, bu tek adayla Cumhurbaşkanlığı seçimini dayatması, demokratik ve meşru bir tavır değildir. Anayasa'nın aradığı ve toplumun beklentilerine uyan bir Cumhurbaşkanı, Meclis'teki partilerin yanı sıra Meclis dışındaki partilerle ve toplumun dinamik kesimleriyle uzlaşarak seçilmelidir.

Öte yandan, Cumhuriyet tarihinin en uzun süreli Meclisi'nin, yasama görevinin bitmesine sadece altı ay kala Cumhurbaşkanlığı seçimi yapması da etik sayılabilir mi? Üstelik bu seçimin Meclis'in tatile girmesinden hemen önce yapılacağı ve daha sonra İçtüzüğü'nün 5. maddesine göre 1 Temmuz'da Meclis'in tatile gireceği göz önüne alındığında artık dönem sonu gelmiş bulunan bir Meclis'in son icraatlarından biri niteliğinde böylesine önemli bir seçimi yapması etik midir? Nitekim oluşumunu sergilediğimiz ve temsil zaafiyeti bulunan bir Meclisin, 2014 yılına kadar yedi yıl görev yapacak, sonraki iki dönemi kapsayacak ve etkileyecek, Türk Milleti'nin birliğini ve Türkiye Cumhuriyeti'ni temsil edecek bir Cumhurbaşkanı seçmesi, kanımızca etik değildir.

AKP, Partilerinin Cumhurbaşkanı adayının Abdullah Gül olduğunu, adaylık başvurusunun sona ermesine bir gün kala 24 Nisan 2007'de açıklamıştır. Abdullah Gül'ün adaylığının, adaylık için son başvurudan bir gün önce açıklanması, seçimde uzlaşma aranmaması bir yana aday üzerinde kamuoyuna tartışma ve değerlendirme zamanı bırakılmaması, seçimin bir oldu bittiye getirilmesi, "oy çokluğu benim, istediğimi yaparım" mantığı ile beş yıllık AKP iktidarının on iki yıla çıkarılmaya çalışılması, Devletin diğer kurum ve kuruluşlarının ve toplumun uyarılarının kulak ardı edilmesi, demokratik ve etik bir tavır değildir.

Dikkat edilmesi gereken bir diğer unsur ise, Hükümetin, TBMM Başkanlığı'nın ve Cumhurbaşkanlığı'nın aynı partinin, yani AKP'nin elinde olmasının demokrasimiz için getireceği sakın-

caların hatırlanması gereğidir. Cumhurbaşkanlığı, 1982 Anayasası'nda, partiler iktidarına karşı bir Devlet iktidarı şeklinde kurulanmış, tarafsızlığına vurgu yapılmış, kurumların Anayasal uyum ve davranışlarını gözeten ve denetleyen görevlerle donatılmıştır. Çok önemli atama yetkileri cumhurbaşkanına, tarafsız tek makam olması dolayısıyla tanınmıştır. Yine yasaları geri gönderme yetkileri, tarafsızlıkla kullanılabilecek yetkililerdir. Bu itibarla, seçilecek Cumhurbaşkanının, özde tarafsız davranabilecek, yemin metnine sadık kalıp, Cumhuriyetin niteliklerini savunabilecek yapıda birisi olma zorunluluğu vardır.

Yaklaşan Cumhurbaşkanlığı seçimlerinin **hukuki** boyutuna gelince; Anayasamız Cumhurbaşkanı seçimini 102. maddede düzenlemiştir. Ancak Cumhurbaşkanlığı seçimleri 102. maddenin yanı sıra Meclisin toplantı ve karar yetersayısını belirleyen Anayasa'nın 96. maddesini de ilgilendirmekte olduğundan, Sabih Kandoğlu'nun dediği gibi bu iki madde birlikte değerlendirilmelidir.

Anayasamızın, TBMM'nin "Toplantı ve Karar Yetersayısı"nı belirleyen 96 maddesi; *"Anayasada başkaca bir hüküm yoksa Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tamsayısının en az üçte biri ile toplanır ve toplantıya katılanların salt çoğunluğu ile karar verir, ancak karar yetersayısı hiçbir şekilde üye tamsayısının dörtte birinin bir fazlasından az olamaz"* demektedir. Anayasamız, toplantı ve karar yeter sayılarını birbiriyle bağlantılı ama ayrı ayrı belirlemiş, "Anayasa'da başkaca hükümler olan haller"i ayırık tutmuş, bunun dışındaki hallerde Meclis'in kural olarak en az üçte biri ile(yani bugünkü yapıda 184) toplanabileceği ve üye tamsayısının en az dörtte birinin bir fazlasıyla (139) karar verebileceğini öngörmüştür.

Bu genel kuralın, "Anayasa'da başkaca bir hüküm" olan istisnalarının bulunabileceği ve bu istisnaların hem toplantı, hem de karar yeter sayısı bakımından sözkonusu olabileceği maddenin girişindeki *"Anayasada başkaca bir hüküm yoksa" ifadesinden anlaşılmaktadır.* 1961 Anayasasının TBMM'nin toplantı ve karar yetersayısını düzenleyen 86. maddesinde ise *"Her Meclis, üye tamsayısının salt çoğunluğuyla toplanır ve Anayasa'da başkaca hükümler yoksa toplantıya katılanların salt çoğunluğuyla karar verir"* şeklindeki hüküm ile Anayasa'daki başkaca hükümlerin

varlığı **sadece karar yetersayısı** bakımından öngörülmüştü. Toplantı yetersayısı bakımından bir istisnaya yer verilmiyordu. Oysa 1982 Anayasası'nın 96. maddesindeki “ Anayasa’da başkaca bir hüküm yoksa” ibaresi cümlenin başına alınmış ve hem toplantı yetersayısı, hem de karar yetersayısı bakımından istisnalar olabileceğine işaret edilmiştir.

Bu istisnaların en özel ve önemli olanı 102. maddedeki Cumhurbaşkanlığı seçimindeki toplantı ve karar yetersayılarıdır. Nitekim 1982 Anayasası hazırlanırken 1980 öncesi yaşanan Cumhurbaşkanlığı seçimi krizleri nedeniyle Cumhurbaşkanlığı seçimine özel bir önem verilmiş Cumhurbaşkanı seçimi bir takvime bağlanmış, TBMM uzlaşmaya zorlanmış ve bu sağlanamadığı takdirde de TBMM seçimlerinin yenileneceği özel bir fesih mekanizması düzenlenmiştir.

1982 Anayasası, Cumhurbaşkanlığı seçimini, nitelik ve tarafsızlığından ayrı bir maddede, ayrıntılarıyla bir takvim şeklinde düzenlemiştir. Buna göre;

Madde 102: “Cumhurbaşkanı, Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tamsayısının üçte iki çoğunluğu ile ve gizli oyla seçilir. Türkiye Büyük Millet Meclisi toplantı halinde değilse hemen toplantıya çağrılır.

Cumhurbaşkanının görev süresinin dolmasından otuz gün önce veya Cumhurbaşkanlığı makamının boşalmasından on gün sonra Cumhurbaşkanlığı seçimine başlanır ve seçime başlama tarihinden itibaren otuz gün içinde sonuçlandırılır. Bu sürenin ilk on günü içinde adayların Meclis Başkanlık Divanı’na bildirilmesi ve kalan yirmi gün içinde de seçimin tamamlanması gerekir.

En az üçer gün ara ile yapılacak oylamaların ilk ikisinde üye tamsayısının üçte iki çoğunluk oyu sağlanamazsa üçüncü oylamaya geçilir, üçüncü oylamada üye tamsayısının salt çoğunluğunu sağlayan aday Cumhurbaşkanı seçilmiş olur. Bu oylamada üye tamsayısının salt çoğunluğu sağlanamadığı takdirde üçüncü oylamada en çok oy almış bulunan iki aday arasında dördüncü oylama yapılır, bu oylamada da üye tamsayısının salt çoğunluğu ile Cumhurbaşkanı seçilemediği takdirde derhal Türkiye Büyük Millet Meclisi seçimleri yenilenir”

Maddenin düzenleniş tarzına bakıldığında, 1.fıkra toplantı

yeter sayısının düzenlendiği (2/3), 3. fıkrada ise dört tur oylamanın her birinde seçilmek için gerekli olan karar yeter sayılarının ayrı ayrı belirtildiği görülmektedir. Her iki yeter sayı (toplantı ve karar yetersayıları) aynı olacaksa, Anayasa koyucu niye bu iki hususu ayrı ayrı fıkralarda düzenlesin. Bu nedenle maddenin girişinde belirtilmiş olan *“Cumhurbaşkanı, TBMM üye tamsayısının üçte iki çoğunluğu ile ve gizli oyla seçilir”* düzenlemesindeki üçte iki yeter sayısının 3. fıkradaki karar yeter sayılarından farklı bir amacı ve işlevi vardır. Tıpkı her dört turda da gizli oy şart olduğu gibi. Nitekim bu cümlenin hemen devamında, *“TBMM toplantı halinde değilse hemen toplantıya çağrılır”* ifadesi, bu düzenlemenin toplantı yeter sayısı olduğunu pekiştiren bir ifade şeklidir. Bu düzenleme, 96. maddede işaret edilen *“Anayasa’da başkaca bir hüküm”* istisnasıdır.

Ayrıca maddenin bütününe bakıldığında, Cumhurbaşkanlığı seçiminde oluşturulan takvimin bir uzlaşma takvimi olduğu görülecektir. Nitekim ilk iki turda 2/3 çoğunluk aranması, seçimin otuz günle sınırlanması, ilk on günün aday belirleme için kullanılacağı, sonraki yirmi günde yapılacak dört oylamanın ilk ikisinde 2/3 çoğunluk, bu sağlanamadığı takdirde son iki tur oylamaya en çok oyu alan iki adayın katılarak üye tamsayısının salt çoğunluğu ile seçilememesi durumunda TBMM seçimlerinin yenilenmesi ve sorunun milletçe çözümünü öngören düzenleme, Cumhurbaşkanlığı seçiminde uzlaşmayı amaçlayan bir düzenlemedir. Bu amaca ulaşabilmek ise, ancak birinci fıkradaki düzenlemenin toplantı yeter sayısı olduğu yorumu ile mümkündür. Aksi yorumda, ilk iki tur oylamanın hiçbir anlamı bulunmamakta, üçüncü ve dördüncü tur oylamalarda Meclis’in üye tamsayısının salt çoğunluğu ile yetinileceği için uzlaşmaya da gerek kalmamaktadır..

Bu ise 102 ve 96.maddenin birlikte değerlendirilmesine, Cumhurbaşkanlığı’nın nitelikleri ve tarafsızlığının uzlaşmayı işaret etmesine aykırı bir yorum olur ve maddelerin düzenleniş amacı ile bağdaşmaz.

Bugünkü TBMM aritmetiğine baktığımızda, milletvekillerinin oy dağılımı şu şekildedir: AKP: 354, CHP: 152, ANAP:20, DYP: 4, SHP:1, HYP:1, GP:1, Bağımsız:9, Boş: 8

Cumhurbaşkanlığı seçim takvimi ise; 1.Tur: 27 Nisan 2007,

2.Tur: 3 Mayıs 2007, 3.Tur: 9 Mayıs 2007, 4.Tur: 15 Mayıs 2007 olarak belirlenmiştir.

Bu durumda TBMM üye tamsayısının üçte ikisi, yani 367 oyla toplanılmaması, 4 tur boyunca bu toplantı sayısının korunmaması ve 4.tur oylama sonucunda da en az karar yeter sayısı olan üye tamsayısının salt çoğunluğu yani 276 oyla Cumhurbaşkanı seçilememesi durumunda TBMM seçimlerinin yenilenmesi gerekir. Aksi yorumla, 276 oyla yani salt çoğunlukla toplanılması ve TBMM tarafından Cumhurbaşkanı seçilmesine karar verilmesi durumunda, bu seçim Anayasa'ya aykırılık iddiasıyla Anayasa Mahkemesi'ne götürülebilir ve Anayasa Mahkemesi, *"bu benim görev alanımda değildir, Parlamento kararıdır, siyasilerin sorunudur siyasiler çözsün"* diyemez, dememelidir. Anayasa Mahkemesi, yerleşik içtihatlarına göre *"eylemli içtüzük değişikliği ya da ihdası"* niteliğindeki TBMM kararlarının Anayasa'nın lafzına ve ruhuna aykırılığını denetlemektedir. TBMM içtüzüğünün 121. maddesinin yollaması nedeniyle Cumhurbaşkanlığı seçimlerinde Anayasa'nın 102. maddesi hükmünün uygulanacağını öngörmektedir. Dolayısıyla Anayasa'nın 102. maddesine aykırı yapılacak bir seçim, Eylemli İktüzük değişikliği ya da ihdası niteliğinde bir Meclis kararı olacağından, başvuru halinde Anayasa Mahkemesi'nce denetlemeye tabidir.¹⁰

Öte yandan, "seçim süreci" diğer yasama işlemlerinden farklı ve 4 turdan oluşan bir süreç olduğundan Anayasa Mahkemesi, başvuru halinde "Birinci turdan ikinci tura geçiş kararının yürürlüğünü durdurma" yetkisine de sahiptir. İkinci tura ya da üçüncü tura geçiş kararı ister TBMM kararı olarak, isterse Başkanlık Divanı kararı olarak yorumlansın fark etmez.¹¹ Anayasa Mahkemesi'nin hem siyasi, hem hukuki yanı olan bu sorunu hukukileştirerek bu yoldan çözmemesi için hiçbir neden bulunmamaktadır.¹²

10) KANADOĞLU, Dpn.1'deki makale;YÜZBAŞIOĞLU,dpn 3'deki age,sh.274;BATUM, dpn.3'deki age,sh. 257-258

11) BATUM,age,sh.258

12) BATUM,age.,sh.258

Trafik ve Hukuk

■ Nevzat ERDEMİR (*)

İnsanların, toplum halinde yaşaması ile birlikte ortaya çıkan trafik sorunu, sosyal, hukuksal ve ekonomik yönleri bulunan bir olgu. Motorlu araç kullanımının giderek artışı ile orantılı olarak yoğunlaşan trafik sorunu, insanlığı ve hemen tüm ülkeleri ilgilendiren bir sorundur. **Altyapı, insan ve araç üçgeni içinde oluşan kazaları azaltmak, zararlarını en aza indirmek için yapılması gereken çok şey var. Her alanda olduğu gibi, Türkiye'de ulaşım konusunda da ulusal bir politikadan söz etmek olanaksız. Yapılması gereken ilk ve en önemli iş, ulusal bir ulaşım politikası belirlemek, tercihi kitle ulaşım araçlarından yana kullanmak olmalıdır. Özellikle ulaşım da karayolu na nazaran daha ekonomik ve güvenli olan demiryolu ve deniz yolu olanaklarından yararlanılmalıdır.**

Ülkemizde her yıl yaklaşık 7000 insanın yaşamını yitirdiği, 100.000'e yakın insanın yaralandığı, yurt ekonomisine büyük zararlar veren "trafik terörünün" bitirilmesi veya en aza indirilmesine yönelik "ciddi önlemlerin" alınması gerekir. Önlemlerin yetersizliği bir yana, ülkemizdeki duyarsızlığa şaşmamak elden gelmiyor. Oysa ki trafikteki bu kargaşa devam ettikçe, can verme veya yaralanma sırası bize de gelebilir. İnsana, insanın yaşama hakkına, vücut bütünlüğüne saygısı olan her kişi ve kuruluşun bu konu üzerine eğilme zamanı çoktan gelmiştir. Kendi ya-

(*) Avukat, İzmir Barosu Başkanı

kınlarımızdan kimleri trafik terörüne kurban verdiğimizi bir düşünelim! Asıl üzerinde durulması gereken husus, trafik kazalarına karşı duyarsız oluşumuzdur. Trafik sorununun çözümünün bizce ön koşulu bu konuda kişi ve kuruluşları duyarlı hale getirmekten geçmekte. Biz bu incelememizde, sorunun hukuksal yönü üzerinde duracak, çok önemli noktalara parmak basmaya, dikkat çekmeye çalışacağız.

TRAFİK KAZALARININ CEZA HUKUKUNU İLGİLENDİREN YÖNÜ

5237 sayılı Yeni Türk Ceza Yasası' nın 85.maddesi "(1) *taksirle bir insanın ölümüne neden olan kişi, iki yıldan altı yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*

(2) *Fiil, birden fazla insanın ölümüne yada bir veya birden fazla kişinin ölümü ile birlikte bir veya birden fazla kişinin yaralanmasına neden olmuş ise, kişi iki yıldan onbeş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*" demektedir.

Taksir Nedir?

İşlediği fiilde kusurlu görülen failin, istemediği sonuçtan sorumlu tutulmasına taksir adı verilmektedir. Taksirli suçlarda, kasıtlı suçlardan farklı olarak, fail, oluşan zararlı sonucu istememektedir. Taksirli sorumluluğun dayanağı şudur: Fail, bu tür suçlarda, sonucu istememekle birlikte, onun oluşmaması için gerekli dikkat ve özeni göstermemekte veya buyruk ve yönergelere uymakta kusur etmektedir. Oysa ki kasıtlı suçlarda fail, işlediği suçun sonuçlarını bilmekte, onu istemekte ve irade etmektedir. O itibarla, taksirli suçlarla, kasıtlı suçları aynı ilkelerle cezalandırmak hiç mi hiç olanaklı değil. Taksirli suçları, bu arada trafik kazalarını, ceza yaptırımını ile tümüyle önlemenin olanağı yok.

765 sayılı eski Türk Ceza Yasası'nın konuya ilişkin hükmü şöyledir;

"Önlemsizlik ya da özensizlik ya da uğraş ve sanatta toyluk ya da düzenlemelere ve buyruklara ve yönergelere uymazlıkla bir kimsenin ölümüne yol açan kimse... cezalandırılır." (TCK md:455) TCK' nın 455'nci maddesi taksirle ölüme neden olma, 459'ncü maddesi ise taksirli yaralama suçlarını düzenlemekte, işlediği fiilde kusurlu görülen failin, istemediği sonuçtan sorumlu

tutulmasına taksir adı verilmektedir.

765 sayılı Yasa'nın yürürlükte olduğu dönemde taksirle adam öldürmeyi düzenleyen TCK 455' nci maddesiyle ilgili 1994 yılında şu eleştiriyi yapmıştık:

"TCK'nun 455/2 maddesindeki düzenlemeyi de haklı ve adil bulmak olanaklı değil. Şöyle ki: Eğer fiil birkaç kişinin ölümüne neden olmuş veya bir kişinin ölümü ile birlikte bir veya birkaç kişinin yaralanmasına sebebiyet vermiş ve bu yaralanma 456'ncı maddenin 2'nci fıkrasında beyan olunan derecede bulunmuş ise cezanın asgari haddi dört yıldır. Bir başka deyişle, iki kişinin ölümüne neden olan bir kimse ile 40 veya daha fazla kişinin ölümüne neden olan bir kimseyi aynı ceza ile mahkum etmek doğru değildir. Kitle taşımacılığında daha farklı ve cezayı ağırlaştıran bir düzenlemeye gidilmesi gerekir."

Hiçbir hukuksal sorun, sadece yasal düzenleme yapmak suretiyle çözüme kavuşturulamaz. Çoğu kez yasa koyucu, koyduğu kuralın tek başına adaleti gerçekleştiremeyeceğini¹ baştan kabullenerek, yargıya bu konuda "özel bir ödev" veya çok geniş takdir hakkı verir. Bu halde, yargıç sadece "normu uygulamakla" değil, gerekir ise "normu" ya da "normun içeriğini" yaratmakla görevli olur.¹ Soyut olan yasa kuralını, somut olaya uygularken adalete ters düşebilecek sonuçları önlemenin başka bir yolu da yoktur. Örneğin, taksirli suçlarda, ceza yargıcına, tertip ettiği cezayı "erteleme veya para cezasına dönüştürme" yetkisi tanınmıştır. Ceza yargıcına, cezaların bireyselleştirilmesinde "geniş yetki" tanınmasının isabetli bir düzenleme olduğunu söylemek gerekir. Ne var ki, cezaların **"bireyselleştirilmesinde"** gerekli "özenin" gösterildiğini söyleme olanağı yok. Çoğu olaylarda, sanığın kişiliği, suçun işlenmesindeki suret ve biçim özelliklerine bakılmadan "erteleme veya paraya dönüştürmeye" ilişkin kurallar uygulanmaktadır. Özetle, bugün ülkemizde, trafik suçlarına verilen cezaların ertelenmesi veya paraya dönüştürülmesinin "objektif ilkelere" dayanmadığını belirtmekte yarar var. Halk arasında, trafik kazaları için "Bu işin idamı aç hapistir" kanısı yaygınlaşmıştır. Hemen hemen her ölümlü trafik kazasında, üç ayı aşmayan tutukluluk süresini takiben, tertip olunan özgürlüğü

(1) Prof. Dr. Aydın Aybay, *Hukuk Devleti ve Velidedeoğlu* sh:111

bağlayıcı cezanın ertelenmesi veya para cezasına dönüştürülmesi, cezanın "genel önleme hassasını" ortadan kaldırmıştır. Bu durum toplumda özellikle trafik mağdurlarının haklı yakınmalarına neden olmuştur.

Yeni Türk Ceza Yasası düzenlenirken taksirle adam öldürme suçlarında özgürlüğü bağlayıcı cezanın alt sınırı önceki düzenlemede olduğu gibi iki yıl olarak belirlenmiş, bir insanın ölümüne neden olma halinde üst sınır altı yıl, birden fazla kişinin ölümüyle birlikte bir veya birden fazla kişinin yaralanmasına neden olunması durumunda ise cezanın üst sınırı on beş yıl olarak saptanmıştır.

Cezaların bireyselleştirilmesi sırasında, mağdurun korunmasını amaçlayan kuralların yeterince uygulanmaması yakınma konusudur. Uygulanmayan kuralların başında *"Cezaların ertelenmesi kararının yerine getirilmesi kişisel hakların, mahkumun rızası ile yerine getirilmesi ya da sağlanmasına bağlı kılınabilir"* diyen TCK'nun 93'ncü maddesini örnek göstermek gerekir. Yeni Türk Ceza Yasası'nda da buna koşut düzenleme getirilmiştir. Hukukçuları, mağdurun haklarını korumaya yönelik bu kuralı yaşama geçirmeye davet ediyoruz. Özellikle, trafik davalarında, kamu davasına "katılanlarında" yasaların güvence altına aldığı haklarını kullanma görevi olduğunu anımsatıyoruz.

Hukukun yaratıcı kaynağının münhasıran yasama organı olduğuna dayanan bir çözümün, temelde yanlış olduğu kuşkusuzdur. Anglo/Sakson hukukunda ise bunun tam tersine bir görüş egemendir. Bu hukuk düzeninde hukukun yaratıcı kaynağının esas itibarıyla, mahkemeler olduğu kabul edilir. "Case system" olarak adlandırılan bu hukuk düzeninde mahkemeler "norm" üreten fabrikalara benzetilir.² Ülkemizde de cezaların bireyselleştirilmesinin yargısal içtihadlarla "objektif ilkelere" dayandırmak için hiçbir sebep yoktur. Yargıtay'ın uygulamaya yön veren örnek kararları yanında "matbu onama" kararlarının da bulunduğu işaret etmekte yarar var. Oysaki "matbu onama kararı" adalete yabancı, kavramdır. Mahkemelerin "her türlü kararlarının gerekçeli olmasını emreden Anayasa kuralının Yüksek Yargıtay'ı da bağlayacağı kuşkusuzdur.

(2) Prof. Dr. Aydın Aybay, *Hukuk Devleti ve Velidedeoğlu* sh:111

TRAFİK KAZASI NEDENİYLE HUKUKSAL SORUMLULUK

Teknolojik devrimin getirdiği yaygın motorlu araç kullanımının doğurduğu karmaşık hukuksal sorunları, kusura dayanan "klasik" sorumluluk anlayışı ile hakça çözmek, trafik kazalarından zarar görenlerin hak ve hukuklarını korumak olanaksız hale gelmiştir. Bu nedenledir ki, ülkemizde de, çağdaş yasal düzenlemelere koşut olarak Medeni Yasa'nın "kusura dayalı" sorumluluk anlayışını terk etmek, yerine yeni bir biçimini kabul etme zorunluluğu doğmuştur. Bu sorumluluk anlayışına "Sebeup ve tehlike sorumluluğu" adı verilmektedir.

1953 yılında kabul edilen Karayolları ve Trafik Yasası ve onu tadil eden 232 sayılı Yasa ile getirilen kurallar yeterli olamayınca, 1983 yılında 2918 sayılı Karayolları Trafik Yasası kabul edilmiştir. Yasa daha sonraki tarihlerde değişikliklere uğramıştır.

Yasa Değişiklik Tarihleri:

(3058/16.10.1984-19.10.1984/18550), (KHK 245/18.01.1985-14.03.1985-18694), (3176/28.03.1985-04.04.1985/18715), (3315/04.11.1986-15.11.1986/19282), (3321/18.11.1986-22.11.1986/19289), (KHK 330/25.06.1988-05.08.1988/19890), (3493/03.11.1988-11.11.1988/19986), (3538/19.04.1989-28.04.1989/20152), (3672/31.10.1990-03.11.1990/20684), (3759/27.08.1991-07.09.1991/20984), (4199/17.10.1996-27.10.1996/22800), (4262/21.05.1997-25.05.1997/22999), (4535/23.02.2000-27.02.2000/23977), (4550/08.03.2000-12.03.2000/23991), (4629/21.02.2001-03.03.2001/24335-M) (4785/08.01.2003-15.01.2003/24994-M), (4896/17.06.2003-24.06.2003/25148), (4916/03.07.2003-19.07.2003/25173), (5217/14.07.2004-23.07.2004/25531), (5228/16.07.2004-31.07.2004/25539), (5265/02.12.2004-07.12.2004/25663), (5335/21.04.2005-27.04.2005/25798), (5378/01.07.2005-07.07.2005/25868), (5398/03.07.2005-21.07.2005/25882), (5495/03.05.2006-10.05.2006/26164), (5537/05.07.2006/26219)

2918 sayılı Yasa'nın Getirdiği İlkeler:

2918 sayılı Yasa aracı işleten için kural olarak "kusursuz sorumluluk" ilkesini, istisnai olarak kusura dayanan sorumluluk anlayışını kabul etmiştir.

a) Kusursuz Sorumluluk (İşletme Halindeki Araç İçin)

GTK'nun 85'nci maddesi **"Bir motorlu aracın işletilmesi bir kimsenin ölümüne veya yaralanmasına veya bir şeyin zarara uğramasına sebep olursa, motorlu aracın işleteni bu**

zarardan sorumlu olur" demektir.

Diğer bir anlatımla, yapılan yasal düzenlemeye göre, **araç işletenin hukuksal sorumlunun doğması için "aracın işletilmesi ve bunun zarara neden olması"** gerekli ve yeterlidir. Bu yasal düzenleme ile getirilen sorumluluk anlayışına hukukta "sebebe ve tehlike sorumluluğu" adı verilmektedir. Kusursuz sorumluluk aslında sebebe sorumluluğudur. Araç işletenin sebebe sorumluluğu, işletme tehlikesine ve dolayısıyla tehlike sorumluluğu esasına dayanmaktadır. "Kusur ilkesinden ayrılmayı haklı gösteren sebepler, adalet ve hakkaniyet fikri ile teknik gelişmeler ve nimet külfet esasına dayanan düşüncelerdir."³

b) Kusura Dayanan Sorumluluk Hali: (İşletme Halinde Olmayan Araç İçin)

İşletme halinde olmayan bir motorlu aracın sebebe olduğu trafik kazasından dolayı, işletenin sorumlu tutulabilmesi için zarar görenin;

aa-) Kazanın oluşumunda işletenin veya eyleminden sorumlu tutulduğu kişilere ait bir kusurun varlığını,

bb-) Veya, "araçtaki bozukluğun kazaya neden olduğunu" kanıtlaması gerekir.

c) Yardım Çalışması Sırasında Doğan Zarardan Sorumluluk:

İşleten, yargıcın takdirine göre, kendi aracının katıldığı bir kazadan dolayı yapılan yardım çalışmalarından dolayı, yardım edenin maruz kaldığı zararlardan sorumlu tutulabilir. Bu durumda, işletenin sorumlu tutulabilmesi için, **kazadan kendisinin sorumlu olması veya yardımın doğrudan doğruya kendisine veya araçta bulunanlara yapılması gerekir.**

d) Aracın çalınması veya gasp edilmesinden doğan sorumluluk:

Bir motorlu aracı çalan veya gasp eden kimse işleten gibi sorumlu tutulur. Aracın çalınmış veya gasp edilmiş olduğunu bilen veya gereken özeni gösterdiği takdirde öğrenebilecek durumda olan aracın sürücüsü de onunla birlikte müteselsilen sorumludur. İşleten, kendisinin veya eyleminden sorumlu olduğu kişilerden bi-

(3) Dr. Bolat Balotoğlu, *Motorlu Araç İşletenin Hukuki Sorumluluğu* sh:14

rinin, aracın çalınmasında veya gasp edilmesinde kusurlu olmadığını kanıtlarsa, (isbat ederse), sorumlu tutulmaz. (m: 107) Bu takdirde kişiye ilişkin zarar Garanti Fonu tarafından karşılanır.

e) Zararın Garanti Fonu Tarafından Karşılanması:

Karayolları Trafik Yasası'na göre "zorunlu mali sorumluluk sigortasına tabi motorlu araçların sebep olacakları zararların belli durumlarda işletenin sorumluluğuna ilişkin kurallar uyarınca ve zorunlu sigorta tazminatı sınırları içinde karşılanması amacıyla Ticaret Bakanlığı tarafından bir GARANTİ FONU oluşturulur.

Garanti Fonuna Başvurulabilecek Durumlar Şunlardır;

1) Kazayı yapan aracın saptanamaması durumunda kişiye gelen zararlar için,

2) Zorunlu mali sorumluluk sigortası yaptırılmaksızın trafiğe çıkarılan motorlu araçların kişiye verdiği zararlar için,

3) Kazanın vuku bulduğu sırada, zorunlu mali sorumluluk sigortası yapan sigortacının iflası halinde, kişiye veya herhangi bir şeye gelen zararlar için,

4) Çalınmış veya gasp edilmiş araç bir olaya sebep olmuş ise, işleten de sorumlu değilse kişiye gelen zararlar için, (KTK md: 108 uyarınca)

Yukarıda sayılan dört halde, oluşan zarar Garanti Fonu'nca karşılanır. Trafik kazalarından doğan hukuksal uyuşmazlıklarda, hak arama görevini yerine getiren meslektaşlarımızın bu nokta üzerine dikkatlerini çekmekte yarar görüyorum. Çünkü, Karayolları Trafik Yasası'nın 108'nci maddesinin işletildiği, yeterince uygulandığı kanısında değilim.

f) Kurtuluş Kanıtı:

Yasa koyucu, işletenin, hukuksal sorumluluktan kurtuluşunu çok ağır koşullara bağlamıştır. Bu koşulları şöylece sıralamak olanaklıdır;

a) İşleten, kazada, kendisinin veya eyleminden sorumlu tutulduğu kişilerin kusurunun olmadığını,

b) Araçtaki bozukluğun kazayı etkilememiş olduğunu,

c) Kazanın, bir mücbir sebepten veya zarar görenin veya bir üçüncü kişinin ağır kusurundan ileri geldiğini isbat ederse sorumluluktan kurtulur. (m:86)

III) KARAYOLLARI TRAFİK YASASI'NIN UYGULANMA ALANI İLE İLGİLİ ELEŞTİRİ VE ÖNERİLER

KTK'na göre *"Bu kanun, karayollarında uygulanır. Ancak, aksine bir kural yoksa;*

a) Karayolları dışındaki alanlardan kamuya açık olanlar ile park, bahçe, park yeri, yolcu ve eşya terminali, servis ve akaryakıt istasyonlarında karayolu taşıt trafiği için yararlanılan yerler ile,

b) Erişme kontrollü karayollarında ve para ödenerek yararlanılan karayollarının kamuya açık kesimlerinde ve belirli bir karayolunun bağlantısını sağlayan, deniz, göl ve akarsular üzerinde kamu hizmeti gören araçların, karayoluna ayrılan kısımlarında da bu yasa hükmü uygulanır."(m:2/2)

KTK'nın 2/2 maddesinden anlaşılabacağı üzere, zarar karayolunda veya yukarıda sayılan yerlerde oluşmuş ise KTK, aksi halde genel hükümler (BK) uygulanır. Ancak, KTK'nın uygulanmasına getirilen sınırlamayı haklı ve adil bulmak olanaklı değildir.

KTK'nın 85'nci maddesinin de ***öngörülen koşullar içinde doğan zararlarda KTK'nın hukuksal sorumluluğa ilişkin kuralları uygulanır*** biçiminde düzenlenmesi daha doğru olur. Zira motorlu araçların, verdikleri zararlardan dolayı, bir yandan "kusursuz sorumluluk" ilkesini kabul ederken, öbür yandan, belli yerlerin (Karayolunun) dışında doğan zararları genel hükümlere yani kusur ilkesine tabi kılmak Anayasa'nın eşitlik (md: 10) ilkesine uygun düşmemektedir.

KTK'md 85'in getirdiği "işletme halinde olan araç ile işletme halinde olmayan" araç ayırımına dayalı farklı sorumluluk sistemlerinin de haklı ve izah edilebilir yanı bulunmamaktadır. İşletme halinde bulunmayan motorlu araçların sebep olduğu kazalarda da işleten, "Sebep ve tehlike sorumluluğu" kurallarına göre, yani kusursuz sorumluluk ilkelerine göre sorumlu tutulmalıdır. Böyle bir düzenleme, çağdaş teknolojik gelişmenin zorunlu kıldığı, yeni sorumluluk anlayışına (Kusura dayanmayan sorumluluk anlayışına) daha uygun olacaktır.

5271 Sayılı “Ceza Muhakemesi Kanunu” Üzerine Aykırı Düşünceler

■ Nejat ÖZTAŞKENT (*)

Konumuz:

- a) 04.04.1929 tarihli ve 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu’nu,
 - b) 08.06.1936 tarihli ve 3006 sayılı Meşhud Suçların Muhakeme Usulü Kanunu’nu,
 - c) 07.05.1964 tarihli ve 466 sayılı Kanundışı Yakalanan veya Tutuklanan Kimselere Tazminat Verilmesi Hakkında Kanun’u,
 - d) 30.07.1999 tarihli ve 4422 sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu’nu,
- yürürlükten kaldıran, 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren **5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu**’nun bazı maddelerini incelemektir.

İncelenecek Hususlar:

Değerlendirmelerimiz insan haklarıyla en fazla ilgisi bulunan maddelerden başlayarak yapılacaktır. Bu hususta ilk akla gelen konu, kanımızca, tutukluluktur.

Bugünleri yaşayanlar 1950 li yıllarda ve devam eden dönemlerde insan haklarına önem verilmediğini, bu kavramın toplumun

(*), Avukat, İzmir Barosu Üyesi

gündemine yenilerde oturduğunu ve yapılan değişikliklerle insan haklarının ancak bugün sağlandığını zannetmektedirler (bilhas-sa son yasalarla).

1950 lerde hukuk fakültelerinde (sadece iki tane olduğu hatırlansın) Ceza Muhakemeleri Usulü derslerinin sınavlarında en çok sorulan soru “sanığın tutuklanmasına mucip haller” idi (1412 sayılı C.M.U.K.md.104). yani “sanık hangi şartların varlığında tutuklanır” idi. Bunun öncelikle hatırlanmasında yarar vardır.

Ceza uygulamasında en önemli unsur çabukluk – çabukluk – çabukluktur. Çünkü gecikmiş karar (genel deyiimiyle adalet), görülüp unutulmuş bir rüya gibidir. Hatırlandığında etkisi sadece anlamsızlıktır. Öyleyse ceza muhakemesinde öne alınacak birinci (buna tek de diyebiliriz) unsur **tutuklulukta geçen süredir**. Beraat eden bir kişiye tutukluluğunun nedenini izah edemez ve hiçbir menfaatle mağduriyetini, kırılmış onurunu, kaybetmiş olduğu itibarını gideremezsiniz.

Bence “haksız” (kanun dışı) tutuklananlara tazminat tayin edilirken cinsel tacizlerde yapıldığı gibi mutlaka kişinin **ruh sağ-lığının bozulması** hususunun araştırılması gerekir. Kişi hürriyetinden ağır şekilde yoksun bırakılmaktadır. Onun içindir ki tutuklulukta kalınan süre çok önemlidir.

Müeyyidenin en yüksek düzeyde müesseseseleştirildiği hukuk düzeni ceza hukuku düzenidir. Bu hukuk düzenini karakterize eden unsur, ceza müeyyidesidir. Maddi ve müesseseseleştirilmiş ceza müeyyidesi bu hukuk düzeninin kurucu ve zorunlu unsurudur. Ceza müeyyidesi=ceza normlarının ihlaline devletin gösterdiği tepki’dir. Bu tepki ilk olarak tutuklama ile başlamakta ve hak-kında mahkumiyet hükmü kurulmamış bir kişi hakkında müeyyide uygulamaktadır.

Tutuklamanın bizatihi temelinde haksızlık yatmaktadır. Bu haksızlık ne derece az yapılırsa insanın en temel hakları o derece gözetilmiş olur. Öyle ise 5271 sayılı Yasa’da söz konusu edilen gözetme çabası var mıdır, inceleyelim:

Tutuklama nedenleri bakımından:

Temel haksızlığı önlemek için tutuklama yapılacak haller sayılmıştır.

A-1412 sayılı mülga C.M.U.K. md.104 e göre

- 1) Kaçma şüphesi
- 2) Delillerin değiştirilmesi
- 3) Sanığın ikametgâh veya meskeninin bulunmaması
- 4) Üst sınırı 7 yıldan az olmayan hürriyeti bağlayıcı ceza-yı gerektirir hal.

B- 5271 sayılı mer'î C.M.K. md.100 e göre

- 1) Kaçma şüphesi
- 2) Davranışları (delilleri yok etme, değiştirme)
- 3) Soykırım, kasten öldürme, neticesi sebebi ile ağırlaşmış kasten yaralama, işkence, cinsel saldırı, çocukların cinsel istismarı, hırsızlık, yağma, uyuşturucu imal ve ticareti, suç işlemek amacıyla örgüt kurma, devletin güvenliğine karşı suçlar, Anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar, silah kaçakçılığı, bankalarla ilgili zimmet suçu, hapis cezasını gerektiren kaçakçılık suçu, Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu'nun 68, 74. maddeleri, kasten orman yakma suçlarından yargılanma.

1412 ve 5271 sayılı Kanunlarda ortak olan yön, genel olarak “kuvvetli suç şüphesinin varlığı kuvvetli belirtiler” in mevcudiyetinde bazı istisnalar hariç tutuklama kararı verilebilmesidir. Bunun dışında 1412 sayılı Kanun ile 5271 sayılı Kanun için ortak özel tutuklama nedenleri, görüldüğü gibi, “ikametgâhının olmaması, kaçma şüphesi, delilleri değiştirme” halleri olup, 1412 sayılı Kanun'da üst sınırı 7 yıldan az olmayan hürriyeti bağlayıcı cezayı gerektiren hallerde tutuklama yapılabileceği belirtilirken ve bu bir sınırlama iken;

5271 sayılı Kanun'da tek tek tutuklama yapılmasını gerektiren haller 16 fasılda gösterilmiştir.

Hukuku yaratan irade burada açıkça hedef göstermektedir.

Halbuki 1412 sayılı C.M.U.K.'da böyle bir durum söz konusu değildir. Bunun etkisi tutuklama hallerinin çoğalması, uygulayıcının daha çok nedenle tutuklama yoluna veya tutuklamayı uzatma yoluna gitmesi olmuştur.

Doğada suç yoktur, doğal fiiller vardır. Suç bir değerlendirme-

nin ürünüdür. 5273 sayılı Yasa'daki tutuklama ile ilgili değerlendirme insan haklarını önleyici, zedeleyici niteliktedir.

Denecektir ki sayarak belirleme metodu-yöntemi kullanılarak sınırlamaya gidilmektedir. Saymak bu amacı sağlayamaz, yine maddenin başında belirtildiği gibi genel tutuklama tarifine gidilerek tutuklama yapma imkânı her zaman vardır.

5271 sayılı C.M.K. tutuklama nedenleri bakımından 1412 sayılı C.M.U.K.'a göre çok daha hürriyeti engelleyici, kişi haklarını yok edici bir yapıya sahiptir.

Tutuklama Süresi Bakımından:

1412 sayılı Yasa, altı aya kadar cezayı gerektiren hallerde bazı istisnalar dışında (suçun toplumda infial uyandırması, kimliğin tespit edilememesi, meskenin bulunmaması – md. 104 2. fıkra 3. bent) sanığın tutuklanamayacağını, tutuklulukta geçen sürenin (madde 110) hazırlık soruşturmasında azami altı ay olabileceğini, kamu davasının açılması halinde hazırlık soruşturmasındaki süre dahil iki yılı geçemeyeceğini öngörmektedir. Soruşturma konusu fiilin kanunda belirtilen cezasının alt sınırı yedi seneden fazlaysa veya eylem ölüm cezasını gerektiriyorsa tutuklama kararının kaldırılması delillerin durumuna ve sanığın şahsi hallerine göre, nakdi kefalet ile sözkonusu olabilir.

5273 sayılı Yasa md.102/1 ağır ceza mahkemesi görevine girmeyen işlerde tutukluluk süresini esas itibariyle bir yıl olarak belirlemiş, gerektiğinde altı ay uzatılabileceğini belirtmiştir.

Md.102/2 ağır ceza mahkemeleri görevine giren işlerde iki yıl tutukluluk öngörmüş olup zorunlu hallerde bir yıl uzatılabilmektedir.

Öncelikle belirtelim ki her iki kanundaki süreler muğlaktır, açık değildir.

Çünkü 1412 sayılı C.M.U.K. 110. maddesinde hüküm tesisinden söz etmekte, bu "hüküm tesisi"nden kararın kesinleşmesini yoksa sadece karar verilmesini mi anlamak gerekir hususu belirli olmadığı gibi,

5271 Sayılı C.M.K.102.maddesinde de sürelerin hükmün verilmesiyle mi, kesinleşme ile mi ilgili olduğu anlaşılamamaktadır.

Kanaatimizce bu süreler cezanın kesinleşmesi ile ilgili olma-

lıdır. Yoksa mevcut uygulamada olduğu gibi Yüksek Mahkeme incelemesi de araya girdiğinde tutuklu davalar bu sürelerden çok fazla müddetle sürmekte ve sonuçta beraatla bitebilmektedir.

Genellikle hukuk ve ayrıca ceza kanunları ortak hayatı teminat altına almak, toplumdaki ihtilafları halletmek, her bir süjenin davranış özgürlüğünün diğerlerinin davranış özgürlüğüne uyarlanmasını sağladığı cihetle;

Düzen sağlama işinde dengeyi gözetmek, fertlerin hürriyetlerini sınırlarken azami hassasiyeti göstermek durumundadırlar. Bu, hukuku yaratan iradenin bir görevidir. Bir başka anlatımla adaleti sağlamaktır.

Sonuç:

I- Tutuklama nedenleri bakımından 5237 sayılı Yasa toplumu ileriye götürür yapıda değildir. Ceza yasalarının bir amacı toplum düzenini sağlamak ise bir amacı da toplumu daha iyi şartlara alıştırmaktır. 5237 sayılı Yasa bu bakımdan örnek olamamıştır.

II- Tutuklama süresi bakımından muğlaktır ve insan özgürlüğünü önemsememektedir.

Hakimin uygulaması belli bir hukuk düzeninin esaslarıyla bağimli olarak, önüne getirilen somut olaya, olaya münhasır olmak üzere, uygulamakla yükümlü olduğu hukuk düzenine uygun bir hal çaresi getirmesidir.

İşte bu noktada, hakimin elini toplumu ileriye götürecek bir alet verilmelidir. O da bir öncekini aşmış, kişi özgürlüğüne daha fazla önem vermiş bir yasa olabilir. 5271 sayılı Yasa tutuklama nedenleri ve tutuklama süreleri bakımından bu amacı sağlayamamıştır. Dengeyi korumak gerekirken toplum düzeni fikri ağır basmıştır.

Toplumumuz yaşadığı deneyimlerle artık evrensel hukuku yaratacak seviyeye gelmiştir. Bu seviyeye uygun yasalar beklemektedir.

Haczedilen Taşınır Mallar Hakkında Alınacak Muhafaza Tedbirleri (İİK mad. 88)

■ Talih UYAR (*)

İİK mad. 88’de; *haczedilen taşınır mallar hakkında alınacak olan muhafaza tedbirleri* düzenlenmiştir.

I- A- Haczedilen şey; a) Para, b) Banknot, c) Hâmiline ait senet, d) Poliçe, e) Ciro su mümkün diğer bir senet, f) Altın, gümüş ve diğer kıymetli şeylerden ise, bunlar doğrudan doğruya icra dairesi tarafından saklanır (muhafaza altına alınır) (İİK mad. 88/1). Yani bunlar İİK mad. 9’da öngörülen bankalardan birinin kasasına konur (Yön. mad. 92, 93).

Maddede sayılanlardan «*banknot*» belirli bir altın karşılığını içerir ve istendiği zaman altına çevrilmesi mümkündür. Bugün memleketimizde banknot kullanılmamaktadır.

Maddede belirtilen «*kıymetli şeyler*» doğrudan doğruya icra dairesi tarafından el konulmadıkça, haczedilmiş sayılmazlar. Başka bir deyişle, bunlara icra dairesi tarafından el konulması, haczin geçerlik koşuludur.¹

«*Para*»nın haczedilmiş olması halinde, icra dairesi, bunu «*ödeme*» olarak kabul edip, hacizden kaçınamaz. Çünkü, icra memuru, diğer alacaklıların hacze katılmalarını sağlayabilmek için parayı haczetmeli ve İİK’nun 100 ve 101. maddelerindeki sürelerin yani «*hacze katılma süreleri*»nin geçmesinden sonra,

(*) Avukat, İzmir Barosu Üyesi

(1) POSTACIOĞLU, İ. *İcra Hukuku Esasları*, 1982, s: 305

alacaklının paraya çevirme istemini beklemeksizin, haczedtiği parayı alacaklıya ödemelidir.²

Açıklanan bu hükmüyle, İcra ve İflâs Kanunumuz, borçluya ait «kıymetli evraka bağlanmış» hak ve malların haczini, diğer mallarından farklı olarak özel kurallara bağlı tutmuş ve bu senetlerin ancak «el koymak» suretiyle hacizlerinin mümkün olabileceğini belirtmiştir.

Başka bir deyişle, senetsiz ya da âdi senetlere bağlı mal ve hakların haczi, bunlardan a) Borçlunun elinde bulunanlar, icra memurunun görmesi ve haciz iradesini açıklamasıyla, b) Borç, emanet, vedia, âriyet veya vekâlet gibi hukuki sebeplerle üçüncü kişilerin elinde bulunanlar ise fiilen görülmesine gerek kalmaksızın, icra memurunun haciz beyanı ve durumun tedbir olarak üçüncü kişilere bildirilmesi ile mümkün iken, kıymetli senetlere bağlı mal, alacak ve hakların haczi, ancak ve ancak a) Borçlu elinde bulunan senetlere İİK mad. 88/I gereğince el konulması³ b) üçüncü kişilerde bulunan -örneğin, bankaya tahsile verilmiş- senetler için de, icra memurunun irade açıklamasıyla mümkün olabilmektedir. Üçüncü kişilerde bulunan senetlerin haczi, aynı zamanda üçüncü kişilere bildirilirse de (İİK mad. 89/I), bu bildirme haciz işleminin bir geçerlik koşulu olmayıp, tedbir niteliğini taşır. İİK 89'a dayanan ihbar, üçüncü kişilere bildirilmemiş olsa bile haciz, icra memurunun bahis konusu mal ve hakları temsil eden belgeleri belirterek haciz kararı vermesiyle tamamlanmıştır. 89. maddeye dayanan ihbarın yapılmamış olması sadece, bunları borçluya ya da havale ettiği bir kimseye teslim eden iyiniyetli zilyet üçüncü kişileri sorumluluktan kurtarır. Haczedilen bu mal ve hakları üçüncü kişilerden alan ya da aldırın borçlunun İİK mad. 86 çerçevesinde hukuki ve cezai sorumluluğu, İİK mad. 89'a göre ihbar yapılmamış olması halinde de vardır.⁴

Borçlunun elinde (yanında) bulunan ve haczedilen «para», «hâmiline yazılı senetler», «poliçe ve diğer cirosu mümkün se-

(2) ÜSTÜNDAĞ, S. *İcra Hukukunun Esasları*, 2004, s: 154

(3) Bknz: 12. HD 18.3.2003 T. 2563/5668 - 10.7.1985 T. 13946/7878; 14.4.1970 T. 3381/3404 - İİD 29.3.1966 T. 3448/3361

(4) DOMANİÇ, H. *Kıymetli Evraka Bağlanması Mümkün Hakların Haciz Kabiliyeti* (BATİDER, 1970, C: V, S: 4, s: 756) - DOMANİÇ, H. *Kıymetli Evrak Hukuku ve Uygulaması*, 1990, s: 1033 vd.

netler»in haczinin tamamlanmış sayılması için, bunlara doğrudan doğruya icra dairesince el konulmuş olması gereklidir.

İİK mad. 88/1'de sadece «hâmiline ve emre muharrer senetler» belirtildiğinden «nama yazılı senetler»in bu tedbir ve haciz şeklinden hariç tutulduğu izlenimini uyandırmakta ise de, kıymetli evrakı «hakkın senede bağlı olduğu ve senetsiz devir, dermeyan ve tasarrufun mümkün olmadığı senetler» şeklinde tanımlayan TK 557, 558, 559, 568'inci maddeleri karşısında, aynı tanıma giren «nama yazılı senetler»in haczinin de, hâmiline ve emre yazılı senetler gibi yapılması lâzımdır. Esasen, nama yazılı senetlerin en önemlilerinden biri olan «*nama yazılmış hisse senetleri*» ciro yoluyla devredilebildiğinden (TK mad. 416), nama yazılı bu hisselerin de İİK mad. 88/1 ve 89/1 rejimine tâbi tutulması mümkündür. Başka bir deyişle nama yazılı kıymetli evrakta da hak, senede kesin olarak bağlı ve kural olarak senetle birlikte olmaksızın hakta, haciz de dahil, tasarruf imkansız olduğundan, nama yazılı senetlere bağlı hakların da haczi; ya, borçlu yanındaki (elindeki) senetlerin fiilen görülerek el konması (İİK mad. 88/1) ya da mülkiyeti borçluya ait senetleri vedia, rehin, âriyet (hatır senedi) olarak veya vekaleten yahut intifa hakkı sahibi sıfatıyla elinde bulunduran üçüncü kişilerin gıyabında haciz kararı almak ve ayrıca, tedbir niteliğinde bu haczin üçüncü kişiye bildirilmesi suretiyle mümkündür.⁵

Yukarıda ayrıntılı olarak açıkladığımız haciz şekli uygulanan ve kıymetli evraka dahil senetlerin başlıcaları şunlardır:⁶

1- Çek, poliçe ve bono'dan ibaret olan kambiyo senetleri⁷ (TK mad. 582, 735),

2- Emre muharrer havaleler (TK mad. 738, 741) (MK mad. 930-938)

3- Emre yazılı ödeme vaadi senetleri (TK 742),

4- Tahviller (TK mad. 420-433 ve diğer özel kanunla çıkarılanlar)

5- Her türlü faiz ve kâr kuponları (TK mad. 572, 573 - MK mad. 915-917)

(5) DOMANIÇ, H. a.g.m. s: 757 - DOMANIÇ, H. a.g.e. s: 1038 vd.

(6) DOMANIÇ, H. a.g.m. s: 751

(7) Bknz: Yuk. dıpn. 3

- 6- Tasarruf bonoları,
- 7- Deniz ödöncü senedi (TK mad. 1163-1169),
- 8- Sigorta poliçeleri, (TK mad. 1306, 1314, 1324),
- 9- İpotekli borç senedi ile irad senedi (MK mad. 898-929)
- 10- Rehinli bir alacağı ihdas ve ifade eden varant (TK mad. 747-760),
- 11- Taşıma senetleri (TK mad. 747-760),
- 12- Konşimento (TK mad. 1097-1118),
- 13- Makbuz senedi (TK mad. 746-760),
- 14- Hisseli Komandit Şirketlerle, Anonim Şirketlere dair olan hisse senetleri⁸ (TK mad. 411, 412, 419) (TK mad. 402, 403, 298).

Kıymetli evrakın -yukarıda belirtildiğı şekilde- 88. madde yerine 89. maddeye göre (yani; fiilen el konularak değil de, senet borçlusu üçöncü kişıye «*haciz ihbarnamesi*» gönderilerek) haczedilmesi halinde, yapılan bu yasaya aykırı işleme karşı şikayet süreye bağılı olmaksızın ileri sürölebilir.⁹

II- B- Kıymetli şeyler dışındaki diğör taşınır mallara konulan haczin geçerliliğı için, icra memurunun bu mallara fiilen el koymuş olması mutlaka zorunlu değildir. Bunlar, masrafı alacaklıdan peşin alınarak, uygun bir yerde saklanabileceğı gibi alacaklı izin verdiğı taktirde¹⁰, istendiğı zaman verilmek koşulu ile geçici olarak borçlu ya da üçöncü kişinin yanında bırakılabilir (mad. 88/II)(11). Bir görüşe göre¹² «*üçöncü kişinin haciz koydurana alacaklı da olabileceğı*» kabul edilmek gerekir. Yani, «*haciz isteminde bulunmuş olan alacaklıya da haczedilen şeyler yediemin olarak bırakılabilir*» ise de, uygulamada genellikle bu görüş benimsememekte ve haczedilen şeyler ya tarafların dışındaki bir kişıye ya da mümkün olmazsa borçluya teslim edilmektedir.

Adalet Bakanlığı, haciz uygulandığı yerde, hacizli malların

(8) Bknz: 12. HD 8.3.2005 T. 351/4722; 1.11.2004 T. 18478/22744 - HGK.

9.12.1967 T. İc. İf. - 515/611

(9) Bknz: İİD 21.4.1967 T. 3796/3854

(10) Bknz: 12. HD 26.4.1989 T. 11004/6344

(11) Bknz: 12. HD 29.11.2002 T. 23718/25610; 22.5.2001 T. 8281/9066 - 19.2.2003 T. 25688/3271

(12) ANSAY, S. Ş. *Hukuk, İcra ve İflâs Usulleri*, 1960, s: 76

korunması (saklanması) için «depo» veya «garaj» açmışsa, -veya bu «depo» veya «garaj» Adalet Teşkilatını Güçlendirme Vakfı tarafından açılmış ya da çalıştırılıyor ise (mad. 88/IV)- hacizli mallar burada saklanır (İİK mad. 88/IV). Bu tür yerlerin çalışma ilkelerini gösteren yönetmelik «*Mahcuz Malların Muhafaza Edileceği adalet Bakanlığı Depo ve Garajların Çalışmasına Dair Yönetmelik*» ismi ile -13.7.1987 tarihinde- yayınlanmış ve yürürlüğe girmiştir.¹³

Adalet Bakanlığına ait depo ve garaj bulunmayan yerlerde, alacaklının haczedilen malın borçluda bırakılmasını kabul etmemesi halinde, gideri peşin olarak kendisinden alınarak (İİK mad. 95) haczedilen mal, üçüncü bir kişiye yediemin olarak teslim edilir.

Üçüncü kişinin elinde bulunan taşınır malın haciz edilmesi halinde, Komisyon tarafından hazırlanan metinde yer alan «*üçüncü şahsın elinde bulunan taşınır malların, bu şahıstan alınmayıp, kabulü halinde üçüncü şahsa yediemin olarak bırakılacağına*» dair olan hüküm, maddenin TBMM'de görüşülmesi sırasında, Adalet Komisyonu'nda «*...alacaklının muvafakati ve...*» sözcükleri maddeye eklenerek değiştirilmiş ve bu değişiklikle -maalesef- kanunlaşmıştır. Daha sonra, 12.2.2004 tarihli ve 5092 sayılı Kanunla bu madde yeniden Komisyon'un düzenlediği şekle dönüştürülmek istendiyse de, Adalet Komisyonu'nda da benimsenen bu değişiklik, TBMM'de verilen bir önerge ile geri alınmıştır... «*Bir taşınır malı elinde bulunduranın, onun maliki sayılacağını*» öngören İİK 97a hükmü ile «*taşınır mallarda zilyetliğin mülkiyete karine teşkil ettiğini*» öngören MK 985/I hükmüne ve hayatın olağan akışına aykırı olan bu hükmün en kısa zamanda değiştirilmesi isabetli olacaktır.^{13a}

III- Yüksek mahkeme, 88. maddenin uygulama alanı ile ilgili olarak;

✓ «*Anonim şirketlerde hisse senedi çıkarılması zorunluluğunu bulunmadığını, hisse senedi çıkarılmış ise bu hisse senetlerin İİK'nun taşınır mallarla ilgili haciz ve muhafaza hükümlerini*

(13) Bknz: RG 13.7.1987 T. S: 19516 - 26.12.1992 T. S: 21447

(13a) Aynı görüşte: PEKCANİTEZ, H./ATALAY, O./ÖZKAN, M.S./ÖZEKES, M. İcra ve İflâs Hukuku, 2. Bası, 2004, s: 159

düzenleyen 88. maddesi uyarınca icra müdürlüğünce haczedilip muhafaza altına alınacağını, hisse senedi çıkarılmamış ise, borçlunun üçüncü kişi nezdinde bulunan ve henüz kıymetli evrakla bağlanmamış hisse haklarının İİK'nun 94. maddesi gereğince icra müdürlüğü tarafından mahalline bizzat gidilerek ve pay defterine işlenmek suretiyle haciz işleminin yapılabilceğini»¹⁴

√ «Borçlunun üçüncü kişi bankadaki mevduatının 'taşınır hükmünde' olduğunu, bu nedenle bankadaki mevduatın İİK'nun 89. maddesine göre bankaya 'haciz ihbarnamesi' gönderilerek veya bankaya 'haciz müzekkeresi' yazılarak haczedilebileceğini»¹⁵

√ «Hamiline yazılı senetlerin haczi mümkün olduğundan, borçlunun hamil olarak takibe koyduğu çekler üzerine alacaklı tarafından haciz uygulanabileceğini ve alacaklıya bu senetlerin takibi konusunda icra müdürlüğünce yetki verilebileceğini»¹⁶

√ «İİK'nun 88. maddesine göre yapılan hacze, üçüncü kişinin şikayet hakkının bulunmadığını»¹⁷

√ «Alacaklının muvafakati olmaması halinde hacizli malın borçlunun elinde bırakılamayacağını»¹⁸

√ «Taşınır malların haczedilmiş sayılabilmesi için, icra daireisinin istediği zaman bu mallara el koyabilmek imkanına sahip olması gerektiğini, 'fiilen el koyma' koşulunun para, kıymetli evrak ve altın... vs. gibi malların dışında kalan taşınırlar için gerekli olmadığını, haczi yapan memurun bu mallara hukuken el koymasının yani haczettığı malları alacaklının muvafakati ile bizzat borçluda bırakması veya bir yediemine teslim etmesini yeterli olduğunu»¹⁹

√ «Haczin 'belirli bir para alacağının tahsilini sağlamak için borçluya ait mal ve haklara icra memurunun beyanı ile hukuken el konulması' olduğu; icra memurunun alacaklının onayı bulun-

(14) Bknz: 12. HD. 8.3.2005 T. 351/4722; 1.11.2004 T. 18478/22744; 11.3.2004 T. 606/5526

(15) Bknz: 12. HD. 29.4.2004 T. 6537/10591; 16.2.2001 T. 1313/2890; 27.3.1999 T. 6418/6980

(16) Bknz: 12. HD. 26.2.2004 T. 27164/4066

(17) Bknz: 12. HD. 24.2.2003 T. 708/3322

(18) Bknz: 12. HD. 19.2.2003 T. 25688/3271

(19) Bknz: 12. HD 29.11.2002 T. 23718/25610; 22.5.2001 T. 8281/9066

maksızın, paraya çevirme imkanını zorlaştıracak nitelikte bir işlem yapmasının mümkün olmadığı bu nedenle 'hacizli sicile kayıtlı olduğu ve fiili haciz uygulaması ile alacağın garanti altına alındığı' gerekçesi ile seferden men kararını kaldıramayacağını»²⁰

✓ «*Talimat icra dairesinin görevinin haciz talimatında belirtilen muhafaza işlemini yerine getirmekten ibaret olduğunu, hacizli malların muhafaza altına alınıp alınmayacağı takdirinin asıl icra dairesine ait olduğunu, bunun talimat icra dairesince tartışma konusu yapılamayacağını»²¹*

✓ «*Şirketlerce, hisse senedi yerine geçmek üzere çıkarılan il-mühaberlerin -kıymetli evrak sayıldıklarından- İİK'nun 88. maddesine göre -fiilen el konularak- haczedilebileceğini»²²*

✓ «*Yarış atları ile ilgili soy kütüğündeki kayıtlar mülkiyeti belirtmediğinden yarış atları için konulan kaydi hacizlerin geçerli olmadığını, haczin geçerli olabilmesi için yarış atlarının fiilen haczi gerektiği»²³*

✓ «*Alacaklının muvafakati olmadıkça hacizli malların teminat karşılığında borçluya teslim edilemeyeceğini»²⁴*

✓ «*Hacizli taşınır malların muhafaza şekli ile ilgili kararların kesin nitelikte olduğunu»²⁵*

✓ «*Anonim şirket hisse senetlerinin 'haciz ihbarnamesi gönderilerek' İİK 89'a göre değil 'fiilen haczi edilip muhafaza altına alınarak İİK 88'e göre haciz edilebileceğini»²⁶*

belirtmiştir.

IV- 4949 sayılı Kanun ile -maddenin 3. fıkrasına eklenen hükümle- «ticari işletme rehni kapsamındaki taşınırın haciz ve rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takiplerde icra dairesince satılmalarına karar verilmesinden önce muhafaza altına alınmaları

(20) Bknz: 12. HD 5.7.2001 T. 11616/12228

(21) Bknz: 12. HD 5.6.2000 T. 8766/9262

(22) Bknz: 12. HD 16.12.1998 T. 13631/14544; 11.4.1995 T. 5747/5411; 17.12.1994 1325/2211

(23) Bknz: 19. HD 6.2.1997 T. 8698/954

(24) Bknz: 12. HD 26.4.1989 T. 11004/6344

(25) Bknz: 12. HD 15.9.1981 T. 5250/6713

(26) Bknz: HGK 9.12.1967 T. İc. İf. 515/611; İİD. 12.11.1966 T. 8867/11304

önlenerek» işletmenin bütünlüğü korunmak istenmiştir...

V- Borçlunun bankada «*kiralık bir kasası*» varsa, bu kasanın içindekiler nasıl haczedilir? Alacaklı, borçlunun bankadaki kasanını mühürletmemek hakkına sahiptir. Borçluya yapılan bildiriye rağmen, kasanın anahtarını getirmemesi halinde icra memuru, bir çilingir vasıtasıyla kasayı açtırıp, içinden çıkacak şeylere fiilen haciz koyabilir. Yoksa, bankaya İİK mad. 89'a göre «*haciz ihbarnamesi*» göndermek suretiyle kasanın içindekileri haczettiremez. Çünkü, banka burada, İİK anlamında «bir malı ya da müşterinin alacağını elinde bulunduran üçüncü kişi» durumunda değildir.²⁷⁻²⁸

VI- İcra dairesi gerek depo ve garajlarda ve gerekse yediemin olarak kendisine hacizli malın bırakılmış olduğu üçüncü kişilerde saklanıp (muhafaza altına alınıp) da hukuken artık muhafazasına gerek kalmayan taşınır malı, vereceği uygun süre içinde geri almasını ilgililere re'sen bildirir. Verilen süre içinde eşyanın geri alınmaması halinde, icra müdürü, icra mahkemesinden karar alarak -«*taşınır mal satışlarına*» ilişkin hükümler uyarınca- bunları satar.

Satış bedelinden öncelikle «*muhafaza ve satış giderleri*» ödenir. Artan miktar, İİK mad. 9 uyarınca saklanır...

VII- Taşınır bir mal haczedilip üçüncü bir kişiye «yediemin» olarak bırakılmışsa, bu kişi malı her zaman icra dairesinin emrine hazır durumda bulundurmakla yükümlüdür.

Yediemin, kendisine teslim edilen malları istendiği zaman icra dairesine geri vermek zorundadır.²⁹ Hacizli malı «*kendi kusu-ru olmaksızın elinden çıkarmış olduğunu*» kanıtlayamayan yediemin³⁰, hacizli malın kıymetini «*hükme gerek kalmadan*»³¹ icra dairesine ödemek zorunda kalır (İİK mad. 358). Yedieminin ücret istememiş ve kendisine bu nedenle ücret takdir edilmemiş ol-

(27) YÜKSEL, A. S. *Bankacılık Hukuku ve İşletmesi*, 1986, s: 180

(28) Karş: KURU, B. *İcra ve İflâs Hukuku*, 1988, C: 1, s: 771, dipn. 277

(29) Bknz: 12. HD 7.10.1986 T. 15194/10130; 14.6.1986 T. 451/10458; 20.4.1981 T. 2633/3958

(30) Bknz: 12. HD 29.9.1986 T. 15251/9663; 5.3.1980 T. 68/2027

(31) Bknz: 12. HD 18.2.1985 T. 11762/1325; 8.7.1980 T. 4155/5992 - 25.11.1988 T. 11969/14303

ması, yedieminin sorumluluğunu ortadan kaldırmaz.³²

Hacizli malı istenildiği zaman icra dairesine teslim etmeyen yedieminin bu eylemi aynı zamanda «yedieminlik görevini kötüye kullanma suçu»nu oluşturur (TCK mad. 289).

Yüksek mahkeme, yedieminlik konusu ile ilgili olarak ayrıca;

✓ «Yediemin ücretinin takdir yetkisinin -İİK 89 ve 90 uyarınca icra memuruna ait olduğunu, ücret takdirindeki usulsüzlükler hakkında yedieminin icra mahkemesine başvurarak şikayette bulunabileceğini»³³

✓ «Yedieminin haczin kaldırılmasını isteme hakkının bulunmadığını»³⁴

✓ «Gümrükte bulunan malların ardiye ücretinden alacaklının sorumlu olduğunu»³⁵

✓ «Yedieminin, kendisine teslim edilen malları iade edememesi üzerine açılan tazminat davasında, eşyaların yediemine, yediemin olarak teslim edildikleri gün bulundukları durum itibarıyla değerleri bilirkişiye tespit ettirilip o değer üzerinden ödetme kararı verilmesi gerekeceği»³⁶

✓ «Haczedilen eşyanın, alacaklının istemi üzerine başka yere götürülürken düşüp kırılmasından alacaklının sorumlu olamayacağını»³⁷

✓ «Haczedilip üçüncü şahsa teslim edilmiş malların kaybolmasından borçlunun sorumlu olmadığını»³⁸

✓ «Yediemin olarak borçluya tevdi edilen hacizli malı borçlunun çalıştıramayacağını»³⁹

belirtmiştir...

(32) Bknz: 12. HD 16.3.1981 T. 1106/2576

(33) Bknz: 12. HD 27.10.2003 T. 17419/20907

(34) Bknz: 12. HD 1.7.2003 T. 11908/15730

(35) Bknz: 12. HD 27.9.1994 T. 10724/11246

(36) Bknz: 4. HD 23.12.1986 T. 7713/8511

(37) Bknz: 4. HD 4.11.1986 T. 6935/7553

(38) Bknz: İİD 18.12.1969 T. 10527/12190

(39) Bknz: İİD 2.12.1965 T.

Tasarım Tesciline Karşı İşlenen Suçlar

■ İlhami GÜNEŞ (*)

GİRİŞ

Genel ceza hukuku teorisinde suç, toplumsal bir olaydır. Bir eylemin suç sayılıp sayılmaması esasen, kamuoyuna, kamunun fikrine bağlıdır. Toplum düzenini bozan eylemler suç sayılmıştır. Hukuki bakımdan, suç devletin hukuk süzeni içinde, kendisine netice ve yaptırım olarak ceza konulmuş olan fiildir. Suç olan fiil, ceza kanununun ihlali değil ceza kanunu ile korunan kuralların ihlalidir. Çünkü ceza kanunu düzenleyici değil yaptırım koyucu bir kanundur.¹ Bir diğer tanımla suç, toplumsal düzenin devamı açısından korunması gereken hukuki değerlerin açık ve bilinçli bir ihlali veya en azından bu değerleri korumaya matuf kurallarla özensizlik niteliği taşıyan insan davranışlarıdır. Böylece, ancak esasen haksızlık teşkil eden insan davranışları, kanunlarda suç olarak tanımlanabilir. Kanundan amaç, ceza hukukunun güvence işlevi kapsamında söz konusu edilen kanun ile ülkedeki anayasal düzen açısından teknik olarak kanun niteliği taşıyan yasama tasarruflarıdır.² Bilindiği gibi, hukuki tanımda suçu belir-

(*) İzmir Fikri ve Sınai Haklar Ceza Mahkemesi Hakimi.

1) GÖZÜBÜYÜK, A. Pulat; *Türk Ceza Kanununun Açıklaması*, sf. 17, Kazancı Hukuk Yayınları.

2) ÖZGENÇ, İzzet; *Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi*, Genel Hükümler, s.66, 3.baskı, Ocak 2006.

leyen unsur baskın biçimde “kanun” olmaktadır.

Hukuk davalarının uzun sürmesi, giderlerinin fazlalığı, hukuk davalarında kanıtların toplanmasındaki güçlükler, mahkemelerdeki ortam, ceza davalarında giderlerin kamu tarafından üstlenilmesi, duruşmaların süresi ve uzlaşma kolaylığı gibi gerekçeler cezai koruma tipini öne çıkarmakta ve ceza davalarında artış trendini beslemektedir.

Ancak, ceza davaları örneğin İngiltere gibi ülkelerde fikri mülkiyet hukuku alanında önemli bir rol oynamazlar. Örneğin, bu ülkede tasarım hakkı sadece hukuken korunurken ihlal eylemleri suç olarak düzenlenmemiştir. Patent hakkı ise kural olarak hukuk davası ile korunur ve istisnaen cezaya konu olabilir.³ Bununla birlikte kamu yararı bakımından özellikle ciddi görülen bazı tecavüz eylemleri koşulları olduğunda ceza davasına konu olabilmektedir.

AB ile imzalanan 06.01.1995 tarihinde 1/95 sayılı Ortaklık Konseyi kararı sonrasında ülkemizde sınai haklar bakımından uluslararası anlaşmalarla üstlendiğimiz yükümlülüklerin gereği olarak bir dönüşüm başlamış ve ilgili sınai hak KHK'ları arasında da ilk kez tescile bağlı koruma tipi ile sınai hak olarak tasarım koruması başlatılmıştır.⁴ Kısa bir süre sonra çıkarılan 4128 sayılı Yasa ile suç ve yaptırımları içeren madde eklenmiştir. Önceleri haksız rekabet ve Fikir ve Sanat Eserlerinin Korunması Hakkındaki 5846 sayılı Yasa hükümleri ile korunan tasarım hakkı artık özel koruma ile gerek hak sahipleri için gerekse rakipler ve kamu için daha şeffaf ve güvenceli kılınmıştır.

Tarihsel olarak ilk önce tekstil alanındaki ürünleri koruma amacıyla ortaya çıkan tasarım hukuku günümüzde halı, kilim, mobilya gibi klasik eşyaların yanı sıra günlük yaşamımızı kolaylaştırıcı etkisi olan, ambalaj endüstrisinden elektronik ve otomotiv sanayine kadar uzanan, günlük yaşamın hemen her köşesinde karşılaşılabileceğimiz geniş yelpazeli bir alana yayılmış ürünlerin üzerindeki hakların korunmasını konu alan bir hukuk dalı

3) LOVELAND I, *Frontiers of Intellectual Property*, Alison Firth:ün“*The criminalisation of offences against intellectual property*”, s.127. Sweet and Maxwell, Londra 1995.

4) AYDIN, Hüseyin; *Sınai Mülkiyet Hakları Aleyhine İşlenen Suçlar*,s.24,Ankara 2003, Yetkin.

haline gelmiştir. Bir ürünün görünümü ve estetik değeri, satın alınmasından sonra etkisini yitiren reklamın aksine kalıcı olması gerçeği de bu sonucu destekler niteliktedir. Dolayısıyla iyi bir tasarımın ürün açısından sürekli bir reklam aracı olduğu kabul edilmektedir.⁵

Tasarım hakkı eser üzerindeki haklar ile sınaî –teknik haklar arasında yer almaktadır. Patent sistemi buluşların gelişimini korumak için evrimleşirken telif hukuku daha ziyade estetik eserlerin korunması rolünden beslenmiş ve kaynaklanmıştır. İki sistem daha özelleşip sonunda ayrıldığında, kimsenin benimsemediği yeni bir çeşit fikri mülkiyet alanı onlardan ayrıldı. Bu alanın birincil sahipleri sınaî olarak tasarımlardan yararlananlardı. Bu tasarımlar uygulandıkları ürünlerin biçim ve görünümlerini etkileyerek onlara, fonksiyonel olan özelliklerin yanında estetik bir çekim özelliği de eklediler.⁶

Bu iki tip koruma modelinin ortasında yer alma pozisyonu, uluslararası alanda da yansımalarını göstermiş, ülkelerin tasarımlara ilişkin düzenlemelerindeki ayrılıklar, patent, marka ve telif hukukuna oranla çok daha derin olmuştur. Fransa ve Almanya gibi bazı ülkeler tasarımları fikir ve sanat eserleri hukukuna dayanan bir sitemle korumaya yönelirken (copyright approach=telif yaklaşımı), İngiltere gibi bazı ülkelerde korumanın koşulları ve içeriği açısından daha çok patent hukukunu andıran bir sistem (patent approach=patent yaklaşımı) benimsemiştir. Ancak son gelişmelerle benimsenen 97/71 sayılı AB Tasarım direktifi, eser ve patent hukukunun izlerini silerek tasarımların pazardaki işlevleri öne çıkarmıştır (design approach). Hukukumuzdaki düzenlemenin kaynağı da bu sistemdir.⁷

Tasarım endüstrinin her alanında en çok da yedek parça endüstrisinde merkez öge konumundadır. Bunun için bütün ulusal düzenlemeler yedek parça için farklı ve ayrık hükümler öngör-

5) ŞEHİRALİOĞLU HAYAL, Feyzan; *Türk Hukukunda Tasarımlara Yönelik Uygulamalar*, İstanbul 2004 sempozyumu tebliği.

6) FİRTİ, Alison, PHİLLİPS, Jeremy; *Intellectual Property in Europa*, s.370.4.bası, 2001 İngiltere.

7) ŞEHİRALİOĞLU HAYAL, Feyzan; *Türk Hukukunda Tasarımlara Yönelik Uygulamalar*, İstanbul 2004 sempozyumu tebliği.

müşlerdir. Bu hükümler tasarımcının haklarını sınırlayıcıdır. Yedek parça tasarımının koruması -tasarıma göre- ya daha kısa sürelidir ya da koruma kapsamının dışındadır. Bu istisnanın gerekçesi yedek parça piyasasının korumaktır.⁸

I- ULUSLARARASI SÖZLEŞMELER:

Sinaî mülkiyet alanında ilk uluslararası sözleşme olan Paris Sözleşmesi açıkça tescil sistemi ile korumayı öngörmese de tasarımların üye ülkelerince korunmasını buyurmaktadır. Dünya Ticaret Örgütü'nü de kuran Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Haklarının Korunması Hakkındaki (TRİPS) Anlaşmanın 25 ve 26'ncı maddelerine göre üye ülkeler yeni ve orijinal tasarımlara koruma sağlamalıdır. Bern Sözleşmesi ise tasarımlarla öncelikle ilgilenmemekle birlikte tasarımların sanat eseri olarak korumaya değer olduğunu belirterek üye ülkelere 2(7) maddesinde kapsam ve koşullarını belirlemede takdir alanı bırakmıştır. Tasarımların uluslararası alanda saklanması düzenleyen Lahey (Hague) anlaşması bu alanda bir uyumlaştırma önermemekte ancak yine üye ülkelerin yerel yasalarına bağlı kalmakla birlikte tek bir tevdi (Deposit) yoluyla -Markalar hakkındaki Madrid Anlaşmasına benzer biçimde -koruma olanağı sunmaktadır. Tevdi ya da saklama Cenevre 'deki uluslararası büroya veya iç hukuk elverişliyse ulusal büroya yapılacaktır.⁹

II- AB HUKUKU, İNGİLTERE VE ALMANYA UYGULAMALARI

98/71 sayılı direktif AB üyesi ülkelerde tasarım tescil hukukunu uyumlaştırmayı amaçlamaktadır. Direktifin tanım konusundaki 1.(a) maddesi tasarım suçlarının tanımının anlaşılması ve uygulanması bakımından önemli ve ışık tutucudur. Bu hükme göre tasarım “ürünün veya parçasının; ürün üzerindeki süslemenin çizgilerinin, renklerinin, dokunun, malzemenin, esnekliğin ve bunun gibi özelliklerinin görünümü” olarak tanımlanmıştır. Oysa

8) TEKİNALP, Ünal; *Fikri Mülkiyet Hukuku*, s.598, 3.bası, 2004 Kırklareli.

9) TRİTON, Guy; *Intellectual Property in Europa*, s.407. Londra 2002, Sweet-Maxwell.

yürürlükteki KHK 'nın eş hükmü '...özelliklerin bütünü' olarak tanımını bağlamıştır. Neyse ki 5237 S.Y. TCK ile uyumlu olmak üzere hazırlanan yasa taslağında bu eksiklik giderilip direktif ile uyumlu tanım benimsenerek tasarıya konmuştur.¹⁰

Avrupa Konseyi'nin 12.12.2001'de benimsediği AB Tasarım Tüzüğü de tüm AB üyesi ülkelerde tescilsiz ve tescilli topluluk tasarımlarını düzenlemektedir. Topluluk tescilli tasarımları OHİM¹¹ tarafından idare edilmektedir. Beş yıllık yenilemelerle 25 yıl korunabilen topluluk tescilli tasarımlarının korunmasında esaslı bir inceleme bulunmamaktadır.¹²

Almanya Endüstriyel Tasarımlar Kanunu'nun 51. maddesine göre, başkasına ait bir tasarımı onun iznini almadan kullanan kimse, üç yıla kadar hürriyeti bağlayıcı ceza ile ya da para cezası ile cezalandırılır. Suçun takibi kural olarak şikâyetle bağlı olmakla birlikte, iddia makamı takipte kamu yararı gördüğü takdirde re'sen de dava açabilir. Failin ticari faaliyeti olması halinde, beş yıla kadar hürriyeti bağlayıcı ceza ya da para cezası söz konusudur. Hangi cezanın tercih edileceği konusunda hakim takdir yetkisi bulunmaktadır. Para cezası takdir edildiğinde Alman Ceza Kanunu'nun 40.maddesinde yer alan genel hükümler çerçevesinde, sanığın bir günde elde ettiği ya da elde etmesi muhtemel net gelirinin (Kanunen para cezasının asgari 1 Euro ile azami 5000 Euro arasında olması gerekmektedir) gün sayısı ile çarpılması ile para cezası hesaplanmaktadır. Alman uygulamasında da teşebbüs ve el koyma halinde zor alım uygulanması ve hükmün ilanı mümkündür.¹³

İngiltere'de de tasarım ihlallerinin ceza hükümleri ile korunması benimsenmiş olup iki yıla kadar hapis veya para cezası veya her ikisine birden hükmedilmesi mümkündür. İngiliz Yasası'nda tecavüz tarihinde tasarımın tescilli olduğunu bilmeyen, bildiğinin kabulü için haklı sebep bulunmayan davalıların tazminat sorumluluğu bulunmadığı belirtilmiştir. (CDPA 1989 değ. 9/1

10) TRİTON, Guy; *Intellectual Property in Europa, Londra 2002, Sweet-Maxwell, s.407.*

11) Ofis for Organisation in The Internal Market (Marka ve Tasarım için İç pazarın uyumlaştırılması ile görevli Avrupa Ofisi)

12) TRİTON, Guy; *Intellectual Property in Europa, Londra 2002, Sweet-Maxwell, s.390.*

13) Alman Endüstriyel Tasarım Kanunu.

bent.). Bu ülkede ve Galler’de tasarım davalarına her hangi bir County Court veya High Court yetkili bulunmaktadır (1988 tarihli CPDA’nın 287.bölümü).

III- HUKUKUMUZDA TASARIM SUÇLARI

A-Gerçeğe aykırı kimlik bildirimi: Tasarım başvurusu yapılırken dilekçede başvuru sahibi olarak belirtilen tasarım sahibinin kimliğinin gerçeğe aykırı, yanlış ve eksik bildirilmesi halinde Yasa, bir yıldan iki yıla kadar hapis veya 14000 YTL’den 27000 YTL’ye kadar adli para cezası her ikisine birden hükmedilmesini öngörmektedir.(End.Tasarım KHK.4128 S.Y. 48/A-a).

B- Ürün veya ambalaj üzerinde bulunan tasarım koruması olduğunu gösteren işaretin yetkisiz kişilerce kaldırılması halinde Yasa, bir yıldan iki yıla kadar hapis veya 14000 YTL’den 27000 YTL’ye kadar adli para cezası her ikisine birden hükmedilmesini öngörmektedir (End.Tasarım KHK.48/A-a).

C- Hakkı olmadığı halde kendisini tasarım başvurusu yapmış veya tasarım tescil sahibi gibi gösterenler için Yasa, bir yıldan iki yıla kadar hapis veya 14000 YTL’den 27000 YTL’ye kadar adli para cezası her ikisine birden hükmedilmesini öngörmektedir.(End.Tasarım KHK.48/A-a).

D- Hakkı ve ilgisi olmadığını, tasarruf yetkisi bulunmadığını bildiği,bilmesi gerektiği halde tasarımın sağladığı haklardan birini veya lisansını devretmek, vermek, rehnetmek veya bunlar üzerinde bir tasarrufta bulunmak halinde Yasa, iki yıldan üç yıla kadar hapis veya 27000 YTL’den 46000 YTL’ye kadar adli para cezası her ikisine birden hükmedilmesini öngörmektedir (End. Tasarım KHK.48/A-b).

E- Korunan bir tasarım hakkı sahibi olmadığı, koruma süresi dolduğu, hükümsüzlüğe veya hakkın sona erdiğine karar verildiği halde korunan bir tasarım bulunduğu zannını uyandıracak şekilde davranılması halinde Yasa, iki yıldan üç yıla kadar hapis veya 27000 YTL’den 46000 YTL’ye kadar adli para cezası her ikisine birden hükmedilmesini öngörmektedir.(End.Tasarım KHK.48/A-b).

F- Endüstriyel Tasarımların Korunması KHK’sının 48. madde-

sinde yazılı eylemlerden birinin işlenmesi halinde Yasa, iki yıldan dört yıla kadar hapis veya 27000 YTL'den 46000 YTL'ye kadar adli para cezası her ikisine birden hükmedilmesini öngörmektedir.(End.Tasarım KHK.48/A-c).

Uygulamada sıkça rastlanılan bu eylemler KHK'nın 48. maddesinde 'tecavüz durumları' başlığı ile beş ayrı bent halinde sıralanmıştır. Bunlar:

i) İzinsiz olarak tasarımın aynısını veya belirgin biçimde benzerini yapmak, üretmek, piyasaya sunmak, satmak, sözleşme akti için icapta bulunmak, kullanmak, ithal etmek ve bu amaçlarla depolama ve elde bulundurmak(48/a md.);

ii) Tasarım hakkı sahibinin sözleşmeye dayalı olarak veya lisans yoluyla verdiği hakkı genişletmek veya devretmek (48/b md.);

iii) Yukarıdaki eylemlere iştirak, yardım veya herhangi bir şekilde kolaylaştırmak (48/c);

iv) Kendisinde bulunan ve haksız olarak üretilmiş, ticaret alanına çıkarılmış eşyanın nerden temin edildiği veya nasıl sağlandığı konusunda bildirim yapmaktan kaçınmak (48/d md.);

v) Tasarım hakkının gasbı (48/e md.); Gerçek tasarım hakkı sahibinin hakkını çiğneyerek tasarımı kendi adına tescil ettirmek.

IV-TASARIM HAKKINA KARŞI İŞLENEN SUÇLARDA KORUNAN HUKUKİ YARAR

Kural olarak düzenlenen suçlarla tasarım hakkı korunmaktadır. Ancak, 48/A- (a) ve(b) bentlerinde korunan konu, kamu güvenidir. Bir diğer deyimle hukuki ilişkilerde ve ticari faaliyetlerdeki güven ve dürüstlüğe ait kamusal menfaat korunmaktadır.¹⁴ Diğer hallerde ve 48/A-c maddesindeki hallerde öncelikle özel mülkiyet ve genel anlamda kamunun çıkarları korunmaktadır.

14) AYDIN, Hüseyin; *Sınai Mülkiyet Hakları Aleyhine İşlenen Suçlar*,s.156,Ankara 2003,Yetkin

V-TASARIM SUÇLARININ ÖZELLİKLERİ

1) Suçun mağduru: Tasarım hakkı sahibi gerçek veya tüzel kişi veya tekeli lisans sahibi olan kişi veya genel anlamda devlet suçun mağdurdur. Tasarım birden fazla kişi adına kayıtlı olduğunda ortak maliklerden biri tek başına şikayet hakkını kullanabilir. KHK'nın 48. maddesindeki tecavüz halleri dışındaki suçlar için TPE'nin de şikayet hakkı bulunmaktadır. Ayrıca 509 ve 5590 sayılı Yasalara tabi ticaret ve sanayi odaları, esnaf birlikleri ve tüketici dernekleri de şikayete hak sahibi mağdur olabilirler.

2) Takibi şikayete bağlılık: Eylem ve eylemi işleyen öğrenilmesinden itibaren 2 yıllık sürede şikayet mümkündür (48/A-c, üçüncü fıkra son cümle). Sürenin bu haliyle uzun ve TCK 73/(1)de yazılı benzer kategorideki suçlar için öngörülen 6 aylık süreyle uyumsuz olduğu açıktır. Ayrıca bu durum sektörde tasarım tesciline dayalı hakkın ileri sürülmesinin tehdit unsuru olarak kullanılması, belirsizliğe yol açması suretiyle rekabetin kötü kullanımına zemin hazırlamaktadır. Hazırlanan Tasarım Koruması Hakkındaki Yasa Tasarısı'nda, 5237 S.Y. TCK'nın 5.maddesi gereği uyum için düzeltme yapılmasını umuyorum.

Vazgeçme halinde dava düşürülmektedir. Karar kesinleşinceye dek açıklanan vazgeçme halinde dava düşecektir. Öncelikle soruşturma aşamasında, olmazsa duruşmalarda sanığa CMK 253, 254 ile TCK 73/4 maddesi uyarınca uzlaşma fırsatı verilmesi gerekmektedir. Ancak bu yeni usulün şimdiye dek yapılan uygulamada yargı sürecinde kayda değer bir hızlanma ve olumlu yönde çözüm olma sonucunu vermediğini söylemek zorundayım.

3) Henüz tescilin gerçekleşmediği yayın aşamasında olduğu hallerde yayına dayalı olarak veya yayın olmadan önce faile başvuru durumunun bildirildiği hallerde salt başvuruya dayanarak ta şikayet hakkı kullanılabilir.

4)Tasarım suçlarıyla ilgili şikayetler acele işlerden sayılmaktadır. Bu yasal niteleme bu suçlarla ilgili zabıt, arama ve el koyma işlemlerinde kendini göstermelidir. Gecikmede sakınca olduğu kabul edilerek C. Savcısı tarafından arama ve el koyma izni verilmelidir.

5)Tasarım suçları şekli nitelikli suçlardandır. Yasada sayılı, tanımlanmış eylemlerden biri işlendiğinde suç oluşur. Suçun oluşumu için tehlike meydana gelmesi ya da zarar oluşması koşulu bulunmamaktadır.

6) Teşebbüse elverişlilik: Bu suçlarda koşulları gerçekleştiği takdirde 5237 sayılı Yasa'nın 37'inci maddesinin uygulanması mümkündür.

7)Suç tipine göre işlenme yeri ve dolayısı ile yetkili mahkeme değişmektedir. Örneğin tasarım hakkının ihlali(48.A-c md.) hallerinde ihlal edilen tasarımı taşıyan ürünün üretildiği, satışa arz edildiği, depolandığı yer yetkili iken, bilgi vermeme suçunda bilgi yükümlüsünün bulunduğu yer mahkemesi yetkilidir. Gerçeğe aykırı kimlik bildirme suçlarında ise Ankara Uzman Mahkemesi görevli ve yetkilidir. Görev, varsa uzman mahkemelere ve kurulmayan yerlerde HSYK 'nın 20.11.2003 tarih ve 537 sayılı kararı ile kararı ile yetki verilen Asliye Ceza Mahkemelerine aittir.

8) Suç konusu eşyanın zor alımı ile suçtan elde edilen maddi avantajların önlenmesi sağlanmaktadır. KHK 48/A-c maddesinin yollaması ile arama ve el koyma için CMK116 vd. maddeler, zor alım için TCK 54. madde uygulanacaktır. Zor alım ceza olmayıp mahkumiyetin sonucudur. El konulmuş eşyanın yakınan yana iadesi yürürlükteki yasa hükümlerine göre mümkün görünmektedir.

VI- UYGULAMADA GÖRÜLEN SORUNLAR

1- Unsurları ve yasal koruma koşulları belirtilen tasarımların hukuki ve cezai uygulamada Yasa'nın amaçladığı kadar ideal biçimde uygulamaya dökülemediği görülmektedir.

554 S.Y. KHK.'nın 32'inci maddesi uyarınca şekli koşulları taşıyan tasarım tescil başvuruları esaslı inceleme yapılmadan kabul edilir ve yayına verilir. Ancak, yayın aşamasında ilgilerin tarihli, somut belgelere dayalı itirazları olduğu takdirde yetkili kurullarca inceleme yapılır, sonucuna göre başvurunun yeni ya da ayırt edici olmadığı anlaşılırsa tescil isteği reddedilir. Dünyadaki baskın uygulama da bu yoldadır. Gerçekten de bu denli geniş bir tasarım veri tabanının oluşturulması ve saklanması zordur.

Böyle olduğundan yasal koşulları taşımayan tasarım tescillerine dayalı cezai koruma talepleri telifisi zor sonuçlara yol açabilmektedir.

2- Tasarımın görünümle ilgili olduğu gerçeğinin göz ardı edilmesi ile görünmeyen makine yedek parçaları gibi tasarlamanın görünümle ilgili bir amaçtan kaynaklanmadığı tasarımlar.

3- Değerlendirme ve karşılaştırmada ölçütler; Ayırt edicilik araştırmasında genel izlenimde belirgin farklılık üzerinde durulur. Bu gözlem bilgilenmiş kullanıcı gözüyle yapılır. Diğer sınai haklarda örneğin markada vasat alıcıların yanılması değerlendirilmede esas alınırken, tasarım hukukunda mehz AB hukukundaki gibi bilgilenmiş kullanıcı esas alınmaktadır.¹⁵ Bilgilenmiş kullanıcı o malı kullanmış olan tüketici, üretimine katılmış bir uzman, ticaretini yapan bir tacir olabilir. Somut olaya göre bu rol değişken olabilir.

Teknik bilgileri olan bilirkişiler kararnamenin sözünü ettiği bilgilenmiş kullanıcı sayılırlar mı? Elbette yerleşik bir bilgilenmiş kullanıcı kurum ya da meslek kategorisi bulunmamaktadır. Yeri ne göre nihai, sade tüketici de davaya bakan hakim de bilgilenmiş kullanıcı olabilir. Burada bilirkişilerin eğitim ve uzmanlık alanlarının teknik ve estetik alanda yoğunlaşmış olması ve sektörü izlemeleri, ilgili ürünü kullanmış olmalarının onları bilgilenmiş kullanıcı yapacağını kabul etmek çözüm adına uygun olacaktır.

4- Karşılaştırma yapılırken izlenecek metot, tasarımların farklılıklarından çok ortak özelliklerinin değerlendirilmesi ve tasarımcının tasarımı geliştirme açısından ne kadar seçenek özgürlüğüne sahip olduğunun dikkate alınmasıdır. Bu şekilde yapılan kıyaslama sonucu tasarımların bıraktıkları genel izlenimler arasında *'belirgin bir farklılık'* olduğu tespit edilirse, ayırt edici niteliğin olduğu kabul edilecektir.¹⁶

Farklılıklardan çok ortak özelliklere yer verilmesi ölçütü konusunda AB'nin 98/71 sayılı tasarım direktifinin 5'inci maddesi ile

15) SULUK, Cahit ; *Tasarım Hukuku*, s.257, Ankara 2003, Seçkin.

16) ŞEHİRALİ, Feyzan Hayal; *Türk Hukukunda Tasarımlara Yönelik Uygulamalar*, 2004 İst. Sempozyum tebliği.

uyum sağlanmalıdır. Bu maddede incelemeye konu tasarımın bilgilenmiş kullanıcı üzerinde yarattığı genel izlenimin başvuru ya da rüçhan tarihinden önce kamuya sunulmuş herhangi bir tasarımın yarattığı genel izlenimden farklı olması ayırt edicilik karakteri için yeterli sayılmıştır. Ayırt ediciliğin değerlendirilmesinde tasarımcının seçenek özgürlüğü dikkate alınacaktır. Görüldüğü gibi direktifte, 554 sayılı KHK'nın 7/son maddesinde yazılı 'ortak özelliklerin değerlendirilmesi' ölçütü bulunmamaktadır.

VII- SONUÇ VE ENDÜSTRİYEL TASARIM KORUMASI YASA TASLAĞINDAN BEKLENTİ

A- 5237 S.Y.'nin genel hükümleri ile tam bir uyum sağlanması gerekliliği bulunmaktadır. 5349 sayılı Yasa'nın 5237 sayılı TCK ile uyumlu olmayan özel yasalar için öngördüğü yaşam süresi dolduğunda yani 31.12.2006 tarihinden sonra yürürlükte olması beklenen Tasarım Koruması Hakkındaki Yasa'nın TCK'nın 5'inci maddesi uyarınca genel hükümler bakımından uyumlu olması gerekmektedir. Bu anlamda şikayet süresi, yaptırım, tekerür, iştirak hükümleri bakımından uyum gözetilmelidir.

Bu yüzden;

- i) Para cezalarının gün para cezası olarak belirlenmesi ve hakime seçenekli ceza olanağı verilmesi gereklidir.
- ii) Şikayet süresi TCK ile uyumlu olarak 6 ay kabul edilmelidir.
- iii) Suça iştirak alanında genel hükümler uygulanmalıdır.

B- AB Tasarım Direktifi ile uyum sağlanmalıdır.

- i) Tasarım tanımının direktif ile uyumlu biçimde düzenlenmesi ve tasarım tescilinin görünümü koruduğunun altının çizilmesi gereklidir.
- ii) Değerlendirme sırasında ortak özelliklerden çok farklılıklara üstünlük verilmesinin benimsenmesi yaratıcılık ve gelişme adına daha uygun ve desteklenmesi gereken bir tavır olacaktır.
- iii) Hakkın tüketilmesi bakımından AB direktifinin 15'inci maddesi ile uyum sağlanması, anlaşma ile tükenmede- Avrupa Birliğine üye ülkelerin her hangi birinde piyasaya

arz halinde tükenmenin kabulü- aynı ekonomik bölgeye Türkiye'nin de dahil edilmesinin sağlanması.

C-Yasanın özenli ve hukuki bir dil kullanması maddeler arasında kavram bağlantısı sağlanması gereklidir. Bu anlamda suç eylemlerinin tanımlanışında da netliğe ve hukuki bir dil kullanılmasına dikkat edilmesi gereklidir.

KAYNAKLAR

- 1) HÜSEYİN AYDIN; Sınai Mülkiyet Hakları Aleyhine İşlenen Suçlar, Ankara 2003, Yetkin.
- 2) FEYZAN HAYAL ŞEHİRALİOĞLU; Türk Hukukunda Tasarımlara Yönelik Uygulamalar, İstanbul 2004 sempozyumu tebliği.
- 3) FİRTİH, ALİSON, PHİLLİPS, JEREMY; Intellectual Property in Europa, 4.bası, 2001 İngiltere.
- 4) TRİTON GUY; Intellectual Property in Europa, Londra 2002, Sweet-Maxwell.
- 5) CAHİT SULUK, ; Tasarım Hukuku, Ankara 2003, Seçkin.
- 6) TEKİNALP, Ünal ; Fikri Mülkiyet Hukuku, 3.bası ,2004 Kırklareli.
- 7) ÖZGENÇ, İzzet; Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi , Genel Hükümler, 3.baskı, Ocak 2006.
- 8) LOVELAND I, Frontiers of Intellectual Property, Alison Firth:'ün "The criminalisation of offences against intellectual property", Sweet and Maxwell, Londra 1995.

SSK Borçlarında İşverenlere 1.7.2007'den İtibaren Yurtdışı Çıkışı Yasağı Uygulaması

■ Mustafa SAKAL (*)
Mustafa ALPASLAN (**)

1. Giriş

01.07.2007 tarihinden itibaren sosyal güvenlik prim borcunu ödemeyen işverenlere, yurt dışı çıkışı yasağı uygulaması getirilmektedir.¹ Buna göre, 5510 sayılı SSGSSK'nın 88. md. göre işverenlere veya tüzel kişiliklerde, şirketi temsile yetkili kişilere 5682 sayılı Yasa'nın 22. md. göre yurtdışı çıkışı yasağı uygulaması getirilmektedir.

2. Sosyal Güvenlik Prim Borcunu Ödemeyenlere Yurt Dışı Yasağı'nın Kapsamı

Çalışanların sosyal güvencesinin sağlanabilmesi için prim belgelerinin de verilmesi gerekmektedir. İşverenlerin bir ay içinde 4.ve 5.maddeye tabi çalıştırdığı sigortalıların ve sosyal güvenlik destek primine tabi sigortalıların; ad ve soyadlarını, T.C. kimlik numaralarını, prime esas kazançlarını, prim ödeme gün sayıları ile prim tutarlarını gösteren ve asıl veya ek aylık prim ve hizmet belgesi düzenlemeleri gerekmektedir.²

(*) Doç. Dr., D.E.Ü.İ.İ.B.F. Maliye Bölümü

(**) Dr., Serbest Muhasebeci, Mali Müşavir

1) 5510 s.k. md.88

2) 5510 s.k. 4, 5

3. Yazılı İhtara Karşın Ödenmeyen / Ödenemeyen veya Tecil-Taksitlendirmesi Yapılamayan Sosyal Güvenlik Prim Borçlarının Durumu Nedir?

5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 88.maddesinde *"Miktarı kurum yönetim kurulunca belirlenen tutarı geçen ve yurt dışına çıkış yasağı konulacağına dair ihtar tebliğ edilmesine rağmen, borcunu ödemeyen işverenlerin kendileri veya kanuni temsilcileri hakkında kurumun talebi üzerine, 5682 sayılı Pasaport Kanunu'nun 22'inci maddesi hükümleri uygulanır"* hükmü getirilmektedir.³

Yine, 5682 sayılı Pasaport Kanunu'nun 22'inci maddesinde; "Yurtdışına çıkmaları; mahkemelerce yasaklananlara, memleketten ayrılmalarında genel güvenlik bakımından mahzur bulunduğu İçişleri Bakanlığı'nca tespit edilenlere, vergiden borçlu olduğu pasaport vermeye yetkili makamlara bildirilenlere pasaport veya seyahat vesikası verilmez. Ancak, yabancı memleketlere gitmeleri mahkemelerce yasaklananlar dışında kalanlara, zaruri hallerde İçişleri bakanının teklifi ve başbakanın onayı ile pasaport veya pasaport yerine geçen seyahat vesikası verilebilir.

Bu durumda olanların açık kimlikleri (adı, soyadı, doğum yeri ve tarihi, ana ve baba adı ile nüfusa kayıtlı olduğu yer) ve tahdit sebebi, ilgili daireler tarafından mahallin polis makamlarına bildirilir.

İlgili polis makamları da bu bilgileri alır almaz bağlı bulunduğu il emniyet müdürlüğü kanalıyla en seri haberleşme aracıyla yazılı olarak hudut kapısı bulunan emniyet müdürlüklerine, şahsın nüfusa kayıtlı olduğu il emniyet müdürlüğüne ve Emniyet Genel Müdürlüğü'ne bildirir.

Bunların yurtdışına çıkışları engellenir ve kendilerine pasaport veya vesika verilmez, verilmişse geri alınır.

Birinci fıkrada yazılı makamlar tarafından pasaport verilmesi veya yurtdışına çıkması yasaklananlarla, yurtdışında kalmalarında genel güvenlik bakımından mahzur bulunduğu tespit edilenlerin süreleri dolan pasaportları yenilenmez, kendilerine Türkiye'ye dönmeleri için seyahat vesikası verilir.

3) 5682 s.k. md. 22

“Pasaport veya pasaport yerine geçen vesikaları kaybedenlerden, bunu haklı bir sebebe dayandıramayanlarla bulundukları ülkelerden sınır dışı edilmiş olanlara, bu ülkelerden çıkarılış sebepleri göz önünde tutularak pasaport veya vesika verilmeyebilir.” denilmek suretiyle yurtdışına çıkmalar; mahkemelerce yasaklananlara, memleketten ayrılmalarında genel güvenlik bakımından mahzur bulunduğu İçişleri Bakanlığı’nca tespit edilenlere, vergiden borçlu olduğu pasaport vermeye yetkili makamlara bildirilenlere pasaport veya seyahat vesikası verilmeyeceği hükme bağlanmıştır.

5510 sayılı Yasa’nın yürürlüğe gireceği 01.07.2007 tarihinden itibaren miktarı Sosyal Güvenlik Kurumu Yönetim Kurulu’nca belirlenen tutarı geçen ve yurt dışına çıkış yasağı konulacağına dair ihtar tebliğ edilmesine rağmen, borcunu ödemeyen işverenlerin kendileri veya kanuni temsilcileri hakkında kurumun talebi üzerine, yurtdışı çıkış yasağı uygulanacaktır. Bu da sosyal güvenlik prim borçlarının ödenmesi için caydırıcı bir düzenleme olacaktır.⁴

4. Sonuç ve Değerlendirme

Maliye Bakanlığı’nın 439 Seri No.lu Tahsilat Genel Tebliği’nde yurtdışına çıkış yasağı konulmasını gerektiren borç tutarı 25 bin Yeni Türk Lirası olarak belirlenmiştir. Sosyal Güvenlik Kurumu Yönetim Kurulu, prim borcu bulunan işverenler için bu konuyla ilgili olarak 01.01.2007 tarihinden geçerli olmak üzere ivedi bir şekilde bir tutar tespit etmesi gerekmektedir.⁵

Uygulamanın çok önemli bir caydırıcı etkisinin olabileceğini düşünmüyoruz. Zira, yapılan tebligatlara rağmen borcunu ödemedi zora düşen işverenler ile adresinde bulunamayan işverenlerin durumlarının ne olacağı bilinmemektedir. Kayıt dışı istihdamın halledilerek prim oranlarının daha aşağı çekilerek böylece

4) 5510 s.k.md.88

5) Bkz. 6183 sayılı yasaya ilişkin 439 seri sayılı genel tebliğ 27/04/2006 gün ve 26151 sayılı R.G.’de yayınlanmıştır.

ödenebilir hale gelen sosyal güvenlik primlerinin zamanında tahsil edilmesi yoluna gidilmelidir. Yurtdışı yasağı gibi tedbirlerin geçici bir çözüm olabileceği görüşündeyiz.

Sosyal güvenlik prim borçlarının tahakkuklarına yapılan itirazların ve daha sonra yargıya taşınan primlerle ilgili tahsilatın devam etmesi ayrı bir problem olarak karşımıza çıkmaktadır. Çünkü kurum itiraz ünitesine yapılan itirazlarda tahsilatın durması mümkün iken, bu defa kurum tarafından itirazlara red halinde yeniden tahsilat devam etmekte olup, mahkemeye gidilmesi tahsilata etkisi olmamaktadır. Oysa ki, idari yargılama usulünde ve vergi yargılama hukukunda vergi ve ceza ihbarnamelerine vaki davalarda, vergi daireleri vergi mahkemesi kararının tebliğ tarihine kadar tahsilat durmaktadır. Sosyal Güvenlik Prim İhbarnamelerinde de, idari para cezalarında da ya da müfettiş raporuna dayalı ceza tebliğlerinde de açılan davaların yargı kararının tebliğ tarihine kadar tahsilatın beklemesi gerekmektedir.

Yunan Basınına Yansıdığı Şekliyle, Atina ile İstanbul Rum Başpiskoposları Arasındaki Yönetim Krizi, “Evrensellik” ve Türkiye

■ Turgay CİN (*)

Giriş

İstanbul Rum Başpiskoposluğu’nun¹ Yunanlıların ve Rumların deyimi ile “Fener Patrikhanesi” veya “İstanbul Evrensel Patrikhanesi” veya “İstanbul Başpiskoposu Yeni Roma ve Ekümenik Patrikhane”nin, kendi idari yetkisine bağlı olduğunu iddia et-

• Ege Üniversitesi İİBF. Uluslararası İlişkiler Bölümü Devletler Hukuku Anabilim Dalı Başkanı. E- posta: turgay.cin@ ege.edu.tr. Kişisel Web Sayfası : HYPERLINK "<http://bornova.ege.edu.tr/~cin>"

1) “Patrik veya Patrikhane” demekten kaçınmamızın sebebi, İstanbul’da Osmanlı döneminde Patrikhane’nin olmasıdır. Ayrıca o dönemde Osmanlı Devletinde Halife de vardı. Bilindiği üzere Halifelik kaldırıldı. Diğer taraftan buna paralel olarak Patrikhane de 1923 Lozan Barış Konferansında Atatürk tarafından Türkiye’den gönderilmek istendi. “Patrikhanenin” İstanbul’da kalma koşulu idari ve siyasi yetkilerinden arındırılmış, bırakmış olarak ve İstanbul’daki Ortodoks Hristiyan gayri Müslimlerin (“Rumların”) sadece dini, ruhani, ilâhi meseleleri ile ilgilenmektir. Oysa, Kilisenin dini örgütlenmesi, idari yapılanması ile ilgilenmek, dini (ilâhi, ruhani) meselelerle ilgilenmenin dışındadır. Eğer bir Başpiskoposluğun kiliseler üzerinde geniş bir “idari” yetkisi varsa, Patriklik sıfatını kazanır. Eğer bir Patriğin geniş idari yetkisi yoksa, çok sınırlı idari yetkisi varsa Başpiskopos sıfatına sahip olur ve sadece dini (ruhani, ilâhi) meselelerle iştigal eder. Osmanlı dönemindeki Patriğin idari ve siyasi yetkileri, imtiyazları 1923 Lozan Barış Konferansında ortadan kaldırıldığından, “İstanbul Rum Patriği veya Fener Rum Patriği, Evrensel Patrik” terimlerinin kullanılması yerinde değildir, hatalıdır. Çünkü, “Patrik veya Patrikhane, Evrensel Patrikhane” terimleri tercih edilip kullanılmaya devam edilirse, üstü kapalı olarak, İstanbul Başpiskoposunun “idari ve siyasi” yetkileri –Lozan Konferansında kabul edilmeyenler- tanınmış olur ve bu da “Patriklik ve Patrikhane” statüsünün hukuken tanınması anlamına gelir ki, ardından da “Evrenselliğin” hukuken tanınması talepleri ile karşılaşılır. Aynen

tiği kiliseler şunlardır: İngiltere Başpiskoposluğu ve Batı Avrupa, İrlanda, Malta Eksarhlığı, Fransa Başpiskoposluğu ve Liberya Körfezi Eksarhlığı, İspanya Başpiskoposluğu ve Portekiz Eksarhlığı, Yarı Bağımsız Girit Kilisesi, Menteşe Adaları Metropolitliği (Despotluğu), “Yeni Ülkeler” olarak anılan Kuzey Yunanistan Metropolitlikleri (Despotlukları), Aynaroz bölgesindeki bazı manastırları, Finlandiya Bağımsız Kilisesi.² Bunların çoğu bugünkü Avrupa Birliği sınırları içinde olup, ayrıca Amerika Başpiskoposluğu da vardır.

Rum ve Yunanlıların iddialarına göre, İstanbul Rum Başpiskoposluğu, Türkiye dışında kendisine idari yetki bakımından bağlı olan kiliselerin bulunması nedeniyle uluslararası bir sivil toplum örgütü niteliğindedir ve bulundukları devletlerdeki iç hukuk mevzuatına göre, bu kiliselerin bazıları kamu hukuku tüzel kişiliğine, bazıları da özel hukuk tüzel kişiliğine sahiptir. İstanbul Rum Başpiskoposluğu, Türkiye dışındaki devletlerde bürolar ve eğitim kurumları açarak, ayrıca devletlerle hizmet ilişkileri kurmakta ve söz konusu devletlerdeki hukuki statüsünü ise, ilişkide bulunduğu o devletin ulusal hukuk düzeni belirlemektedir.³ İstanbul Rum Başpiskoposluğu, diğer devletlerde bürolar ve eğitim kurumları açarak, ayrıca devletlerle hizmet ilişkileri kurarak, İstanbul Rum Başpiskoposluğuna uluslararası hukuk statüsü kazandırmaya çalışmaktadır.

bugün olduğu gibi. Diğer taraftan, öteden beri Türkiye tarafından hukuken tanınmasa da fiili olarak Evrensel Patrik –Evrensel Patrikhane- unvanları Rumlar, Yunanlılar ve Batılılar tarafından kullanıla gelmektedir. Burada devletler hukuku bakımından önemli olan nokta Türkiye'nin resmen ve hukuken tanımamasıdır. Eğer tanınırsa, bu tanıma zamanla Türkiye bakımından çok ciddi, tehlikeli siyasi ve hukuki sonuçlar doğurabilir. Esasen Lozan Konferansından sonra, Atatürk'ün 1923 yılından 1930' a kadar “Patrik” terimini kullanmadığı, “Başpapaz” sözcüğü ile hitap ettiği görülür. Ayrıca bkz. Cin, T.: “İstanbul Rum Başpiskoposu ile Atina Başpiskoposunun Mücadeleleri ve Türkiye” İrfan Baştuğ Anısına Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 7, Özel Sayı 2005, s. 447 – 472.; Cin, T.: “Ekümenik Patrikhane Mi? Yoksa İstanbul Başpiskoposluğu Mu?” HPD (Hukuki Perspektifler Dergisi), Sayı: 06, Mayıs 2006, s. 194 – 197.

2) Papathomas, Arch. G.: Le Patriarcat Oecumenique de Constantinople (compris la Politeia monastique du Mont Athos) dans l'Europe unie, ed. Epektasis, Komotini 1998, s. 142 – 147.; Kukulis, Th.: Evropayiki Enosi & Ikumeniko Patriarhio (Avrupa Birliği ve Evrensel Patrikhane) 1991 – 2003, Kritiki Yayınevi, Atina 2004, s. 77.

3) Valaku – Theodorudi, M.: To Nomiko perigrama tu Ikumeniku Patriarhiu sta plesia tis diethnus kinotitas (Uluslararası Camia Çerçevesinde Evrensel Patrikhanenin Hukuki Statüsünün Ana Hatları), Ant. Sakkula Yayınları, Atina – Selânik 2001, s. 304 – 324.; Kukulis, s. 77.

Günümüzdeki uygulamalarda, uluslararası boyutta faaliyet gösteren sivil toplum örgütleri, dört temel başlık altında toplanmaktadır. Bunlar:

- a- Ekonomik alanda faaliyet gösterenler,
- b- İnsancıl hukuk alanında faaliyet gösterenler,
- c- İnsan hakları alanında faaliyet gösterenler ve
- d- Dinle ilgili alanlarda faaliyet gösterenler, yani dini grupların faaliyetleridir.

Bu noktada, Rum ve Yunanlıların iddialarına göre, İstanbul Rum Başpiskoposluğunun faaliyetleri, dini grupların faaliyetleri alanına dahil edilmektedir. Diğer devletlerdeki uygulamaları ise Yunanlı yazar Kukulis; “Örnek olarak, dine hoşgörü gösterilen Yunanistan’da Evrensel Patrikhane, bina kiralaması veya diğer hukuksal işlemlerinde, kamu hukuku tüzel kişiliği statüsü çerçevesinde hareket etmektedir. Ancak bu durum bütün devletler bakımından geçerli değildir. Örneğin Belçika’da, Evrensel Patrikhanenin büroları vardır ve burada geçerli olan hukuki statü özel hukuk tüzel kişiliğidir. Almanya’da ise Kiliseler bakımından haklar ve yetkiler (hukuki bir tüzel kişilik) kazanılabilmesi için, Alman Medeni Yasasının kurallarının yerine getirilmesi gerekmektedir.”⁴ olarak ifade etmektedir.

Yine Yunanlıların iddialarına göre, Rum ve Yunanlıların deyimiyle “Konstantinupolis Evrensel Patrikhanesi” asırlarca kendisine dini, siyasi, idari ve adli ayrıcalıkların tanınmış olduğu bir kurum olarak, uluslararası hukukun özünü oluşturmaktadır. 1923 tarihli Lozan Barış Andlaşmasıyla münhasıran dini yetkilerle sınırlandırılmasından sonra, bugün hâlâ “Patrikhanenin” siyasi ve idari anlamda uluslararası bir hukuk kurumu olup olmadığı konusunda tereddütler ve tartışmalar yaşanmaktadır. Bu konuda diğer bir görüş ise, “evrensel” ve dini yetkilerinin “geleneksel” olarak tanınmasından kaynaklanan, sınırlı oranda uluslararası hukuksal yeterliliğe sahip olup, olmaması sorunudur.⁵

4) Kukulis,, s. 78.

5) Karikopulu, Hr.: *To diethnes kathestos tu İkumeniku Patriarhiu (Evrensel Patrikhanenin Uluslararası Hukuk Boyutu)*, Grigori Yayınları, Atina 1979, s. 55 – 65.; Troyianu, S. N. – Leontaritu, V.: *Organosi ton Eklision ke diethnis shesis (Kilisenin Örgütlenişi ve Uluslararası İlişkiler)*, Ant. Sakkula Yayınları, Atina – Gümülline 1997, s. 51 – 53.; Kukulis, s. 79.

Diğer taraftan yine bir başka Yunanlı yazar Valaku – Theodorudi'nin ifadesiyle; “Küçük Asya felâketi, 1923 tarihli Lozan Andlaşması, Evrensel Patrikhanenin Küçük Asya'daki cemaatinin mübadeleye tabi tutulmasıyla birlikte, Patrikhanenin çırılçıplak kalması ve özellikle de dönemin Patriği Konstantinos'un mübadeleye tabi tutulmak suretiyle sınır dışı edilmesinin ardından Evrensel Patrikhanenin yerinin Türkiye'de güvencesiz olması nedenleriyle sorun boyut değiştirmiştir.”⁶

İşte biz de bu çalışmamızda Atina ve Bütün Yunanistan Başpiskoposu ile İstanbul Rum Başpiskoposu arasında yaşanan idari yetki krizinin (sorunun, mücadelenin) 2004 yılında Yunan basınındaki yankılarını, Yunanca metinleri Türkçe'ye tercüme ederek, ortaya çıkacak yorum ve sonuçları irdeleneceğiz.

A. Krizin Başlaması.

Kuzey Yunanistan'daki “Yeni Ülkeler” adıyla anılan bölgelere atanacak Metropolitler (Despotlar) konusunda, İstanbul Rum Başpiskoposu ile Yunanistan Kilisesi arasında yaşanan kriz (mücadele, sorun) konusunda 25 Nisan 2004'deki Yunan televizyonlarının, radyolarının ana haber bültenleri ile 26 Nisan 2004 tarihli Yunan yazılı basınında konumuzla ilgili haberlerde, Yunanistan Kilisesi Başpiskoposu Hristodulos'un “Yeni Ülkeler” olarak adlandırılan bölgelere atama yapılması amacıyla 26 Nisan 2004 tarihinde Kutsal Meclisi toplayacağı ve söz konusu toplantının Yunanistan Kilisesinin son 75 yıllık dönemdeki en önemli toplantı olacağı belirtilmektedir. Söz konusu haberlerde, Kutsal Meclis toplantısında, İstanbul Rum Başpiskoposu Vartholomeos (Bartholomeos) taraftarı üyeler ile Yunanistan Kilisesi Başpiskoposu Hristodulos taraftarı üyeler arasında ciddi tartışmaların yaşanması ihtimalinden bahsedilmektedir. Bu arada, Yanya ve Zakynthos Metropolitleri, İstanbul Rum Başpiskoposunun onayı alınmadan “Yeni Ülkelere” yapılacak olan atamaları kabul etmeyeceklerini açıklamış bulunmaktadır.

Diğer taraftan Başpiskopos Vartholomeos, Yunanistan Kilise-

6) Valaku – Theodorudi, M.: *Politikes ke sintagmatikes ptihes tu kathestotos ton Neon Horon (Yeni Ülkeler Statüsünün Siyasi ve Anayasal Boyutları)*, Epektasi Yayınları, Katerini 2003. s. 33.

sinin yapacağı emrivaki atamaları kabul etmeyeceğini, hatta Atina ve Bütün Yunanistan Kilisesinin başı olan Başpiskopos Hristodulos ile her türlü dini ve idari ilişkiyi koparacağını yazılı olarak bildirdiği ve bu konuda İstanbul'daki Yunanistan Başkonsolesuna da bilgi verdiği, yazılı ve sözlü basında yer almaktadır.

Konuya ilişkin olarak, *28 Nisan 2004 tarihli Rodos'ta yayınlanan Proodos Gazetesinde*,⁷ "Hristodulos ile Vartholomeos Arasında Savaş İlan Edildi, Patrikhanenin Tehditleri" başlığını taşıyan metnin Türkçe'ye çevirisi aşağıdaki gibidir:

"Yunanistan Başpiskoposu Hristodulos'un, Kuzey Yunanistan'da yer alan ve 'Yeni Ülkeler' olarak anılan yerlere dört yeni Metropolit atanması ile ilgili kararı, Yunanistan Kilisesi ile Evrensel Patrikhane ilişkilerini çok gergin bir noktaya getirmiştir. Patrikhane Kutsal Meclisi Sekreterliğine bu konuda henüz herhangi bir resmi bilgi ulaşmamıştır. Ancak yukarıda sözü edilen son atamalar ve Patrikhanenin 01.12.2003, 30.03.2004, 20.04.2004 ve 25.04.2004 tarihli mektuplarına şimdiye kadar cevap alamaması, iki taraf arasındaki gerginliği iyice tırmandırmıştır. Fener Patrikhanesindeki çevreler, 'Yeni Ülkeler' diye adlandırılan Metropolitliklere yapılan atamalarda izlenilmesi gereken usulün izlenilmediğini ve olayların, iki Kilise arasında baş gösteren krizin giderilmesi için gayret gösterdiğini söyleyen Yunanistan Başpiskoposunun 'düşüncesiz bir güç gösterisine' dönuştüğünü ifade etmektedirler. Fener Patrikhanesindeki çevreler ayrıca, iki taraf arasında krizin meydana gelmesinde haberleri saptırarak veren Atina basınının da payı bulunduğunu üzüntü ile belirtmektedirler.

"Öteden beri süregelen krizi ve son gelişmeleri değerlendirmek üzere Fener Patrikhanesi Cuma günü, 30 Nisan 2004 tarihinde İstanbul'da geniş kapsamlı bir Kutsal Meclis toplantısı düzenleyecektir. Bu toplantıya Menteşe adaları, Girit, Avrupa, Kore ve Amerika'daki Başpiskopos ve Metropolitler de davet edilmişlerdir."

7) *Proodos Gazetesi*, Rodos'ta Yunanca olarak yayınlanan sol ve PASOK yanlısı günlük, 3.500 tirajlı yerel bir gazetedir.

27 Nisan 2004 tarihli Eleftherotipia Gazetesinin⁸: “Üzücü ve Din Adamlarına Yakışmayan Olaylar” başlıklı yazısında Atina Başpiskoposluğu Kutsal Meclisindeki bölünmüşlük ve gruplaşmalar hakkındaki düşünceler aşağıdaki gibi anlatılmaktadır:

“Atina ve Bütün Yunanistan Başpiskoposluğu Kutsal Meclisinin tayinleri için yaptığı dünkü toplantıda yaşanan olaylar, Yunan Kilisesini onurlandırmıyor. Bu olayların başlıca sorumlusu da Başpiskopostur. Hristodulos, Meclisi bölmeyi başardı; Kutsal Meclise katılan Metropolitlerin bir bölümü Evrensel Patrik Vartolomeos’tan yana tavır takınırlarken, diğer bir kısım da Başpiskopos Hristodulos’un yanında yer aldı. Metropolitlerin tayin edilme biçimini Kiliseye karşı darbe sayanların, tayinlere karşı gelmeleri ve bu arada Fener Patrikhanesinin genişletilmiş Kutsal Meclis toplantısı yapma kararı alması, Patrik ile Atina Başpiskoposu arasındaki sürtüşmelerin artmasına neden oldu. Çoğu Metropolitin karşı gelmesine rağmen, Atina Başpiskoposu yine sınır tanımayan hırsı -Atina Başpiskoposu hırsının sınırsız olduğunu çok kez göstermiştir- ile yetkisi dışındaki siyasi ve dini konulara karışarak, aşırı davranışlarda bulundu. Kimlik cüzdanlarındaki din hanesinin yer alması önerisi ile devlet işlerine karışmaya yeltenerek kurum, kanun ve Anayasayı tanımadığını gösterdi. Siyasi destek kazanabilmek için parti lideri rolüne bile büründü. Yeni Demokrasi Partisi’ne⁹ (YDP) oy kazandırmak amacıyla kimliklerde din hanesinin yer alıp almaması konusunda Kilisenin referandum önerisinin altına imza atarak, Atina Başpiskoposunun bu şekilde hareket etmesine olanak tanımış oldu. Böylesine bir destek aldıktan sonra, Hristodulos öyle bir havalara girdi ki, kimlik cüzdanlarındaki din hanesinin boş bırakılması konusu ile ortalığı karıştırdıktan sonra şimdi de Yunanistan Kilisesi ile Evrensel Patrikhane arasındaki ilişkilerde kriz yaratmaya çalışıyor. Dünkü toplantıya 71 Metropolitin katılması, 5 Metropolitin katılmayı reddetmesi ve toplantıya katılanların tayinler için yapılan oylamada ikiye bölünmeleri Kilise içindeki gergin ortamı

8) Eleftherotipia Gazetesi: Atina’da Yunanca olarak yayınlanan sol eğilimli bir gazetedir.

9) Yeni Demokrasi Partisi (YDP) 7 Mart 2004 tarihinde yapılan genel seçimleri kazanan ve bugün (2005) iktidarda olan parti.

yansıtmaktadır. Oylama sırasında 35 Metropolit tayinlere ‘evet’, 23’ü ‘hayır’, 8’i çekimser oy kullandı, 5 Metropolit de görüş ileri sürmek istemedi. Dedeagaç Metropolit Anthimos’un Selânik Metropolit tayin edilmesi için yapılan oylamada ise ‘güç dengesi’ değişti, 66 Metropolitten 49’u olumlu oy kullandı. Bu garip ve çelişkili durum ve Metropolitlerin arenayı hatırlatan bir yöntemle konuşmaları, Hristodulos’un başını çektiği Yunan Kilisesi içinde kriz yaşandığını göstermektedir. Kilise içinde yaşanan bu olaylar kamuoyunda üzüntü yaratmaktadır. Bu arada devlet şu ya da bu tarafı tutarak bu krize karışmamalıdır. Böylece kriz, Kilise içinde kalacaktır.”

2 Mayıs 2004 tarihli Eleftherotipia Gazetesi’nde yer alan “Çarpışmalar ve İttifaklar” başlıklı başmakalenin çevirisi aynen aşağıdaki gibidir:

“Atina Başpiskoposu Hristodulos aleyhindeki yaptırım ve Hristodulos’un davranışını çok sert eleştirilerle nitelendiren Patrikhanedeki genişletilmiş Meclisin kararı, ciddi bir sorunu ortaya çıkarıyor. Din ile ilgili görüşleri ne olursa olsun, bu sorunun çözüme bağlanması halkı yakından ilgilendiriyor. Sorunun iki boyutu var: Biri, iki kilise arasındaki ilişkilerle, diğeri de kilise ile devlet arasındaki ilişkilerle ilgilidir. Kilise içindeki ilişki, hiyerarşik bir ilişkidir. Patrikhane Meclisi, Atina Başpiskoposunun tavrını Kilise kanunlarına aykırı bulduğuna karar verdi. Vatandaş, bu olayı tespit etmeye çalışıyor ve Atina Başpiskoposu, Kilise düzeyine göre, Patrikhaneye uyum sağlarsa acaba daha mı iyi olur? diye düşünüyor. İlginç olan, Kilise ile devlet arasındaki ilişkidir. Patrikhane Meclisi, hükümetten, Kuzey Yunanistan’daki Metropolitliklere Yunan Kilisesi tarafından yapılan tayinlerin devlet tarafından onaylanmamasını istedi. Başpiskopos, aleyhindeki yaptırımdan sonra, anayasaya uyum sağlamış olmasından söz etti. Bu durumda devlet ne yapmalı? Anayasal düzeyde, iki farklı görüş çarpışmaktadır: Atina Başpiskoposu, aleyhinde yaptırımı yol açan kanun anayasal düzeydedir ve birinci görüşe göre onaylanamaz, ikinci görüşe göre ise, onaylanabilir. Ancak, Atina Başpiskoposunun dediği gibi, anayasaya ve kanunlara uyum sağlamış olduğu yönündeki kendi görüşü asılsızdır. Çünkü anayasa, Patrikhanenin öne sürdüğü Kilise düzenine ve Kutsal Meclis kararına göre hareket edilmesini zorunlu kılmasa da, tam

olarak uygulanmasını engellemiyor.

“Sorunu aslında Hristodulos yarattı; kimlik cüzdanlarındaki din hanesinin boş bırakılması (dinin yazılıp, yazılmaması) konusunda devlet ile sürtüştü, Yeni Demokrasi Partisi (YDP) tarafından desteklenerek, anayasa aleyhinde tezler savundu; şimdi Patrik ile sürtüşüyor. Sürtüşmeye son verilmesi Hristodulos’un elinde; Kilisenin düzenine uyum sağlaması gerekir. Atina Başpiskoposu ısrar etmeye devam ederse, Patrik ile sürekli olarak yoğunlaşacak olan sürtüşmesinde YDP ona yardımcı olmamalı.”

B. Atamalar Konusunda Vartholomeos’un Tepkisi.

Yunanistan Kilisesi tarafından yapılan atamalarla ilgili olarak, İstanbul Rum Başpiskoposluğunun tepkileri, 28 Nisan 2004 tarihli Eleftheros Tipos Gazetesi’nde¹⁰ yer alan haberdeki gibidir:

“Yunanistan Kilisesi ile yaşanan krizi görüşmek üzere ‘Evrensel Patrik Vartholomeos önümüzdeki Cuma günü genişletilmiş Meclisi toplantıya çağırmıştır. İstanbul’dan alınan bilgilere göre Patrikhanenin düzenleyeceği genişletilmiş Meclis toplantısına Yunanistan’dan Girit ve Menteşe Adalarından Metropolitler ile Avrupa ve Amerika’dan Metropolitlerle birlikte, yeni Kore Metropolitinin de katılması öngörülmektedir.

“Yunanistan Kilisesi ile ‘Evrensel Patrikhane arasında başlatılan bu kutsal savaşta, ‘Evrensel Patrikhane’, Yunanistan Kilisesinin izlemiş olduğu yöntemi ‘gayri nizami’ olarak tanımlamakta, bu durumun krizin çözülmesine ve soruna bir çözüm bulunmasına katkıda bulunmayacağını, ayrıca, yapılan bu yeni Metropolit seçimlerinin hiç bir şekilde Patrikhane tarafından tanınmayacağını belirtmektedir.

“Patrikhane ile Yunanistan Kilisesi arasında devam eden bu kriz ortamında, Yunanistan Kilisesinin başı Hristodulos, bu sabahdan itibaren Atina Katedrali’nde yeni Metropolitlere taç giydirilmesi törenlerini başlatmıştır. Bugün Atina Katedrali’nde yapılacak olan ve Hristodulos’un yöneteceği ayin ile yeni Eleftheropo-

10) Eleftheros Tipos: Atina’da Yunanca olarak yayınlanan sağ eğilimli ve hükümet yanlısı bir gazetedir.

lis Metropolit Hrisostomos ve yarın Perşembe günü yapılacak olan ve yine Hristodulos'un bizzat yöneteceği ayin ile Kozan Metropolit Pavlos'un taç giyme törenleri düzenlenecektir.

“Bu seçimlerle ilgili olarak Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin yayınlanmasından sonra ise, yeni Metropolitlerin kendi bölge kiliselerindeki göreve başlama ayinleri düzenlenecektir.”

C. İstanbul Rum Başpiskoposunun Stratejik Hareketi.

Atina Başpiskoposu ile İstanbul Rum Başpiskoposu arasında “Yeni Ülkeler” olarak anılan bölgelerin Metropolitlerin tayinindeki idari yetki tartışması sırasında İstanbul Rum Başpiskoposu, Yunanca gazete metinlerinden anlaşıldığı üzere, Lozan Konferansında kabul edilen sözlü mutabakata aykırı olarak İstanbul Başpiskoposluğu Kutsal Meclisinin idari yetki alanına dahil olduğunu iddia ettiği, Türkiye dışında yaşayan Yunan ulusal bilincine sahip ve Türk uyruğunda olmayan 6 yabancı uyruklu Metropolit, İstanbul Başpiskoposluğunun Kutsal Meclisine (Sen Sinod’a) katılmaya davet etti, başka bir deyişle atadı. Bu durumu Yunanlılar ve basın: “Stratejik bir hareket ve Patrikhanenin statü değişikliği olarak” değerlendirdiler.

Bu konuda sadece Şubat - Mart 2004 Sayılı Diplomatia Dergisinde (HYPERLINK "<http://www.diplomatia.gr/main.php?issueID&articleID=142>" <http://www.diplomatia.gr/main.php?issueID&articleID=142>) Maria Antoniadu tarafından kaleme alınan “Vartholomeos’un Stratejik Hareketi: Fener’de Büyük Değişiklik, Patrikhane Düzeninde Rejim Değişikliği” başlıklı yazıyı seçtik ve Türkçe çevirisini aşağıya aynen aldık:

“Türkiye’nin, 1923 tarihli Lozan Barış Andlaşması’nda yer alan taleplerinden biri, Patrikhanenin ülke dışına taşınmasıydı. Türkler için Patrikhane ‘Megali İdea’nın mutemeti idi, bu nedenle de Türkiye’de kalmasını istemiyorlardı. Ancak, 24 Temmuz 1923’de Lozan Barış Andlaşması’nın imzalanmasıyla birlikte bu konu tamamen kapanmıştır. Aradan birkaç ay geçtikten sonra Türkiye, Patrikhanenin evrenselliğini (ekümenikliğini) zayıflatmak bakımından yeni bir siyasi taktik uygulayarak, 1923’de 1092 sayılı kararnameyi çıkardı. O yıllarda Türkiye, Patrikhane için birkaç yeni düzen saptamıştır. Buna göre; -Türkiye’ye ya-

bancı din adamlarının gelmesini ve Türk uyruklu din adamların İstanbul'dan çıkmasını yasakladı. Bugün bile, Türk uyruklu olmayan ve Patrikhanede görevli olan din adamları, oturma ve çalışma izinleri olmadığı için, her üç ayda bir Türkiye'den çıkıp, tekrar giriş yapmak zorunda kalıyorlar; çünkü, Türkiye'de turist olarak bulunuyorlar.- Türkiye, Patrik seçiminde aday listesi talep edip, listedeki bazı aday isimlerini iptal ediyordu.

“Ancak, Vartholomeos Patrik olmak için adaylığını koyduğu zaman, ilk kez listeden aday ismi çıkarılmadı.

“Yabancı din adamlarının Türkiye'ye gelmelerinin yasak olmasından dolayı, 1924 yılından sonra her Patriğin uyguladığı bir karar ile 12 üyeli Kutsal Meclise Türkiye'de görev yapan Metropolitlerin alınmasını zorunlu kıldı. Vartholomeos, birkaç gün önce tarihi bir karar alarak, mevcut uygulamayı Türkiye dışında yaşayan 6 Metropoliti Patrikhanenin Kutsal Meclisine katılmaya davet etti. Bu kararın alınması, 3 nedene dayanmaktadır:

“a- Komşuda gelişen siyasi koşullar, bu yönde kararların alınmasına ortam hazırlamaktadır. Türkiye'nin insan hakları ve din özgürlükleri konularında pek çok eleştiri aldığı bir dönemde, Vartholomeos, birkaç ay önce Başbakan Tayyip Erdoğan'a ilettiği talebiyle bu sorunu çözmüş oldu.

“b- Türk uyruklu Metropolitlerin çok yaşlı, birkaçının ölmüş ve bir Metropolitin de iki yıldır Amerikan hastanesinde yoğun bakımında olması, değişikliklerin yapılmasını gerekli kılmıştır.

“c- Türkiye dışında bulunan Metropolitler de Avustralya Başpiskoposu Stilianos örneğinde olduğu gibi, birkaç yıldan beri Kutsal Meclise katılmayı istemekteydiler. Vartholomeos bu koşullar altında, Küçük Asya Felâketi, Lozan Andlaşması, Türk ve Rum Ahalinin mübadelesi, İstanbul, Bozcaada ve Gökçeada Rum Azınlığının kovulmasından sonra ortaya çıkan bu durumu değiştirmek için karar aldı. Patrikhanenin söz konusu kararları almasında, gelen haberlere göre, Fener Patrikhanesindeki piskopos yardımcısı papaz, Konya Metropoliti Theoliptos birincil belirleyici rol oynamıştır.

“1 Mart 2004 tarihinde 12 üyeli Fener'deki Patrikhane Kutsal Meclisine katılacak olan 6 yabancı Metropolitin kimlikleri şöyledir:

“aa- Amerika’dan Dimitrios, bb- Thiatiron ve Büyük Britanya’dan Grigorios, cc- Girit’ten Thimotheos, dd- Rodos’tan Apostolos, ee- Bursa’dan Dionisios, ff- Nikea’dan İoannis.

“Patrikhanenin Kutsal Meclisine davet edilen eski Bursa Metropolitisi Dionisios daha önce Türk uyruklu idi ve Yeni Zellanda Metropolitiydi, yaşlı olmasına rağmen Kutsal Meclise katılmayı kabul etmiştir.

“Metropolit tercihleri: Kuzey ve Güney Amerika’daki toplam 12 Metropolit arasından, Vartholomeos, Amerika Başpiskoposunu yani sıralamada 1. sırada yer alanı seçti. Alanında seçilmiş ilâhiyatçı (din bilimci, theologos) ve Akademisyen olan Dimitrios Meclise katılımı ve katkılarıyla önemli ölçüde değişim girişimlerine destek vereceği tahmin edilmektedir.

“Patrik, Avrupa’daki 9 Piskopostan yine sıralamada 1. sırada yer alan Başpiskopos Thiatiron ve Büyük Britanya Başpiskoposu Grigorios’u seçti. Esasen bu Metropolitlikten ayrılarak, Avrupa’da diğer 8 Piskoposluk oluşmuştur.

“Girit, Patrikhanenin en önemli taşrasını (vilâyetini, bölgesini) teşkil etmektedir. Çünkü Fener, ihtiyacı olan onlarca din görevlisini Girit’ten karşılamaktadır. Bunlar da Avrupa’da, Amerika’da ve Avustralya’da görev yapmaktadır. Girit Yarı Bağımsız Kilisesinin Başpiskoposu Timotheos ilerlemiş yaşına rağmen, Rodos Metropolitisi Apostolos ile birlikte Kutsal Meclise katılmaya davet edildiler ve Patrikhanenin Yunanistan’daki bölgelerini (vilâyetlerini, taşralarını) temsil edeceklerdir. Kutsal Meclise, Nikea Metropolitisi İoannis’in katılmasının istenmesi ise, bir Yunan dostunun (filelinin) mükâfatlandırılması anlamına gelmektedir. Çünkü kendisi her zaman Ekümenik tahta sadıktı. İoannis, Bağımsız Finlandia Kilisesinin Başpiskoposuydu. Yunanca konuşan İoannis, Selânik’teki Aristotelio Üniversitesi’nden mezun olmuş ve Kilise’deki görevinden emekliliğe ayrılma zamanı geldiğinde, Vartholomeos’a, Patrikhanenin Kutsal Meclisine seçilmek ve burada görevlendirilmek istediğini bildirmiştir. Böylece, Skandinav kökenli olan İoannis, Nikea Metropolitisi ve şimdilerde de Kutsal Meclis üyesidir.

“Patrikhanede gerçekleşecek olan 12 üyeli yeni Kutsal Meclisin ilk toplantısında alacağı önemli kararların başında, 1912 yı-

İlinda Yunanistan topraklarına katılan ve ‘Yeni Ülkeler’ olarak anılan Makedonya ve Trakya Metropolitlerinin seçimi, Patrik Bartholomeos ile Atina ve Bütün Yunanistan Başpiskoposu Hristodulos arasındaki anlaşmazlıklar ve Yunanistan Kilisesinin, Selânik, Eleftherupoli ve Kozan Metropolitleri ile ilgili kararları yer alacaktır.

“Evrensel Patrikhane, 1928 tarihli Patriklik Senedinin (Fera-gatnamesinin) harfiyen uygulanmasını istemektedir. Bu Patriklik senedi ile Fener Patrikhanesi, ‘Yeni Ülkeler’ olarak bilinen bölge-deki kiliselerin yönetimini sadece geçici olarak Yunanistan Kili-sesine devretmiştir. Patrikhane bu bölgelerdeki kiliselere seçilecek olan Metropolitlerin listelerini daha önceden görüp, onayla-mak istemektedir. Bu hakkı da 1928 tarihli Patriklik Senedinden kaynaklanmaktadır. İşte Patrikhanede yeni oluşan ve genişletil-miş Kutsal Meclisin vereceği ilk ve en büyük kararlardan birisi de bu konudur.

“Çoğu kişiler, Vartholomeos’un hareketini, ‘Yeni Ülkeler’ ola-rak bilinen kiliselerin İstanbul’daki Fener Rum Kilisesinin (kendi yönetim) yetki alanına katmak olarak değerlendirdiler. Ancak, kilise çevrelerinin görüşüne göre, bu genişleme Patrikhanenin yenilenmesi ve değişmesi bakımından önem arz etmektedir. Vartholomeos’un ‘Yeni Ülkeler’ olarak bilinen kiliseleri, kendi ida-ri yetki alanına katıp, katamayacağını sadece kendisi bilmekte-dir. Ancak böyle bir durum (kendi idari yetki alanına dahil etme-si), büyük bir yıkım ve değişimi gerektirmektedir.”

D. İstanbul Rum Başpiskoposluğunun Kutsal Meclis Üyeleri.

İstanbul Başpiskoposluğunun Yunanlıların ve Rumların iddi-alarına göre, “Patrikhanenin” Kutsal Meclis üyelerinin kimler ol-ması gerekmektedir? Bugün kimler bu Kutsal Mecliste bulun-maktadır?

İstanbul Rum Başpiskoposluğunun Meclisinde Lozan Konfe-ransından sonra, Ortodoks Hristiyan Ahalinin (nüfusun) müba-dele ile Yunanistan’a gönderilmesinden sonra, sadece İstan-bul’da kalan Ortodoks Hristiyan Rumların Metropolitlerinin Mec-liste görev almaları gerekirdi. Oysa, cemaati mübadele ile Yuna-

nistan'a giden Metropolitler, Yunanlıların ve Rumların deyimiyle "Patrikhane Tahtında" koltuklarını bugün için dahi korumaktadırlar. Bu da bize, Efes, Ereğli, Cunda ve Konya Metropolitleri ve diğerleri gibi, mübadele ile cemaati gitmiş olan diğer Metropolitlerin de Patrikhanede koltuklarını koruyarak, cemaatlerine kavuşacakları günleri hayal edip, beklediklerini düşündürmektedir.

Bu konu ile ilgili olarak, 11 Ekim 2004 tarihli Eleftheros Tipos Gazetesi'nde; "Fener: Patrikhane Konseyi Toplanıyor." Başlıklı haberin Türkçe çevirisi aşağıdadır:

"Evrensel Patrikhane Konseyi bugün ve yarın 'Konseye havale edilmiş konuları Evrensel Patrik Vartholomeos başkanlığında görüşmek ve onaylamak üzere' toplanıyor. Patrik Vartholomeos, Türkiye dışından tayin ettiği ve 1 Mart 2004 tarihinden bu yana Kutsal Meclis üyesi olan 5 Piskopos, Patrikhane Konseyinin yeni oluşumunda aynı şekilde yer alıyor. Yeni oluşumdaki tek değişiklik, istifa edip, çekilen Rodos Metropoliti Apostolos'un yerine 89 yaşındaki İstanköy Metropoliti Emilianos'un geçmesidir. Konseyde yer alan Türkiye dışındaki diğer Piskoposlar sırasıyla şunlardır: İznik Metropoliti İoannis (81), Girit Metropoliti Thimoteos (89) Bursa Metropoliti Dionisios (88), Amerika Metropoliti Dimitrios (76) ve İngiltere Başpiskoposu Grigorios (76).

"Türkiye içindeki Tarabya, Teodorupoli, Gökçeada ve Bozcaada, Adalar, Sivas ve vefat etmiş olan Çatalca ve Büyük Çekmece Metropolitlerinin yerine gelen piskoposlar da sırasıyla aşağıdakilerdir: Efes Metropoliti Hrisostomos (83), Ereğli Metropoliti Fotios (80), Mürefte Metropoliti İrineos (53), Demre Metropoliti Hrisostomos (58), Cunda Metropoliti Apostolos (52) ve Konya Metropoliti Theoliptos (47).

"Söz konusu bu oluşum merak uyandırıcı. Çünkü, Türkiye dışındaki Metropolitler yaşlarından ve sağlık durumlarından dolayı Patrikhanenin önemli toplantılarına katılabilmek için İstanbul'a seyahat etmekte çok güçlük çekiyorlar. Ayrıca, 2000 yılından sonra ilk defa Patrikhane Kutsal Meclisinin oluşumu tamamen değişti ve Eylül ayında da hiç toplanmadı."

Yukarıdaki metinden de anlaşıldığı gibi, İstanbul Başpiskoposluğunun Kutsal Meclisi, İstanbul'da bulunan, Tarabya, Büyük Çekmece, Gökçeada, Bozcaada, Adalar, Metropolitleri gibi, ce-

maati 1923 Lozan Barış Andlaşması gereği mübadeleye tabi tutulmuş; Konya, Efes, Ereğli, Cunda, İznik ve diğer Metropolitler ile Türkiye dışında bulunan ve Türk uyruğunda olmayan; Rodos, İstanköy, Girit, Amerika ve diğer Metropolitlerden oluşmaktadır.

Görüldüğü gibi, İstanbul Başpiskoposu fiili olarak bu Metropolitlikler üzerinde Lozan Konferansı'nda kabul edilen mutabakata aykırı olarak idari yetkisini kullanmaktadır. Oysa Yunanistan Lozan Andlaşması'ndaki kendi lehine hükümleri -örneğin 45. maddedeki "Müslüman" terimini- dar yorumlayarak Batı Trakya'da Türk yoktur. "Müslüman" vardır diyerek "Türk" adı ile daha önce mahkeme kararı ile kurulmuş bulunan sivil toplum örgütlerini bugün (2005) yine mahkeme kararı ile kapatmaktadır.

E. Krizin Sona Ermesi.

İstanbul Rum Başpiskoposu ile Atina ve Bütün Yunanistan Başpiskoposu arasındaki kriz, tam doruğa ulaştığı bir noktada, Yunanistan Milli Eğitim ve Din İşleri Bakanı Marietta Yannaku Kuçiku, İstanbul Rum Başpiskoposluğunu ziyaret ederek, iki Başpiskopos arasındaki "Yeni Ülkeler" bölgesindeki mevcut kilişelerin idari yetki krizinin sona ermesini sağladı.

Bu konu ile ilgili olarak 7 Mayıs 2004 tarihli Rodos'ta yayınlanan Proodos Gazetesi'nde¹¹ yer alan "Milli Eğitim Bakanı Patrik Vartholomeos İle Yaptığı Görüşmeden Sonra Patrikhanenin Koşullarını Hristodulos'a Götürüyor." başlıklı yazının çevirisi aşağıdaki gibidir:

"Milli Eğitim Bakanı Marietta Yannaku - Kuçiku İstanbul Patrikhanesi ile Yunanistan Kilisesi arasındaki krizi gidermek amacıyla İstanbul'a giderek Patrik Vartholomeos ile yaptığı görüşmeden çıktıktan sonra yaptığı açıklamada; 'İki Kilise arasındaki krizin giderilmesi konusunda iyimser olduğunu ve Patrik Vartholomeos'u ılımlı bir tutum içinde gördüğünü' söylemiştir.

"Bir gazetecinin 'kriz gideriliyor diyebilir miyiz?' biçimindeki sorusuna cevap olarak, 'buna şimdilik cevap vermenin mümkün

11) Proodos Gazetesi, Rodos'ta Yunanca olarak yayınlanan sol ve PASOK yanlısı, günlük 3.500 tirajlı yerel bir gazetedir.

olmadığını, Patrikhanenin ileri sürdüğü bazı koşulları Yunanistan Başpiskoposu Hristodulos'a götürceğini, 'Hristodulos'un da görüşü alındıktan sonra bunun ancak mümkün olabileceğini' söylemiştir.”

Yine bu konuya ilişkin olarak, Rodos'ta yayınlanan 7 Mayıs 2004 tarihli Rodiaki Gazetesinin¹² başlığı: “Patriğin Dün Milli Eğitim Bakanı Marietta Yannaku Kuçiku İle Bir Araya Gelmesinden Sonra İki Kilisenin Arasının Düzelmeye Mümkündür.” şeklindedir.

Daha sonraları İstanbul Rum Başpiskoposluğunda 4 Haziran 2004 tarihinde düzenlenen genişletilmiş Meclis toplantısında, Hristodulos'a verilen cezanın kaldırılmış olmasıyla birlikte, İstanbul Rum Başpiskoposluğun onayı alınmadan “Yeni Ülkeler” Metropolitliklerine Yunanistan Kilisesi tarafından tek taraflı olarak, atanmaları gerçekleşen Selânik, Eleftherupoli ve Kozan'ın yeni Metropolitleri ile ilgili de kararlar alınmış bulunmaktadır. Buna göre, alınan karar gereğince söz konusu Metropolitlerin atanmışlıklarının İstanbul Rum Başpiskoposluğunca kabul edilebilmesi aşağıdaki koşullara bağlanmış bulunmaktadır:

- a- Metropolitlerin seçimleri ile ilgili buyrultu (listelerin) örneklerini “Fener Rum Patrikhanesine” gönderilmesi,
- b- İstanbul Rum Başpiskoposluğuna Yunanlıların deyimi ile “Fener Rum Patrikhanesine” ve imtiyazlarına karşı bağlılıklarını belirtmeleri,
- c- Yazılı olarak İstanbul Rum Başpiskoposluğundan özür dilemeleri,
- d- İstanbul Rum Başpiskoposluğunu ziyaret edip, Vartholomeos'a olan saygılarını ifade etmeleri.

Alınan bu kararlar gereği olacak ki, genel olarak Yunan basınında; “Patrikhanenin kararlarından dolayı kaygı duyuluyor. Vartholomeos, Hristodulos'u cezalandırdı.” şeklinde başlıklar atılmıştır.

Yunanistan Milli Eğitim ve Din İşleri Bakanı Marietta Yannaku Kuçiku, söz konusu karardan “hükümet olarak memnuniyet

12) Rodiaki Gazetesi, Rodos'ta Yunanca yayınlanan sağ eğilimli, günlük 4.000 tirajlı yerel bir gazetedir.

duyduklarını” ancak “Yunanistan yasalarını uygulamaya kararlı olduklarını” da belirtmiştir. Basına yansıyan haberlere göre, bakanlık yetkililerinin “düşünceli ve kaygılı” oldukları gözlemlenirken, iki Kilise arasındaki sorunların gerçek anlamda henüz sona ermediği de ifade edilmektedir.

İstanbul Rum Başpiskoposu, almış olduğu son kararlarda, kendisini resmi olarak “Atina ve Bütün Yunanistan Başpiskoposu” olarak takdim eden, her türlü resmi yazışmasını aynı sığata haiz resmi evrakla yapan Atina ve Bütün Yunanistan Kilisesinin başı Hristodulos’u sadece “Atina Başpiskoposu” olarak tanımlamış olması, iki Kilisenin idari yetki alanları ile ilgili olarak gelecekte yeni sürtüşme ve mücadeleleri de beraberinde getirebileceği Yunan basınında değerlendirilmektedir.

Diğer taraftan yine bu konuda 10 Ağustos 2004 tarihli Eleftherotipia Gazetesi’nde “Kutsal Rahatlama, Vartholomeos ve Hristodulos Yemekte ve Panelde Beraberler” başlıklı haberin Türkçe’ye çevirisi aşağıdaki gibidir:

“Evrensel Patrik Vartholomeos ve Başpiskopos Hristodulos’un geçen sene Mayıs ayında Selânik’te gerçekleştirdikleri görüşme gergin bir temas olarak nitelendirilmişti. Ancak bugünden itibaren, Hristodulos ve Vartholomeos katılacakları çeşitli etkinliklerde uzun süre yan yana oturacaklar ve beraber yemek yiyecekler. Bu birliktelik havaalanında başlayacak. Öğle yemeğini ise Atina Başpiskoposluğunda yemeleri öngörülüyor. İki ruhani lider öğleden sonra, ‘Din, Barış ve Olimpiyat Fikri’ konulu panelle katılmak üzere Marussi Belediyesine gidecekler. Söz konusu dinler arası panelde, tek tanrılı (Hristiyan, Müslüman, Yahudi) dinlerin temsilcileri ile Budizm ve Hinduizmin temsilcileri yer alacaklar. Vartholomeos ve Hristodulos arasındaki ilişkinin seyri hükümet müdahale edince mecburen değişti. İki Ortodoks din adamı, karşılaştıkları yoğun baskılardan dolayı, ilişkilerindeki gerginliği hafifletmek zorunda kaldılar. Bu çerçevede, Vartholomeos ve Hristodulos’un İstanbul’da yapacakları ortak ayinin tarihini açıklamaları da bekleniyor.”

Yunan basınının genelinden anlaşıldığı ve görüldüğü üzere, İstanbul Rum Başpiskoposu ile Yunanistan Kilisesi arasında yaşanan mücadele neticesinde, esas itibarıyla Rum ve Yunan Or-

todoks Kiliseleri tarafından “eşitler arasında birinci” olarak kabul edilen İstanbul Rum Başpiskoposu tarafından, Yunanistan Kilisesinin başı olan Başpiskopos Hristodulos’a verilen “her türlü dini ve idari ilişkiyi kesme cezası”, 4 Haziran 2004 tarihinde İstanbul Rum Başpiskoposluğunda yapılan genişletilmiş Kutsal Meclis toplantısıyla kaldırıldı. Bu toplantıda alınmış olan karar, Yunanistan Kilise çevreleri ile Yunanistan dışındaki Ortodoks Hristiyanlarca da memnuniyetle karşılandığı ifade edilmektedir.

Sonuç olarak, yukarıda ifade edilen olumlu veya olumsuz her şeye rağmen Temmuz 2003 tarihinden beri devam eden mücadelenin sona ermiş olması, Yunan basını tarafından Ortodoks Hristiyan dünyasına yeniden dinamizm getirecek biçimde yorumlandığı gözlemlenmektedir.

E. Moskova Patriği.

İstanbul Rum Başpiskoposu ile Atina ve Bütün Yunanistan Başpiskoposu arasında “Yeni Ülkeler”e atanan Metropolitlerle ilgili olarak yaşanan kriz sırasında Moskova Patriği Aleksios’un da olaya müdahil olduğuna dair haberler Yunan basınında yer aldı.

12 Mayıs 2004 tarihli Eleftherotipia Gazetesin’ndeki konuyla ilgili “Moskova Patriği Aleksios Hristodulos’tan Yana” başlıklı yazı şöyledir:

“Geçen Cuma günü Yunanistan Kilisesine, biri Moskova Patriği imzalı, diğeri de Rusya’daki Moskova Patriği’nden sonra dini anlamda ikinci sırada yer alan Smolensk Metropoliti Kirillos imzalı iki mektup geldi. Yunanistan Kilisesi’nin başı Hristodulos’un taç giyme töreninin altıncı yıldönümü vesilesiyle gönderilen kutlama mektuplarında, Moskova Patriği, diğerleriyle birlikte Hristodulos’un Rus Ortodoks cemaati tarafından örnek bir din adamı olarak kabul edildiğini ve çağın en önemli din adamlarından biri olduğunu belirtmektedir.”

Öte yandan Yunanistan Kilisesi tarafından hazırlanmış olan Kilise Haberleri Ajansı’nın internet (www.rnn.gr) sayfasında yer alan bir haberde ise, İstanbul Rum Başpiskoposunun Yunanistan Kilisesinin başını cezalandırmak amacıyla toplanacağını belirttiği geniş katılımlı Ortodoks toplantısına, Moskova Patriğinin katılmayacağı belirtilmektedir.

Estonya ve Ukrayna'daki kiliseler konusunda geçmişte İstanbul Rum Başpiskoposu ile sürtüşmelere girmiş olan Moskova Patriği, Ortodoks dünyası içerisinde birincil konuma gelmek için çaba harcamaktadır. Moskova Patrikhanesinin internet web sayfasında (www.mospat.ru) Fener Patrikhanesi ile olan sürtüşmelerinin geçmişi ile ilgili olarak geniş bilgi bulunmaktadır.

F. Vartholomeos Kime Hizmet Etmektedir?

Türkiye'de bazı çevreler, İstanbul Rum Başpiskoposunun "Patrik, Evrensel Patrik" sıfatı çerçevesinde bir Türk kurumu olarak, Türkiye'nin menfaatleri doğrultusunda bu sıfatı yurt dışında kullanılabileceği görüşünü iddia edip, savunmaktadırlar. Oysa İstanbul Rum Başpiskoposluğunun Yunanlıların deyimi ile "Evrensel Patrikhanenin", duygusal, kültürel, ekonomik, siyasi, idari ve hukuki bakımlardan en sıkı ilişkide bulunduğu, Yunanistan devletidir. Türkiye ile bu tür sıkı ilişkiye girememesinin nedenlerinin başında, Rum Ortodoks Kilisesinin tarihi, kültürel, siyasi, duygusal ve gelecekle ilgili emelleri engel teşkil etmektedir.

Yunanistan bakımından ise İstanbul Rum Başpiskoposluğu, siyasi ve tarihi bir önem arz etmektedir.

Konuya ilişkin, 18 Mayıs 2004 tarihli Apogevmatini Gazetesi'nde¹³ yayınlanan "Gökçeada Bitmedi, Gökçeada Ölmedi" başlıklı yazı aynen şöyledir:

"Evrensel Patrik Vartholomeos 300'den az nüfusu olan doğum yeri Gökçeada'ya teselli mahiyetinde bir gezi düzenledi. Tüm zorluklara rağmen, Zapyon Rum Lisesi öğrencilerinin de gezideki varlıkları sayesinde coşkulu bir ümit vardı. Patrik, Gökçeada Gençlik Kültür Derneği'nde konuşurken, bu zorluklara işaret etti ve çağdaş dünya mesajlarının altını çizdi.

"Geçmiş yıllardan daha sık olarak evlerini tamir amacıyla Yunanistan'dan dahi gelen Gökçeadalılara hitap etti. Patriğin vurgulamasına göre, bu faaliyetler Türk-Yunan ilişkilerinin gelişmesi ve Türkiye'nin Avrupa'ya yönelmesi sayesinde olmaktadır.

13) Apogevmatini Gazetesi, Atina'da Yunanca olarak yayınlanan sağ eğilimli ve Yeni Demokrasi (N.D.) hükümet yanlısı bir gazetedir.

Patrik konuşmasında ‘bütün bunlar, bize iyimserlik mesajları veriyor, bizlerin her zaman düşündüklerimizi artık daha fazla düşündürüyor. Ancak şimdi daha güçlü bir şekilde Gökçeada’nın bitmediğine, Gökçeada’nın ölmediğine ve Gökçeada’yı hafızalardan silmememiz gerektiğine inanıyoruz’ dedi ve göz yaşların akmasına neden oldu. Patrik konuşmasının devamında, ‘... belki bizlerden bazılarımız Gökçeada’nın bittiğine ve onu hafızalarımızdan, kalbimizden ve haritadan silmemiz gerektiğine inandık. Tüm bunlar geçmişte kaldı. Şimdi artık adamızın geleceğine iyimserlikle bakıyoruz...’ dedi. Patrik ayrıca, adada kalan Rum çocuklar için en azından bir okulun açılmasını istedi. Birçoklarının hayalinde olan Gökçeada’nın, Limni Adası ile deniz yoluyla bağlantısının sağlanmasının gerçekleştirilmesinin çok yakın olduğu değerlendirmesini yaptı. Konuşmasına ‘Gökçeada ile ilgili ne yaparsak yapalım azdır, ona her şey lâıktır.’ şeklinde devam eden Patrik, Amerika eski Başpiskoposu Yakovas’un selâmlarını ileterek konuşmasını tamamladı. Söz konusu etkinlikte Yunanistan’ın İstanbul Başkonsolosu Aleksandros Aleksandris de bulunmuş olup, geziye yakın ilgi ve desteğini eksik etmemiştir. Ayrıca, Gökçeada ve Bozcaada Metropolitisi Kirillos da geziye katıldı.

“Ancak, Patriğin adaya düzenlediği özel ziyareti sırasında acı bir olay da yaşandı. Gökçeadalı bir çoban olan Spiridon Thomas tarlasında ölü olarak bulundu. Adı geçen ölüm nedenlerini resmi makamlar araştırmakta olup, Patrik Vartholomeos merhum adına bir ayin de düzenledi. Patrik Vartholomeos, bugün İstanbul’a dönecek olup, burada Romanya Patriği Theoktistos ile görüşecek ve birlikte Kapadokya’yı ziyaret edecekler.”

Gümölcine’de yayınlanan, 19 Temmuz 2004 tarihli Hronos Gazetesi’nin yorumlar sütunundaki yazının Türkçe’ye çevirisi aşağıdaki gibidir:

“Edindiğimiz bilgilere göre, Patrik Vartholomeos, İstanbul’a da uğrayan Olimpiyat meşalesinin Patrikhanenin önünden geçmesini arzu etmiş, ancak, Türkler buna izin vermemişler! Gelin görün ki, bizim Devletimiz, Türklerin her yıl 19 Mayıs tarihinde Atatürk’ün Selanik’teki evinden toprak alarak, Helenlerin katledilmesinin kutlanması için ‘Pontus’a götürmelerine en ufak bir ses çıkartmıyor... Elbette (Batı) Trakya ‘Müslüman’ azınlığı ileri

gelenleri de bütün fanatiklikleriyle bu etkinliklere katılıyor ve bu toprağı büyük bir özenle İpsala sınırına kadar götürüyorlar.”

19 Eylül 2004 tarihli To Vima Gazetesinin Vimagazino ekinde, “Patrik Vartholomeos ve Fener” başlıklı, Sofia Yanaka imzalı inceleme yazının Türkçe’ye çevirisi aşağıdaki gibidir:

“Bozkurtlar, Fener Patrikhanesi önünde Patriği temsil eden bir kuklayı yakmadan birkaç gün önce Vartholomeos bizlere Fener Patrikhanesinin kapılarını açmıştı. Fener Patrikhanesini, kimlerin ekonomik açıdan desteklediklerini, Patriğin çevresinde kimlerin bulunduğunu, Vartholomeos’un Hristodulos’a neden antipati duyduğunu ve Bizans’ın parlak tarihinden geriye ne kaldığını bu yazıyla anlatmaya çalışacağız.

“Patrik Vartholomeos ve Patrikhane kurum olarak yok olmakla tehdit ediliyor mu? Geçenlerde yaşanan iki olay bu soruya cevap bulunması gerektiğini gösteriyor. İlk olay, Bozkurtların Fener Patrikhanesi dışında yaptıkları gösteridir. Bozkurtlar Fener Patrikhanesinin biraz ötesinde de Vartholomeos’un temsili kuklasını yakarlarken tehditkar sloganlar atmışlardı. İkinci olay, Başpiskopos Hristodulos ile Vartholomeos arasındaki ilişkilerde var olan gerginliktir.

“Patrik, kendisini benimsemeyenler hakkında isim vermeden konuşuyor, ancak bu arada gelecek için kaygılı olduğundan, Yunanlılardan Patrikhanenin tarihini öğrenmelerini istiyor. 64 yaşında, orta boylu olan Vartholomeos, Hristodulos’un aksine kendi reklamını yapma meraklısı değildir. Bu nedenle çevresinde bu konuda danışacağı danışmanları yoktur. Vartholomeos nadiren gazetecilerle görüşüyor. Dünya çapında tanınan biri olan Patrik, aynı zamanda asıl güce sahip olduğundan ünlü liderlerle de temaslarda bulunuyor.

“Vartholomeos geçenlerde baskı uygulayarak görüşlerini Hristodulos’a kabul ettirmek istedi (Selânik Metropolitinin seçimi konusunda). Neden böyle davrandı? Acaba koltuğunun tehlikede olduğunu mu düşünüyor? Acaba onu rahatsız eden Hristodulos’un milliyetçi çılgınlıkları mı? Bilinmiyor. Patrik neler düşündüğünü söylemiyor.

“... Türkiye, Patrikhaneyi, ‘tüzel kişi’ olarak tanımıyor. Yabancı devletler ile temaslarında Patrikhane sivil toplum kuruluşu ka-

tegorisinde bir kurum olarak tanımlanıyor.

“İstanbul’un 15. yüzyılda fethinden sonra Patrikhanenin de şanı son buldu. Her şeye rağmen, Türkler Ortodoksluğa saygı göstererek, Patrikhane ve Patriğe imtiyazlar tanıdılar. Türkler Patriğin bir milletin lideri olduğunu kabul ediyorlardı ve bu yüzden kendisine bir dizi imtiyazlar tanımışlardı.

“1923’te İzmir felâketinin ardından Lozan Andlaşması imzalanınca, Evrensel Patrikhane eski şanını yitirerek, ‘dini dernek’ olarak tanımlandı ve imtiyazları iptal edildi. Patrikhanenin Türk devleti ile temasları vali düzeyine indirildi. Mübadele ile Patrikhanenin mürit sayısı büyük ölçüde azaldı.

“Neden Başvuru Yapıldı?

Yunanistan’daki Metropolitlerden 35’i Patrikhanenin yetkisi altındadır. 1928 yılında yapılan Kiliseler arası Anlaşma bunu öngörüyor. Ancak, söz konusu Metropolitler Yunan Kilisesinin denetimi altında tutuluyor. Bu kiliselerin iki taraftan yönetilmesi sürüşmelerin yaşanmasına yol açtı. Bu kiliselerden üçünde Metropolitlerin seçiminde Patrikhane 1928 Patriklik Senedine göre hareket edilmesini istedi. Patrikhane yıllardan sonra ilk kez böyle bir talepte bulunmuştu.

“Başpiskopos Hristodulos, Vartholomeos’un talebini geri çevirince, kriz patlak verdi. İki kilise arasında kriz o denli büyük boyutlara ulaştı ki, iplerin kopması aşamasına kadar gelindi.

“Sonunda, her iki taraf gerginliğin giderilmesi amacıyla geri adım atmaya razı oldu. Ancak, bazı çevrelere göre, Patrikhanenin yetkisi altında olan kiliselerden birinde yeni bir Metropolit seçimi gündeme gelirse, o zaman iki Kilise arasındaki ilişkilerde yeni bir kriz başlayacaktır.

“Kadıköy, Marmara Adaları, Gökçeada ve Bozcaada’daki kiliseler de Patrikhanenin (idari) yetkisindedir. Buna ilaveten, Men-teşe Adaları, Girit ve Aynaroz’daki kiliseler de Patrikhanenin (idari) yetkisi altındadır.

“Heybeliada Ruhban Okulu:

“... Patrik bu konuda şöyle diyor:

‘Bu okul bizim için, Patrikhaneden sonra en kutsal kurumdur. Bu okulun tekrar açılması bizim için onur meselesi değildir. Biz-

ler mutlaka sözümüzün geçtiğini göstermek için okulun açılmasını istiyor değiliz; bu okulun açılması lüks bir istek de değil, bir ihtiyaçtır.’

“Patrikhaneye Mali Açından Yardım Edenler:

“Yunan devleti, her yıl Patrikhaneye 12 milyon Avro (4 milyar drahmi civarında) yardım ayırıyor. Bu arada, Amerika’da yaşayan büyük servet sahibi Helenler de Patrikhaneye mali yardımda bulunmaktadır. Ofikialon adlı dini derneğe üye olan zengin işadamları da Patrikhaneye maddi ve manevi açıdan destek veriyor. Bu derneğin başında Ioannis Papamihalakis bulunuyor. Bu dernek Bizans döneminden bu yana faaliyette bulunmaktadır ve üyeleri her zaman mevki sahibi insanlar olmuşlardır. Bu derneğin en ünlü üyeleri, Angelopulos ailesi, Sokratis Kokkalis, Dimitris Kondominas, armatörler Lemos ve Pateras ile birçok hakim ve profesörlerdir.”

12 Ekim 2004 tarihli To Vima Gazetesi’nde¹⁴ “Evrensel Patrik’ten Demis’e Temenni ve Tebrikler” başlıklı V. Sambrakos imzalı haberin Türkçe’ye özet çevirisi aşağıdaki gibidir:

“Evrensel Patrik Vartholomeos, Fener Rum Ortodoks Patrikhanesindeki Ayios Yeorgios Kilisesinde alışlagelmiş cemaatiyla, yani İstanbul’da kalmış birkaç Rum ile değil, kendisini bekleyen AEK futbolcularıyla da bir araya geldi. AEK¹⁵ takımının antrenörü ve başkanı olan Demis Nikolayidis, Vartholomeos’un temennisini ilk alan kişi oldu. Kilisede, sevdikleri takımın Patrikhaneyi ziyaretinde yalnız bırakmayan ve oralara kadar gelmiş olan 300 civarında AEK taraftarı da vardı.

“Söz konusu ziyaret, Athlitiki Enosi Konstantinopoleos’un (İstanbul Spor Birliği) baş harflerinden oluşan AEK takımının 80. kuruluş yıldönümü için düzenlenen etkinliklerden birincisiydi.

“Patrik, AEK heyetine üç sayfalık bir karşılama konuşması yaptı. Vartholomeos; ‘AEK bir ülküdür ve bu ülkü hiçbir zaman kaybolmayacaktır. Bir ülküdür ve ülküler yaşar, ilham verir, heyecanlandırır. 80 yıl geriye seyahat edersek başarılı olan İstanbul

14) To Vima Gazetesi, Atina’da Yunanca olarak yayınlanan sol eğilimli ve PASOK yanlısı bir gazetedir.

15) Yunanistan birinci futbol liginde mücadele eden ve “İstanbullular Spor Birliği (Athlitiki Enosi Konstanipoleos) nin” baş harflerinden adını alan bir kulüptür.

Rumlarını buluruz. AEK bu hatırayı aklımıza getiriyor. Çok şeyler geçirdik, fakat dayanıyoruz ve çabalamaya devam ediyoruz' dedi.

"Daha sonra Vartholomeos, doğum günü hediyesi olarak AEK'e üzerinde çift başlı Bizans kartalı bulunan gümüşten bir tepsi hediye etti. Vartholomeos; 'Bu Bizans'ın sembolü olan ve Poli'mizin (İstanbul) ismini onurlandıran AEK'mizin amblemidir' dedi. AEK Başkanı Nikolaidis Patrik'e bir flama ve üzerinde 'İstanbul'a dönüş' yazan beyaz altın kaplama gümüş tepsi armağan etti. AEK Başkanı Nikolayidis çeşitli Türk kanallarına açıklamalarda bulundu ve CNN-Türk'e röportaj verdi. Gazetecilerden biri şunları söyledi: 'AEK'in Türkiye'de 60 milyon taraftarı var, çünkü herkes bu takımı destekliyor.'"

12 Ekim 2004 tarihli Eleftheros Tipos Gazetesinde: "Gurbetçiler: Vartholomeos'un Rahatsızlığı Haksızlıktır" başlıklı haberin Türkçe'ye çevirisi aşağıdaki gibidir:

"Şikago'da faaliyet gösteren Amerikan - Rum Milli Konseyi üyeleri Evrensel Patrik Vartholomeos'un Kuzey ve Güney Amerika Başpiskoposu Dimitrios'a karşı kullandığı 'rahatsızlık' ifadesini haksızlık olarak nitelendiriyorlar.

"Yerel 'Ethnikos Kiriks' Gazetesinin yazdığına göre, sorun (ABD)Başpiskoposun çeşitli toplantılarda genelde Yunanca yerine İngilizce de konuşmasıdır. Ancak bilindiği üzere, günümüzde ABD'de yaşayan Rumlardan çok azı Yunanca konuşabilmektedir. ABD'de yaşayan soydaşlarımıza göre uğradıkları haksızlık, Yunan dilinde eğitim veren cemaat okullarının 1922 yılından beri (ABD'deki) Başpiskoposluğa, onun da buna paralel olarak Patrikhaneye bağlı olmasıdır."

9 Kasım 2004 tarihli Eleftherotipia Gazetesi'nde: "Vartholomeos: Bizi Kınayanlar, Az Da Olsa Gelip Burada Yaşasınlar" başlıklı ve yine bir İstanbul Rum'u olan S. Soltaridis imzalı haberin Türkçe çevirisi şu şekildedir:

"Patrik Vartholomeos, kendisini Fener Rum Patrikhanesi'nde ziyaret eden Gümölcine Elektrik Kurumu Kültür Derneği üyelerine 'Fener Rum Patrikhanesi, dünyanın neresinde olursa olsun Helen ırkından (soyundan) gurur duymaktadır' dedi.

"Evrensel Patrikhanenin siyaseti hakkında konuşan Patrik;

‘Patrikhane politikası halkların barış içinde bir arada varolmaları amacıyla, karşılıklı saygıyı, diyalogu, yaratıcı işbirliğini ve dostluğu geliştirmekte’ diyerek Patrikhanenin ‘analık içgüdülerini korumaya devam ettiğini ve herkesi sevdiğini’ sözlerine ekledi.

“Polis grubuyla Patrikhaneyi ziyaret eden Drama İli Polisler Birliği Başkanı Stergios Çukas İstanbul’dan ‘manevi vatanları’ olarak bahsetti. Patrik Vartholomeos, ‘Rumluk’ ve ‘Rum’ terimlerini kullandığı için Patrikhaneyi kınayanları suçlayarak, ‘Bu insanlar tam bilgi sahibi değiller. Evrensel Patrikhane büyük ve şerefli bir tarihin devamıdır’ dedi. Patrik, yakın zaman önce Patrikhane önünde yaşanan olaylara ve ‘Bozkurtların’ gösterilerine değinerek şunları söyledi: ‘Korkmuyoruz soyumuzun ve ırkımızın kaderinin yolunda ilerlemeye devam ediyoruz.’

“Vartholomeos, Heybeliada Ruhban Okulu’nun tekrar açılması, Kilisenin ve soydaşların mal varlıkları ile ilgili olarak adaletin yerini bulacağı konusuna iyimser baktığını vurguladı ve Türkiye’yle ilgili Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinde halen askıda olan davalar bulunduğunu iddia etti.

“Patrik Vartholomeos, Evrensel Patrikhanenin siyasetini ve tutumunu eleştirenlere şu mesajı gönderdi: ‘Bizi eleştirenlere, hakkımızda kötü eleştiride bulunanlara cevabımız: Buraya gelsinler. Buradan eleştiriler, kötü yorumlar yapsınlar. Eğer istiyorlarsa, yer değiştirelim. Gelsinler, biraz burada yaşasınlar. Biz oraya gidelim, onlar buraya gelsin. Ve birkaç ay sonra tekrar görüşelim.’

Yine 9 Kasım 2004 tarihli To Vima Gazetesinde: “Büyükada Yetimhanesi Olayı Korku Filmidir” başlıklı haber – yorumun Türkçe çevirisi şöyledir:

“Büyükada Rum Yetimhanesinin kaderi ile ilgili bilgilerin çelişkili olduğu görülüyor. Yetimhane sahibinin Vakıflar Genel Müdürlüğü olduğu yolunda İstanbul Mahkemesinin karar alması üzerine, Evrensel Patrikhane bu kararın bozulması amacıyla Yargıtay’a başvurmuştu. 26 Ekim 2000’de dava görülmesine rağmen, mahkeme kararını resmen açıklamadı. Olayı yakından takip eden Yunan Dışişleri Bakanlığı, Patrikhanenin talebinin reddedildiğini düşünüyor, ancak nihai değerlendirmede bulunmak için kararın resmen açıklanmasını bekliyorlar. Bu noktada, Evrensel

Patrik Vartholomeos, geçmişte, Türk Yargıtay'ın Patrikhanenin talebini reddetmesi halinde, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine başvuracağı yolunda bir çok kez uyarıda bulunduğunu kaydetmek gerekir. Bu arada, talebin reddedildiği yolunda Atina'ya haberlerin geldiği sırada, edinilen bilgilere göre, Ankara Avrupalı yetkililere mahkemenin Yetimhane sahibinin Evrensel Patrikhane olduğu yolunda karar aldığını bildirdi.

“Yapılan değerlendirmelere göre, bu kararla Patrikhanenin tüzel kişiliğinin tanınması konusuna da dolaylı bir çözüm getiriliyor. Çünkü bu kararla Patrikhanenin servetini yönetmesi kolaylaşacağı gibi, 1920'li yıllarda Türkiye'de İsviçre Medeni Kanununun uygulanmasıyla meydana gelen bir dizi soruna çözüm bulunmasına da olanak tanıyacaktır.

“Evrensel Patrikhane, Yetimhanenin mülk sahibi olduğunu gösteren 1903 yılına ait tapuyu ve ilgili padişah fermanını elinde bulunduruyor. Oysa Vakıflar Genel Müdürlüğü mahkemede Patrikhanenin mülk sahibi olma olanağını tanımadığını söylüyor.

“AB Komisyonu tarafından 6 Ekim 2004'de yayımlanan Türkiye raporunda, Türk yönetiminin Patrikhanenin tüzel kişiliğini tanımayı reddettiği konusuna ve Yetimhane olayına değiniliyordu....”

Son olarak, yine belirtelim ki, Türkiye'ye gelen her Yunanlı genellikle İstanbul Başpiskoposluğunu ziyaret etmekte ve dini ayinlere katılmaktadır. Bu konuda, Selânik'te kain Yunanistan İşkadınları Birliği (S.E.G.E.), Yunanlı işkadınlarınca kurulan ülke genelindeki 40 firmanın temsilcilerinden oluşan heyeti 25 - 26 Nisan 2004 tarihlerinde İstanbul'a bir ziyaret düzenleyerek, Türk özel sektör firmalarıyla görüşecekleri, Yunanistan İşkadınları Birliği'nin söz konusu ziyareti Yunanistan'ın İstanbul Başkonsolosluğu ve İstanbul Ticaret Odası ile işbirliğinde düzenlemekte oldukları, heyetin 25 Nisan 2004 tarihinde “Evrensel Patrik” Vartholomeos tarafından Zoodohu Pigi Kilisesi'nde yönetilecek olan ayine katıldıktan sonra “Patrik” Vartholomeos'a ziyarette buluncakları ve heyetin İstanbul ziyaretlerinin Yunan ET-3 devlet televizyonu tarafından izleneceğini Yunan basınından öğrenmekteyiz.

G. Kilise Krizinin Diplomatik Kökleri.

23 Mayıs 2004 tarihli To Vima Gazetesinde: İstanbul Başpiskoposu Vartholomeosun öğrencilik yılları, deneyimleri ve bugün İstanbul Kilisesinde izlediği idari ve siyasi taktiklerle ilgili olarak, “Kilise Krizinin Diplomatik Kökleri” başlıklı yorum yazının Türkçe’ye çevirisi aşağıdaki gibidir:

“Her iki Kilisenin başı da son beş yıllık süre içerisinde karşılaşılan krizler içerisinde bugünkü krizin en sancılı ve en fazla ses getiren olduğunu ve belki gelecekte bunu büyük bir olasılıkla daha sancılı ve ciddi krizlerin takip edeceğini düşünüyorlar ve biliyorlar.

“Avrupa’daki jeostratejik ve siyasi değişimler, beraberinde Evrensel Patriğe ve Yunanistan Kilisesi Başpiskoposuna bir çok sıkıntılar doğurmaktadır.

“Patrik Vartholomeos, bütün faaliyetlerinin temel dayanağının Türkiye’nin AB’ne katılması yönünde olduğunu ispatlamıştır.

“Patrik Vartholomeos, Yunan, Amerikan ve Avrupa diplomasi-si için ‘ölü’ bir konu olan Heybeliada Ruhban Okulunun tekrar faaliyete geçmesini 90’lı yılların başında ‘diriltmeyi’ başarmıştır. Dost ve düşmanlardan yöneltilen çekince ve itirazlara rağmen Patrik Vartholomeos, Heybeliada Ruhban Okulunu bir insan hakları ve dini haklar sembolü haline getirmeyi başarmıştır. On yıllık yoğun bir mücadeleden sonra bugün Amerikalıların, Avrupalıların ve Yunanlıların okulun tekrar ‘diriltilmesine’ yardımcı olduklarını görüyoruz.

“Patrik Vartholomeos, Azis Georgios Kilisesindeki taç giyme yıldönümü töreninde yapmış olduğu konuşmasında, diğerleri ile birlikte Evrensel tahtın Yunanistan’ın ‘Yeni Ülkeler’ olarak anılan eyaletlerinden bahsetmiştir. Bu, ‘Yeni Ülkeler’deki 36 Metropolitin Evrensel Patrikhane için olan büyük öneminin göstergesidir. Eğer Amerika Başpiskoposluğu, Evrensel Patrikhanenin Beyaz Saray ve Dışişleri ile ilişkilerindeki ‘garantör rolünü’ oluşturuyorsa, ‘Yeni Ülkeler’ de, Heybeliada Ruhban Okulunun ve Patrikhanenin yurtdışındaki eyaletlerinin mensuplarının kaynağını oluşturabilir.

“Varolan bütün sorunlara ve gerilemelere rağmen, Patrik Vartholomeos en azından statükoyu ve Amerika Başpiskopos-

luğu ile Yunanistan'daki 36 Metropoliti korumaya kararlı görünmektedir.

“Patrik Vartholomeos 70’li ve 80’li yıllarda uzun süre Batı Avrupa’da yaşamış, orada eğitim görmüş ve bütün Hristiyan forumlarına katılmıştır. Orada geçirdiği yıllarda soğuk savaşı, bu savaşın Ortodoks kiliselerinin izledikleri politikaya etkilerini yakından yaşamıştır. ‘Konstantinopolis’ Kilisesinin başı, sosyalist ülkelerin artarda çöküşlerini ve kiliselerinin bağımsızlıklarını teminat altına almak için arka arkaya Patrikhaneye müracaat etmelerini yaşamıştır. Bu dönem, Patrik Vartholomeos’un eğitimi sürdürdüğü ‘en büyük okul’ dönemi olmuştur.

“Eğer Aralık ayında Türkiye, AB’ne katılım müzakerelerinin başlama tarihini alırsa, Patrik Vartholomeos artık Patrikhaneye herhangi birisinin Patrik seçilmesi için Türk vatandaşı olması koşulunun aranmayacağından daha emin olacaktır.

“Patrikhane ile ilgili bu gerçek, Yunanistan Kilisesinin siyasi öngörüsü dahilinde olduğu için, Hristodulos öncelikle Makedonya, Trakya, Epir ile Kuzey Ege Metropolitliklerini Yunanistan Bağımsız Kilisesine bağlamak istemektedir.

“Patrik, halka ve Kiliseye olan sevgisinden dolayı ne zaman geri adım atması gerektiğini bilen bir lider olduğunu göstermekte, ayrıca kendisine önümüzdeki dönemde gerekecek olan halk desteğini arttırmaya çalışmaktadır.

“‘Yeni Ülkeler’le ilgili olarak taleplerinin yerine getirilmekte olduğunu gören Vartholomeos, müritlerinin (inanmışlarının) büyük bir kısmını tatmin edememiştir. Patrik Vartholomeos, son olarak ‘Ayasofyanın Poli’sinden’¹⁶ çağdaş Yunanca ile yapmış olduğu konuşmasında Yunanlıların kalplerine hitap etmiş olmasına rağmen, Patrikhanedeki diğer büyük din adamlarının tutumlarının daha sert olduğu ortaya çıkmış ve bunun için halk onları dini alimler olarak kabul etmemiştir. Hatta çoğumuzun kökenlerinin Anadolu’dan olduğu halde bizler dahi bunu böyle görmekteyiz.”

16) Ayasofyanın İstanbul’undan.

H. Menteşe Adalarında Eski ve Yeni Metropolit Krizi.

Türkiye'yi ziyaret eden –resmi veya gayri resmi- her Yunanlı ve Rum genellikle İstanbul'u, İstanbul Rum Başpiskoposluğu ile Ortodoks Hristiyan Rum Kiliselerini ziyaret eder. Pekiyi Türkiye'den, Yunanistan'a giden –resmi veya gayri resmi- her Türk, genellikle Batı Trakya'yı, Selânik'teki Atatürk'ün evini, Batı Trakya Müslüman Türklerin kendilerinin seçtiği Müftüleri¹⁷ ve Yunanistan'daki Batı Trakya da dahil camileri ziyaret eder mi?

21 Nisan 2004 tarihli Rodos basınında (Rodiaki Gazetesi, Proodos Gazetesi, Dimokratiki Gazetesi) "Ege Bakanı İstanbul'da" başlıklı haber aynen şöyledir:

"Ege Bakanı Aristotelis Pavlidis, denizlerde çevre korunması ile ilgili Türk TURMEPA ve Yunan ELMEPA kuruluşlarının ortak toplantısına katılmak için İstanbul'da bulunmaktadır. Toplantıya Türk Hükümet üyelerinin yanı sıra denizcilikle uğraşan Türk ve Yunan işadamları da katılacaktır. Toplantı vesilesiyle Bakan Pavlidis, Avrupa Birliği INTERREG programı çerçevesinde Yunanistan'da yapılan uygulamaları anlatacaktır. Ege Bakanı Pavlidis ayrıca 'Evrensel Patrik Vartholomeos'u da ziyaret etmiş ve kendisiyle Menteşe Adası bölgesini ilgilendiren konuları görüşmüştür. Bilindiği gibi Menteşe Adaları Kilisesi doğrudan doğruya İstanbul Patrikhanesine bağlı bulunmaktadır."

Rodos'a yeni bir Metropolit atanması ile ortaya çıkan sorun üzerine, Rodos'ta, Vartholomeos'a karşı mahalli basında genelde olumsuz ve tepki dolu yazılar yayınlanmaya başlamıştır. Bu konuda 26 Nisan 2004 tarihli Rodos basınından bazı başlıklar şöyledir: Rodiaki Gazetesi: "Fenerin Marifetlerinden Dolayı Kilise Kaynayan Bir Kazan Gibi, Rodoslular Patrikhanenin Tutumundan Dolayı Üzgün". Yine Rodiaki Gazetesine göre: "Yeni Metropolite Görevin Resmen Verilmesi ile İlgili Ayın Törenine Yerel Makamlar Katılmadı, Yeni Metropolit Mayıs Sonlarında Rodos'a Gelecek", Proodos Gazetesi: "Bundan Sonraki Kutsal

¹⁷⁾ Batı Trakya'da ayrıca bir de Yunan devletinin, Yunan Ortodoks Hristiyan valinin başkanlığında toplanan kurul tarafından atanan başka bir deyişle Yunan devletinin bizzat atadığı ve Batı Trakya Müslüman Türklerinin çoğunluğu tarafından kabul edilmeyen, tanınmayan; Dimtoka (Dedeğaç), Gümilcine ve İskeçe Müftüleri vardır.

Meclis Toplantısında Menteşe Adaları Metropolitliklerinde Başka Değişiklikler de Öngörülüyor.” Yine Proodos Gazetesine göre: Patrikhaneye Ait Bir Kilisede Yapılan Ayin Töreniyle Yeni Rodos Metropoliti Kirillos’a Görev Resmen Verildi.”

Yine Yunan basınında öğrendiğimize göre, Rodos’a yeni atanan Metropolitin, görevi resmen almak üzere 25 Nisan 2004 tarihinde İstanbul’da Balıklı Manastırında İstanbul Başpiskoposu Vartholomeos nezaretinde yapılan ayin törenine Girit’ten de katılım olmuştur. Tören için Rodos Metropolit Muavini Paizios da İstanbul’a gitmiştir. Törene davet edilmiş olmalarına rağmen, yapılan Metropolitlik atamalarına karşı tepkilerini göstermek amacıyla Rodos’taki yerel makamların İstanbul’daki törene katılmadıkları gözlemlenmektedir. Yeni Metropolitin Mayıs ayı sonlarına doğru Rodos’a gelmesi ve yapılacak bir törenle görevi devralması ve bu törene İstanbul Başpiskoposluğundan da temsilcilerin katılacağı Yunan basınında dile getirilmektedir.

Yunan Basınında, İstanbul Başpiskoposu ile Atina Kilisesi arasındaki sürtüşme ve Menteşe Adaları Metropoliti ile ilgili tartışmalar Rodos’ta yayınlanan 4 Mayıs 2004 tarihli Proodos Gazetesi’nde yer almaktadır. Söz konusu gazetede “Kilisedeki Olaylar Çerçevesinde Menteşe Adalarında Bölünme Havası Yaratılmaya Çalışılıyor, Rodos Metropolitinin Beyanları” başlıklı haberin aşağıdaki çevirisinde şunlar yer almaktadır:

“İstanbul’daki Evrensel Patrikhane ile Yunanistan Kilisesi arasındaki gerginlik, öteden beri Patrikhaneye büyük bağlılık gösteren Menteşe Adaları halkını da etkilemiş ve halk arasında bölünmeler görünmeye başlamıştır. Bundan iki hafta kadar önce Rodos Metropolitliğinde yapılan ani değişiklik, Rodos Metropolitliğine bağlı bazı adaların Metropolitlik bünyesinden kopartılarak, Sömbeki Adasında yeni bir Metropolitlik kurulması ve en önemlisi de bütün bunların gerçekleştirilmesinde izlenilen yöntem, Rodos’ta Patrikhane aleyhine bir hava yaratmıştır.

“Öteden beri süregelen gelişmeler ve geçtiğimiz Cuma günü Patrik Vartholomeos’un aldığı kararlar Menteşe Adaları halkı üzerinde hayal kırıklığı yaratmış ve gelişmelerin daha da kötüye gideceği yolunda endişeler taşındığı gözlenmektedir. Hatta bazı kimseler Menteşe Adaları Kilisesinin Yunanistan Kilisesi ile bir-

leşmesi yönünde görüşler ileri sürmeye başlamışlardır. Menteşe Adalarında böyle bir ortamın yaratılmasında Atina ve yerel basında çıkan haberlerin de büyük etkisi olmuştur. Ancak yine de böyle bir ihtimalin gerçekleşmesinin de pek kolay olmadığı görülmektedir.

“Patrikhanenin 1928 tarihli Patriklik Senedi kararını iptal etme yolundaki tehditleri üzerine, Menteşe Adalarının Yunanistan kilisesine bağlanacağı yolunda çıkan söylentiler hakkında dün Rodos’taki ERA¹⁸ radyosuna beyanatta bulunan yeni Rodos Metropolit Kirillos şunları söylemiştir: ‘Böyle bir şeyler söylenmiş olabilir ve bazı kimseler böyle bir şeyi hayal edebilirler. Ancak bu pek kolay değildir. Bu konuda bölgedeki dini liderlerin tutumu da çok önemlidir. Örneğin ben, böyle bir şeyi katiyen kabul etmem. Makamımdan olurum, böyle bir kararı imzalamam. Girit’teki dini liderler de aynı şekilde davranacaklardır.’ Diğer taraftan Menteşe Adaları Valilik Meclisi geçtiğimiz Cuma günü yaptığı toplantıda, iki kilise arasındaki gelişmeler, özellikle de Menteşe Adaları Metropolitliklerindeki gelişmelerden ve Patrikhanenin bu konularda izlediği yöntemler hakkında herhangi bir tavır belirlemekten kaçınmıştır. Bu arada alınan haberlere göre, yakında Menteşe Adaları Metropolitliklerinde yeni gelişmeler beklenmektedir. 90 yaşında olan fakat buna rağmen geçtiğimiz Cuma günü geniş kapsamlı Patrikhane Kutsal Meclisine katılan İstanköy Metropolit Emiliyanos’un yerine başka birinin atanmasına kesin gözü ile bakılmaktadır. Emiliyanos’un yerine, daha önce İstanköy Metropolit Muavini olan ve halen Kerpe Metropolit olarak görev yapan Amvrosios’un getirilmesinden söz edilmektedir. Ancak bu konuda kesin bir şey söylemek mümkün değildir.

“Zira Patrikhane bu gibi kararlarında herkesi şaşırtmaktadır. Ayrıca Menteşe Adaları Metropolitliklerinin yenilenmesi çerçevesinde başka değişikliklerin de yapılması mümkündür.”

Doğrudan İstanbul Rum Başpiskoposluğuna bağlı olan Menteşe Adaları (Rodos) Metropolitliğine, Yunanlıların deyimiyle “Patrikhane” tarafından atanan Kirilos ile ilgili olarak, 9 Haziran 2004 tarihli Eleftheros Tipos Gazetesi’nde: “Eski Metropolit Terk

18) Yunan devlet radyosu.

Etmiyor. Yeni Metropolitin Atanmışlığını Kabul Etmiyor” başlıklı yazı aşağıdaki gibidir:

“Geçen Cumartesi günü Metropolitlik tacını giyen yeni Rodos Metropolit Kirilos için sorunlardan bir tanesi de Rodos eski Metropolit Apostolos’un halihazırda ikâmet ettiği Metropolitlik konutunu terk etmemesi ve burasını yeni Metropolite devretmemesidir. Eski Metropolit, yeni atanan Metropolit Kirilos’u tanımıyor. Ancak, burada devlet makamlarıyla ilgili de bir sorun ortaya çıkıyor. Çünkü, resmen Yunan devletinin, yeni Metropolit tanındığını ifade eden resmi bir yazı da bulunmuyor.

“Bu arada, gazetemizin bir kamu hukuku tüzel kişiliği olarak Menteşe Adaları Metropolitliklerinin yönetimi konusundaki yasal boşluğu daha önceki sayılarında ortaya koymuş olması, bütün ilde büyük ilgi uyandırmış olup, bu konu yerel basın organlarının ana konusu haline gelmiştir. Ayrıca, yeni Metropolit Kirilos’un taç giyme töreninde Yunan devletinin hiç bir resmi yazı göndermemiş ve okunmamış olması, bugüne kadar yeni Metropolitlerin tanınmadığı anlamına gelmektedir.”

J. Girit Yarı Bağımsız Kilisesi.

5 Nisan 2004 tarihli Eleftheros Tipos Gazetesi’nin: “Girit Kilisesinin Vartholomeos’un Mektubuna Cevabı” başlıklı habere göre,

“Girit Taşra Meclisi (Sinodu), Ekümenik Patrik Vartholomeos’un geçtiğimiz Mart ayının başından itibaren Girit Başpiskoposu Timotheos’un Kutsal Meclisine katılacağını bildiren mektubuna bir cevap gönderdi. Girit Meclisi, söz konusu bu mektupta, Evrensel Patriğin davetinin kabul edildiğini bildirmektedir. Patriğin mektubunda belirtildiği üzere, ‘yüzyıllardan beri kesintisiz bir biçimde devam eden Ana Kilise¹⁹ ile ona bağlı Girit Kilisesi arasındaki ilişkiler böylece daha da güçlenmekte, bu tüzük çerçevesinde faaliyet gösteren Taşra Kutsal Meclisinin kurumsallığı artmakta, hayırsever ruhban sınıfına ve dindar ada halkına saygı gösterilmekte ve Saygıdeğer Fener Merkezi’nin²⁰ Evrensel Orto-

19) İstanbul Rum Başpiskoposluğu, Yunanlıların deyimiyle “İstanbul Ekümenik Patrikhanesi”.

20) İstanbul Rum Başpiskoposluğu.

doks Hristiyanlığın birinci merkezi konumu güçlenmektedir. Girit Kilisesi'nin yürürlükteki Tüzüğü, zaman zaman değişikliklere uğramış olan ve Yunanistan hükümetince onaylanan 4149/1961 tarih ve sayılı Tüzüktür. Tüzüğün 24. maddesine göre, Girit Başpiskoposu Patrikhanenin Kutsal Meclisi'ni üye olarak izleyebilir. Ancak, Tüzükte Giritli din adamlarından bahsedilmemektedir. Bu durumda ortaya çıkan konu şudur: Yunanistan'da Kilise ile devlet ilişkilerinin niteliği göz önünde tutulduğunda, Fener Rum Ortodoks Patrikhanesi'nin kararlarının bir hukuki geçerliliğinin olabilmesi bakımından, Evrensel Patriğin Girit ve Menteşe Adaları konusundaki kararları Yunan hukuk düzeninden bağımsız olarak mı uygulanacaktır? Yoksa, Yunan hükümetinin özel yasal bir düzenleme ile mi yapması gerekecektir?"

K. Yeniden Kriz.

2 Ocak 2005 tarihli Eleftheros Tipos Gazetesi'nde yayınan "Fener - Atina Kilisesindeki Açık Cepheler, 2005'te Kiliseler Arası Endişe Verici Öngörüler" başlıklı yazı G. N. Papathanasopoulos tarafından kaleme alınmıştır. Konumuzla ilgili olarak şunlar yazılmaktadır:

"... Kiliseler arası konularda 2005 için öngörülen gelişmeler endişe vericidir. Dileğimiz bu değerlendirmelerin yanlış çıkmasıdır. Ne yazık ki, 2004 yılında bu temenni gerçekleşmedi. Gelişmeler daha çok, Fener Patrikhanesi'yle Yunanistan Kilisesi ve Moskova Patrikhanesi arasındaki ilişkilerle ilgilidir. Fener ile Atina Kilisesi'nin ilişkileri, 30 Eylül 2004 tarihinde Fener Rum Patriği Vartholomeos'un Başpiskopos Hristodulos'a gönderdiği mektup ve Kutsal Meclisin buna cevabı yüzünden sallantıda kaldı. Bu mektupla Patrik, "1850 Düzenlemesi ve 1928 Patriklik Senedi (Feragatnamesi)'nin daha önce belirtilmiş olan koşullarına tam olarak uyulmasını istiyor. Yunan Hükümeti ise, Yunanistan Kilisesi'nin kuruluş tüzüğü olan 590/1977 sayılı kanunun ihlâlini kabul ettiği iddialarını reddediyor. Belirsiz olan bir diğer konu da, Fener Rum Patrikhanesi'nin Yunanistan Bağımsız Kilisesi için aldığı kararların bağlayıcı olup olmadığıdır. Diğer taraftan, Yunan hükümeti ve Kilisesi'nin, muhalif olmalarına rağmen, 1928 Patriklik Senedinin tek taraflı olarak feshedip edemeyecekleri

hususunda da bir başka sorundur. Patrik, mektubunda ayrıca, 1928 Patriklik Senedinin Patrikhane manastırları ile ilgili olan 10. maddesinin uygulanmasını talep ediyor. Anlaşmazlığın ana unsurlarından biri, Yunanistan'daki kiliselerde Patriğin adının anılması zorunlu olmakla birlikte, yönetim ve denetimlerinin Yunanistan Kilisesi'nin doğrudan sorumluluğunda olmasıdır. Esasen, 2003 yılında başlayan ve 2004 yılı yaz aylarında sona eren Fener ile Yunanistan Kilisesi arasındaki sürtüşme, Patriğin yeni mektubu ile 2005 yılında yeniden canlanmıştır.

“Geçmişin deneyimlerinden, bu sorunun sadece Yunan Devleti tarafından çözülebileceğini söylemek mümkündür. PASOK hükümetinin geçmişte izlemiş olduğu ‘görmezden gelme’ taktiği, krizi daha da büyötmüştür.

“Türkiye ile AB müzakerelerinin başlayacağı önümüzdeki Ekim ayına kadar ve Kıbrıs gibi milli bir konunun süröncemede olduğu bu dönemde, içeride ulusal cepheyi güçsüzleştirecek yeni bir Kilise krizinin tekrar ortaya çıkmasına izin verilmesinin şimdi zamanı değildir.”

L. Bir İstanbullu Rum'un “Feryadı”.

Rodos'ta yayınlanan 5 Mayıs 2004 tarihli Dimokratiki Gazetesi:²¹ “Kilisede Olup Bitenlerle İlgili Olarak Bir İstanbullunun Feryadı, Patrikhane Daima Bir Termopil²² Olarak Kalmıştır” başlıklı yazı aynen aşağıya alınmıştır:

“Bazı kimseler tarafından Osmanlı casusu gibi gösterilmeye çalışılan Evrensel Patrik Aziz 5. Grigorios Yunan İhtilalini desteklediği için Osmanlılar tarafından asılarak öldürölmüştü. Adı geçenin asıldığı kapı hâlâ kapalı tutulmaktadır. Türk makamları bu kapının açılması için baskı yapmaktadırlar. Bunun amacı bir yandan Helenizm'i, diğer yandan da bugünkü Patriği küçük düşürmektir. Adamdaki kişiliği bir kere düşünün. Herkes İzmir Metropolitisi Aziz Hrisostomos'a kaçıp canını kurtarması için yalvarır-

21) Dimokratiki Gazetesi, Rodos'ta Yunanca olarak yayınlanan bağımsız, günlük 2.800 tirajlı yerel bir gazetedir.

22) Sınır bekçisi, serhat boyu.

ken, o Metropolitliğini terk etmemiş, direnmiş ve sonunda Türkler tarafından öldürülmüştür.

“Türkler Küçük Asya felaketinden beri sürekli olarak İstanbul Evrensel Patrikhanesi’nin itibarını zedelemek ve Patrikhaneyi İstanbul’dan kovmak amacını gütmüşlerdir. Dolayısıyla şimdi Patrikhane ile ilişkilerini gerginleştiren Atina Başpiskoposu Türklerin amacına hizmet etmektedir. Tam manasıyla bir Yunan kurumu olan Patrikhane evrensellik vasfını kaybedecek olursa bundan Yunanistan Başpiskoposu Hristodulos da zararlı çıkacaktır. Bir an İstanbul Patrikhanesi’nin evrensellik vasfını kaybettiğini düşünelim. O zaman bu vasıf muhtemelen Moskova’ya geçecektir ve Yunanistan Başpiskoposu da diğer devletlerdeki alelade Başpiskoposlar sırasına girecektir.

“Hristodulos eğer Patrik olmak istiyorsa, İstanbul’un kurtarılmasına çalışsın. Ortodoksluğun lideri, Evrensel Patrikhane’nin itibarını zedelemekle olunmaz. Bunun bir başka yolu da, Başpiskoposun, işbaşında bulunan Yeni Demokrasi Partisi Hükümeti üzerinde nüfuzunu kullanıp, hükümetin, Türkiye’nin Avrupa Birliği sürecini koz olarak kullanarak, Türkiye’nin Patrik seçimi konusunda koyduğu kısıtlamaları kaldırmasını sağlamaktır. Böylece Patriklik makamı boşaldığında belki Patrik olur.

“Patriğin Türk Hükümeti’nin boyunduruğu altında olduğu hususuna gelince, bunda, anlaşmaları ve insan haklarını uygulamayı Türkiye’ye kabul ettiremeyen gelmiş geçmiş bütün Yunan hükümetlerinin sorumluluğu vardır. İstanbul Rumlarının ve Patrikhane’nin korunması için hiçbir şey yapılmamıştır.. İstanbul’da 1955 Eylül olayları ile 1965 yılındaki yurt dışına sürme olayları olurken neredeydiler? İstanbulluların Yunanistan’a olan katkılarını ise kimse inkâr edemez. İkinci Dünya Savaşına gönüllü olarak katılan ve ölen İstanbulluların adlarının yazılı olduğu Mermer plaka hâlâ İstanbul’da Yunan Konsolosluğunda durmaktadır. Yunan Hava Kuvvetleri Komutanı olarak görev yapmış Hava Generali Margaritis İstanbullu olup, Zoğrafyon Lisesi mezunudur. 1987 Sismik krizinde İstanbul, Bandırma ve Balıkesir’deki hedefleri belirlemek için bu hedefler üzerinde gönüllü olarak uçan pilot da İstanbullu idi. Eğer Yunanistan şu anda elektronik savaşın önde gelenleri arasında yer alıyorsa, bunu iki İstanbulluya borçludur. Eğer Bodosakis (PYRKAL’ı kuran adam) olmasaydı,

av tüfeği fişeği dahi üretememiş olacaktık. İzmirli Onasis olmasaydı, Yunanistan hâlâ milli bir hava yolu şirketine sahip olamayacaktı.

“Size şu tavsiyede bulunacağım. Gezi için sürüler halinde otobüslere binip İstanbul’a gittiğinizde Patriğin elini öpmek için birbirinizle yarışırken, Evrensel Patrikhane için ileri sürülen iftiraları düşünün ve ona göre kendisinden sessizce özür dileyin. Bayanlar ve baylar, bir tarafta oturup kahvenizi içerken Patrik hakkında ileri geri yanlış ithamlarda bulunmaktansa, elinize bilginizi artıracak bir kitap alıp okuyun ve gerçekleri öğrenin. Böylece size yutturulmaya çalışılan yalanları fark edebilirsiniz. Kültür önemli bir şeydir.

Ortodoks Hristiyan bir İstanbullu”

M. İstanbul Başpiskoposluğu’nun “Evrenselligi”ne İtiraz.

21 Ekim 2004 tarihli Elefterotipia Gazetesi’nde: “Patrikhane için Ankara Vatikan’a Sert Çıktı” başlıklı Aris Abacis imzalı Ankara çıkışlı haber – yorumun Türkçe’ye çevirisi aşağıdaki gibidir:

“Vatikan Büyükelçisinin Patrik Vartholomeos’dan bahsederken ‘Evrensel Patrik’ ifadesini kullanmasının Türk tarafında rahatsızlık yarattığı görülüyor. Türklere göre, sadece Fener Patrikhanesi vardır ve ‘evrensel değildir’. Rahatsızlığını ilk dile getiren CHP Genel Başkan Yardımcısı Onur Öymen oldu. Öymen, Devlet Bakanı Beşir Atalay’dan Vatikan Büyükelçisine ‘gereken uyarıların yapıp yapılmadığını’ sordu. Atalay, Vatikan Büyükelçisi’nin Dışişleri Bakanlığına çağrılarak uyarıldığını söyledi, ‘Patrikhanenin statüsünü belirleyen Lozan Antlaşmasında bir değişiklik yapılmasının söz konusu olmadığını da’ belirtti.

“Lozan Antlaşması Patrikhanenin statüsünden bahsetmemektedir ve 1923 yılından bu yana Türkler, Patrikhane konusunda keyfi hareket etmektedirler. Ancak, öyle görülüyor ki, bu başka bir meseledir! Aslında, Patrikhane’nin ‘evrensel’ olmadığı yönündeki gerekçe, İstanbul Valiliği tarafından 1923 yılında hazırlanan bir genelgeye (kararnameye) dayanıyor. Daha ayrıntılı olarak:

“Bu genelge ile Türkler, Kutsal Mecliste Türk uyruğuna sahip

olan Metropolitlerin nasıl üye olacaklarını ‘tayin ediyor’. Bu genelge ile Ankara’nın Patrikhane’nin hukuki statüsünü tanımaması, hatta ‘Patrikhane’nin Fener’deki Ayios Georgios Kilisesini işgal ettiğine inanması’ Patrikhane’nin ‘evrenselliğinin’ olmadığı gerekçesine dayanak oluşturuluyor.

“Bu arada, geçmişte ‘kırmızı (siyasi eğilim)’, günümüzde ise ‘yeşil’ olan Cohn Benditt, Patrikhanenin evrenselliği ile ilgili soruya verdiği cevapla aslında kendisinin ‘pembe’ olduğunu ortaya koydu. Benditt, Patrikhane’nin evrenselliği ile ilgili olarak AB belgesinde yer alanları benimseyip benimsemediği yolundaki soruya, ‘bilmiyorum, belgeyi ben yazmadım’ cevabını verdi. Görüldüğü üzere, çoğu çevreler için bu dönem ‘Türkiye’ye iyi davranmalıyız’ dönemidir.”

Diğer taraftan 3 Aralık 2004 Tarihli Eleftherotipia Gazetesi; “Erdoğan, Feneri Sahte Lozan’la Tehdit Ediyor” başlıklı ve Ankara’dan Türk vatandaşı (İstanbul Rum’u) Aris Abacı’nın yazısının çevirisi aşağıdadır: “Türkiye’de Herkes Evrensel (Ekümenik) Patrikhane ve Evrenselliğin Aleyhine Konuşmaya Başladı.

“Başbakan Erdoğan dahi ‘tehditvari’ nitelikte Patrikhaneye atıfta bulunarak; ‘hiç kimse ülkemizin sükunetine zarar vermeye kalkışmasın’ dedi. Dün öğleden sonra NTV kanalına konuşan Başbakan Erdoğan, ‘bir vatandaşın sahip olmadığı ve kendisine yurtdışından verilmiş sıfatları kullanarak davetiyeler bastırmasını yanlış buluyoruz’ dedi. CNN-Türk’ün haberine göre ise, Patrikhanenin evrenselliği ve Heybeliada Ruhban Okulu konusu Türk Milli Güvenlik Siyaset belgesinde yer aldı.

“İstanbul Rum Azınlığının ve Patrikhane’nin statüsü Lozan Antlaşması’yla belirlenmiştir. Dün Atina Başpiskoposu Hristodulos ise Patrikhaneye destek vermek amacıyla şu açıklamayı yaptı: ‘Dostlarımız ve müttefiklerimiz, komşularımızın, Evrensel Patrikhane kurumunun tüm Yunanlıların vicdanlarının en müstesna yerinde bulunduğunu bilmeleri gerekir. Bu durumda Patrikhane’nin her türlü yarası, Yunan milletinin bilincinde bir yara-dır. Türkiye Cumhuriyeti hükümetinin Evrensel Patrikhane, Elen Azınlığı ve Türkiye’deki diğer dini azınlıklara karşı anlamsız tutumu ciddi kaygılara, derin düşüncelere ve yeni bir tepkiye neden olmaktadır. Eğer Avrupa halkları bir gün Türkiye’nin Avru-

pa'ya tam üye olması konusunda referanduma davet edilirlerse, o zaman sonuç ne olacaktır? Sonuç olarak bunlar akıllarını mı kaybettiler?’

“Başpiskopos Hristodulos ayrıca, Patriğe destek olmak amacıyla kendisine mektup da göndermiştir. Dini özgürlüklere saygı konusu, Avrupa Birliği ve üye devletler için temel ölçüttür. Türkiye'nin hükümet sözcüsü dün Türk Hükümetinin bu tutumuyla ilgili olarak verdiği cevabında, Türkiye'nin Avrupa yolunda ilerleyebilmesi için bu ölçütü de tamamlaması gerektiğinin altını çizmiştir.”

Öte yandan aynı tarihli gazetede Ankara'nın “Evrensel Patrikhane”ye ilişkin tehditlerini yorumlayan Yunanistan Komünist Partisi Başkanı Aleka Papariga ise şunları söylemiştir: “Türkiye liderliği, birçok yönden kazançlı çıkmak amacıyla ABD'nin sırtından pazarlık yapmaktadır. Burada oyunlar ve rekabetler vardır. Tabii bu durumda, dinle, Heybeliada Ruhban Okulu ve diğerleri ile ilgili olanlar konusunda büyük mağduriyet yaşanmaktadır.”

SONUÇ

Yunanistan'da “Patrikhane” konusuyla ilgilenen bazı yazarların görüşlerine giriş bölümünde yer verildi. Bu arada 2004 yılındaki Yunan gazetelerini tarayarak, konumuzla ilgili olanlardan önemli bulduklarımızın bazılarının tamamını, bazılarının da bir kısmını Türkçe'ye çevirip, Yunanlıların İstanbul Rum Başpiskoposluğuna bakış açısı ile İstanbul Rum Başpiskoposluğu ile Yunan Kilisesi sorunlarını, ilişkilerini ortaya koymaya çalıştık. Ortaya çıkan sonuç, 1923 Lozan Barış Andlaşmasından sonra, “Patrikhanenin” hukuki, idari ve siyasi statüsünün değiştiği yönündedir.

Ancak buna rağmen, Rumların ve Yunanlıların İstanbul Rum Başpiskoposluğu'nun statüsü konusunda, 1923 Lozan Barış Konferansı'ndan sonra da ve özellikle Türkiye'nin Avrupa Birliği'ne tam üye olması süreci ile birlikte, 1923 öncesindeki statüsünden bile daha ileri gidilmesi arzu ve hayali içinde olması ilginç olduğu kadar düşündürücüdür. Nihâi hedefleri 1923 öncesindeki gibi, İstanbul Rum Başpiskoposunun sözde idari yetkilerini kullanabilmesidir –zaten bugün fiili olarak Kiliseler üzerindeki idari

yetkisini kullanmaktadır- ve Türkiye tarafından “Patriklik” –ki en yetkili, yetkisiz resmi kişiler bile “Patrik” hatta “Aziz Patrik” sıfatı ile Vartholomeos’a hitap ederek, Vartholomeos’un gittiği devletlerdeki Türk Büyükelçileri, “Patrik onuruna” yemekler vererek, farkında olmadan kiliseler üzerindeki sözde idari ve siyasi yetkisini kabul ettikleri izlenimini vermektedirler- ve “Evrensel Patrik” unvanının resmen ve hukuken tanınması yolları Türkiye’nin AB üyeliği sürecinde diğer devletlerin de Türkiye’ye baskılar uygulamasıyla, bu şekilde yavaş yavaş sanki açılmaktadır. Bu da herhalde Vartholomeos’u cesaretlendirmektedir.

İstanbul Rum Başpiskoposu, Lozan Konferansı’nda varılan mutabakata aykırı davranmaktadır.

Yunan basını incelendiğinde bu açıkça ortaya çıkmaktadır. Çünkü Vartholomeos sadece idari yetki değil, bir siyaset adamı gibi devlet başkanlarıyla ve diğerleriyle ilişkide bulunup hareket etmektedir. Bir an için Türkiye Cumhuriyeti Diyanet İşleri Başkanı’nın bu şekilde hareket ettiğini düşünelim. Bunu kabul edebilir miyiz? Kısaca ve öz olarak İstanbul Rum Başpiskoposu, “Patrik, Yeni Roma Evrensel Patrik” unvanlarını kullanarak diğer kiliseler -Yarı Bağımsız Girit Kilisesi, Menteşe Adaları Metropolitliği, “Yeni Ülkeler” olarak anılan Kuzey Yunanistan Metropolitlikleri, Aynaroz bölgesi manastırları, Amerika Başpiskoposluğu, İngiltere Başpiskoposluğu ve Batı Avrupa, İrlanda, Malta Eksarhlığı, İspanya Başpiskoposluğu ve Portekiz Eksarhlığı veya başka bir deyişle Avrupa, Asya, Amerika ve Avustralya olmak üzere dünyanın dört bir yanına, “dört kıtasına” yayılmış bulunan²³ birçok Ortodoks Kilisesi- üzerinde idari yetkisini Türkiye resmen ve hukuken tanımasa da fiilen kullanmaktadır. Burada önemli olan Türkiye’nin hukuken ve resmen “Yeni Roma ve Ekümenik Patrik” sıfatını tanımamasıdır. Çünkü bu tanıma, tehlikeli hukuki ve siyasi sonuçlar doğurabilir.

Vartholomeos, Türkiye AB’ye tam üye olunca, AB üyesi devletlerinde bulunan Ortodoks Hristiyan toplumların da dini lideri olma amacını ve hayalini gütmektedir ve bu amaçla AB’de büro-

23) Troyianu – Leontaritu, s. 45.

sunu da açmış bulunmaktadır. Bu şekildeki faaliyetleriyle uluslararası hukuk kişiliği –özne, süje- kazanarak, herhalde İstanbul’da bir Vatikan (Papalık), dolayısıyla bütün Ortodoks Hristiyan dünyanın dini merkezi (Ortodoks “Halifesi”) olmaya çalışmaktadır.

Oysa Lozan Konferansı tutanakları incelendiğinde, “Patrikhane’nin” Osmanlı dönemindeki gibi kilisenin idari ve siyasi işleriyle ilgilenmesi yasaklanmış olduğu ve “Patrikhane’nin” yetkilerinin İstanbul’daki Rum Ortodoks Azınlığın dini (ruhani, ilâhi) işleriyle Başpiskoposlukla sınırlandırılmış olduğu görülmektedir. Ayrıca bu husus Lozan Konferansı’nda taraflarca benimsenmiştir. Dolayısıyla “İstanbul Başpiskoposu Yeni Roma ve Ekümenik Patrik” unvanı, İstanbul Rum Başpiskoposu unvanına indirilirken, Patrikhane de İstanbul Rum Başpiskoposluğu olmuştur.

Yukarıda tercümelerini verdiğim, Yunan gazetesinden öğrendiğimize göre, bugün (2006) bile İstanbul Rum Başpiskoposluğu’nda hâlâ; “Türk uyruklu olmayan (Yunanlıların), Patrikhanede görevli olan din adamları, oturma ve çalışma izinleri olmadığı (Türkiye vermediği) için, her üç ayda bir Türkiye’den çıkış yapıp, tekrar giriş yaparak çalışıyorlarsa”!²⁴ Bir Türk kurumu olan “Patrikhane’de”, Türk uyruklu olmayan, yabancıların din görevlisi olarak bulunmaları ve kaçak olarak çalışmaları çok düşündürücü değil mi?

Burada şu soru da ister istemez insanın aklına gelmektedir: Acaba Yunanistan, Batı Trakya’daki seçilmiş Müftülüklerin yanında, Yunanistan uyruklu olmayan, Türkiye Diyanet İşleri Başkanlığı tarafından görevlendirilmiş Türk uyrukluların çalışmalarına izin verir mi? Kaçak, başka bir deyişle gayri yasal olarak Batı Trakya’da kalmalarına, ikamet etmelerine veya din görevlisi olarak çalışmalarına göz yumar mı? Buna, Yunanistan hükümetleri, Türkiye’de olduğu gibi asla ve katiyetle göz yummazlar. İşte bu da çok düşündürücü değil mi? Bir de 1981’den beri AB üyesi ve demokrasinin beşiği olan –AB normlarına, demokratik kural ve geleneklere, insan haklarına uygun hareket ettiğini iddia eden ve böyle “varsayılan”- Yunanistan’da ve özellikle İskeçe,

24) <http://www.diplomatia.gr/main.php?issueID&articleID=142> <http://www.diplomatia-gr/main.php?issueID&articleID=142>, Şubat – Mart 2004 Tarihli *Diplomatia Dergisi*.

Gümölcine ve Dedeagaç'ta Türkiye'den giden gazeteciler ve diğerlerinin Yunanlı sivil polislerce nasıl takip edildikleri, taciz edildikleri ve sorgulandıklarını da düşünersek!

Diğer taraftan Batı Trakya Müslüman Türklerin Başmüftülük kurumu halen açılmamış ve yasaklı iken, mevcut Müftülükler ise toplumun da bölünmesine, parçalanmasına –böl, yönet, yok et yöntemiyle- neden olacak bir biçimde Ortodoks Hristiyanların çıkarlarına hizmet edecek bir niteliğe getirilmişse -ve bazılarına göre; “tayinli Müftüler nedeniyle, Müftülükler âdeta işgal altında iken”- İstanbul Rum Başpiskoposluğunun günümüzde “Evrensellik” mertebesine sıçramak istemesi ve bu şekilde Müslüman Türklere göre daha imtiyazlı bir statü kazanması da ayrıca düşündürücü değil mi?

Batı Trakya'daki Müslüman Türklerin Müftülük kurumları, biz-zat Batı Trakya Müslüman Türkleri ile Türkiye hükümetleri, siyasetçileri, aydınları, bilim adamları tarafından yeterince sahip çıkılmadığı ve Yunan yönetimlerinin yasalar çıkararak aldığı önlemler neticesinde, andlaşmalardan kaynaklanan fonksiyonlarını yavaş yavaş yitirmektedir. Bugün Yunanistan'da yürürlükte bulunan 1920 sayılı ve 1991 tarihli yasa gereği, Ortodoks Hristiyan Valinin başkanlığında –İskeçe, Gümölcine ve Dedeagaç'ta- her ilde ayrı ayrı toplanan bir kurul tarafından, valiliğe müracaat eden adaylar arasından Müftülük yapma ehliyetine sahip olan bir aday “Müftü” olarak tayin edilmektedir.²⁵ Bu şekilde yapılan bir atama halkın çoğunluğu tarafından tasvip görmemektedir.

Böylece, Batı Trakya'da bir taraftan Yunan kökenli Ortodoks Hristiyan dininden valinin ve diğerlerin işbirliği ile tayin ettikleri Müftüler ile diğer taraftan da Batı Trakya'da doğmuş büyümüş Yunan uyruklu Müslüman Türklerden mümin, mütedeyyin veya başka bir deyişle camiye gidip beş vakit namazlarını kılan kişilerin, camide yaptıkları oylama ile seçtikleri kendi Müftüleri vardır. İşte 1985'ten beri devam ede gelen bu sorun Türk toplumu ve Türkiye tarafından unutulmuş ve gündemden düşmüş gibi gö-

25) Bu konuda geniş bilgi için bkz. CİN, T.: Yunanistan'daki Müslüman Türk Azınlığın Din ve Vicdan Özgürlüğü Sorunu (Başmüftülük ve Müftülükler) Seçkin Yayınları, Ankara 2003.

rünmektedir. Ancak Yunanistan, diğer taraftan da Batı Trakya'daki Müftülerin İslâm Hukukuna (gelenek veya şeriat hukukuna) göre yargılama yetkilerini "AB üyesi Yunanistan'da, 21. yüzyılda din görevlileri tarafından aile ve miras hukuku konularında kutsal yargıçların, yargılama yetkisinin bulunması durumunu paradoks"²⁶ olarak değerlendirip, andlaşmalardan kaynaklanan bu hakların geri alınması ve yasaklanmasını istemektedir. Oysa Yunan aydınları, akademisyenleri, gazetecileri, siyasetçileri, Yunan yönetimi ve Vartholomeos, çoğunluğun ortak bir toplumsal vicdan ile İstanbul Rum Başpiskoposluğunun "tarihte olduğu gibi" idari, siyasi ve yargılama yetkilerini, "evrenselliğini" elde etmesi için gerekli bütün koşulları yaratmaya çalışmakta ve Türkiye'ye baskı ortamı hazırlayarak Batıda ve bütün dünya çapında "Evrenselliğinin" gerçekleşmesi yolunda olağanüstü bir destek sağlamaktadırlar.

Son olarak, İstanbul Rum Başpiskoposluğu hakkında Türkiye'de herhangi bir yasal düzenlemenin bulunmaması, 1923 yılından beri yasal boşluğun giderilmemesi, İstanbul Rum Başpiskoposluğunun faaliyetlerini ve statüsünü düzenlenmemiş olması, diğer taraftan Kudüs Rum Patrikhanesi hakkında bile Ürdün'ün çıkardığı 1958 tarihli ve 27 sayılı bir yasanın yürürlükte bulunması ve bu yasa gereği Kudüs Rum Patriği'nin –ki cemaati Arapça konuşan Filistinli Araplardır- seçilme, görev ve yetkilerinin bir yasayla düzenlenmiş bulunması ayrıca bizi kara kara düşündürmesi gerekmez mi?

Önerimiz, İstanbul Rum Başpiskoposu'nun seçimini, görev ve yetkilerini düzenleyen bir yasanın çıkarılması ve bu çıkarılacak yasanın, Yunanistan'daki 1920 sayılı ve 1991 tarihli "Müslüman Din Görevlileri Hakkındaki" Yasaya denk veya paralel hükümler ihtiva etmesidir. Diğer taraftan, yine AB üyesi Yunanistan'da Batı Trakya Müslüman Türklerinin Vakıfları hakkında yürürlükte bulunan yasa ile Türkiye'de çıkarılan veya çıkarılacak olan yasaların da yine denk olması, paralel hükümler içermesi gerekir.

26) Vrusti, Hr. D.: "To paradokso tis iparksis ierodikaston stin Ellada tis Evropayikis Eno-sis (Avrupa Birliği Üyesi Yunanistan'da Kutsal Yargıçların Varlığı Paradoksu)" FAKELOS TURKİAS (Türkiye Dosyası), Nea Politiki (Yeni Siyaset), Aylık Siyasi Dergi, Cilt I., Papazisi Yayınları, Atina Ekim 2005, s. 35 – 37.

Lozan Barış Konferansı'nda Türkiye ile Yunanistan arasında bir denge –Lozan Dengesi- sağlandıktan sonra 1923 Lozan Barış Andlaşması imzalanmış ve iki devlet arasında barış sağlanabilmiştir.

Lozan Barış Andlaşması'nın 45. maddesi bir taraftan Türkiye'deki gayri Müslimler için Yunanistan'ın deyimi ile İstanbul Rumları ("Helenleri") için 37. maddeden 44. maddeye kadar sayılanlardan Yunanistan'daki "Müslümanlar" da yararlanacaklardır diyerek, Yunanistan'a yükümlülük yüklerken, diğer taraftan da Türkiye'yi, Yunanistan'daki Yunan uyruklu Batı Trakya Müslüman Türkler üzerinde hak sahibi yapmaktadır.

Batı Trakya Müslüman Türklerinin Başmüftülük ve Müftülükler ile Vakıflar sorunları devam etmektedir. Bu konuda AB üyesi Yunanistan, Batı Trakyalı Müslüman Türklerin ve Türkiye'nin görüşlerini dikkate almadan ve andlaşmalara da aykırı olarak, Batı Trakya'daki Müslüman Türklerin Vakıfları ile ilgili olarak 1091 sayılı ve 1981 tarihli "Batı Trakya'daki Müslüman Azınlığa Ait Vakıfların ve Bunların Servetlerinin Yönetimi ve Kullanılmasına Dair" yasa ile 1920 sayılı ve 1991 tarihli "Müslüman Din Görevlileri Hakkında" yasayı çıkarmıştır.

Görüldüğü gibi, AB üyesi Yunanistan'da Vakıflar ile Müftülükler konusunda iki ayrı yasa bulunmaktadır. Buna göre, AB üyesi olmak isteyen Türkiye tarafından da İstanbul Rum Ortodoks Vakıfları ile İstanbul Rum Başpiskoposluğu hakkında iki ayrı yasa çıkarılmalıdır. Ancak çıkarılacak olan yasanın adı "Patrikhane veya Patriklik" değil, İstanbul Gayri Müslim Başpiskoposluk Yasası olmalıdır. Bu iki yasanın da ayrıca AB üyesi Yunanistan'ın Batı Trakya'daki Müslüman Türklerin Vakıflar ve Müftülükler yasalarına paralel hükümler ihtiva etmesinde büyük fayda görülmektedir.

KAYNAKLAR

CİN, T.: Yunanistan'daki Müslüman Türk Azınlığın Din ve Vicdan Özgürlüğü Sorunu (Başmüftülük ve Müftülükler) Seçkin Yayınları, Ankara 2003.

CİN, T.: "İstanbul Rum Başpiskoposluğu İle Atina Başpiskoposunun Mücadeleleri ve Türkiye", İrfan Baştuğ Anısına Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 7, Özel Sayı 2005.

KUKULİS, Th.: Evropayiki Enosi & İkumeniko Patriarhio (Avrupa Birliği ve Evrensel Patrikhane) 1991 – 2003, Kritiki Yayınevi, Atina 2004.

KARİKOPULU, Hr.: To diethnes kathestos tu İkumeniku Patriarhiu (Evrensel Patrikhanenin Uluslararası Hukuk Boyutu), Grigori Yayınları, Atina 1979.

PAPATHOMAS, Arch. G.: Le Patriarcat Oecumenique de Constantinople (compris la Politeia monastique du Mont Athos) dans l'Europe unie, ed. Epektasis, Komotini 1998.

TROYİANU, S. N. – LEONTARİTU, V.: Organosi ton Eklision ke diethnis shesis (Kilisenin Örgütlenişi ve Uluslararası İlişkiler), Ant. Sakkula Yayınları, Atina – Gümölcine 1997.

VALAKU – THEODORUDİ, M.: To Nomiko perigrama tu İkumeniku Patriarhiu sta plesia tis diethnus kinotitas (Uluslararası Camia Çerçevesinde Evrensel Patrikhanenin Hukuki Statüsünün Ana Hatları), Ant. Sakkula Yayınları, Atina – Selânik 2001.

VALAKU – THEODORUDİ, M.: Politikes ke sintagmatikes ptihes tu kathestotos ton Neon Horon (Yeni Ülkeler Statüsünün Siyasi ve Anayasal Boyutları), Epektasi Yayınları, Katerini 2003.

VRUSTİ, Hr. D.: "To paradokso tis iparksis ierodikaston stin Ellada tis Evropayikis Enosis (Avrupa Birliği Üyesi Yunanistan'da Kutsal Yargıçların Varlığı Paradoksu)" FAKELOS TURKİAS (Türkiye Dosyası), Nea Politiki (Yeni Siyaset), Aylık Siyasi Dergi, Cilt I., Papazisi Yayınları, Atina Ekim 2005.

Proodos Gazetesi, Rodos'ta Yunanca olarak yayınlanan sol ve PASOK yanlısı günlük, 3.500 tirajlı yerel bir gazetedir.

Eleftherotipia Gazetesi: Atina'da Yunanca olarak yayınlanan sol eğilimli bir gazetedir.

Eleftheros Tipos: Atina'da Yunanca olarak yayınlanan sağ eğilimli ve hükümet yanlısı bir gazetedir.

Rodiaki Gazetesi, Rodos'ta yunanca yayınlanan sağ eğilimli, günlük 4.000 tirajlı yerel bir gazetedir.

Apogevmatini Gazetesi, Atina'da Yunanca olarak yayınlanan sağ eğilimli ve hükümet yanlısı bir gazetedir.

To Vima Gazetesi, Atina'da Yunanca olarak yayınlanan sol eğilimli ve PASOK yanlısı bir gazetedir.

Dimokratiki Gazetesi, Rodos'ta Yunanca olarak yayınlanan bağımsız, günlük 2.800 tirajlı yerel bir gazetedir.

HYPERLINK "<http://www.diplomatia.gr/main.php?issueID&articleID=142>" <http://www.diplomatia.gr/main.php?issueID&articleID=142>; Şubat – Mart 2004 Tarihli Diplomatia Dergisi.

ABD Büyükelçiliği'nde Görev Yapan Diplomat Jeffrey S. Collins'in 9 Ocak 2007'de Baromuzu Ziyaretinde Yapılan Görüşmenin Tam Metnini Meslektaşlarımızın BilgisineSunuyoruz

09.01.2007 tarihinde ABD'nin Ankara Büyükelçiliğinde görevli diplomat Jeffrey S. Collins Baromuzu ziyaret etmiş, görüşmeye danışmanı N. Jale Ersoy da çevirmen olarak katılmıştır. Yine bu görüşme sırasında Baromuz Yönetim Kurulu üyeleri Av. Mehmet Kozan ve Av. Atilla Ertekin ile İnsan Hakları Hukuku ve Hukuk Araştırmaları Merkezi'nde görevli Utku Kılınç hazır bulunmuştur. Görüşme kameraya kayıt edilmiştir. Bu kaydın çözümünü bilginize sunuyoruz. Görüşmeyi Baromuzun internet sitesindeki canlı yayın bölümünde de izleyebilirsiniz.

Jeffrey S. Collins: Öncelikle beni kabul ettiğiniz için teşekkür ederim. Fazla vaktinizi almayacağım. Ben insan haklarını takip eden bir diplomatım. Görevim gereği zaman zaman seyahat ediyorum. O çerçevede buradayım. Daha önceki seyahatim Güneydoğu'ya oldu. Mümkün olduğu kadar çok kimseyle tanışmayı arzu ediyorum Tabii ifade özgürlüğü, kadın hakları, dini özgürlükleri kapsıyor görevim. Bu sebeple de bu konuları konuşmak için buradayım. Ayrıca yarın buraya gelişimin bir parçası olarak bir lisede "Modern Birleşmiş Milletler" adlı bir toplantıya katılacağım. Çünkü o öğrenciler daha sonra Hollanda'da BM'yi temsilen yapılacak benzer bir toplantıya gidecekler.

Av. Nevzat Erdemir: Teşekkür ederim. Biz nasıl yardımcı

olabiliriz, bizimle görüşmenin maksadı nedir, ne gibi bir katkımız olabilir?

Jeffrey S. Collins: Öğrenmek istediğim daha ziyade genel manada insan hakları konuları Türkiye’de. Sizin buna bakışınız, tabii ifade özgürlüğü ve 301. madde. Geçen yıl oldukça çok konuşuldu bu madde. Şimdi AB süreci de kısmen yavaşladığı için sekiz maddede- konu başlığında bir dondurma mevzubahis ve de seçimler de yaklaşıyor. Siz Türk Hükümeti’nin bu konuda bir adım atacağını yakın zamanda düşünüyor musunuz? Bir de 301. maddenin uygulaması İzmir açısından nasıl?

Av. Nevzat Erdemir: Şimdi şunu çok net olarak söylemek gerekirse, bizim Anayasamıza göre herkes, düşünce ve kanaat özgürlüğüne sahiptir, düşünce ve kanaatini yazılı, sözlü, resimli vs. açıklama özgürlüğü bulunmaktadır. Ancak bizim 301 ile ilgili Baro olarak görüşümüz, bu problemin yapay olarak yaratıldığı yolundadır. Özellikle AB ülkelerinin kendilerine üye ya da aday ülkelere dayatmadığı koşulları Türkiye’ye dayattığını düşünüyoruz. 301’e benzer düzenlemeler çağdaş uygarlığı yaşayan bütün ülkelerde bulunmaktadır. O bakımdan biz bunun Türkiye’nin gündeminde tutulmasını doğru bulmamaktayız. Esas problem batıdaki kimi ülkelerin konu Türkiye ve Türkler olunca bu olaylara çifte standartlı yaklaşması olarak değerlendiriyoruz. Hatta kimi batı ülkeleri “Türk Ulusu yapay olarak yaratıldı”, “Türk sözcüğü bir ulusun ya da halkın adı değil, bir dil grubunun adıdır” diye bir söylemle karşımıza çıkmaktadır. Biz bunu Baro olarak, hukuk kurumu olarak Türkiye’nin ulus unsuruna yönelik dostluk ve iyi niyetle bağdaşmayan bir hasmane tutum olarak değerlendiriyoruz. Yine dünyanın hiçbir ülkesinde bulunmayan dinsel özgürlükler serbesti Türkiye’de mevcut bulunmaktadır. Ancak biz meslek örgütü olarak şunun bilincindeyiz: Kimi iç ve dış odaklar Türkiye’de rejimin akıl ve bilim eksenine dayalı olmasına rağmen, rejimi akıl ve bilim ekseninden teokratik ve totaliter ilkelere doğru kaydırmak istemektedirler. Bizim yıllardan beri dostumuz, ortakımız olduğunu söyleyen, müttefikimiz ABD de dahil...

Jeffrey S. Collins: Hala öyle...

Av. Nevzat Erdemir: Tamamlamama müsaade edin. ABD’nin Türkiye’deki rejimi akıl ve bilim ekseninden koparıp, teokratik ve

totaliter temele oturtmak isteyen Fettullah Gülen'e bu yolda kolaylıklar sağlamasını da doğru bulmadığımızı ifade ediyoruz. Çünkü Türkiye'de dinsel özgürlüklerle ilgili bir sorun yok ama Türkiye'de rejimi akıl ve bilim ekseninden koparıp, teokratik ve totaliter bir temele oturtmak isteyen iç ve dış çevreler var. Biz bir hukuk kurumu olarak, iç ve dış odakların rejim üzerindeki oynamalarıyla ilgili konularda gerek halkımızın gerekse yurttaşlarımızın dikkatini çekmeye özen gösteriyoruz. O anlamda yani 301 ile ilgili konuya da bu çerçevede bakmalı, bu çerçevede mütalaa etmenin doğru bir yaklaşım olduğunu düşünüyoruz. Yani biz Baro olarak "reform" daha iyi hale getirmek istenen iyileştirmedir, düzeltmedir diye değerlendiriyoruz. O bakımdan Türkiye'ye dayatılan kimi şeylerin reformla bir ilgisinin, düşünce özgürlüğüyle de bir ilgisinin olmadığını düşünüyoruz.

Jeffrey S. Collins: Teşekkür ederim cevap için. Bir çiftte standarttan söz ettiniz, AB'de Türkiye'ye karşı. Şimdi, kamuoyu yoklamalarında AB'ye giriş konusunda bir düşünüş olduğunu görüyoruz. Daha fazla insan AB aleyhine fikir beyan ediyor. Ama bir taraftan da Başbakan olsun, Bakan Babacan olsun, Dışişleri Bakanı olsun Türkiye'nin AB sürecinin sürdüğünü, bağlılıklarının devam ettiğini söylüyorlar. Sizce Baro olarak ya da meslektaşlarınız AB'nin çiftte standardından söz ettiniz, bu durumda, bu konudaki beklentiniz nedir.

Av. Nevzat Erdemir: Bakın ben her fırsatta söylüyorum. Türkiye 1923 Devrimiyle, Mustafa Kemal'le temel tercihinin yapmıştır ve bu tercih devletin ve toplumun yaşamına dinsel kurallar, teokratik kurallar yerine aklın ve bilimin pozitif hukuk kurallarının egemen olmasını öngören bir tercihtir. Doğru olan tercih de bizce budur. Ama geldiğimiz noktada örneğin Kıbrıs'ın Türkiye'nin katılmadığı hiçbir uluslararası kuruluşla üye olarak katılamaması gerektiği halde Kıbrıs, Türkiye'den evvel Londra ve Zürih Anlaşmalarına aykırı şekilde Birlik'e üye olarak kabul edilmiş bulunmaktadır. Türkiye'nin geçmişinde bir soykırım yoktur. Türkler zorda kalan, darda kalan uluslara yardım etmiş insanlardır. Öyle bir ülkedir Türkiye. Ama Birlik'e üyelik koşulları arasında Türklerin Ermenilere soykırım yaptığı şeklinde bir önkoşul konulmuştur. Evet 1914'te 1. Cihan Savaşı sırasında bir dram yaşanmıştır. Ama burada katliama uğrayan Türklerdir. Evleri tahribata uğ-

rayan, mühimmat depoları uçurulan, erzak depoları uçurulan Türklerdir. Savaş koşulları içinde bir takım Ermeni unsurların oradaki ahaliye zulüm yapması üzerine münhasıran orada şeye bulaşan insanları Osmanlı zorunlu olarak göçe tabi tutmak zorunda kalmıştır. Bunu savaş koşulları içinde değerlendirmek gerekir. Göç sırasında bir takım zayıatlar verilmiştir. Onlar keşke olmasaydı. Ama bunun sürekli olarak Türkiye'nin ısıtılıp önüne konulmasını biz Baro olarak hasmane bir tutum olarak değerlendirmekteyiz. Yine yakın tarihte Fransız Parlamentosu'nun İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin 10. maddesine aykırı şekilde Ermeni soykırımı olmadığını özgürlüğü bağlayıcı ceza verilmesini ve para cezası verilmesini öngören yasal düzenleme yapmıştır. Şu ana kadar on beş ya da on altı tane Avrupa Parlamentosu da aynı doğrultuda karar almıştır. Yani Montesquie'den bu yana gelen kuvvetler ayrılığı ilkesine göre; yasama organının kendisini yargı organı yerine koyduğu bir yerde hukuktan, insan haklarından bahsetmek olanaklı değildir. Bu yoldaki dayatmaları da biz iyi niyetli dayatmalar olarak değerlendirmemekteyiz. Bir başka olgu da; Türkiye 1984'ten bu yana yoğun bir terörist saldırıya maruzdur. Türkiye yaklaşık otuz bin insanını teröre kurban vermiştir. Birçok insanımız yaralanmış, sakat kalmıştır. Türkiye'nin üye olmaya çalıştığı bir takım Avrupa ülkeleri teröre destek olmaktadır. Bunlardan İtalya'nın terörist unsurlara "topuk koparan mayınlarını" verdiğini bilmekteyiz. Gene Fransa'nın, gene üzülerek beyan ediyorum, PKK'ya, ayrılıkçı unsurlara siyasal destek verdiği ortada. Bunlar ülkemiz açısından iyi şeyler değil. Türk Halkı'nın, öyle sanıyorum önemli bir kesimi, hepsi için söylemiyorum ama Birlik'e üye olan ülkelerin önemli bir bölümünün Türkiye'ye yönelik hasmane tutumunun da farkındadırlar. Bu mevcut haliyle ilişkilerin eşitler arası ilişkiler tarzında da yürümediği ayrı bir vakıdır. Yani yönünü akla dönmek, bilime dönmek başka bir şey, başkasının sizin önünüze koyduğu yol haritasına uygun eylem ve işlem tesis etmek çok farklı bir şeydir.

Av. Mehmet Kozan: Başkanım, Başbakan ve Babacan ile ilgili görüşlerinizi de söylerseniz...

Av. Nevzat Erdemir: Babacan'la ilgili bahsetti. Babacan'ın beyanlarıyla, Recep Tayyip Erdoğan'ın beyanlarının şu anda Türk Halkı'nın genelinin kanaatlerini yansıttığını düşünmüyö-

rum. Zaten onların kendilerinin yaptığı anketler kamuoyu desteklerinin de çok ciddi şekilde azaldığını ortaya koymaktadır. Yani onların o beyanlarını o çerçevede mütalaa etmek gerektiğini düşünüyorum. Bir şey daha ilave edeyim. Mesela, 2004'te yanılmıyorsam Fransız Parlamenter Elen Fredurt Diyarbakır'a gitti. Diyarbakır'da şöyle bir demeç verdi: "Burası Kürdistan'ın başkenti olacak yerdir" Yani böyle bir beyanı Türkiye'nin içişlerine karışmanın da ötesinde hasmane bir beyan olarak görmek lazım. Bizim dostumuz olan ya da bizimle birlik içinde olmak isteyen insanların bizim toprak bütünlüğümüze saygılı olmasını beklemek herhalde hakkımız olsa gerektir. Geçmişte, öyle sanıyorum, bize tankları, topları ordularıyla geldiler. Gelenlerden bir tanesi de Fransa'ydı. Yani şimdi bize öyle koşullar öne sürüyorlar ki, geçmişte tankları, topları, ordularıyla yapamadıkları şeyleri AB'ye uyum adı altında bize dayatmak istediklerini görüyoruz. Ve bunu gören de Türkiye'de çok sayıda insan var. Bu böyle gitmeyecek. Türkiye yeniden ayağa kalkacak, bu sömürge ilişkisine, bu tek yanlı dayatmalara eninde sonunda Türk Halkı aynı milli mücadele döneminde olduğu gibi isyan edecek ve bu tip teslimiyetçi gidişe evet diyenleri de aynen son padişahı ve onun sadrazamını vs. yönetimden uzaklaştırdığı gibi, böyle uzaklaştıracaktır. Bizim hiç kimsenin, hiçbir ülkenin bir karış toprağında bir tek karış toprağında gözümüz yok ama bizim ülkemizin kısmen Kürdistan kısmen Ermenistan yapılması bizi çok şiddetli şekilde rahatsız eder. Bir de şunu ifade etmeme müsaade edin. Biz ABD'nin dostluğunu çok önemsiyoruz. Biliyorsunuz geçmişte Kore'ye, Somali'ye asker gönderdik. Yine Lübnan'da, Afganistan'da askerimiz var. Ama Irak'ın kuzeyinde on iki askerimizin kafasına çuval geçirilmesini de biz bir türlü hazmedemedik, Türk Halkı hazmedemedi. Umarım, dilerim Türkiye-ABD ilişkileri de bundan sonraki süreçte iki ülkenin karşılıklı menfaatlerini koruyacak bir rota üzerinde, bir zemin üzerinde gelişir. Biz ABD'nin terörle mücadelesini, maruz kaldığı 11 Eylül Dünya Ticaret Merkezi'ndeki saldırıları üzüntüyle izledik. Terörle mücadelesi saygıya değer bir mücadeledir. Ama bizim terörle mücadelemiz konusunda da meşru müdafaa hakkımızın kullanılmasına –Irak'ın kuzeyini kastediyorum- engel olunmamasını diliyorum. Çünkü insan haklarının hayata geçmesi, terörist unsurların bertaraf edil-

mesiyle, etkisiz kılınmasıyla ilgili. Etnik kökeni ne olursa olsun bizim Türkiye Cumhuriyeti olarak, Kemalistler olarak kimseyle problemimiz yok. Çünkü Mustafa Kemal diyor ki; "Türkiye Cumhuriyeti'ni kuran halka Türk Milleti denir". Yani etnik kökeni ne olursa olsun her insan bu ülkenin birinci sınıf yurttaşıdır. O itibarla bu temennimi de, ilişkilerin düzeltilmesine yönelik bu temennimi de bir hukuk kurumunun başkanı olarak tarihe not düşme anlamında belirtmeyi de kaçınılmaz bir görev olarak sayıyorum. Ama bunu hiçbir şekil ve surette ABD Halkıyla Türk Halkı'nın problemi olduğu şekilde algılanmamasını istiyorum. Türk halkı geçmişte de Amerikan halkına en ufak bir husumet beslememiştir. Ama Türkiye ABD ilişkilerinin normalleştirilmesi isteniyorsa, özellikle insan hakları konusunda ABD'nin gösterdiği hassasiyetin Türkiye'nin terörle mücadelesinde de gösterilmesinin gerektiğini düşünüyorum. PKK'nın şu anda Irak'ın kuzeyinde açtığı büroların kapatılması Türkiye'nin meşru müdafaa hakkına da engel olunmamasına yönelik politikalar geliştirilmesi gerekir. Geleneksel Türk-Amerikan dostluğunun da bunu gerektirdiğini düşünüyorum.

Jeffrey S. Collins: Çok teşekkür ederim cevap için. Türk Halkı ve Amerikan Halkı arasında iyi ilişkiler olduğunu biliyorum ve Türkiye'nin terörle mücadelesini biz gayet iyi anlıyoruz. Amerikan Hükümeti de en üst düzeyde bunun farkında. General Rawson olsun Bakan Rice olsun büyük dikkatle tespit ediyorlar. Türkiye'nin bazı eleştirilerini anlıyoruz. Ancak şunu bilmenizi isterim ki Amerikan Hükümeti'nde üst düzeyde bu konuya ilgi gösteriliyor. İzniniz olursa meslektaşınız avukatlara da bir soru sormak istiyorum. Ben de bir avukat olduğum için danışmak istiyorum. Geçen yıl büyük değişiklikler oldu Türkiye'de yeni bir ceza yasası ve temel yasalarda. Ancak bazı yasaların uygulanmasında problem var diye duydum. Bölgede bunu hissediyor musunuz duyuyor musunuz? Bu ister gözaltına alınanların hemen avukatla görüştürülmeleri konusu olsun ya da polisin muamelesi olsun. Bizim sistemimizde de bu tür problemler var. Bu değişiklikten sonra da sorunlar devam edebiliyor.

Av. Mehmet Kozan: Amerikan sisteminde yapılan değişikliklere ilişkin olarak bir benzerlik açısından mı değerlendirelim, Türkiye açısından mı?

Jeffrey S. Collins: Yok. Amerikan sisteminde problemler var. Uygulamada burada da olduğunu görüyorum. Bu bölgeye has bir uygulama sorunu var mı?

Av. Mehmet Kozan: Şimdi uygulama sorunu açısından şunu değerlendirmek gerekiyor. Türkiye'deki kanun değişikliklerini 2001 yılından bu yana, AB'ye uyum sürecinden başlayan bir süreçte değerlendirmek gerekiyor. Bu kanun değişiklikleri çok acil bir şekilde alelacele altyapısı hazırlanmadan sırf hükümetin AB'ye uyum sağlamak amacıyla hazırladığı ve üstün körü hazırlanan belli kanun tasarıları oldu. Geçen yıl, 2005 yılında Nisan ayında yürürlüğe girecek olan kanuna ilişkin başkanımızın o dönemde yaptığı bir basın açıklaması vardı. Pamukova'da bir hızlı tren faciası olmuştu biliyorsunuz. O dönemde başkanımız bir açıklama yapmıştı. Bu kanun bu şekilde yasalaşırsa altyapısı hazırlanmadan Pamukova'da yaşanan tren faciasından daha büyük hukuk faciaları yaşanır. Ben geçen dönem de baro yönetim kurulu üyesiydim. Ceza Muhakemesi Komisyonu'nda sorumlu yönetim kurulu üyesiydim. Biz son üç yıldır CMK konusunda ödenek ayrılması, taleplerin artması ve belli altyapının hazırlanmaması konusunda gerek avukat arkadaşlarımız gerek yönetim olarak ve gerekse TBB olarak çok zor durumda kaldık. Özellikle avukatlara verilen hazırlık ve mahkemelerdeki görevlere ilişkin ödemeler yapılmadığı ve hala İzmir Barosu'nun bildiğim kadarıyla sekiz ila on üç trilyon arası alacağı var. Türkiye çapını düşünürseniz yüz trilyonu aşmış olacak var.

Av. Nevzat Erdemir: Yani yasal düzenlemenin maddi altyapısı zorunlu müdafilik kurumu ile ilgili...

Jeffrey S. Collins: O sorun çözüldü diye okumuştuk gazetelerde...

Av. Nevzat Erdemir: 10 Ağustos 2006 tarihinde Başbakan, Maliye Bakanı, Adalet Bakanı, Devlet Bakanı Mehmet Ali Şahin'in katılımıyla İstanbul'da bir toplantı yapıldı. O toplantıda Sayın Başbakan ödeme sorunun çözümü konusunda bizim yanıımızda Maliye Bakanı, Adalet Bakanı ve Devlet Bakanı'na talimat verdi. Kısmi bir ödeme yapıldı o talimattan sonra. Ama avukat alacakları olduğu yerde duruyor. Yani meslektaşım Kozan söyledi. Yasa yapım çalışması sırasında çok acele edildi. Düzenle-

me aceleye getirildi. Biz de o konuda uyarı yapmıştık. Bu uyarılar dikkate alınmadı. Çağdaş uygarlığı yaşayan ülkelerdeki ceza yasalarından birisinin aynen iktibas edilmesinin daha uygun bir yöntem olacağını ifade etmiştik. Bu görüşümüzü de yineliyoruz. Zaten sayı konusunda yanılmış olabilirim ama benim bilebildiğim kadarıyla o yasa yürürlüğe girdikten sonra altıncı kez değişikliğe uğradı. Altı yama yapıldı. Ama yamayla düzelecek gibi pek görünmüyor.

Av. Mehmet Kozan: Başkanım bir de bir hususu ekleyeyim. Meslektaşımızın daha çok ilgisini çekebilirim. Türk hukuk sistemi Kara Avrupası hukuk sistemidir. Ancak bu yeni yasal düzenlemeyle Anglo-Amerikan artı Kara Avrupası karışımı bir şey yapıldı.

Av. Nevzat Erdemir: Yani sistem bütünlükten yoksun bir hale geldi.

Av. Mehmet Kozan: Çok dağınık bir şey oldu. Mesela bir çapraz sorgu Amerikan hukuk sisteminde çok önemli; ancak Türkiye’de uygulaması çok zor olduğu halde bunu bir şekilde sistem oluşturmak adı altında yerleştirdiler. Şu an yargı tıkanma noktasında. Bir uzlaşma müessesesi Amerika’da çok önemliken, Türkiye’de uzlaşmanın kapsamı niteliği belirlenmeksizin her şey birbirine karıştırıldı.

Av. Atilla Ertekin: Ben de CMK’dan sorumluyum. Bizim gözetiminde çok fazla sıkıntımız yok. Özellikle karakollar açısından. Karakollarda sanıklarla müdafiler görüştürülüyor bir sıkıntı yok. Bazen büyük merkez şubelerde, asayiş bürolarında sorun olabiliyor. Diğer yandan gözlemlendiğim kadarıyla jandarma polisten daha eğitilmiş. Jandarma uygulamayı daha iyi biliyor. Çünkü onlarda bu konuyla ilgili askerlere sürekli bir eğitim veriliyor. Ama emniyet teşkilatında bu yok. Gözetimdeki süre aşımı terörle mücadele ve organize suçlarla ilgili birimlerde sıkıntı yaratabiliyor. Artı orada uygulanan gizlilik kararları var. Bu gizlilik kararlarından dolayı etkin bir savunma yapamıyorsunuz. Hakim karşısına çıkana kadar sanıklar neyle suçlandıklarını dahi bilmiyorlar. En önemli sıkıntılardan bir tanesi de aslında yasa güzel yani hazırlayan Bahri Hoca’nın hazırladığı güzel bir kanun ama davalar uzun sürüyor.

Av. Nevzat Erdemir: O da yargıda çok ciddi bir şekilde personel sıkıntısı olmasıyla ilgili bir problem. Şu andaki yargıç ve savcı sayısının en az yedi sekiz katına çıkarılması gerekiyor. Davaların uzamasının nedeni de özellikle hukukçu personel ile yardımcı personel, yargıç, savcı eksikliğinde aramak lazım. Yani yargıçlarımız, savcılarımız büyük bir gayret içindeler. Çok önemli bir çaba içindeler yeni sisteme uyma konusunda. Ama yargının birikimi, deneyimi, avukatların da yargıç, savcı kadrolarına kaydırılmak suretiyle takviye edilmesi gerekiyor. Biz baro olarak yani şey de hukukçuların stajda teklik ve eşitlik ilkesini savunuyoruz. Birikimli, deneyimli avukatların bu birikimden ve deneyimden sadece ilk derece mahkemelerinde değil, Yargıtay, Danıştay, Uyuşmazlık Mahkemesi, Anayasa Mahkemesi'nde kısmen yararlanılması gerektiği yönünde de savaşım veriyoruz. Yani ciddi bir kadro sıkıntısı söz konusu.

Jeffrey S. Collins: Çoğunu dinlerken anladım. Ama arabada giderken son kısmın üzerinden geçeceğim. Şimdi geç kaldığımız için öncelikle çok teşekkür ediyorum bize vakit ayırdığınız için ve bu diyalog için teşekkür ederiz. Benim işimin çok önemli bir parçası bu tür bilgi alışverişi insan hakları konusunda olsun, Türkiye'deki fikirlerin ne olduğunu dinlemek açısından olsun ve AB'ye karşı tutum açısından olsun çünkü o da benim izlediğim konulardan bir tanesi eğer ben gelecek olursam burada, siz Ankara'ya gelecek olursanız orada arzu ederim diyalogumuzu, görüş alışverişimizi devam ettirelim ve bana herhangi bir zaman sorunuz olursa telefonla, e-maile....

Av. Nevzat Erdemir: Çok teşekkür ederim ben ilgileri için, teşekkür ettikleri için. Ama bir husus da ilave edeyim. Konu insan hakları olduğu için. Ben Irak'ta yaşanan insan hakları ihlallerinin bir an önce nihayet bulmasını, oradaki işgalin nihayet bulmasını temenni ediyorum. Gene ilave etmem gerekirse batının Irak'ta yaşanan insan hakları ihlalleri konusunda en son devlet başkanının idamı konusunda da çifte standartlı davrandığını düşünüyorum. Dünyanın hiçbir uygar ülkesinde bir insanın yaşamına kukla bir mahkeme aracılığıyla hem de kutsal bir gün de son verilmesini insan haklarıyla bağdaştıramadığımı da vurguluyorum. Umuyorum diliyorum orada o göstermelik mahkemeler diğer Irak'ın halkını yargı adına katletme hakkını kendisinde görmez.

ABD de orada etkin bir güç olarak kukla mahkemelerin faaliyetine bir an önce son verir. Oradaki işgale de nihayet verir.

Jeffrey S. Collins: Irak ile ilgili eleştirileriniz bizim için çok önemli. Türkiye gibi bir ülkeden gelen bu tür eleştiriler ABD tarafından dinleniyor ve bir yere kadar da Amerikan politikalarını etkiliyor. Doğrudan yüz yüze bu eleştiriye dinlemek de bizim için önemli ve yararlı.

Av. Nevzat Erdemir: Çok teşekkür ederim ben bu duyarlılıkları için. Umarım bu temennileri somut politikalara dönüşür. Ben gerçekten bu yararlı görüşme için hem size Jale Hanım hem de konuğumuza barom adına teşekkür ediyorum.

Jeffrey S. Collins: Çok teşekkür ederiz.

HAKEMLİ MAKALE

Avrupa Birliği Vatandaşlarının ve Aile Fertlerinin Üye Devlet Ülkelerinde Serbestçe Dolaşımına İlişkin 2004/38 Sayılı Direktif Hakkında Genel Bilgilendirme

■ Pınar BAKLACI(*)
Esen AKINTÜRK(**)

Özet

Bu çalışmanın amacı, Birlik vatandaşlarının ve aile fertlerinin Üye Devletlerin ülkelerinde serbestçe dolaşım ve ikamet hakkına dair 2004/38 AT sayılı Direktif hükümlerini incelemektir. Direktif, 29 Nisan 2004 tarihinde Avrupa Parlamentosu ve Konsey tarafından kabul edilmiştir. Direktif önemli yenilikler getirmekte, özellikle aile ferdi kavramının kapsamını genişletmektedir. Direktifin amacı, Birlik vatandaşlarının ve aile fertlerinin Avrupa Birliği içerisinde dolaşımını kolaylaştırmak ve bürokratik engelleri kaldırmaktır.

Anahtar Kelimeler:

Avrupa Birliği, Birlik vatandaşı, Birlik vatandaşlarının dolaşım serbestisi, serbest dolaşım ve ikamet hakkı.

(*) Yrd. Doç. Dr., Dokuz Eylül Üniversitesi, İşletme Fakültesi, Uluslararası İlişkiler Bölümü, Devletler Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

(**) Arş. Gör. Dr., Dokuz Eylül Üniversitesi, İşletme Fakültesi, Uluslararası İlişkiler Bölümü, Devletler Hukuku Anabilim Dalı.

I. 2004/38 sayılı Direktifin Amacı ve Kapsamı

29 Nisan 2004 tarih ve 2004/38 sayılı Birlik vatandaşlarının ve aile fertlerinin Üye Devletlerin ülkelerinde serbestçe dolaşım ve ikamet hakkına dair Avrupa Parlamentosu ve Konsey Direktifi,¹ 1612/68 sayılı Tüzüğü² değiştirmekte ve 64/221,³ 68/360,⁴ 72/194,⁵ 73/148,⁶ 75/34,⁷ 75/35,⁸ 90/364,⁹ 90/365,¹⁰ 93/96¹¹ sa-

1) *Official Journal*, L 158, 30.04.2004. Söz konusu Direktife ilişkin düzeltmeler (Corrigendum) için bkz., *Official Journal*, L 229, 29.06.2004 ve *Official Journal*, L 197, 28.07.2005. [29.06.2004 tarihli Avrupa Birliği'nin Resmi Gazetesinde (*Official Journal of the European Union*) yayımlanan Corrigendum'da Direktifin numarası 2004/58 olarak ifade edilmiş, daha sonra 28.07.2005 tarihli Resmi Gazetede 2004/38 olarak düzeltilmiştir.]

2) 1612/68 sayılı Tüzük işçilerin Topluluk içinde serbest dolaşımı hakkındadır. *Official Journal*, L 257/2, 19.10.1968. Tüzüğün işçi ailelerine ilişkin hükümleri (m. 10-11) 2004/38 sayılı Direktifle kaldırılmaktadır.

3) 64/221 sayılı Direktif kamu düzeni, kamu güvenliği veya kamu sağlığı gerekçeleri ile serbest dolaşım hakkına getirilebilecek kısıtlamaların koordinasyonuna ilişkindir. *Official Journal*, P 056, 04.04.1964.

4) 68/360 sayılı Direktif, Üye Devlet işçileri ve ailelerinin Topluluk içindeki dolaşimleri ve ikametleri üzerindeki sınırlamaların kaldırılması hakkındadır. *Official Journal*, L 257/13, 19.10.1968.

5) 72/194 sayılı Direktif, Üye Devletlerin ülkesinde çalıştıktan sonra ülkede kalma hakkının kullanımını işçileri de kapsar şekilde genişletmektedir. *Official Journal*, L 121, 26.05.1972.

6) 73/148 sayılı Direktif, Topluluk içinde Üye Devlet vatandaşlarının yerleşme ve hizmet sunumuna ilişkin dolaşım ve ikametleri üzerindeki sınırlamaların kaldırılmasına ilişkindir. *Official Journal*, L 172, 28.06.1973.

7) 75/34 sayılı Direktif, Üye Devlet vatandaşlarının bağımsız çalışan olarak faaliyette bulunduğu diğer bir Üye Devletin ülkesinde kalma haklarına ilişkindir. *Official Journal*, L 014, 20.01.1975.

8) 75/35 sayılı Direktif, bir başka Üye Devletin ülkesinde bağımsız çalışan olarak faaliyette bulunduktan sonra o Üye Devlette kalma hakkını kullanan Üye Devlet vatandaşlarını da içeren, yabancı vatandaşların, kamu düzeni, kamu güvenliği veya kamu sağlığı gerekçelerine dayalı dolaşım ve ikametine ilişkin kısıtlamaların koordinasyonuna ilişkin 64/221 sayılı Direktifin kapsamını genişleten Direktiftir. *Official Journal*, L 014, 20.01.1975.

9) 90/364 sayılı Direktif, ikamet hakkına ilişkindir. *Official Journal*, L 180, 13.07.1990.

10) 90/365 sayılı Direktif, mesleki faaliyetini sona erdiren ücretli veya kendi hesabına çalışanların ikamet hakkına ilişkindir. *Official Journal*, L 180, 13.07.1990.

11) 93/96 sayılı Direktif, öğrencilerin ikamet hakkına ilişkindir. *Official Journal*, L 137, 18.12.1993.

yılı Direktifleri yürürlükten kaldırmaktadır.¹²

2004/38 sayılı Direktif, Birlik içerisinde serbest dolaşım ve ikamet hakkına ilişkindir. Direktif 30 Nisan 2004 tarihinde yürürlüğe girmiştir.¹³

Kişilerin serbest dolaşımı AB’de iç pazarın temel özgürlüklerinden birini oluşturmaktadır. Birlik vatandaşlığı¹⁴ Birlik vatandaşlığı herkese Üye Devletlerin ülkesinde serbest dolaşım ve ikamet hakkı vermektedir. Birlik vatandaşları, andlaşmada öngörülen sınırlamalar ve şartlarla AB üyesi Devletlerin ülkelerinde dolaşım ve ikamet serbestisine sahiptir.¹⁵ Üye Devlet vatandaşları serbest dolaşım ve ikamet hakkını kullanırken, Birlik vatandaşlığı asıl statüleri olmaktadır.¹⁶ Bu nedenle, özellikle işçiler, kendi hesabına çalışanlar, öğrenciler ve ekonomik faaliyette bulunmayan diğer kişiler ile ilgili mevcut Topluluk belgelerinin sadeleştirilmesi ve tüm Birlik vatandaşlarının, serbest dolaşım ve ikamet hakkının güçlendirilerek kodifiye edilmesi ve gözden geçirilmesi önem taşımaktadır.

12) 2004/38 sayılı Direktif 30 Nisan 2006 tarihinden itibaren 1612/68 sayılı Tüzük m. 10-11 hükümlerini ve sayılan Direktifleri yürürlükten kaldırmaktadır. 13) 2004/38 sayılı Direktif hakkında genel bir bilgi için bkz., PEERS, Steve., “Key Legislative Developments on Migration in the European Union”, *European Journal of Migration and Law*, Volume 6, Number 3, December 2004, s. 266-267; CARRERA, Sergio., “What Does Free Movement Mean in Theory and Practice in an Enlarged EU”, *European Law Journal*, Volume 11, No 6, November 2005, s. 711 vd.

14) Direktif bakımından “Birlik vatandaşı (Union citizen)” terimi, Üye Devlet vatandaşlığını taşıyan kişileri ifade etmektedir. “Birlik vatandaşlığı” kavramı 1992 yılında Maastricht Andlaşması ile getirilmiştir. Üye Devlet vatandaşlığını taşıyan her kişi Birlik vatandaşıdır. Birlik vatandaşlığı kişinin sahip olduğu vatandaşlığın yerine geçmez, onu tamamlar (m. 17). Birlik vatandaşları, bulundukları Üye Devlette birçok açıdan o devlet vatandaşları ile eşit haklara sahip olmaktadır. Birlik vatandaşlığını ifade etmek üzere “AB vatandaşlığı” ifadesi de kullanılmaktadır. Birlik vatandaşlığı ile ilgili genel bilgi için bkz., CRAIG, Paul/BÚRCA DE Gráinne., *EU Law, Text, Cases, and Materials*, Third Edition, Oxford University Press, 2003, s. 755 vd.; Belirtmek gerekir ki, Üye Devletler kendi vatandaşlıklarını verme konusunda takdir hakkına sahip bulunmaktadır. Her Üye Devlet kendi vatandaşlığını kendi iç hukukuna göre belirlemektedir. DEARDS, Elspeth/HARGREAVES, Sylvia., *European Union Law, Textbook*, Oxford University Press, 2004, s. 64 vd.

15) Serbest dolaşım ve ikamet hakkı Birlik vatandaşlarına tanınan en önemli haklardan biridir.

16) Bkz., 2004/38 sayılı Direktif başlangıç bölümü paragraf 3.

2004/38 sayılı Direktif, Birlik vatandaşlarının ve aile fertlerinin AB Üyesi Devletlerin ülkelerinde serbestçe dolaşımına ve ikametine ilişkin düzenlemeler içermektedir. Vatandaşı olduğu Üye Devlettten diğer bir Üye Devlete giden veya o Üye Devlette ikamet eden tüm Birlik vatandaşlarına ve aile fertlerine bu Direktif uygulanacaktır. Direktiften yararlanacak olan kişilerin belirtildiği 3'üncü maddeye göre Direktif, vatandaşı olduğu Üye Devletin dışında diğer bir Üye Devlete giden veya ikamet eden Birlik vatandaşlarına ve Direktifin 2'nci maddesinin ikinci fıkrasında tanımlanan aile fertlerine uygulanacaktır. Direktif serbest dolaşımı ve ikamet hakkının uygulanmasını kolaylaştırmaktadır. Direktif tüm Birlik vatandaşlarına uygulanmaktadır. Bu bağlamda, iş arayanlar, işçiler, kendi hesabına çalışanlar, hizmet sunanlar ve alanlar, öğrenciler, emekliler ve ekonomik faaliyette bulunmayan diğer Birlik vatandaşlarına Direktif hükümleri uygulanacaktır.

Dağınık durumda bulunan mevzuatı tek bir belgede toplama-ya çalışan Direktif, Avrupa Birliği içerisinde Birlik vatandaşlarının ve aile fertlerinin serbest dolaşım (çıkış ve giriş hakkı) ve ikamet hakkının (üç aya kadar ve üç aydan fazla) kullanımına ilişkin koşulları ve kuralları belirlemektedir.¹⁷

Vatandaşlık temeline dayalı ayrımcılık yasağına uygun olarak, bu Direktife göre Üye Devlette ikamet eden tüm Birlik vatandaşları ve aile fertleri, bu Üye Devlette Avrupa Topluluğu Andlaşması ile düzenlenen alanlarda, Andlaşmada açıkça yer alan özel hükümlere ve ikincil hukuka bağlı olarak, o devlet vatandaşları ile eşit muamele hakkına sahiptir.¹⁸

2004/38 sayılı Direktif daha lehte düzenlemeler getiren ulusal mevzuat hükümlerini etkilememektedir.

Ayrıca Direktif, 2003 yılı Katılım Andlaşmasında düzenlenen geçiş düzenlemelerine dayalı olarak kabul edilen, işçilerin iş piyasalarına girişlerine Üye Devletlerin sınırlama getirme hakkına dokunmamaktadır.

Direktifin temel felsefesi, Birlik vatandaşlarının, Üye Devletler

17) CARRERA, s. 711.

18) Bkz., 2004/38 sayılı Direktif başlangıç bölümü paragraf 20 ve m. 24.

arasında, bulunduğu o Üye Devletin vatandaşları ile aynı şartlarda dolaşımının veya ikamet yerini değiştirmesinin sağlanmasıdır. İlave idari işlemler ve hukuki yükümlülükler asgari düzeyde tutulmalıdır.¹⁹ Bir başka ifadeyle, Direktif, kabul eden (ev sahibi) Üye Devletin²⁰ ülkesinde oturan Birlik vatandaşlarının ve aile üyelerinin bu Üye Devlet vatandaşları ile eşit muameleye tabi olmasını teyit etmektedir. Direktif, Avrupa Birliği vatandaşlarının ve aile fertlerinin serbest dolaşım ve ikametini genişletmekte ve Avrupa Birliği bütünleşmesinde önemli görülmektedir.²¹

2004/38 sayılı Direktif;

a- Birlik vatandaşları ve aile fertlerinin Üye Devletlerin ülkesinde serbest dolaşım ve ikamet hakkının kullanımına ilişkin koşullarını;

b- Birlik vatandaşları ve aile fertlerinin Üye Devletin ülkesinde devamlı ikamet hakkını;

Yukarıda a ve b bentlerinde sayılan iki hakka kamu düzeni, kamu güvenliği ve kamu sağlığı nedenleri ile getirilebilecek kısıtlamaları düzenlemektedir (madde 1).

Diğer bir Üye Devlet ülkesine girişleri veya ikametleri reddedilen Birlik vatandaşlarına ve aile fertlerine yargısal yollara başvuru imkanı tanınmalıdır.²²

2004/38 sayılı Direktif yedi bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde, genel hükümler (madde 1-3); ikinci bölümde, giriş ve çıkış hakkı (madde 4-5); üçüncü bölümde, ikamet hakkı (madde 6-15); dördüncü bölümde, daimi (devamlı-süreklî) ikamet hakkı (madde 16-21); beşinci bölümde, ikamet hakkına ve daimi ikamet hakkına ilişkin ortak hükümler (madde 22-26); altıncı bölüm-

19) REICH, Norbert., "The Constitutional Relevance of Citizenship and Free Movement in an Enlarged Union", *European Law Journal*, Vol. 11, No: 6, November 2005, s. 683.

20) Kabul eden (ev sahibi) Üye Devlet, Birlik vatandaşının serbest dolaşım ve ikamet hakkını kullanma amacı ile gittiği Üye Devleti ifade etmektedir (m. 2/3).

21) "Enhancement of free movement and residence rights for EU citizens: a new milestone in EU integration process", <http://europa.eu.int/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/06/554&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en> (erişim tarihi: 13.06.2006).

de, kamu düzeni, kamu güvenliği veya kamu sağlığı nedenleriyle ülkeye giriş ve ülkede ikamet hakkına getirilen sınırlamalar (madde 27-32) ve yedinci bölümde, son hükümler düzenlenmektedir.

II. Genel Olarak 2004/38 sayılı Direktifin Getirdiği Yenilik ve Değişiklikler

Birlik vatandaşlarının Üye Devletlerde serbest dolaşım ve ikamet hakkını kullanmasını kolaylaştırmak, idari formaliteleri sade bir hale getirerek azaltmak, aile fertleri kavramına açıklık kazandırmak, ülkeye girişin reddi hallerini veya ikamet hakkının sona erdirilmesini sınırlamak amaçlarıyla hazırlanan bu Direktif ile getirilen temel yenilik ve değişiklikler şu başlıklar altında sıralanmaktadır.²³

“Direktif, öncelikle bu alandaki karmaşık mevzuatı (1 Tüzük ve 9 Direktif) kodifiye etmekte ve serbest dolaşım ve ikamet hakkını tek bir hukuki belgede toplamaktadır. Ayrıca, Direktif, Avrupa Topluluğu Adalet Divanı içtihatları tarafından tanınan ve geliştirilen temel ilkeleri kodifiye etmektedir.

AB vatandaşlarının serbest dolaşım ve ikametine ilişkin tek bir hukuki rejim yaratılmaya çalışılmaktadır.

İkamet hakkının kullanımını sağlamak ve kolaylaştırmaktadır. İkamet hakkı bakımından uygulanacak idari işlemler ikamet süresine göre, farklı olmaktadır. Üç aydan uzun süreli ikamet-

22) 2004/38 sayılı Direktifin başlangıç bölümü paragraf 25.

23) “The Directive on the right to move and reside freely in the Union / Seven million European citizens already live in another Member State”, MEMO/06/179, 02.05.2006, HYPERLINK "<http://europa.eu.int/rapid/pressReleasesAction.do?reference=MEMO/06/179&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en>" <http://europa.eu.int/rapid/pressReleasesAction.do?reference=MEMO/06/179&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en> (erişim tarihi: 13.06.2006); “Enhancement of free movement and residence rights for EU citizens: a new milestone in EU integration process” <http://europa.eu.int/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/06/554&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en> (erişim tarihi: 13.06.2006); HYPERLINK "<http://europa.eu/scadplus/leg/en/lvb/l33152.htm>" (erişim tarihi: 09.07.2006); Ayrıca bkz., CARRERA, s. 711 vd.; REICH, s. 683-684.

ler bakımından, Direktifin 8'inci maddesinde ev sahibi (kabul eden) Üye Devletin, AB vatandaşının ilgili makamlara kayıt olmasını isteyebileceği hüküm altına alınmaktadır.

AB vatandaşları ve aile fertleri, üç aya kadar geçerli bir kimliğe ya da pasaporta sahip olma dışında bir işleme veya şarta bağlı olmadan oturabileceklerdir. AB vatandaşının ikamet ettiği Üye Devlette üç ayı aşan oturmalarında ikamet izni alınmasına artık gerek kalmamakta; yetkili makamlara kayıt yaptırılması yeterli görülmektedir.

Belirli şartlarla Birlik vatandaşlarının aile birleşimi hakkına kayıtlı partneri de dahil edilmektedir. Birlik vatandaşının ölümü, evliliğin veya kayıtlı birlikteliğin sona ermesi halinde aile fertlerine ikamet hakkı tanınmaktadır.²⁴

Direktif idari işlemleri azaltmaktadır. Ülkeye giriş ve ikamet hakkı ile bağlantılı idari işlemleri sadeleştirmektedir. Direktifin 5'inci maddesine göre, Üye Devletler Birlik vatandaşlarının geçerli kimlik belgesi veya pasaportla ve üçüncü ülke vatandaşı olan aile fertlerinin geçerli pasaportla girişine izin verirler.²⁵ Birlik vatandaşlarının ikamet belgesi alma yükümlülüğü bulunmamaktadır.²⁶ Ancak, ilgili makamlara kayıt yaptırması gerekmekte ve işçi olarak veya kendi hesabına çalışan olarak ekonomik faaliyette bulunabilmesi için, ikamet şartlarını karşıladığını, yeterli mali imkanlara sahip olduğunu ve kapsamlı hastalık sigortası bulunduğunu kanıtlaması gerekmektedir.

Direktifin getirdiği önemli yenilik, kabul eden Üye Devlette beş yıl ikametten sonra yukarıda sayılan şartlara bağlı olmaksı-

24) Bkz., 2004/38 sayılı Direktif m. 12-14.

25) Üye Devlet vatandaşlığını taşımayan aile fertlerinden 539/2001 sayılı Tüzüğe göre, ulusal hukukça giriş vizesi istenebilecektir. Bkz., Direktif m. 5/2. Birlik vatandaşının veya Üye Devlet vatandaşı olmayan aile ferdinin gerekli seyahat belgelerine sahip olmaması ya da vize gerektiği halde gerekli vizeyi almaması halinde, ilgili Üye Devlet, bu kişileri geri çevirmeden, ilgili kişilere gerekli belgeleri sağlaması ya da makul bir süre içerisinde getirmesi ya da serbest dolaşım ve ikamet hakkının kapsamına girdiklerini kanıtlaması için imkan tanır. Bkz., m. 5/4.

26) Önceden, diğer bir Üye Devlette ikamet eden AB vatandaşlarının düzenli olarak, ikamet izinlerini uzatması gerekmekte idi.

zın daimi (devamlı-sürekli) ikamet hakkının kazanılmasıdır.²⁷ AB vatandaşları ve aile fertleri ev sahibi (kabul eden) Üye Devlette beş yıl sürekli ikamet ettikten sonra daimi ikamet hakkını kazanmaktadır. Kısa süreli ayrılmalar ikametın sürekliliğini etkilememektedir. Bu hak üst üste iki yıldan uzun süreli ayrılmalarda kaybedilmektedir.²⁸ Ev sahibi devletin vatandaşları ile Birlik vatandaşları arasında eşit muamele sağlanmaktadır.

Direktif, daimi ikamet hakkı kazanmış Birlik vatandaşlarının sınır dışı edilmesine karşı korumayı arttırmaktadır”.

2004/38 sayılı Direktif’in 2’nci maddesine göre “aile ferdi” kavramı:

a. Eşi;

b. Eğer ev sahibi Üye Devletin mevzuatı birlikte yaşamayı evliliğe eş görüyorsa, ev sahibi Üye Devletin ilgili mevzuatındaki şartlara uygun olarak, Birlik vatandaşının kayıtlı olarak birlikte yaşadığı kişiyi (partneri);

c. Birlik vatandaşının veya eşinin veya (b) fıkrasında tanımlanan birlikte yaşadığı kişinin 21 yaşın altındaki çocuklarını veya bağımlı çocuklarını;

d. Eşinin veya birlikte yaşadığı kişinin alt ve üst soyundan bağımlı akrabalarını

ifade etmektedir (madde 2/2).

2004/38 sayılı Direktife göre “aile ferdi” tanımının kapsamına girmeyen ve önceden kabul eden (ev sahibi) Üye Devlete giriş ve ikamet hakkından yararlanmayan kişilere giriş ve ikamet izni-

27) Direktif ile düzenlenen Üye Devlet vatandaşı olmayan aile fertlerinin “daimi ikamet belgesi (permanent resident card) ” her on yılda bir kendiliğinden yenilenmektedir. Bkz., Direktif m. 20/1.

28) İkamet süresinde üst üste iki yılı aşmayan kesilmeler daimi ikamet belgesinin geçerliliğini etkilememektedir.

29) 2004/38 sayılı Direktife göre aile fertleri kapsamına girmeyen kişiler kabul eden Devletin ülkesine giriş ve ikamet hakkından doğrudan yararlanamayacaklardır. Bu kişilere giriş ve ikamet izni verilir verilmeyeceği, sözü edilen kişilerin Birlik vatandaşı ile ilişkileri, mali kaynakları, Birlik vatandaşına bağımlılığı gibi koşullar dikkate alınarak kabul eden Devletin ulusal mevzuatına göre incelenecektir. Bkz., 2004/38 sayılı Direktif, giriş bölümü, paragraf 6.

nin tanınip tanınmayacağı kabul eden Üye Devletin ulusal mevzuatına göre, Birlik vatandaşı ile olan ilişkileri ve Birlik vatandaşına mali bakımdan bağımlılığı gibi diğer koşullar dikkate alınarak belirlenecektir.²⁹

İşçilerin serbest dolaşımı hakkında 1612/68 sayılı Tüzüğün 10'uncu maddesinde, göçmen işçilerin ve aile fertlerinin tanımı yer almakta ve buna göre "eş" kavramı, işçiyle evli olan kişi anlamına gelmekte; işçinin birlikte yaşadığı kişiyi kapsamamaktaydı. 2004/38 sayılı Direktif ile aile fertleri kavramının kapsamı genişletilmektedir.³⁰

2004/38 sayılı Direktifin yaptığı değişiklikle 1612/68 sayılı Direktif kapsamına giren aile fertleri bundan böyle şu kişilerden oluşmaktadır: Eş; eğer ev sahibi Üye Devletin mevzuatı birlikte yaşamayı evliliğe eş görüyorsa, ev sahibi Üye Devletin ilgili mevzuatındaki şartlara uygun olarak, Birlik vatandaşının kayıtlı olarak birlikte yaşadığı kişi (partneri); işçinin veya eşinin veya birlikte yaşadığı kişinin 21 yaşın altındaki çocukları veya bağımlı çocukları; işçinin veya eşinin veya birlikte yaşadığı kişinin alt ve üst soyundan bağımlı akrabaları.

1612/68 sayılı Direktifte, eş sadece evli olması koşuluyla işçinin aile ferdi sayılmakta iken, bu durumu 2004/38 sayılı Direktif değiştirmiştir.

Üye Devlet vatandaşı olan işçiler ve ailelerinin orijin devletinden (vatandaşı bulunduğu) başka bir Üye Devlette çalışmak için ayrılma hakları pasaport veya kimlik belgeleri ile kullanılmaktadır. Üye Devletler geçerli bir vize veya eş bir belge talep etmemekte, bu kişileri ülkelerine geçerli bir kimlik kartı veya pasaport ile kabul etmektedirler. 2004/38 sayılı Direktif, ülkeye giriş ve ikamet hakkı ile ilgili idari formalitelere basitlik getirmektedir.

Birlik vatandaşı olmayan aile üyelerinin ev sahibi Üye Devlete girebilmesi için, vizeye sahip olması gerekmektedir. Direktif,

30) Bu konuya ilişkin olarak 2004/38 sayılı Direktifin ilgili hükümleri hakkında açıklamalar, AKINTÜRK, Esen., *Yabancı Uyraklı İşçinin İş Hukuku Karşısındaki Durumu*, Dokuz Eylül Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı, İzmir, 2006 (Yayınlanmamış Doktora Tezi), s. 170 vd.

Üye Devletlerin bu kişilere vize almada gerekli kolaylığı tanıyacaklarını hüküm altına almaktadır (madde 5).

2004/38 sayılı Direktife göre, Birlik vatandaşı olan işçiler veya serbest çalışan kişiler bulundukları Üye Devlette üç aydan uzun bir süre ikamet etme hakkına sahiptir (madde 7/1-a).³¹ Madde 7/1-a'nın uygulandığı Birlik vatandaşlarından geçerli bir kimlik kartı veya pasaport; işvereni tarafından çalışmasına verilen onay veya iş belgesi veya serbest meslek sahibi olduğuna dair deliller, Üye Devletler tarafından istenmektedir (madde 8/3).

Bundan böyle, aşağıdaki durumlarda işçi veya serbest olarak çalışmayan Birlik vatandaşı, işçi statüsünü veya serbest çalışan statüsünü yitirmemektedir (madde 7/3):

- a- Hastalık veya kaza sonucu geçici olarak çalışamaması halinde;
- b- Bir yıldan fazla bir süre çalıştıktan sonra, iradesi dışında işsiz kalması ve ilgili istihdam bürosunda iş arayan olarak kayıtlı olması halinde;
- c- Bir yıldan az belirli süreli iş sözleşmesini tamamladıktan sonra, iradesi dışında işsiz kalması halinde veya iradesi dışında işsiz kaldıktan sonraki 12 ay boyunca (burada da ilgili istihdam bürosuna iş arayan olarak kayıtlı olması gerekiyor, bu durumda işçi statüsü altı aydan az olmayan bir süre muhafaza edilir);
- d- Mesleki eğitime başlaması halinde. İşçi iradesi dışında işini kaybetmezse, işçi statüsünün korunması önceki iş ile ilgili eğitimi gerektirir.

31) Uzun dönemli ikamete ilişkin hükümler önem taşımaktadır. Üç aydan uzun süreli ikamet hakkının koşullarının düzenlendiği m. 7/1'e göre, Birlik vatandaşları, kabul eden Üye Devlette işçi veya serbest çalışan ise; veya kendileri ve aile üyeleri için yeterli mali imkanlara sahipse ve Üye Devlette kapsamlı hastalık sigortası kapsamında iseler, diğer bir Üye Devletin ülkesinde üç aydan uzun süreliğine ikamet hakkına sahip bulunmaktadır. İşçiler, başka bir şarta bağlı olmaksızın ikamet hakkına sahip olmaktadır. Diğer kişiler bakımından ikamet hakkı, yeterli mali imkana sahip olduğunun ve kapsamlı sağlık sigortası kapsamında olduklarının kanıtlanması şartına bağlanmaktadır. Bkz., m. 7.

III. İkamet Hakkı ve Daimi İkamet Hakkına İlişkin Hükümler

Direktif, Birlik vatandaşının ve aile fertlerinin ikamet hakkının kullanımına ilişkin yerine getirilmesi gereken idari işlemleri asgari düzeyde tutan düzenleme getirmeyi amaçlamaktadır.

İkamet hakkı, üç aya kadar ikamet hakkı (madde 6), üç aydan fazla ikamet hakkı (madde 7) ve daimi (sürekli) ikamet hakkı (madde 16 vd.) şeklinde düzenlenmektedir.

Daha önce de belirttiğimiz gibi, kimlik belgesine veya geçerli pasaporta sahip Birlik vatandaşları, diğer Üye Devlete giriş hakkına sahip olmaktadır. Ülkeye giriş veya çıkış vizesi gerekmemektedir. Geçerli pasaporta sahip Üye Devlet vatandaşı olmayan aile fertleri, eşlik ettikleri Birlik vatandaşı ile aynı haklardan yararlanmakla birlikte, 539/2001 sayılı Tüzük uyarınca giriş vizesine tabi tutulabilecektir.³² Gerekli vizenin alınması konusunda Üye Devletler her türlü kolaylığı söz konusu kişilere tanıyacaktı (madde 5/3). Bu Direktif bakımından Direktifin 10'uncu maddesinde bahsedilen geçerli ikamet belgesine (Birlik vatandaşının aile ferdi olarak) sahip olanlar vizeden muaf tutulacaktır (madde 5/2).

Diğer bir Üye Devletin ülkesinde üç aydan kısa süreli bulunmalarda Birlik vatandaşlarının sadece kimlik belgesine veya geçerli pasaporta sahip olması şartı aranmaktadır.³³ Bir başka ifadeyle bu durumda Birlik vatandaşları için ikamet izni kaldırılmaktadır. Üç aydan uzun süreli ikametlerde kabul eden (ev sahibi) Üye Devlet, ilgili kişinin belirli bir süre ülkede bulunmasını kayıt yaptırmayı şartına bağlayabilir.³⁴ Bu durumda Birlik vatandaşları için ikamet izni gerekmemekle birlikte, Üye Devletler ülkeye gi-

32) 539/2001 sayılı Tüzük için bkz., *Official Journal L 81*, 21.03.2001, Tüzükte 453/2003 sayılı Tüzük ile değişiklik yapılmıştır. Bkz., *Official Journal*, L 69, 13.03.2003.

33) Birlik vatandaşları diğer bir Üye Devletin ülkesinde geçerli bir kimlik veya pasaporta sahip olma dışında bir şarta ve işleme tabi olmadan üç aya kadar ikamet etme hakkına sahip olmaktadır (m. 6/1). Bu hüküm, Birlik vatandaşına eşlik eden geçerli pasaporta sahip Üye Devlet vatandaşlığını taşımayan aile fertlerine de uygulanmaktadır.

34) Birlik vatandaşlarına ilişkin idari işlemler hakkında bkz., m. 8.

riş yaptıkları tarihten itibaren üç aydan az olmayan bir süre içerisinde ilgili makamlara kayıt yaptıırma şartını getirebilirler.

Birlik vatandaşının Üye Devlet vatandaşı olmayan aile fertleri ikamet izni için başvuruda bulunmak zorundadır.³⁵ Birlik vatandaşının aile ferdi olarak verilen bu ikamet izinleri verildiği tarihten itibaren asgari beş yıl geçerli olmaktadır.

İkamet belgesi, Birlik vatandaşının Üye Devlet vatandaşı olmayan aile fertlerinin üç aydan uzun dönemli ikametlerinde gerekli olmaktadır. Birlik vatandaşının Üye Devlet vatandaşı olmayan aile fertleri, Birlik vatandaşının aile ferdi olarak ikamet izni için başvuruda bulunmalıdır.

Üç aydan uzun süreli ikamet hakkı, bazı şartlara bağlanmaktadır.³⁶ Bunlar: ücretli veya serbest çalışan olarak ekonomik faaliyette bulunmak veya yeterli mali imkanlara ve hastalık sigortasına sahip olmak³⁷ veya öğrenci olarak mesleki eğitime tabi olmak veya Birlik vatandaşının sayılan kategorilerden birine giren aile ferdi olmaktır.

Birlik vatandaşının ölümü, kabul eden Üye Devletten ayrılması, boşanma, evliliğin iptali veya birlikteliğin sona ermesi, Üye Devlet vatandaşı olmayan aile fertlerinin söz konusu Üye Devlette belli şartlara tabi olarak, ikametini sürdürme hakkını etkilememektedir.³⁸

2004/38 sayılı Direktifin dördüncü bölümü, daimi (sürekli) ikamet hakkına ilişkindir. Direktif'in 16'ncı maddesi bu konudaki genel kuralı getirmektedir. Bu maddeye göre, ev sahibi (kabul

35) Üye Devletler, Birlik vatandaşının Üye Devlet vatandaşı olmayan aile fertlerinin planlanan ikametlerinin üç aydan uzun süreli olması halinde, ikamet belgesi düzenler (m. 9/1). Üye Devlet vatandaşı olmayan aile fertlerinin idari işlemleri hakkında bkz., m. 9.

36) "<http://europa.eu/scadplus/leg/en/lvb/l33152.htm>" <http://europa.eu/scadplus/leg/en/lvb/l33152.htm> (erişim tarihi: 09.07.2006).

37) Bu kişilerin ikametleri süresince kabul eden Üye Devletin sosyal hizmetlerine yük getirmemeleri aranmaktadır. Üye Devletler ilgili kişinin yeterli mali imkanlara sahip olma şartı konusunda asgari belirli bir miktar belirtmek zorunda değildir. Burada ilgilinin kişisel durumunu göz önüne alacaktır.

38) "<http://europa.eu/scadplus/leg/en/lvb/l33152.htm>" <http://europa.eu/scadplus/leg/en/lvb/l33152.htm> (erişim tarihi: 09.07.2006). Bkz., 2004/38 sayılı Direktif m. 12-13.

eden) Üye Devlette hukuka uygun olarak kesintisiz beş yıldan beri ikamet eden Birlik vatandaşları devamlı ikamet hakkına sahip bulunmaktadır (madde 16/1). Bu hüküm, Birlik vatandaşı ile birlikte hukuka uygun olarak kesintisiz beş yıldan beri ev sahibi Üye Devlette ikamet eden Üye Devlet vatandaşı olmayan aile fertlerine de uygulanır (madde 16/2). Bir yıl içerisinde toplam altı ayı aşmayan geçici ayrılmalar veya zorunlu askerlik hizmeti nedeniyle uzun süreli ayrılmalar veya hamilelik, doğum, ciddi hastalık, öğrenim, mesleki eğitim, diğer bir Üye Devlette veya üçüncü bir ülkede görevlendirilme gibi önemli sebeplerden biri yüzünden en fazla birbirini takip eden oniki ay boyunca ayrılmalardan, ikamet devamlılığı etkilenmez (madde 16/3). Sürekli ikamet hakkı bir kez kazanıldıktan sonra; ancak ev sahibi Üye Devletten birbirini takip eden iki yılı aşan bir süreliğine ayrılma halinde kaybedilir (madde 16/4).

Ev sahibi Üye Devlette artık çalışmayan kişiler ve aile fertlerine bir takım istisnalar tanınmaktadır. Direktif'in 16'ncı maddesinde düzenlenen sürekli ikamet hakkına ilişkin kurala istisna olarak, beş yıllık kesintisiz ikamet süresinin tamamlanmasından önce ev sahibi Üye Devlette sürekli ikamet hakkı şu kişilerce kazanılmaktadır:

a- İşçiler ve serbest çalışanlardan işi bıraktıkları zaman ev sahibi Üye Devletin mevzuatına göre emekli aylığına hak kazanmak için gerekli olan yaşa ulaşmış olanlar veya erken emekli olmak için ücretli işi bırakanlar bu Üye Devlette en az bundan önceki on iki ay boyunca çalışmaları ve orada üç yıldan uzun bir süredir ikamet etmeleri koşuluyla (madde 17/1-a). Eğer ev sahibi Üye Devlet hukuku belirli kategorilerdeki serbest çalışanlara emekli aylığı hakkı vermiyorsa, ilgili kişi 60 yaşına ulaştığında yaş şartı karşılanmış olacaktır (madde 17/1-a/2).

b- Ev sahibi Üye Devlette iki yıldan uzun bir süre kesintisiz ikamet eden ve sürekli iş göremez hale gelmesi sonucu çalışmayı bırakan işçi veya serbest çalışan kişiler (madde 17/1-b). Eğer bu iş göremez hale gelme, ilgili kişiye ev sahibi Üye Devletteki kurum tarafından ödenmesi gereken kısmi veya tam tazminata hak kazandıran iş kazası veya meslek hastalığı sonucu meydana gelmişse, ikamet süresine ilişkin şart aranmaz.

c- Ev sahibi Üye Devlette üç yıl kesintisiz olarak çalıştıktan ve ikamet ettikten sonra, kural olarak her gün veya haftada en az bir kez ev sahibi Üye Devlete gidip gelerek, ikametini burada tutarak bir başka üye devlette çalışan işçiler veya serbest çalışanlar (madde 17/1-c). İlgili istihdam bürosunda usulüne uygun kayıtlı olmak koşuluyla işçinin iradesi dışında işsiz kaldığı süreler, işçiden kaynaklanmayan ve işin bulunmaması veya hastalık veya kazaya bağlı olarak işin durması nedenleriyle çalışılmayan süreler çalışmada geçen süreler olarak değerlendirilir (madde 17/1-son paragraf).

Eğer işçi veya serbest çalışan kişi madde 17/1 uyarınca Üye Devlette sürekli ikamet hakkını kazanmışsa işçi veya serbest çalışan kişiyle birlikte, ev sahibi Üye Devlette oturan aile fertleri, vatandaşlıklarına bakılmaksızın, bu Üye Devlette sürekli ikamet hakkına sahiptir (madde 17/3). Bununla birlikte, eğer işçi veya serbest çalışan kişi ev sahibi Üye Devlette çalışırken bu maddenin birinci fıkrasına göre sürekli ikamet hakkı kazanmadan önce ölürse, onunla birlikte ev sahibi Üye Devlette ikamet eden aile fertleri aşağıdaki şartlardan birinin bulunması halinde sürekli ikamet hakkını kazanırlar (madde 17/4):

a- İşçi veya serbest çalışan kişi ölüm zamanında Üye Devlet ülkesinde iki yıldan beri kesintisiz olarak ikamet etmekteyse; veya

b- Ölüm iş kazası veya meslek hastalığı sonucu meydana gelmişse; veya

c- Sağ kalan eş, işçi veya serbest çalışan kişi ile evlenmesi nedeniyle ev sahibi devletin vatandaşlığını kaybetmişse.

İkamet hakkı ve daimi ikamet, kabul eden (ev sahibi) Devletin ülkesinin tamamını içermektedir. Üye Devletlerin ikamet ve daimi ikamet hakkına sınırlama getirebilmesi kendi vatandaşlarına aynı sınırlamaların uygulanması halinde mümkündür (madde 22).

Vatandaşlıklarına bakılmaksızın, Birlik vatandaşlarının aile fertlerinden Üye Devletlerde ikamet hakkı veya daimi ikamet hakkı olanlar bulundukları Üye devlette ücretli veya serbest meslekle uğraşabilirler (madde 23). Burada, Üye Devlette ikamet hakkına veya daimi ikamet hakkına sahip Birlik vatandaşla-

rının aile fertlerinin, vatandaşlığına bakılmaksızın ücretli bir işte veya kendi hesabına çalışmaya hak kazandığı görülmektedir.

IV. 2004/38 sayılı Direktif Uyarınca Kamu Düzeni, Kamu Güvenliği veya Kamu Sağlığı Nedenleriyle Sınırlama Getirilmesi

Direktifin altıncı bölümü, giriş hakkına ve ikamet hakkına kamu düzeni, kamu güvenliği veya kamu sağlığı nedenlerine dayalı olarak getirilen sınırlamalar başlığını taşımaktadır. Bu bölümde yer alan hükümlere bağlı olarak Üye Devletler, Birlik vatandaşlarının ve aile fertlerinin serbest dolaşım ve ikametini kamu düzeni, kamu güvenliği veya kamu sağlığı nedenleriyle sınırlandırabilirler.

Avrupa Topluluğu Andlaşması kamu düzeni, kamu güvenliği veya kamu sağlığı nedenleriyle serbest dolaşım ve ikamet hakkına sınırlamalar getirilmesine izin vermektedir. Kamu düzeni, kamu güvenliği veya kamu sağlığı gerekçeleri ile serbest dolaşım hakkına getirilebilecek kısıtlamaların koordinasyonuna ilişkin 64/221 sayılı Direktif 25 Şubat 1964 tarihinde çıkarılmıştır. 2004/38 sayılı Direktif 30 Nisan 2006 tarihinden itibaren, 64/221 sayılı Konsey Direktifinin yerine geçecektir.³⁹ 2004/38 sayılı Direktif, Birlik vatandaşlarının ve aile fertlerinin Üye Devletlerin ülkelerinde serbest dolaşım ve ikamet etme haklarının kullanımına ilişkin koşullara; Birlik vatandaşları ve aile fertlerinin üye devletlerin ülkesinde sürekli ikamet hakkına ve belirtilen haklara kamu düzeni, kamu güvenliği veya kamu sağlığı nedenleriyle konulan sınırlamalara yer vermektedir. Bu kapsamda, Direktifte kamu düzeni, kamu güvenliği veya kamu sağlığı nedenleriyle ülkeye girme ve ikamet hakkına getirilen sınırlamalara ilişkin hükümler yer almaktadır.

Serbest dolaşımın istisnaları kamu güvenliği, kamu düzeni ve kamu sağlığı sebepleri ile kamu idaresine ve hizmetine ait işlerdir.⁴⁰ Kamu düzeni, işçilerin serbest dolaşımı ilkesinin istisnası

39) Bkz., 2004/38 sayılı Direktif m. 38/2.

40) 64/221 sayılı Direktifteki istisnalara ilişkin olarak ayrıntılı bilgi için bkz., ÖZKAN, Işıl., *Yabancıların Çalışma Hürriyeti ve Avrupa Topluluğunda Kişilerin Serbest Dolaşımı*, Kazancı Hukuk Yayınları No: 152, İstanbul, 1997, s. 56 vd;

için haklı sebep olmaktadır. Bu yüzden çok sıkı yorumlanmalı ve kapsamı her bir Üye Devlet tarafından Topluluk kurumlarının denetimine tâbi olmadan belirlenememelidir.⁴¹ Bununla birlikte, “kamu düzeni” kavramı bir devletten diğer bir devlete değişebileceği gibi, zaman içinde de farklılık gösterebilmektedir. Bu konuda yetkili milli makamlara AT Andlaşması ile getirilen sınırlamalar içerisinde bir alan bırakılmalıdır.⁴² 64/221 sayılı Direktif, kamu düzeni, kamu güvenliği veya kamu sağlığı sebepleriyle yabancıların dolaşım ve ikametine ilişkin özel önlemlerin koordinasyonuna ilişkin düzenleme getirmiştir. Üye Devletler, dolaşım ve ikamet özgürlüğünü, haklı durumlarda, kamu düzeni, kamu güvenliği veya kamu sağlığı gerekçeleri ile kısıtlayabilirler. 64/221 sayılı Direktif bu istisnaların uygulanma koşullarını ortaya koymuştur. Söz konusu Direktif, ücretli veya bağımsız olarak çalışan ve bir Üye Devlette ikamet eden veya diğer bir Üye Devlete giden ya da Üye Devletlerde faaliyet gösterdikten sonra ikamete devam eden kişileri, eşlerini ve aile bireylerini kapsama almaktadır.⁴³ 2004/38 sayılı Direktif, 64/221 sayılı Direktifi kaldırarak onun yerini almıştır. 64/221 sayılı Direktife yapılan atıflar, 2004/38 sayılı Direktife yapılmış sayılacaktır. Yukarıda da belirttiğimiz gibi, 2004/38 sayılı Direktifin altıncı bölümü, kamu düzeni, kamu güvenliği veya kamu sağlığı nedenleri ile ülkeye giriş ve ikamet hakkına getirilen sınırlamalara ilişkin düzenlemelere ayrılmıştır. Direktifin bu bölümündeki hükümlere bağlı kalarak, Üye Devletler Birlik vatandaşlarının ve aile fertlerinin dolaşım ve

TEKİNALP, Ünal/TEKİNALP, Gülören., *Avrupa Birliği Hukuku*, Beta Basım Yayım, İstanbul, 2000, s.340-342; STAPLES, Helen., *The Legal Status of Third Country Nationals Resident in the European Union*, Kluwer Law International, The Hague-London-Boston, 1999, s. 229 vd.; BARNARD, Catherine., *EC Employment Law*, Second Edition, Oxford University Press, 2004, s. 180 vd.; BOZKURT, Enver/ÖZCAN, Mehmet/KÖKTAŞ, Arif., *Avrupa Birliği Hukuku*, Genişletilmiş 2. Baskı, Asil Yayın Dağıtım, Ankara, 2004, s. 249 vd.

41) BARNARD, s. 180.

42) BARNARD, s. 180.

43) AYHAN, Sinan., “Avrupa Birliğinde Kişilerin Serbest Dolaşımı ve Türkiye İçin Müzakere Süreci”, *Uzmanlık Tezi*, Avrupa Birliği Genel Sekreterliği, Tek Pazar ve Rekabet Dairesi, Ankara, 2004, http://www.euturkey.org.tr/uzmanlik_tezleri_files/sinan_ayhan.pdf, s. 19, (erişim tarihi: 10.06.2006).

ikamet özgürlüğünü, vatandaşlığa bakmaksızın kamu düzeni, kamu güvenliği ve kamu sağlığı sebepleri ile sınırlayabilirler. Ekonomik amaçlarla bu sınırlama sebeplerine başvurulamaz (madde 27/1).

Kamu düzeni veya kamu güvenliği nedenleriyle alınacak önlemler oranlılık prensibine uygun olmalı ve özel olarak ilgili kişinin kişisel davranışına dayanmalıdır. Önceki cezai mahkumiyetler tek başlarına bu gibi önlemlerin alınması için neden olamaz (madde 27/2). İlgili kişinin kişisel davranışı gerçek, mevcut ve toplumun temel menfaatlerinden birini etkileyen oldukça ciddi bir tehlike oluşturmalıdır (madde 27/2-2). Burada kişisel davranış ile anlatılmak istenen “kişinin kendisinin o davranış içinde bulunması ve mevcut o kişisel davranışın toplum için ağır ve ciddi bir tehlike oluşturmasıdır”⁴⁴.

Direktifin 28’inci maddesi “sınır dışı edilmeye karşı koruma” başlığını taşımaktadır. Birlik vatandaşlarının ve aile fertlerinin kamu düzeni ve kamu güvenliği nedenleriyle sınır dışı edilmesi, ilgilinin Üye Devlette entegrasyonu, ikamet süresi, yaşı, sağlık durumu, aile ve ekonomik durumu ve orijin ülkesi ile ilişkileri göz önüne alınarak oranlılık ilkesine uygun olarak sınırlandırılmalıdır.⁴⁵ Ev sahibi Üye Devlet, kamu düzeni veya kamu güvenliği nedenlerine dayalı olarak sınır dışı etme kararı almadan önce, ilgi kişinin ülkesinde ikamet süresini, yaşını, sağlık durumunu, ailesinin durumunu, ekonomik durumunu, ev sahibi Üye Devlette sosyal ve kültürel entegrasyonunu ve orijin devletiyle (vatandaş olduğu devletle) ilişkilerini göz önüne alır (madde 28/1). Ev sahibi Üye Devlet, ülkesinde daimi ikamet hakkı sahibi olan Birlik vatandaşlarının ve aile fertlerinin sınır dışı edilmesine kamu düzenini veya kamu güvenliğini ciddi tehdit eden durumlar olmadıkça karar veremez (madde 28/2).

Kamu sağlığı konusunda, serbest dolaşımı sınırlandıran haklı önlemlere gerekçe olabilecek hastalıklar sadece Dünya Sağlık Örgütünün belgelerinde yer alan, salgın ihtimali olan hastalıklar

44) 64/221 sayılı Direktif dönemine ilişkin olarak bkz., TEKİNALP/TEKİNALP, s. 341.

45) Bkz., 2004/38 sayılı Direktif başlangıç bölümü, 23. paragraf.

ve diğer bulaşıcı hastalıklardır (madde 29/1). Ülkeye giriş tarihinden üç ay sonra ortaya çıkan hastalıklar, ülkeden sınır dışı edilmek için neden oluşturmaz (madde 29/2).

İlgili kişiler, kamu düzeni, kamu güvenliği veya kamu sağlığı nedenleriyle alınan kararların temyizi veya yeniden incelenmesi için ev sahibi (kabul eden) Üye Devlette adli veya idari yollara başvurabileceklerdir.⁴⁶

V. 2004/38 sayılı Direktifin İç Hukuklara Aktarımı

Direktifler sonuçları bakımından bağlayıcıdır. Andlaşma hükümleri ve Tüzüklerden farklı olarak uygulamayı Üye Devletlere bırakmaktadır.⁴⁷ Direktiflerin özelliği gereği, Üye devletler tarafından öngörülen süre içinde ya iç hukuka aynen yansıtılmalı ya da *iç hukuk direktifte öngörülen kurallara göre değiştirilmelidir*.⁴⁸ Direktif hükmünün *açık, koşulsuz ve takdir yetkisine yer vermemen yükümlülük içermesi halinde* “doğrudan etkiye” sahip olduğundan söz edilir.⁴⁹ Direktifin doğrudan etkisi, *uygulama süresinin dolmasına rağmen Üye Devlet tarafından uygulanmamasına* veya *eksik ya da hatalı uygulanmasına* bağlı olmaktadır.⁵⁰ 2004/38 sayılı Direktif hükümleri incelendiğinde hükümlerin şarta bağlı olmadığı (koşulsuz) ve açık olduğu görülmektedir. Belirlenen süre içerisinde Üye Devletlerin Direktifin iç hukuka aktarımını gerçekleştirmemesi veya doğru olarak uygulanmaması halinde birey devlet ilişkisinde bireyler direktif hükümlerinden kay-

46) Bkz., 2004/38 sayılı Direktif m. 31.

47) DEARDS/HARGREAVES, s. 80.

48) Direktifler doğrudan uygulanmamakta, Üye Devletler tarafından iç hukuka alınması gerekmektedir. Direktifler hakkında bkz., TEKİNALP/TEKİNALP, s. 72; BOZKURT/ÖZCAN/KÖKTAŞ, s. 147-149. ATAD, belirli şartlarla Direktiflerin doğrudan etkisini kabul etmektedir. Örneğin, Van Duyn v Home Office Kararı (Case 41/74), 1974, European Court Reports 1337. Bkz., DEARDS/HARGREAVES, s. 80-81.

49) TEKİNALP/TEKİNALP, s. 134-135.

50) TEKİNALP/TEKİNALP, s. 135 vd.; Ayrıca Direktiflerin “doğrudan etkisi” hakkında bkz., BOZKURT/ÖZCAN/KÖKTAŞ, s. 148-149; DEARDS/HARGREAVES, s. 80-81. ATAD, Direktiflerin iç hukuka aktarılması için gerekli olan süre dolmadan, doğrudan etkili hale gelmeyeceğini kabul etmiştir. [Bkz., Pubblico Ministero v Ratti Kararı, (Case 148/78), 1979, European Court Reports, 1629].

naklanan haklarını devlete karşı ileri sürebilirler. 30 Nisan 2006 tarihi itibarıyla Üye Devletlerin 2004/38 sayılı Direktife uyum sağlama amacıyla gerekli olan düzenlemeleri yürürlüğe koymasının için tanınan süre sona ermiştir.

VI. Direktifin Türk Vatandaşları için Önemi

Söz konusu Direktifin, Avrupa Birliği üyesi devletlerde yaşayan ve Birlik vatandaşlarının aile ferdi olan Türk vatandaşlarının durumunu ilgilendiren yönü de bulunmaktadır. Direktif kapsamına Birlik üyesi ülke vatandaşının aile ferdi olan Türk vatandaşları, Birlik vatandaşının aile ferdi olması sebebi ile girecektir. Türk vatandaşı işçilerin Topluluk içinde serbest dolaşım hakları açısından değerlendirme yapılırken Türkiye-Avrupa Topluluğu Ortaklık Hukuku düzenlemeleri ve özellikle Türk işçilerinin serbest dolaşım haklarını düzenleyen hukuki mevzuat hükümleri yanında Birlik vatandaşının aile ferdi kapsamına giren Türk vatandaşlarının durumu bakımından bu Direktif hükümleri de göz önüne alınmalıdır. Türk vatandaşlarının serbest dolaşım haklarını düzenleyen hukuki mevzuat ve Topluluk hukukundaki yeri ayrı bir inceleme konusu olabilecek nitelikte olduğundan burada ayrıntıya girilmemektedir.⁵¹

Değerlendirme

Birlik vatandaşlarının serbest dolaşımına ilişkin Toplulukta çeşitli hukuki düzenlemeler mevcuttur. Bu düzenlemeler Birlik vatandaşının kabul eden ev sahibi Üye Devletteki hukuki statüsünü belirlemektedir. Birlik içerisinde serbest dolaşım ve ikamet

51) Bkz., Ankara Anlaşması, Katma Protokol hükümleri, ilgili Ortaklık Konseyi Kararları ve ATAD kararları. Söz konusu düzenlemeler ile ilgili olarak bkz., TEKİNALP/TEKİNALP, AB Hukuku, İstanbul, 2000; CAN, Hacı/ÖZEN, Çınar., Türkiye-Avrupa Topluluğu Ortaklık Hukuku, Gazi Kitabevi, Ankara, 2005; KÖKTAŞ, Arif., Avrupa Birliğinde İşçilerin Serbest Dolaşım Hakkı ve Türk Vatandaşlarının Durumu, Nobel Yayın Dağıtım, Ankara, 1999; YAVAŞI, Mahmut., "Türk Uyraklı İşgörenlerin Avrupa Birliğinde Serbest Dolaşımı", Çimento İşveren Dergisi, Sayı: 4, Cilt: 18, Temmuz 2004, s. 26-34, <http://www.cmis.org.tr/dergi/042004/mak3.pdf>, (erişim tarihi: 14.06.2005).

hakkına ilişkin 2004/38 sayılı Direktif, 30 Nisan 2006 tarihinden itibaren 1612/68 sayılı Tüzüğün işçi ailelerine ilişkin maddelerini (madde 10-11) ve dokuz Direktifi yürürlükten kaldırılmaktadır. 2004/38 sayılı Direktifle, yürürlükten kaldıracağı ve değiştireceği çeşitli tüzük ve direktiflerde yer alan konulara ilişkin düzenlemeler getirilmekte ve böylelikle buralarda yer alan hükümler tek bir çatı altında toplanmaktadır. Direktif, Birlik vatandaşlarının giriş ve ikamet hakkına ilişkin mevzuatı tek bir belgede toplamaya ve dağınık yapıyı gidermeye çalışmaktadır. Birlik vatandaşlarının diğer bir Üye Devlete giriş ve Üye Devletin ülkesinde ikamet haklarının kullanılmasını basitleştirmektedir. Birlik vatandaşlarının ve aile fertlerinin ikamet hakkını kullanabilmesi için yerine getirmesi gereken formaliteleri azaltmaktadır. Ayrıca, Birlik vatandaşlarının ikamet hakkının sona erdirilmesini sınırlandırmaktadır.

BİBLİYOGRAFYA

AKINTÜRK, Esen., **Yabancı Uyruklu İşçinin İş Hukuku**

Karşısındaki Durumu, Dokuz Eylül Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı, İzmir, 2006, (Yayınlanmamış Doktora Tezi).

AYHAN, Sinan., **“Avrupa Birliğinde Kişilerin Serbest Dolaşımı ve Türkiye İçin Müzakere Süreci”**, Uzmanlık Tezi, Avrupa Birliği Genel Sekreterliği, Tek Pazar ve Rekabet Dairesi, Ankara, 2004, http://www.euturkey.org.tr/uzman/uzmanlik_tezleri_files/sinan_ayhan.pdf, (erişim tarihi: 10.06.2006).

BARNARD, Catherine., **EC Employment Law**, Second Edition, Oxford University Press, 2004.

BOZKURT, Enver/ÖZCAN, Mehmet/KÖKTAŞ, Arif., **Avrupa Birliği Hukuku**, Genişletilmiş 2. Baskı, Asil Yayın Dağıtım, Ankara, 2004.

CAN, Hacı/ÖZEN, Çınar., **Türkiye-Avrupa Topluluğu Ortaklık Hukuku**, Gazi Kitabevi, Ankara, 2005.

CARRERA, Sergio., “What Does Free Movement Mean in Theory and Practice in an Enlarged EU”, **European Law Journal**, Volume 11, No 6, November 2005, s. 699-721.

CRAIG, Paul/BÚRCA DE Gráinne., **EU Law, Text, Cases, and Materials**, Third Edition, Oxford University Press, 2003.

DEARDS, Elspeth/HARGREAVES, Sylvia., **European Union Law**, Textbook, Oxford University Press, 2004.

KÖKTAŞ, Arif., **Avrupa Birliğinde İşçilerin Serbest Dolaşım Hakkı ve Türk Vatandaşlarının Durumu**, Nobel Yayın Dağıtım, Ankara, 1999.

ÖZKAN, Işıl., **Yabancıların Çalışma Hürriyeti ve Avrupa Topluluğunda Kişilerin Serbest Dolaşımı**, Kazancı Hukuk Yayınları No: 152, İstanbul, 1997.

PEERS, Steve., "Key Legislative Developments on Migration in the European Union", **European Journal of Migration and Law**, Volume 6, Number 3, December 2004, s. 243-246.

REICH, Norbert., "The Constitutional Relevance of Citizenship and Free Movement in an Enlarged Union", **European Law Journal**, Vol. 11, No: 6, November 2005, s. 675-698.

STAPLES, Helen., **The Legal Status of Third Country Nationals Resident in the European Union**, Kluwer Law International, The Hague-London-Boston, 1999.

TEKİNALP, Ünal/TEKİNALP, Gülören., **Avrupa Birliği Hukuku**, Beta Basım Yayım, İstanbul, 2000.

YAVAŞI, Mahmut., "Türk Uyraklı İşgörenlerin Avrupa Birliği'nde Serbest Dolaşımı", **Çimento İşveren Dergisi**, Sayı: 4, Cilt: 18, Temmuz 2004, s. 26-34,
<http://www.cmis.org.tr/dergi/042004/mak3.pdf> , (erişim tarihi: 14.06.2005).

Internet Kaynakları

"The Directive on the right to move and reside freely in the Union / Seven million European citizens already live in another Member State"
<http://europa.eu.int/rapid/pressReleasesAction.do?reference=MEMO/06/179&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en> (erişim tarihi: 13.06.2006).

"Enhancement of free movement and residence rights for EU citizens: a new milestone in EU integration process"

<http://europa.eu.int/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/06/554&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en> (erişim tarihi: 13.06.2006).

<http://europa.eu/scadplus/leg/en/lvb/l33152.htm> (erişim tarihi: 09.07.2006).

AIHM KARARI

Wieser/Avusturya Davasında,

Aşağıdaki üyelerin katılımıyla daire olarak toplanan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (Birinci Bölüm),

Bay C.L.Rozakis, Başkan,
Bay L.Loucaides,
Bay A.Kovler,
Bayan E.Steiner,
Bay K.Hajiyev,
Bay D.Speilmann,
Bay S.E.Jebens, Yargıçlar,
ve Bayan S.Nielsen, Bölüm Sekreteri,

1 Şubat 2007 tarihinde gereğini düşünerek yine aynı tarihte, aşağıdaki gibi hüküm kurmuştur:

USUL

1. Dava, İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına Yönelik Sözleşme'nin ('Sözleşme') 34. maddesi uyarınca Avusturya Vatandaşı Bay Ewald Wieser ('Başvurucu') tarafından Avusturya Cumhuriyeti'ne karşı 14 Temmuz 2001 tarihinde 2293/03 no ile yapılan başvurudan kaynaklanmıştır.

2. Başvurucu, Dornbirn'de avukatlık yapan Bayan Julia Hagen ve Bay Martin Künz tarafından; Avusturya Hükümeti ('Hükümet') ise Dışişleri Bakanlığı Uluslar arası Hukuk Daire Başkanı Ajan Bay F.Trauttmansdorff tarafından temsil edilmiştir.

3. Başvurucu, Sözleşme'nin 3.maddesine aykırı muameleye maruz kalmış olduğunu iddia etmiştir.

4. Mahkeme, 11 Nisan 2006 tarihli kararı ile başvuruyu kabul edilebilir ilan etmiştir.

5. Başvurucu ve Hükümet tarafından dosyaya ek yazılı mülâhaza sunulmamıştır.(Tüzük 59&1)

OLAYLAR

DAVANIN ÖZEL KOŞULLARI

6. Başvurucu 1958 doğumludur ve Dornbirn’de ikamet etmektedir.

7. Başvurucunun eşi tarafından yapılan suç duyurusu üzerine, Feldkirch Asliye Ceza Mahkemesi’nce başvurucu için tutuklama emri ile evini arama izni verilmiştir. Başvurucu, eşine cismani saldırı ve tecavüz ile eşini ateşli silahla tehdit, küçük üvey kızına cinsel saldırı ve elinde pornografik çocuk videoları bulundurmadan zan altındadır. Tutuklama emrinde, tutuklamaya karşı başvurucunun etkili bir direniş gösterebileceği ve kovuşturmadan kaçmaya çalışabileceği gerekçelerinden kaynaklı olarak emrin çıkartıldığı belirtilmiştir.

8. 9 Şubat 1998 günü saat 23.45 sularında Altach Kolluk Görevlilerinden özel görev birliğinde yer alan 6 polis memuru başvurucunun evine girmiştir. Memurlar, kurşungeçirmez yelekler ve kalkanlarla donanmış olup ayrıca maske kullanmışlardır.

9. Başvurucu, polisin eve girmesinden önce park yeri etrafında dolaşan memurlardan ikisi olduğunu düşündüğü 2 şüpheli şahıs gördüğünü ileri sürmüştür. Başvurucu bu nedenle mutfak bıçağını almış, ancak polisin eve girmesinden hemen sonra bıçağı bırakmış ve ellerini havaya kaldırmıştır.

10. Polis memurları başvurucuyu cebren yere yatırmış ve kelepçelemişlerdir.

11. Başvurucu polis memurlarını rozetlerinden tanıdığını ve derhal, bir şey yapmayacağını, polisle işbirliği içinde hareket edeceğini söylediğini ileri sürmüştür. Polis iddiaya göre, başvurucuyu bunu yaparak “iyi edeceği” aksi halde “indirileceği” şeklinde cevaplamıştır.

12. Başvurucu akabinde çırılçıplak soyularak masaya yatırılmış, silah araması yapılmış ve yeniden giydirilmiştir. Başvurucunun anlatımlarına göre bu esnada gözleri bağlıdır. Tutuklamanın yarattığı şok içinde altını kirlettiğini söyleyen başvurucuya, yinelenen ricalarına rağmen polis memurlarınca elbiselerini değiştirmesi için izin verilmemiştir.

13. Başvurucu daha sonra yeniden yere yatırıldığını ve polis

memurlarınca evi aranırken yaklaşık 15 dakika orada kaldığını ileri sürmüştür. Başvurucu, kendisi yüz aşağı yatarken memurlardan birinin boynunun arka kısmını diziyle bastırmakta olduğunu, bu memurun “kımıldama, aksi halde ölürsün” ifadesini kullandığını iddia etmiştir. Ayağa kaldırıldığında ise kendisine, hiçbir sebep gösterilmeksizin sadece tutuklanmış olduğunun söylendiğini ileri sürmüştür.

14. Başvurucu hemen ardından, 03.40 sularına kadar sorgulandığı ve daha sonrasında serbest bırakılarak evine bırakıldığı, Altach Polis Merkezi'ne götürülmüştür.

15. Tutuklama ve alıkoyma süresince geçen tüm zamanda başvuru kelepçeli kalmıştır. Ricası üzerine kelepçeleri evden ayrılırken giysiyle örtülmüş ve daha sonra arkadan bağlı iken ön taraftan bağlanmıştır.

16. 10 Şubat 1998 günü başvuru yeniden kolluk görevlilerince sorguya çekilmiştir. 11 Şubat 1998 günü ise başvuru dosya için konuyla ilgili olayları betimlediği bir açıklama hazırlamış ancak soyulduğu esnada gözlerinin bağlı olduğuna atıfta bulunmamıştır.

17. Başvurucu aleyhine başlatılan bu cezai kovuşturma 25 Haziran 1998 günü sona ermiştir.

18. Bu esnada 3 Mart 1998 günü başvuru, Voralberg Bağımsız İdari Kurul'a tutuklanması esnasında ve polis merkezinde, maruz kaldığı muamelelerin, Sözleşmenin 3. maddesine aykırı, insanlık dışı aşağılayıcı bir muamele olduğu yolunda şikâyetinde bulunmuştur. Başvurucu şikâyetinde, polis memurlarınca soyulduğuna, yerde kalmaya zorlanmaktayken memurlardan birinin dizi ile boynunun üstüne basılmasına, memurlarca edilen tehditlere ve ıslak çamaşırlarını değiştirmesi için istediği iznin reddedilmiş olmasına dayanmıştır. Başvurucu, son olarak, işbirlikçi tavrı ve tüm bu süreçte herhangi bir direniş göstergesi sergilemediği için kelepçelenmesinin gerekli olmadığı yönünde şikâyetinde bulunmuştur.

19. Bağımsız İdari Kurul, biri 8 Temmuz diğeri ise 28 Temmuz 1998 tarihinde olmak üzere 2 duruşma yapmıştır. Kurul, başvurucuyu, Voralberg Kamu Güvenlik Müdürünü, operasyonu yöneten polis memurunu, başvuru tutuklanmasında görev

alan bir diğer polis memurunu ve Altach Polis Merkezinde başvurunun ifadesini alan memuru sorgulamıştır. Polis memurları, başvurunun eşinin kendilerini, başvurunun saldırgan olduğu, düzenli olarak alkol tükettiği, ateşli silah bulundurduğu ve birkaç sene yakın dövüş eğitimlerine katıldığı yönünde bilgilendirdiğini söylemişlerdir. İddiaya göre başvuru eşini birkaç kez eve girerken elinde silahla karşılamıştır. Başvurunun eşinin polisi, başvurunun “her şeyi yapabileceği” konusunda uyardığı belirtilmiştir.

20. Başvurunun tutuklanmasında görev alan 2 memur, başvurunun tamamen soyularak arandığını teyit etmiştir. Memurlardan biri, bunun başvurunun ve kendilerinin güvenliğini sağlamak ve silahı bulmak için yapılmış olduğunu belirtmiştir. Polis Memuru, başvurunun aranmak üzere soyulmadan önce tutuklama emri ile arama izni hakkında bilgilendirilmiş olduğunu ve aramadan hemen sonra bir kanepeye oturtulduğunu belirtmiştir. Diğer polis memuru, aramadan sonra başvurunun yere yatırıldığını ve orada tutulduğunu ifade etmiştir. Ancak bu memur, bir memurun başvurunun boynuna diziyle bastırıldığı iddiasını kabul etmemiştir. Her iki polis memuru da başvurunun herhangi bir direniş belirtisi göstermediğini teyit etmiş ve yine ikisi de başvurunun vurulacağı yönünde tehdit edilmiş olduğu iddiasını yalanlamıştır. Polis merkezinde başvurunun ifadesini alan memur ise, bazı zamanlarda merkezde başvuru ile yalnız kaldıkları için başvurunun kelepçelerini hiç çıkarmadığını ifade etmiştir.

21. 6 Kasım 1998 günü Bağımsız İdari Kurul, başvurunun iddialarını reddetmiştir. Kurul, polis memurlarının tutuklama emrine dayanarak hareket etmiş ve soruşturma yargıcının vermiş olduğu direktifin gereklerini aşmamış olduklarını tespit etmiştir. Kurula göre başvurunun kelepçelenmiş olması, başvurunun direnme ve kaçma olasılığı nedeniyle tutuklanmasına getirilen gerekli bir ilave tedbir niteliğindedir. Kurul, görünen duruma karşın, başvurunun soyularak aranmasının da, özellikle başvurunun silahlı olduğu şüphesi mevcutken, ölçüsüz olarak değerlendirilemeyeceğini belirtmiştir. Kurul, başvurunun boynunu memurlardan birinin diziyle bastırması ve ıslak çamaşırlarını değiştirmesi için istediği iznin reddedilmiş ve tehdit edil-

miş olması gibi diğer şikâyetlerini ise, iddialarının doğru olduğu varsayılsa dahi, yasal izinle yapılan bir gözaltı işleminden kaynaklanması nedeni ile söz konusu durumla bağlantılı olmadığını ve mahkeme tarafından değerlendirilmesi gereken bir durum olduğunu belirtmiştir. Kanunilik araştırması Bağımsız İdari Kurulu'nun yetkisi kapsamına girmemektedir.

22. 22 Şubat 1999 tarihinde Anayasa Mahkemesi başvurusunun başvurusunu karara bağlamayı reddetmiştir.

23. Başvurucu İdari Mahkemeye, daha önce Bağımsız İdari Kurul önünde ileri sürmüş olduğu iddiaları tekrarlayan bir dosya sunmuş ve iddialarına, müdahalede bulunan memurların maske kullandıklarına ilişkin şikâyetini de eklemiştir.

24. 21 Aralık 2000 tarihinde İdari Mahkeme başvurusunun şikâyetini kısmen kabul etmiştir. Mahkeme, kurulun kararını, başvurusunun ıslak çamaşırlarını değiştirmesi için izin istemesinin reddedilmiş olabileceği ile ilgili olarak bozmuş ve dosyayı detaylı inceleme yapmak üzere kurula iade etmiştir.

25. İdari Mahkeme başvurusunun diğer şikâyetlerini düşürmüştür. Mahkeme polis memurlarının, ağır suç şüphesi altında bulunan ve iddialara göre ateşli silah bulunduran, dövüş eğitimi almış ve dahası, gördüklerinde elinde bıçak taşımakta olan bir şahısla karşı karşıya geldiklerini belirtmiştir. Mahkemeye göre, başvurusunun kelepçelenmiş ve tamamıyla soyulmuş olması, iddia edilen şekilde başvurusunun kısıtlanması ve polis memurlarınca tehdit edilmiş olması, soruşturma yargıcının vermiş olduğu talimatın gerektirdiği ölçüyü aşmamaktadır. Mahkeme, ayrıca başvurusunun 4 saat boyunca tutuklu kalmış ve bu süre boyunca da kelepçeli tutulmuş olmasının da ölçüsüz olmadığını belirtmiştir. İkinci olarak mahkeme, başvurusunun sakın ve işbirlikçi tavrına rağmen bir kere kelepçeleri çıkarıldığında kaçmaya veya güç kullanmaya çalışacağına inanmak için geçerli nedenlerin olduğunun altını çizmiştir. İdari Mahkeme son olarak başvurusunun, Bağımsız İdari Kurul önünde polis memurlarının olay günü maske kullanmış oldukları iddiasına yönelik şikâyetinde bulunmamış olduğunu belirtmiştir. Mahkemeye göre bu şikâyet, doğrudan idari yetki ve cebir ile ilişkili olmadığından kabul edilemez bulunmuştur.

26. 3 Mayıs 2001 günü Vorarlberg Bağımsız İdare Kurulu,

başvurucunun ıslak çamaşırlarını değiştirmesine izin verilmemiş olmasının, başvurucunun tutuklanması emrini veren tetkik hâkiminin direktifleri ile örtüşmediğine, bunun Sözleşme'nin 3.maddesini ihlal ederek insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele oluşturduğuna karar vermiştir. Başvurucu lehine sonrasında yaklaşık 2,400 Euro tutarında tazminata hükmedilmiştir.

İLGİLİ İÇ HUKUK VE UYGULAMA

27. Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun 139–149 arasındaki bölümü, gayrimenkullerin ve gerçek şahısların aranmasıyla eşyalara el konulmasına ilişkindir.

28. 139/2. madde, kişi suç şüphesi altındaysa, kişinin ve yanısıra elbiselerinin aranmasının, *inter alia*, kabul edilebilir olduğunu ifade etmektedir.

29. 140/1-2'ye göre, arama genel olarak yalnızca ilgili şahıs hakkında bilgi sahibi olunduktan sonra, aranılan şahsın rızası olmadığı veya aranılan eşya rızaen teslim olunmadıkça ve aramaya neden olan sebepler ortadan kalkmadıkça yapılabilir. Kötü şöhret sahibi şahısların ayrıca sorgulanmasına gerek olmadığı gibi, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de bu tür bir sorgulamaya gerek yoktur.

30. 140/3. madde, kural olarak, aramanın ancak yargıç tarafından verilmiş gerekçeli bir arama belgesine dayanılarak yapılabilirliğini ifade etmektedir.

31. 142/1. madde, eşyalar ve şahıslar aranırken, aramanın ilgili şahıs üzerinde herhangi bir rahatsızlık ve taciz yaratıp yaratamamasını ve kesin olarak gerekli olmayan durumlarda ise aramanın bertaraf edilmesini güvence altına almaktadır. İlgili madde, aramaların ahlak kuralları çerçevesinde gerçekleştirilmesi gerektiğini belirtmektedir.

32. Bölüm 67/a 1 uyarınca, (Genel İdari Akdi Muamele), Bağımsız İdari Kurullar, ayrıca doğrudan idari cebre dayalı hareketlerin sonucu olarak haklarının ihlal edildiğini ileri süren kişilerin iddialarını da inceleme yetkisine sahiptir. Konuyla ilgili yargı içtihatları ile doktrine göre, daire şeklinde teşkilatlanmış idari organların fiilleri, idari yetkililere değil mahkemelere yönlendirilir. Buna karşın böyle bir fiil de mahkeme emrinin açıkça üstün olduğu durumlarda idari otoritelere yöneltilebilir.

HUKUK

SÖZLEŞME’NİN 3. MADDESİNİN İHLALİ İDDİASI

32. Başvurucu, tevkifinin kendisine çekilmiş ateşli silahlarla evine giren 6 polis memuru tarafından gerçekleştirildiğinden yakınmıştır. Memurların maske taktıklarını ve bu yüzden her bir memurun hangi fiillerden sorumlu tutulacağının tespit edilemediğini iddia etmiştir. Ayrıca, iddiasına göre, memurlardan biri, kendisini ‘indirileceği’ yolunda tehdit etmiş, memurlarca bir masanın üzerine yatırılarak soyulmuş, diğer birkaç memur evini aramaktayken zorla yere yatırılmış ve 15 dakika boyunca kaldığı zeminde memurlardan biri, diziyile boynunu bastırmıştır. Son olarak, sakın ve işbirlikçi tavrına rağmen tutuklama ve gözaltı süresi boyunca sürekli kelepçeli kalmıştır. Başvurucu, söz konusu muamelelerin, Sözleşme’nin aşağıda ifadesini bulan 3. maddesine aykırı insanlık dışı aşağılayıcı bir muamele olduğunu ileri sürmüştür:

‘Hiç kimse, işkenceye, insanlık dışı veya aşağılayıcı bir muamele yahut cezaya maruz bırakılamaz.’

A.Tarafların Sunumları

33. Hükümet, davanın tartışılan orantılık ve diğer özel şartları ışığında iç otoritelerin tespitlerinin kabul gördüğünü belirtmiştir. Hükümet, başvurunun, (ex ante(önceden bilinen)), daha önceleri yakın dövüş çalışmalarına katılmış çok tehlikeli bir kişi olduğu varsayımına dayanmak için önceden tahmin edilmiş sebeplerin olduğunu vurgulamıştır. Dahası, başvuru müdahaleci polis memurlarını elinde bıçakla karşılamıştır. Operasyona katılan memurlardan biri, Bağımsız İdari Kurul önündeki ifadesinde, başvurunun en başından beri müdahalenin sebepleri hakkında bilgilendirilmiş olduğunu belirtmiştir. Soyarak arama esnasında başvurunun gözlerinin bağlanmış olduğuna ilişkin iddia hakkında, Hükümet, başvurunun gözlerinin bağlanmış olduğundan ilk defa Bağımsız İdari Kurul’a yaptığı şikâyetinde bahsettiğini; fakat bu durumun şikâyeti için bir sebep teşkil ettiğini beyan etmemiş olduğunu vurgulamıştır. Hükümete göre bu durumda, ne Bağımsız İdari Kurulun ne de İdare Mahkemesinin bu ko-

nu üzerinde durmalarına gerek vardır. Her durumda üst arama sadece birkaç dakika sürmüş olacağından, başvurunun gözleri de çok kısa bir süre bağlı kalmış olmalıdır. Hiçbir şekilde, başvuru yerde uzanmaktayken polis memurunun fiilen diziyile boynunu bastırdığı yolunda kanıt sağlanamamıştır. Ayrıca başvuru, evinin aranması esnasında güçlkle de olsa polis memurlarını izlediğini kabul etmiştir, bu durum boynuna herhangi bir baskı uygulanmamış olduğuna işaret etmektedir. Hükümet, müdahalenin altyapısına ve nispeten kısa süre sürmüş olmasına bakıldığında, polis memurlarının, başvurunun saldırı girişiminde bulunmayacağı veya kaçmaya çalışmayacağı konusunda emin oluncaya kadar azami dikkat ve titizlik göstermiş olabileceklerinin düşünülebileceği kanısındadır. Şöyle ki memurlar; arama boyunca başvurunun elbiselerini yırtmamak için çaba göstermiş; evinde herhangi bir karışıklığa neden olmamış ve serbest bırakılmasından sonra başvurucuyu evine bırakmışlardır. Başvurunun kelepçelenmesi hakkında hükümet, kelepçelerin polis aracına götürüldüğünde takıldığını; başvuru aleyhine yapılan ağır suçlamalar karşısında 3 saat süren sorgulamanın da aşırı görünmediğini vurgulamıştır. Hükümet, müdahalenin sözleşmenin 3.maddesinin gerektirdiği asgari düzeye ulaşmadığı sonucuna varmıştır.

34. Başvuru hükümetin sunumlarına itiraz etmiş; soyularak üstü aranırken gözlerinin bağlanmış olduğu gerçeğinin Bağimsız İdari Kurul nezdinde yapmış olduğu şikâyetin bir parçası olduğunu ve her durumda bununla bağıntılı vakıaların re'sen araştırılması gerektiğini savunmuştur. Başvuru buna ilaveten polis müdahalesinin orantılı olarak değerlendirilebileceği görüşüne itiraz etmiş; müdahalenin en başından beri sakin ve işbirlikçi bir tutum sergilediğinin; herhangi bir direniş göstermediğinin altını çizmiştir. Başvuru sonrasında, operasyonu gerçekleştiren memurların, başta tehlikeli ve saldırgan bir kişi ile karşılaşacaklarını farz etmek zorunda oldukları düşünülse dahi, kendisini herhangi bir güçlkle karşılaşmaksızın ele geçirmiş olmaları nedeniyle aksini de düşünebileceklerini ileri sürmüştür. Başvuruya göre, sakin davranışı, polis memurlarının nicel üstünlüğü ve açıkça silahsız oluşu dikkate alındığında 4 saat boyunca kelepçeyle tutulmuş olması, aşkın muamele olup bu muamele, tutuklu kaldığı süre boyunca ıslak çamaşırlarla bırakılmış olmasından

bile daha insanlık dışıdır. Ayrıca başvurucu, silah araması için üstüne dokunmanın yeterli olacağını; kendisinin neden tamamen soyulmuş olduğunun anlaşılabilir yanı olmadığını; masaya yatırıldıktan sonra 6 polis memuru tarafından soyulmuş olmasının açıkça insanlık dışı bir muamele olduğunu belirtmiştir. Son olarak başvurucu, Avusturya makamları tarafından kendisinin ‘indirileceği’ yönündeki tehdide ilişkin iddialarının dikkate alınmadığını ileri sürmüştür.

B. Mahkemenin Değerlendirmesi

35. Mahkeme, kötü muamelenin, uygulanma şiddetinin en alt düzeyde bile kaldığı durumlarda, Sözleşme’nin 3.maddesi kapsamında olduğunu tekrarlar. Asgari düzeyde önem değerlendirmesi nispi nitelikte olup, muamelenin süresi, fiziksel ve zihinsel etkileri gibi somut olayın tüm şartları ile bazı durumlarda cinsiyet, yaş ve mağdurun sağlık durumuna bağlı olarak değişebilmektedir (*bkz. Wainwright v. Birleşik Krallık, no. 12350/04, § 41, 26 Eylül 2006*).

36. Muamele, önceden tasarlanmış bir şekilde, fiilen cismani zarar veya şiddetli fiziksel ve zihinsel ızdırap yaratabilecek şekilde saatlerce ve ara vermeden uygulandığında, Mahkeme bu tür durumları ‘insanlık dışı’ muamele olarak değerlendirmiştir (*bkz. Labita v. İtalya [GC], no. 26772/95, § 120, AİHM 2000-IV*). Mahkeme, muamelenin, mağdurlarda, onları küçük düşürücü ve itibar zedeleyici korku, kaygı ve aşağılık duygusu uyandırabileceği durumları ve muhtemelen mağdurların fiziksel ve manevi direncini kıracağı (*Hurtado v. İsviçre, Komisyon Raporu, 8 Temmuz 1993, Seri A no. 280, p. 14, § 67*) ya da mağduru istek veya bilinç dışı hareket etmeye sürükleyebileceği durumları ‘onur kırıcı’ muamele olarak değerlendirilmektedir (*bkz. Danimarka, Norveç, İsveç ve Hollanda v. Yunanistan (“Yunan Davası”), nos. 3321/67 et al. Komisyon Raporu 5 Kasım 1969, yıllık 12, p. 186; Keenan v. Birleşik Krallık no. 27229/95, § 110 AİHM 2001-III*). Bunun yanında müdahalenin, 3. madde anlamında haysiyet kırıcı olup olmadığının değerlendirilmesinde, mahkemenin dikkate alması gereken etkenlerden biri de, böylesi bir amacın olması 3. maddenin ihlal edildiğine ilişkin bir tespiti ortadan kaldırmasa da, muamelenin ilgili kişiyi aşağılamak ve küçük düşür-

mek amacı ile yapıp yapılmadığıdır (bkz. *Raninen v. Finlandiya*, karar 16 Aralık 1997, *Hükümler ve Kararlar Raporu 1997-VII-I*, pp. 2821-22, § 55; *Peers v. Yunanistan*, no. 28524/95, §§ 68 and 74, *AİHM 2001-III*; *Price*, yukarıda belirtilen, § 24) Bir uygulamanın, ceza veya muamele ile birleşerek “insanlık dışı” veya “aşağılayıcı” muamele oluşturmaları için, içinde bulunulan ıstırap veya aşağılama, verilen meşru cezanın veya uygulanan muamelenin doğasında bulunan ve kaçınılmaz unsuru olan ıstırap ve aşağılama düzeyini her durumda aşmalıdır (bkz. *Labita Davası*, yukarıda belirtilen, § 120).

37. Mevcut davanın özel şartlarına geri dönüldüğünde Mahkeme, başvuru aleyhindeki şüphe ve buna ilaveten başvurunun eşi tarafından verilen bilgiler sonucunda, polisin saldırgan, tehlikeli ve ayrıca silahlı ve dövüş eğitimi almış bir kişinin yakalanmasına hazırlandıkları inancı içinde hareket ettiklerini söylemektedir. Bu bağlamda, Mahkeme, özel olarak donanımlı, maskeli 6 polisin müdahalesinin, Sözleşme’nin 3. maddesi anlamında tek başına sonuç doğurmadığına karar vermiştir. Ayrıca mahkeme, bu şartlar ışığında, başvurunun gözaltında kaldığı 4 saat boyunca sürekli olarak kelepçeli tutulmasının kamu suçu oluşturmadığına ve bunun başvurunun zihinsel durumunda herhangi bir fiziksel zarar veya uzun süreli etki yaratmadığına, bu nedenle de 3.maddenin ihlali için gerekli şartların oluşmadığına hükmetmiştir. (bkz. *mutatis mutandis Raninen v. Finlandiya*, yukarıda belirtilen, §§ 56–59)

38. Mahkeme, başvurunun ayrıca müdahale esnasında ‘indirileceği’ yönünde tehdit edildiğini, yere yüz aşağı yatmak zorunda bırakıldığını ve burada kaldığı 15 dakika süre boyunca polis memurlarından biri tarafından boynuna basıldığını gündeme getirdiğine dikkat çekmiştir. Ancak, bu olgular iç hukuk uygulamasında polis memurlarınca kabul edilmemiş, konu hakkında ne ulusal mahkemeler ne de hükümet, ikna edici bir açıklamada bulunmamıştır. Mahkeme önünde daha ayrıntılı başkaca bilgi olmadığından, başvurunun gerçekte, tarifi yapılan muameleye maruz bırakılıp bırakılmadığı bu durumda spekülatif ve varsayımsal bir husus olarak kalmaktadır. Buna göre Mahkeme, makul şüphe kavramını aşacak şekilde, iddiaya göre Sözleşmenin 3.maddesine aykırı bir muamelenin fiilen gerçekleştiği yönünde karar verememektedir (bkz. *mutatis mutandis İrlanda v. Birleşik Krallık*, ka-

rar 18 Ocak 1978, Seri A no. 25, pp. 64-65, § 161) Ayrıca Mahkeme, iç otoritelerin, polis memurlarını iç hukuk uygulamasında sorgulayarak konu hakkında yeterli bir tahkikat yürüttüğüne, bu nedenle 3. maddenin usulü anlamında da herhangi bir sorun bulunmadığına kanaat getirmiştir. (bkz. *mutatis mutandis Boicenco v. Moldovya*, no. 41088/05, §§ 120-27, 11 Temmuz 2006)

39. Başvurucu, daha sonra soyularak arandığı olgusunu gündeme getirmiştir. Mahkeme ise Sözleşme'nin 3.maddesi çerçevesinde belirlenen, soyularak ve elle yapılan vücut aramalarına ilişkin ilkelerinin uygulanması için bir olanak bulunduğunu belirtir. Uygun usuller izlenerek yürütülen, insan onuruna saygılı ve meşru amaçlı bir arama, 3. maddeye uygun düşebilir (bkz. *mutandis, Yankov v. Bulgaristan*, no. 39084/97, §§166-67, ECHR 2003-XII başvuru hükümlünün kafasını tıraş etmek için geçerli bir nedenin olmayışı). Mahkeme, mahkumun bayan bir memurun önünde soyunmaya zorlanması, cinsel organlarına ve yemeğine çıplak elle dokunulması (bkz. *Vala_inas v. Litvanya*, no. 44558/98, § 117, ECHR 2001 VIII) ve aramanın, aranan kişiyle alay eden ve kişiyi sözlü olarak istismar eden 4 gardiyanın nezaretinde yapılması (bkz. *Iwa_czuk v. Polonya*, no. 25196/94, § 59, 15 Kasım 2001) gibi 3. maddenin bağlı olduğu, kaçınılmaz olarak küçük düşürücü kabul edilen prosedürü önemli ölçüde ağırlaştıran durumların varlığı halinde arama yapılırken izlenen yolun, itibar zedeleyici unsurlara sahip olacağını düşünmektedir. Benzer şekilde, aramanın, cezaevi güvenliğinin korunması; suç ve düzensizliğin önlenmesi ile kanıtlanmış hiçbir bağlantısı olmadığı durumlarda sorunlar ortaya çıkabilir. (bkz. örnek olarak, *Iwa_czuk*, yukarıda belirtilen, §§ 58-59 şiddet içermeyen fiiller nedeni ile tutukluluğu halen devam eden başvurucunun oy hakkını kullanmak isteğinde üzerinin aranması; *Van der Ven v. the Netherlands*, no. 50901/99, §§ 61-62, ECHR 2003-II, ikna edici güvenlik ihtiyaçları olmadan, sistematik ve uzun süreden beri uygulanan soyarak arama). Son olarak, Mahkeme, meşru amaçlı fakat ilgili düzenlemelere aykırı olarak yürütülen mahkum ziyaretçilerine yönelik soyularak aramaların, 3. madde tarafından yasaklanmış ciddiyet düzeyine ulaşmadığını; ancak bu durumda Sözleşme'nin 8&2. maddesinin gereklerinin ihlal edildiğine daha önceki davalarda karar vermiş olduğunu belirtir. (bkz. *Wainwright v. Birleşik Krallık*, no. 12350/04, 20 Eylül 2006)

40. Mevcut davada, Mahkeme, öncelikle başvuruçunun sorunmasının istenmediğine, fakat muayyen olarak çaresiz bir durumda bulunmaktayken polis memurlarınca soyulduğuna dikkat çekmektedir. Başvuruçunun, yerel mahkemeler tarafından ispatlanmamış bulunan, bu süre boyunca gözlerinin bağlı olduğuna ilişkin iddiasına itibar edilmese dahi, Mahkeme, bu prosedürün saldırgan ve potansiyel olarak aşağılayıcı bir tedbir niteliğinde olduğunu ve zorlayıcı bir neden olmaksızın uygulanamayacağını düşünmektedir. Buna karşın, soyularak aramanın güvenlik nedenleriyle gerekli ve haklı olduğuna ilişkin bir iddia ileri sürülmemiştir. Mahkeme, bu doğrultuda, kelepçelenmiş bulunan başvuruçunun basit bir üst arama ile ve başvuruçu tamamıyla soyulmaksızın fark edilemeyecek uyuşturucu veya benzeri küçük objeler için değil, silah için arandığını belirlemektedir.

41. Yukarıda sözü edilenler doğrultusunda mahkeme, söz konusu davanın özel şartları çerçevesinde başvuruçunun evindeki polis müdahalesi esnasında soyularak aranmasının, Sözleşme'nin 3.maddesi anlamında yeterli düzeyde itibar zedeleyici olarak nitelendirilebilecek haksız muamele teşkil ettiğine karar vermiştir.

42. Mahkeme, somut olayda Sözleşme'nin 3.maddesinin ihlal edilmiş olduğu kanaatindedir.

SÖZLEŞME'NİN 41.MADDESİNİN UYGULANMASI

43. Sözleşme'nin 41.maddesine göre;

'Mahkeme işbu Sözleşme ve protokollerinin ihlal edildiğine karar verirse ve ilgili Yüksek Sözleşmecî Tarafın iç hukuku bu ihlali ancak kısmen telafi edebiliyorsa, Mahkeme, gerektiği takdirde, hakkaniyete uygun bir surette, zarar gören tarafın tatminine hükmeder. '

A. Zarar

44. Başvuruçu, manevi zarar başlığı altında 3,600 Euro talep etmiştir.

45. Hükümet, Mahkeme'nin tazminat miktarını tayin ederken, soyularak aramaların suçu önlemek için gerekli olabileceği ve polis memurlarının başvuruçunun ıslak çamaşırlarını değiştire-

mesi için istediği izni reddetmiş olmalarının İdari Mahkeme tarafından hesaba katılmış olduğu gerçeğini dikkate alması gerektiğini ileri sürmüştür.

46. Mahkeme, başvurucunun, yalnızca ihlalin tespiti ile tazmin edilemeyecek bir ıstırap duygusuna kapılmış olması gerektiğini düşünmektedir ve diğer benzer davalarda verilmiş olan kararları da dikkate alarak, başvurucu lehine, vergiler de dahil olmak üzere 3,000 Euro tazminata hükmetmiştir.

B. Masraf ve Giderler

47. Başvurucu, 96,698 Avusturya Şilini tutarında iç işlemler için; 2,985.26 Euro, Sözleşmeye ilişkin işlemler için ödeme tazmin talebinde bulunmuş olup her iki tutara da katma değer vergisi dahildir.

48. Hükümet, Sözleşmeye ilişkin işlemler için talep edilen miktarın, Avusturya Özerk Avukatlık Ücret Tarifesine göre aşırı olduğunu ileri sürmüş, iç hukuk işlemlerine ilişkin talep hakkında görüş bildirmemiştir.

49. İç hukuk işlemlerine ait giderlere ilişkin olarak mahkeme, bu giderlerin fiilen ve gerekli olarak ortaya çıkmış miktar için geçerli olduğuna karar vermiştir. Bu nedenle mahkeme, 7,027.38 Euro olarak talep edilmiş toplam miktara hükmetmiş bulunup; bu meblağa katma değer vergisi de dahildir.

Sözleşmeye ilişkin giderler de gerekli olarak ortaya çıkmış olduğundan ve benzer davalarda hükme bağlanan değerler de dikkate alınmak suretiyle mahkeme, bu giderleri de miktarsal olarak geçerli kabul etmiştir. Bu nedenle mahkeme, katma değer vergisi de dahil olmak üzere 2,985.26 Euro olarak talep edilen tutarda tam tazmine hükmetmiştir.

50. Bunların sonucu olarak masraf ve giderler başlığı altında, toplam 10,012.64 Euro tutarında tazminata hükmedilmiştir.

C. Temerrüt Faizi

51. Mahkeme, temerrüt faizinin Avrupa Merkez Bankası'nın belirlediği marjinal kredi faiz oranının % 3 oranında artırılmasıyla hesaplanmasının uygun düşeceğine karar vermiştir.

BU NEDENLERLE MAHKEME,

1. 3 oya karşılık 4 oyla başvurunun soyularak aranmasında Sözleşme'nin 3. maddesine aykırılık bulunduğu;

2. 3 oya karşılık 4 oyla,

(a) Davalı devletin başvurucuya davanın bittiği tarihten itibaren 3 ay içinde Sözleşme'nin 44/2.maddesine uygun olarak aşağıdaki tutarları ödemesine:

i. Manevi zararlar için 3,000 Euro (üçbin euro);

ii. Masraf ve giderler için 10,012.64 Euro (onbin oniki euro altmışdört cent)

(b) Yukarıda belirtilmiş 3 aylık sürenin sonundan uzlaşmaya kadar

yine yukarıda belirlenmiş miktarlar üzerinden temerrüt süresi boyunca Avrupa Merkez Bankası tarafından açıklanan marjinal kredi faiz oranına % 3 oranında artırım yapılmak suretiyle hesaplanacak basit faizin ödenmesine;

3. Oybirliğiyle başvurunun geri kalan tazminat taleplerinin reddine

Karar vermiştir.

Sözleşme'nin 45/2.maddesi ile Tüzüğün 74/2.maddesine uygun olarak aşağıdaki karşı oy yazıları iş bu karara eklenmiştir:

1. Bay Loucaides'in karşı oy yazısı

2. Bay Jebens'in Bay Hajiye'v'in de katıldığı karşı oy yazısı

YARGIÇ LOUCAIDES'E AİT KARŞI OY YAZISI

Mevcut davada, Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlal edilmiş olduğuna ilişkin çoğunluk kararına katılmıyorum.

Çoğunluk kararı, başvurunun soyularak aranmış olmasının Sözleşme'nin 3. maddesi anlamında önemli ölçüde 'itibar zedeleyici' olarak nitelenebilecek bir haksız muamele teşkil ettiği yönünde olup, çoğunluk, söz konusu aramanın, saldırgan ve potansiyel olarak aşağılayıcı bir tedbir olduğu ve zorlayıcı nedenler olmaksızın uygulanamayacağı görüşündedir. Çoğunluk, soyarak aramanın güvenlik nedeniyle gerekli ve haklı olduğunu gösteren bir iddianın söz konusu olmadığını açıklamış, başvurunun basit arama ile ve başvurucuyu tamamen soymaksızın farkına varılamayacak uyuşturucu ve benzeri küçük objeler için değil, fakat silah için arandığının altını çizmiştir.

Kanımca, mevcut davanın şartları çerçevesinde soyarak arama, aramanın gerçekleştirildiği kapsam da hesaba katılarak ve özellikle de aşağıda belirtilenler ışığında itibar zedeleyici ve ya aşağılayıcı bir tedbir teşkil etmemektedir:

(a) Başvurucu aleyhine yapılan suç duyurusu, onun eşini ateşli silahla tehdit etmiş, saldırgan bir kişi olduğunu göstermiştir. Ayrıca başvurunun düzenli olarak alkol tükettiği, birkaç yıl boyunca yakın dövüş eğitimi almış olduğu ve her şeyi yapabilecek durumda bulunduğu yönünde delil mevcuttur. Yetkili mahkeme, başvuru için tutuklama emri vermiş, başvurunun evi için ise arama izni düzenlemiştir. Bu durumda polis, eve girmelerinin akabinde başvurucuyu kelepçelemekte haklıdır. Başvurunun aramasını yalnızca erkek memurlar yürütmüş ve hiçbir uygunsuz yönde davranış göstermemiştir.

(b) Soyarak aramanın amacı, başvurunun itibarını zedelemek veya onu aşağılamak olmayıp, aramayı güvenlik sebepleri doğrultusunda yürütmektir. Çoğunluk, durumu değerlendirmiş ve soyularak aramanın gerekli olmadığı ve ancak güvenlik nedenleriyle haklı olabileceği kanaatine ulaşmıştır. Mahkemenin, söz konusu aramada izlenilen yolun arama emrinin yerine getirilmesinde uygun olup olmadığının değerlendirilmesine ilişkin görüşünü, mevcut davadaki gibi bir durumda, polisin görüşü yerine koyamayacağı düşüncesindeyim. Polis, kendi bilgi ve tecrübesi doğrultusunda ve önündeki belirli şartlar ışığında kendi mu-

hakemesini yapma ve bu gibi aramaların yürütülmesinde uygulanacak en iyi yöntemi belirleme konusunda yetkilendirilmiştir. Mahkeme ancak, polisin yasadışı veya keyfi davrandığı durumlarda müdahale etmelidir. Bunun aksini kabul etmek, benim düşünceme göre, görevin yerine getirilmesine ve polisin diğer kişilerin haklarını koruma yükümlülüğüne yönelik gereksiz müdahaleye yol açacaktır. Bu davaya ilişkin olarak, herhangi bir yasadışı veya keyfi unsurun bulunduğunu düşünmüyorum. Polis başvuru kelepçeleyip aramayı gerçekleştirmeye yetkilidir. Kelepçelenmiş olması nedeniyle de kendisi soyunamamıştır. Soyularak arama, başvurucuya ve özellikle de kriminal davranışına ilişkin olarak temin edilen bilgiler doğrultusunda, güvenlik nedenleri dışında başkaca bir niyet veya saikle yürütülmemiştir.

Yukarıda izah edilen nedenlerle, çoğunluk görüşüne katılmıyorum; başvurucu, Sözleşme'nin 3. maddesine aykırı; insanlık dışı veya aşağılayıcı herhangi bir muameleye maruz kalmamıştır.

YARGIÇ JEBENS'İN BAY HAJİYEV'İN DE KATILDIĞI KARŞI OY YAZISI

Söz konusu davada 3. maddenin ihlal edilmiş olduğuna dair çoğunluk kararına katılmıyorum. Polis memurlarının başvurucuya yönelik muamelesinin hiçbir noktada işkenceye, insanlık dışı veya aşağılayıcı muameleye yahut cezaya yol açmadığı görüşündeyim.

Davanın arka planını dikkate almak önemlidir: Feldkirch Bölge Mahkemesi, başvurucunun eşine yönelik cismani saldırısı, tecavüz ve silahla tehdidi nedeniyle başvurucu hakkında yakalama emri ve evini arama izni vermiştir. Tutuklama emri, tutuklama esnasında çok büyük bir direniş gösterileceği ve iddiadan kaçma girişiminde bulunulacağını belirtmiştir. Başvurucunun eşi tarafından verilen bilgiye göre, başvurucu yakın dövüş eğitimi almıştır ve "her şeyi yapabilecek" durumdadır. Diğer bir nitelendirme de, başvurucunun birçok kez elindeki silahla eşine yaklaştığı olgusuna dayanmaktadır. Son ama aynı derecede önemli olarak, başvurucunun eşi tarafından verilen bilgiye göre, başvurucunun bir silahı vardır.

Benim görüşüme göre, başvurunun eşi tarafından verilen bilginin polis tarafından gerçekliğinin sorgulanmasını gerektirecek herhangi bir gerekçe yoktur. Diğer taraftan, polisler eve girdiğinde başvurucuyu elinde bir bıçakla bulmuşlardır, bu durum eşi tarafından verilen bilgilerin güvenilirliğini arttırmış olmalı ve ek olarak durumun ciddiyeti konusunda bir hatırlatma işlevi görmüş olmalıdır.

Çoğunluk, başvurunun silah aramak amacı polis tarafından ile soyulmasının gerekli olmadığını ve yoklama şeklinde yapılacak bir aramanın yeterli olacağı düşünmektedir. Bu görüşe katılmıyorum, çünkü benim görüşüme göre, bu, mevcut durumda olduğu gibi polis operasyonlarında alınan risklere ilişkin gerçekçi bir dayanak oluşturmayacaktır.

Öncelikli olarak, başvurunun bir silahı olduğu konusunda bilgilendirilmiş olan polis memurlarının vücut araması yapmaları gereklidir. Bu tür bir bilgi olmasa dahi, bıçak gibi herhangi bir nesnenin bulunup bulunmadığını anlamak için arama yapılması gerekli olabilirdi. İkinci olarak, arama, mümkün olduğunca en az zarar verecek şekilde fakat etkili ve güvenli şekilde yapılmalıdır. Başvurunun yakın dövüş eğitimi aldığı ve her şeyi yapabilecek durumda olduğuna ilişkin verilen bilgiler değerlendirildiğinde, kelepçelenmediği zaman, başvuru kolaylıkla şiddet içerecek davranışlar sergileyebilirdi. Bu durumda, kişinin basit yoklama yöntemi ile aranması çok açık bir biçimde yetersiz kalabilirdi. Sadece soyarak arama, en gerçekçi seçenek olarak karşımıza çıkmaktadır. Böylesi durumda kesin bir şekilde gerekli olarak başvurunun kelepçelenmiş olmasına karşın başvurunun ne şekilde kendisini soyduğunu tasvir etmek oldukça zordur. Bu nedenle soyarak arama polisler tarafından gerçekleştirilmiş olmalıdır.

Polis memurlarından biri, İdari Kurul önünde, soyarak aramanın başvurunun ve kendilerinin güvenlikleri için silahı bulma amacı ile yapıldığını belirtmiştir. Bu ifadenin gerçekliğinin sorgulanması için bir gerekçe bulunmadığını düşünüyorum. Bu yöntemin neden kullanıldığını açıklamasına ek olarak, başvurunun direnmesi durumunda, eğer olağan arama yöntemi kullanılsaydı, başvurunun direnmesi durumunda, polis memurlarının ve başvurunun yaralanması sonucu ile karışılabilirliğini belirt-

mek gerekir. Benim görüşüme göre bu olasılık hiçbir şekilde hariç tutulmamalıdır.

Diğer önemli bir noktada, aramayı yapan polis memurlarının hepsinin erkek olmasıdır. Başvurucuya sözel veya fiziksel kötü muamele uygulanmamıştır. Soyarak arama birkaç dakika içinde bitirilmiştir. Bu koşullar altında, olabildiğince başvurunun onuruna ve fiziksel bütünlüğüne saygı gösterilmiştir.

Sözleşme'nin 3. maddesi ihlal sınırlarını ve polis tarafından yapılan muamelenin davanın özel koşullarında değerlendirilmesi Wainwright v. the United Kingdom, soyarak aramanın meşru bir amaçla ve insanlık onuruna saygı çerçevesinde yapılmasının Sözleşme'nin 3. maddesine bir aykırılık oluşturmadığı, Yankow v. Bulgaria, meşru müdahalenin etkilerinin, ıstırap veya aşağılamaya yol açabilecek kaçınılmaz unsurlar içerebileceğini dikkate alarak, nedensel unsurlarını yukarıda belirttiğim şekli ile bu davada bir ihlal olmadığı sonucunu belirtmek istiyorum.

Buna benzer davalarda, polisin gerekçesi olup olmaması veya kişinin manevi veya fiziksel bütünlüğünü ihlal eder davranış sergileyip sergilemediğinin araştırılması önemlidir. Ancak bu tür davalarda karar verirken, polisin benzer durumlarda karşılaştığı zor durumu dikkate alarak, dengeli bir değerlendirme yapmak gereklidir. Mağdurları korumak ve insanların güvenliğini sağlamak Mahkeme tarafından gereksiz bir şekilde engellenmemelidir. Benim görüşüme göre mevcut dava böylesi bir etki doğurmuştur.

Çevirenler

Utku Kılınç
İzmir Barosu İnsan Hakları Hukuku ve
Hukuk Araştırmaları Merkezi Müdürü

A. Eser Yakar
Stajyer Avukat

YARGI KARARLARI

Ceza Bölümü

- **Bankayı Aracı Kılmak Suretiyle İşlenen Dolandırıcılık Suçunun İşlenmesi**
- **Ceza Kanunu'nun Zaman Bakımından İşletilmesi ile İlgili Hususların Dikkate Alınması Zorunluluğu**
- **Dolandırıcılık Suçunu Daha Nitelikli Bir Hale Sokan Aracı Bankaların Hukuki Statüsü**
- **Sahte Evrak Düzenleyerek Mağdurları Aldatma Fiilini İşleme**
- **Yeni Yasa ile Düzenlenen Etkin Pişmanlık Kurumunun İşletilmesi**

YARGITAY

CEZA GENEL KURULU

ESAS: 2005/11-129 E

KARAR: 2006/13 K.

"İçtihat Metni"

Sanık T...

.... Ülker'in 10.10.2000 tarihinde işlediği bankayı aracı kılmak suretiyle dolandırıcılık suçundan dolayı TCY'nın 504/3, 522 ve 59. maddeleri uyarınca 3 yıl 4 ay ağır hapis ve 4.620.746.666 Lira ağır para cezası ile cezalandırılmasına, TCY'nın 31. maddesi gereğince 3 yıl süreyle kamu hizmetlerinden yasaklanmasına, 09.11.2000 tarihinde işlediği bankayı aracı kılmak suretiyle dolandırıcılık suçundan dolayı TCY'nın 504/3, 522 ve 59. maddeleri gereğince 3 yıl 4 ay ağır hapis ve 19.810.733.333 lira ağır para cezaları ile cezalandırılmasına, TCY'nın 31. maddesi uyarınca 3 yıl süreyle kamu hizmetlerinden yasaklanmasına ilişkin olarak Karşıyaka Ağır Ceza Mahkemesi'nden verilen 07.02.2003 gün ve 334-33 sayılı hüküm sanık tarafından temyiz edilmekle dosyayı inceleyen Yargıtay 11. Ceza Dairesi'nce 29.09.2003 gün ve 10302-6246 sayı ile;

"Sanığın, özel bankalar olan P.bank ve Y.K.Bankası K. Şubelerine A. H. I. ve D. K. adlarına gönderilen havalelere, kendi fotoğraflarını ta-

şıyan bu şahıslar adına sahte olarak düzenlenmiş cüzdanlarıyla anılan şubelere başvurarak almaktan ibaret fiillerinin, banka vasıta olarak kullanılmayıp bizzat mağdurların bankalar olması nedeniyle TCK'nun 503. maddesinde yer alan suçları oluşturduğu gözetilmeden, nitelen-dirmede yanılgıya düşülerek yazılı şekilde hüküm kurulması" isabetsiz-liğinden bozulmuştur.

Yerel Mahkeme 30.04.2004 gün ve 738-177 sayı ile;

"TCK'nun 504. maddesinin 3. fıkrasındaki hüküm, yasaya 3679 sa-yılı Yasa ile eklenmiş ve değişiklik gerekçesinde "Dolandırıcılık fiilinin ... banka veya kredi kurumunun veya herhangi bir kamu kurum ve ku-ruluşunun vasıta olarak kullanılması suretiyle işlenmesi halinde kandı-rıcı niteliği fazla olacağından, bu durum nitelikli hal olarak kabul edil-miştir" gerekçesine yer verilmiştir.

Bu düzenleme ile yasa koyucu, Banka, Kredi Kurumu ve Kamu Kurum ve Kuruluşlarına duyulan güven nedeniyle, bunlar aracı kılınarak gerçekleştirilen eylemlerde hile ve desiselerin daha kolay gerçek-leşmekte oluşu, mağdur ya da mağdurların araştırma eyleminin azal-makta ya da tümü ile ortadan kalkmakta oluşu nedeniyle eylemlerin kandırıcı niteliklerini gözönüne alarak dolandırıcılık eylemini nitelikli dolandırıcılık olarak düzenlemiş ve farklı bir ceza yaptırımına bağlı tut-muştur.

Banka ya da aracı kurumlarının araç olarak kullanıldığından söz edi-lebilmesi için, dolandırıcılık fiili gerçekleştirilirken bankaların olağan faaliyetlerinden hileli araçlar kullanılarak yararlanılması ve 3. kişilerin zararına haksız bir çıkar elde edilmesi ya da banka ve kredi kurumları-nın olağan faaliyetleri nedeniyle üretmiş oldukları maddi varlıkların suçta araç olarak kullanılarak haksız çıkarın elde edilmesi gerekir.

Bankaların mevduat kabul etme ve kredi verme faaliyetleri dışında çeşitli faaliyetleri vardır. Bunlara örnek olarak senet tahsil etmek, üc-ret ödeme, döviz işlemi yapma, kredi kartı verme ve yargılamaya konu olan olayda olduğu gibi havale kabul etme ve ödeme faaliyetleri sayı-labilir.

Öte yandan yargılamaya konu olayda mağdur banka değil, havale alıcısı olan D. K. ve A. H. I.'tır. Çünkü bu şahıslar adlarına gönderilmiş olan havaleleri süresi içerisinde alamamışlar, bir süre bekledikten son-ra ilgili banka şubelerine başvuru yapmışlar, bankalar ödemenin kime yapıldığı, ödeme aşamasında kullanılan nüfus cüzdanlarının gerçeği

yansıtıp yansıtmadığı konusunda bir araştırma yapmış ve bu araştırmaların sonucuna göre sahte kimlik kullanan şahısların bankadan para çekmeleri ile ilgili olarak suç duyurusunda bulunmuştur. Havale alıcılarının havale tutarlarını bu araştırma sonucunda bankalardan almış oldukları kabul edilse bile, bu durum eylemde gerçek mağdurun havale alıcıları olduğu gerçeğini ortadan kaldırmaz. Sonradan zararın tazmin edilmiş olması nitelikli dolandırıcılık eylemini basit dolandırıcılık eylemine dönüştüremez. Kaldı ki ülkemizdeki uygulamalar gözönüne alındığında, bankaların bu tür durumlarda gerçek havale alıcıları ya da mevduat müşterilerince, yargı yoluna başvurulmadan kendilerine ödeme yapmaktan kaçındıkları da gözden uzak tutulmamalıdır.

Yargılamaya konu iki ayrı olayda sanık sahte olarak düzenlenmiş nüfus cüzdanlarını kullanarak bankaların olağan faaliyetleri gereğince yerine getirmiş oldukları havale ödeme olanağından yararlanmış, havale alıcıları zararına ve kendi yararına haksız bir çıkar elde etmiş olması nedeniyle, sanığın dolandırıcılık eylemi TCK'nun 504/3. maddesi kapsamına giren, banka aracı kılınarak gerçekleştirilen nitelikli dolandırıcılık olarak ortaya çıkmıştır." gerekçesiyle önceki hükümde direnerek, 765 sayılı TCY'nın değişik 30. maddesinde belirtilen lira küsurunu atmak suretiyle A. H. I. ve P.bank'a yönelik eylemden dolayı önceki uygulama maddeleri doğrultusunda somut cezanın 3 yıl 4 ay ağır hapis ve 4.620.746.000 TL. ağır para cezası olarak tayinine, hakkında TCY'nın 31. maddesinin uygulanmasına, sanığın D.K.ve Y. K. B.'a yönelik eylemi nedeniyle önceki uygulama maddeleri doğrultusunda sonuç olarak 3 yıl 4 ay ağır hapis ve 19.810.733.000 TL. ağır para cezası ile cezalandırılmasına, hakkında TCY'nın 31. maddesinin uygulanmasına, cezalarının toplanmasına ve taksitlendirilmesine karar vermiştir.

Bu hükmün de sanık müdafii tarafından temyiz edilmesi üzerine dosya Yargıtay C.Başsavcılığının 14.10.2005 gün ve 134051 sayılı "bozma" istekli tebliğnamesi ile Yargıtay Birinci Başkanlığına gönderilmekle Yargıtay Ceza Genel Kurulunca okundu, gereği konuşulup düşünüldü.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Sanığın iki ayrı tarihte gerçekleştirdiği eylemlerin banka aracı kılınmak suretiyle dolandırıcılık suçunu oluşturduğu kabul edilerek 765 sa-

yılı TCY'nın 504/3, 522 ve 59. maddelerinin ikişer kez uygulanması suretiyle cezalandırılmasına karar verilen olaylarda; sübutun tartışılmaz düzeyde kanıtlanması karşısında, Özel Daire ile Yerel Mahkeme arasındaki uyuşmazlık, dolandırıcılık suçunda bankanın aracı olarak kullanılıp kullanılmadığı ve eylemlerin 765 sayılı TCY'nın 3679 sayılı Yasa ile ek 504. maddesinin 3. fıkrasındaki suç tipine mi yoksa 503. maddesine mi uygun düştüğü hususuna ilişkindir.

Esasın görüşülmesine geçilmeden önce bir Kurul Üyesinin, suç tarihinden sonra yürürlüğe giren 5237 sayılı Türk Ceza Yasasında dolandırıcılık suçu bakımından önceki yasa olan 765 sayılı Türk Ceza Yasasından farklı yaptırım öngörülmesi ve önceki yasal düzenlemede bulunmayan etkin pişmanlık kurumunun düzenlenmesi karşısında, sanığın hukuki durumunun yeniden değerlendirilmesi gerektiğini, bu değerlendirmenin de öncelikle Yerel Mahkemece yapılması lazım geldiğini, bu itibarla işin esası incelenmeksizin hükmün yasa değişikliği nedeniyle bozulması icap ettiğini ileri sürmesi üzerine bu husus ön sorun olarak ele alınmış, 31.01.2006 tarihinde yapılan birinci müzakerede yeterli oy çoğunluğuna ulaşılamaması nedeniyle 07.02.2006 tarihinde gerçekleştirilen ikinci müzakerede; somut olaydaki eylemin suç tarihinde yürürlükte bulunan 765 sayılı Türk Ceza Yasasında öngörülen dolandırıcılık suçunun temel veya nitelikli biçimlerinden hangisini oluşturduğunun temyiz denetimi sırasında saptanması gerektiği, bu nedenle de davanın esasının görüşülmesinin zorunlu bulunduğu yolundaki görüşün çoğunlukla benimsenmesi üzerine esasın incelenmesine geçilmiştir.

Konu olaylarda;

Sanığın, yurtdışından P.bank K. Şubesine A...

.... H. I. adına gönderilen 7.000 DM tutarındaki havale bedelini, bu şahsa ait sahte nüfus cüzdanı ibraz edip kendisini bu kişi olarak tanıtmak suretiyle 10.10.2000 tarihinde ilgili banka şubesinden çektiği,

Ayrıca, Y. K. B.'nin K. Şubesine D...

... K. adına gönderilen 30.000 DM tutarındaki havale bedelini de bu kişi adına düzenlediği sahte nüfus cüzdanı ile 09.11.2000 tarihinde banka şubesine başvurarak çekmiş bulunduğu dosyadaki kanıtlardan açık, net ve duraksatmaz düzeyde anlaşılmaktadır.

Suç tarihinde yürürlükte bulunan 765 sayılı Türk Ceza Yasasının 503. maddesine göre dolandırıcılık suçu, "bir kişiyi kandıracak nitelikte hile ve desiseler yaparak hataya düşürüp onun veya başkasının zara-

rina, kendisine veya bir başkasına haksız çıkar sağlamaktır."

Bu suçun oluşabilmesi için;

a) Fail tarafından hile ve desise yapılmalıdır. Mağdurun inceleme eğilimini etkisiz kılacak nitelikte bir takım hareketlerde bulunulmalıdır. Örneğin failin maddi bulguları gizlemesi, mevcut bulguları ortadan kaldırması veya bu bulguların ortaya çıkmasını engellemesi ve bunları saklaması gerekir.

b) Yapılan hile ve desise bir kimseyi kandırabilecek nitelikte olmalıdır. Hile ve desisenin kandırıcı nitelikte olup olmadığı olaysal olarak değerlendirilmeli, olayın özelliği, failin durumu, mağdurla olan ilişkisi, kullanılan hilenin şekli, gizlenen veya değiştirilen belgelerle gerçek olduğundan bahisle gösterilen belgelerin nitelikleri ayrı ayrı nazara alınmalıdır.

c) Mağdurun veya başkasının zararına, kendisi veya başkası lehine haksız bir çıkar sağlanmalıdır. Fail kendisi veya başkasına yarar sağlamak amacıyla bilerek ve isteyerek hile ve desise yapmalı, verilen zarar ile sanığın eylemi arasında uygun nedensellik bağı bulunmalıdır. Zarar, nesnel kişisel ölçüler gözönünde bulundurularak belirlenecek ekonomik zarardır. Hile ve desise kullanılarak hataya sevk edilmeden önceki ve sonraki mal varlığı tespit edilmek suretiyle zarar belirlenecektir.

21.11.1990 günlü Resmi Gazetede yayımlanan 3679 sayılı Yasa'nın 16. maddesiyle Yasanın değiştirilen 504. maddesinde ise; toplumdaki ekonomik, sosyal ve toplumsal gelişmelerle birlikte suç eğilimi de gözönünde tutularak zararın ağırlığı veya kullanılan hile ve desisenin niteliği de dikkate alınmak suretiyle dolandırıcılık suçunun ağırlatıcı nedenleri sekiz bent halinde yeniden düzenlenmiş olup, bunlardan biri de anılan maddenin üçüncü bendinde öngörülen, dolandırıcılığın, "Posta, Telgraf ve Telefon İşletmesinin haberleşme araçlarını veya banka veya kredi kurumlarını veya herhangi bir kamu kurum ve kuruluşunu vasıta olarak kullanmak suretiyle" işlenmesidir.

Değişiklik gerekçesinde, "dolandırıcılık fiilinin, banka veya bir kredi kurumunun veya herhangi bir kamu kurum ve kuruluşunun vasıta olarak kullanılması suretiyle işlenmesi halinde kandırıcı niteliği fazla olacağından, bu durum nitelikli hal olarak kabul edilmiştir" denilmektedir.

Fıkırdaki belirtilen banka veya kredi kurumları ile kamu kurum veya kuruluşlarının vasıta olarak kullanılmasıyla, anılan kurumlara duyulan

güven sarsılmakta, sergilenen hile ve desise ile zarar bireysellikten çıkıp kurumsallaşmaktadır. Fiilin kandırıcı niteliği daha fazla olmaktadır.

Banka ya da kredi kurumlarının araç olarak kullanıldığından söz edilebilmesi için, dolandırıcılık fiili gerçekleştirilirken bankaların olağan faaliyetlerinden ya da bu faaliyeti yürüten suçlulardan hileli araçlar kullanılarak yararlanılması veya banka ve kredi kurumlarının olağan faaliyetleri nedeniyle üretmiş oldukları maddi varlıkların suçta araç olarak kullanılarak haksız çıkarın elde edilmesi gerekir. Suçun bu nitelikli halinin oluşabilmesi için, bankaya ait mal veya hizmetler ile fonksiyonlarının kullanılması yeterlidir; suçun mağdurunun kim olduğu nitelikli halin oluşumu bakımından ayırıcı bir ehemmiyet arzetmemektedir.

Bu açıklamalar ışığında somut olay değerlendirildiğinde;

Suç işlenirken banka kayıtları ve belgelerinden yararlanıldığı, havale göndericisi ve alıcısı olan kişilerin bu eylem nedeniyle bankaya duydukları güvenin sarsıldığı açıktır. Öte yandan, havale bedellerinin gerçek alıcılara olağan süreden sonra ödendiği, dolayısıyla en azından bu nedenle zarar gördükleri ve mağdur oldukları da anlaşılmaktadır.

Dolayısıyla, banka hizmet, kayıt ve belgelerinden yararlanılarak gerçekleştirilen dolandırıcılık eyleminde bankanın aracı olarak kullanılması nedeniyle, suç tarihinde yürürlükte bulunan 765 sayılı Türk Ceza Yasası'nın 504/3. madde ve fıkrasında yazılı nitelikli dolandırıcılık suçu oluşmuştur.

Yerel Mahkeme direnme hükmü bu yönden isabetli ise de, suçtan sonra yürürlüğe giren 5237 sayılı Türk Ceza Yasasında bu eylem için öncekinden farklı yaptırımlar öngörülmesi ve etkin pişmanlığa ilişkin özel bir düzenleme getirilmiş olması karşısında, sanığın hukuki durumunun yeni yasal düzenlemeye göre Yerel Mahkemece yeniden değerlendirilmesi zorunludur. Bu itibarla, direnme hükmünün bu nedenle bozulmasına karar verilmelidir.

Çoğunluk görüşüne katılmayan kurul üyeleri Ersan Ülker ve Kubilay Taşdemir; Yerel Mahkeme ile 11. Ceza Dairesi arasında oluş ve sübut bakımından uyuşmazlık bulunmamaktadır. Aradaki uyuşmazlık, sanığın yurtdışından başkaları adına gönderilen havale bedellerini sahte nüfus cüzdanları yardımıyla almaktan ibaret eylemlerinde, 11. Ceza Dairesinin bozma kararında belirtildiği gibi dolandırıcılığın basit hali mi? yoksa yerel mahkemenin direnme kararında ileri sürüldüğü gibi bankanın aracı kılınmak suretiyle işlenip işlenmediği hususudur.

Gerçekten de sanık ilk eylemde (10.10.2000) Almanya'da çalışan C...

... I. adlı kişi tarafından A...

.... H...

... Işık adına gönderilen 7000 DM parayı A...

.... H...

... Işık kimliğini ibraz ederek Karşıyaka Pamukbank Şubesinden almış,

İkinci eylemde (09.11.2000) yine D...

... K. adına düzenlenmiş sahte kimlikle ve aynı yöntemle K. Y.K. B.'na başvurarak bu şahıs (yani D...

... K.) adına havale edilmiş 30.000 Alman Markını tahsil etmiştir.

Dolandırıcılık suçu E.T.C.K. 500/1, Y.T.C.K.'nun 157. maddesinde hileli davranışlarla bir kimseyi aldatıp onun veya başkasının zararına olarak kendisine veya başkasına yarar sağlamaktır.

Nitelikli dolandırıcılık eylemlerini düzenleyen ve yaptırıma bağlayan Y.T.C.K. 158/f bendi bilişim sistemlerini, banka veya kredi kurumlarının araç olarak kullanılmak suretiyle işlenen dolandırıcılık eylemlerini nitelikli dolandırıcılık olarak kabul etmiştir.

Dolandırıcılık suçunun basit şekli E.T.C.K.'nun 503/1, nitelikli hali ise 504/3. maddesinde yukarıda belirtilen metinlere benzer şekilde düzenlenmişlerdir.

Bilindiği gibi,

Hile; nitelikli yalan,

Desise; maddi nitelikteki fiil ve hareketlerle bireyi hataya düşürmek için kullanılan aldatıcı araçlar olarak tanımlanmaktadır.

Gerek doktrinde ve gerekse Yargıtay'ın yerleşmiş çeşitli kararlarında belirtildiği üzere, dolandırıcılık suçu ile iki hukuki konu korunmaktadır.

Birisi insan iradesinin özgürlüğü,

İkincisi malvarlığına ilişkin varlık ve menfaatlerdir.

Dolandırıcılık suçunda birşeyin teslimi hile ile sakatlanmış ve özgür olmayan bir iradeye dayanmaktadır. Kullanılan hile ve desiselerle mağdur yanılgıya düşürülmeli ve bu yanıltma sonucu kandırıcı davranışlarla yalanlara inanan mağdur tarafından sanık veya başkasına haksız çı-

kar sağlanmalıdır. Başka bir anlatımla bu suçun oluşması için, hileyle kandırılmış olan mağdurun, fesada uğramış iradesiyle malı teslim etmek yada başka bir davranışla kendi mal varlığı zararına bir işlemde bulunması zorunludur. O halde bu suçta mağdurun hile ile sakatlanmış rızasının varlığı gerekmektedir.

Gerçekten bu cürüm, hırsızlık gibi suç failinin tek yanlı etkinliği ile değil, mağdurun kandırılmış ve aldatılmış iradesi doğrultusunda kendi zararına, fail ya da adına hareket ettiği kimse yararına bir işlemde (teslim, borçtan kurtulma belgesi verme vb..... gibi tasarruflarda) bulunmasına, başka deyişle, mağdurun faille işbirliğini gerektiren bir cürümdür. Mağdurun bu işlemi bozulmuş bir iradenin ve kararın eyleme dönüştürülmesidir ki, dolandırıcılık cürmünün "aldatarak hırsızlık" diye anılmasının ve yaptırıma bağlanıp bu tür hileli hareketin cezalandırılmasının nedeni, bu irade özgürlüğünü koruma kaygısıdır.(Dr.Sami Selçuk - Dolandırıcılık Cürmünün Kimi Suçlardan Ayrımı ve Çeklerle İlgili Suçlar. Ankara 1986 S.7)

Dolandırıcılık suçunun bilişim sistemlerinin banka veya kredi kurumlarının araç olarak kullanılması suretiyle nitelikli olarak işlenmesi halini düzenleyen Y.T.C.K.nun 158. maddesinin (f) bendi gerekçesinde, "birişer güven kurumu olan banka veya kredi kurumlarının araç olarak kullanılması dolandırıcılık suçunun işlenmesi açısından önemli bir kolaylık sağlamaktadır. Banka ve kredi kurumları açısından dikkat edilmesi gereken husus, bu kurumları temsilen bu kurumlar adına hareket eden kişilerin başkalarını kolaylıkla aldatabilmeleridir" denilmektedir.

Fıkırada belirtilen banka veya kredi kurumlarının vasıta olarak kullanılmasında, maddede belirtilen kurumlara duyulan güven uyarınca hile ve desise daha kolay yapılmakta, mağdurun araştırma eğilimi ortadan kaldırılmakta, fiilin kandırıcı niteliğı daha fazla olmaktadır.

Banka veya kredi kurumunun vasıta olarak kullanılması koşulları çeşitli yargısal kararlarda irdelenmiştir.

C.G.K.nun 15.10.2002 gün ve 6-216/356 sayılı kararında sahte banka dekontunun düzenlenerek banka şubesinden fakslanması eyleminde,

C.G.K.nun 29.05.2001 gün ve 6-106/111 sayılı kararında; yabancı uyruklu değişik kişilere yine çeşitli yabancı ülke bankalarından verilen Visa ve Master kartlarının sahtelerinin elde edilerek imprinter (el-slip makinası) cihazını kullanarak bu kredi kartlarından sahte slip üretilerek

bankalarla "üye işyeri" sözleşmesi bulunan kişi ve kuruluşlarla anlaşılması suretiyle sahte sliplerin bunlara satılması, onların da sahte slipleri banka şubesine ibraz ederek belgelerini tahsil etmesi eyleminde,

C.G.K.'nın 28.12.2004 gün ve 6-173/228 sayılı kararında; Çek keşide etme yasağı bulunan sanıkların sahte belgelerle bankalarda mevduat hesabı açtırarak aldıkları çek karnesindeki çekleri, satın aldıkları mal karşılığında kullanmak suretiyle işledikleri dolandırıcılık suçlarında bankanın vasıta olarak kullanılmak suretiyle gerçekleştirildiğini kabul etmiştir.

Vasıta sözcüğünün ne anlama geldiği hususunda ise Yüksek Ceza Genel Kurulu Dairemizin 22.10.2003 gün ve 10711-7189 sayılı kararına atıf yapmıştır. Anılan kararımızda "bentte adları geçen kurum ve kuruluşlara ait kimlik, sağlık karnesi, giriş kartı, banka cüzdanı, çek, kredi kartı gibi ilgili kurumda etkin işlevi bulunan maddi varlıkları kapsadığı" belirtilmiştir.

Bankanın araç olarak kullanıldığından sözedilebilmesi için dolandırıcılık fiilinin gerçekleştirilmesi sırasında bankaların olağan faaliyetleri nedeniyle ürettikleri çek karnesi, banka dekontu, teminat mektubu gibi maddi varlıkların, kişilerin iradelerinin sakatlanmasında kolaylaştırıcı unsur olarak kullanılarak haksız çıkarın elde edilmesi gerekir.

Bu açıklamaların ışığı altında somut olaya döndüğümüzde;

Sanık önce K. P.bank Şubesine başvurarak A...

.... H...

.... I. adına gönderilen 7000 Markı, bu eylemden yaklaşık bir ay sonrada aynı yer Y.K.B.'na gelerek "D...

.... K." adına havale edilmiş 30.000 Markı, paranın gerçek alıcıları olan "A.H.I." ve "D...

.... K." adlarına sahte düzenlenmiş kimlikleri ibraz ederek almıştır.

Burada hileli davranışlarla iradesi sakatlanan kişi parayı gönderen ya da parayı alacak olan kişiler değildir. Sanık bu kişileri hiç görmemiştir. Parayı gönderen kişi havale bedelini ödemiş ve parayı bankaya teslim etmiştir. Bankanın görevi bu paranın, adına havale çıkartılan gerçek alıcısına teslimden ibarettir. Banka ancak bu şekilde kendisinden beklenen işlevi yerine getirerek hükümlülüğünden kurtulabilecektir. Ancak, sanık her iki olayda da banka memurlarını, gönderilen havale nin gerçek alıcısının kendisi olduğunu sahte nüfus cüzdanlarını göstere-

rek ikna ile onların iradesini sakatlayarak paraların kendisine teslim işlemlerini gerçekleştirmiştir. Dolayısıyla sanığın eylemlerinde sahte nüfus cüzdanları, dolandırıcılık suçunun "hile" unsurunu oluşturmaktadır. Dolandırıcılık suçu Y.T.C.K.'nın 157. maddesinde, kısaca hileli davranışlarla bir kimsenin aldatılması olarak tanımlanmaktadır. Burada hileli davranış parayı gönderen ya da alan kişiye değil, doğrudan doğruya banka adına hareket eden banka memurlarına yapılmış ve bu şekilde paranın teslimi sağlanmıştır.

Eylemlerden zarar gören parayı gönderen ya da alan kişiler değildir. Bu kişiler paralarının banka güvencesinde olması nedeni ile sanığın eyleminden zarara uğramamıştır. Davaya katılan zarar gören bankadır.

Bu suçta hileli hareketlerle irade özgürlüğü sakatlanan ile zarar görenlerin farklı kişiler olması da olanaklıdır. Suçun tanımından da bu açıkça anlaşılmaktadır. Ancak olayda, hataya düşürülen ve zarar gören aynı kişilerdir. Nitekim P.bankta memur olarak çalışan müşteki banka memuresi A. I. 24.01.2001 tarihli soruşturma aşamasındaki ifadesinde, "Bankamızın kuralı gereğince ben 7000 Markı ödediğim için bu paradan dolayı bankamız 741.000.000 Lira borç çıkardı. Ben aylık olarak bu parayı ödüyorum. Yani hem ben hem de bankamız maddi zarara uğradı, benim ve bankamın zararını bu şahıs ödesin" demiştir.

Görüldüğü gibi; olayda zarara uğrayan banka ve kullanılan sahte nüfus cüzdanı ile iradesi fesada uğratılarak bu koşullar altında ödeme-yi gerçekleştiren banka memurlarıdır.

Yukarıda açıkladığımız nedenlerle, her iki olayda bankanın dolandırıldığını kabul eden 11. Ceza Dairesi'nin kararı usul ve yasaya uygun bulunduğundan bu karara direnen yerel mahkeme kararının bozulması yerine, eylemlerde bankanın aracı olarak kullanıldığını ve bu nedenle direnme kararının onanması yönündeki çoğunluk görüşüne karşıyız. gerekçesiyle,

Diğer dört kurul üyesi ise; dolandırıcılık suçunun mağdurunun banka olduğunu, dolayısıyla bankanın suçta aracı olarak kullanılmasının söz konusu olamayacağını, bu bakımdan dolandırıcılık suçunun nitelikli biçiminin oluşmadığını belirterek direnme hükmünün bu yönden bozulması gerektiği görüşüyle karşı oy kullanmışlardır.

SONUÇ

Açıklanan nedenlerle;

Yerel Mahkeme direnme hükmünün BOZULMASINA,

Dosyanın yerine gönderilmek üzere Yargıtay C.Başsavcılığına tevdiine,

31.01.2006 günü yapılan birinci müzakerede gerekli oy çoğunluğuna ulaşılamaması nedeniyle 07.02.2006 günü gerçekleştirilen ikinci müzakerede suç niteliği yönünden tebliğnamedeki görüşe aykırı olarak ve oyçokluğu ile karar verildi.

• **Ceza Kanunu'nun Zaman Bakımından Uygulanması Kuralının Şartları**
• **Lehe Olan Kanunların Uygulanması Zorunluluğu**
• **Resmi Evrakta Sahtecilik ve Nitelikli Dolandırıcılık Suçlarından Yargılanan Sanığın Hukuki Durumu**

YARGITAY

CEZA GENEL KURULU

ESAS: 2005/11-136 E

KARAR: 2006/3 K.

"İçtihat Metni"

Hükümlü E...

... Ö...

... 'ın resmi evrakta sahtecilik ve nitelikli dolandırıcılık suçlarından 765 sayılı TCY'nın 339/1, 80, 59, 504/7, 80, 59, 71. maddeleri uyarınca 3 yıl 22 ay 10 gün ağır hapis ve 528.690.260 lira ağır para cezasıyla; aynı suçlardan hükümlülerden H...

.... Ç...

... 'un TCY'nın 339/1, 80, 59, 504/7, 80, 522, 59, 71. maddeleri uyarınca 4 yıl 12 ay 8 gün ağır hapis ve 3.054.293.341 lira ağır para cezasıyla; hükümlü O...

..... D...

... 'ın ise, TCY'nın 339/1, 80, 59, 504/7, 80, 522, 59, 71. maddeleri uyarınca 4 yıl 12 ay 8 gün ağır hapis ve 2.481.545.560 lira ağır para cezasıyla cezalandırılmalarına ilişkin Aksaray Ağır Ceza Mahkemesince 21.03.2002 gün ve 20-99 sayı ile verilen kararın temyiz incelemesi sonunda, Yargıtay 6.Ceza Dairesince 25.02.2004 gün ve 8937-1802 sayı ile hükümden sonra yürürlüğe giren 4806 sayılı Yasa ile değişik TCY'nın 30. maddesi gereğince, sanık E...

.... Ö...

...’in para cezası 528.690.000 liraya, sanık H...

.... Ç...

...’un para cezası 3.054.293.000 liraya ve sanık O. D.’in para cezası 2.481.545.000 liraya indirilmek suretiyle hükmün düzeltilerek onanmasına karar verilmiştir.

Hükümlü E...

... Ö...

... vasisinin ve Aksaray C. Başsavcılığının, hükümlülerin durumunun 5237 sayılı Türk Ceza Yasası hükümlerine göre yeniden değerlendirilip bir karar verilmesi isteminde bulunması üzerine Aksaray Ağır Ceza Mahkemesi dosya üzerinde inceleme yaparak verdiği 29.06.2005 gün ve 20-99 sayılı ek karar ile;

"5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkındaki Kanunun 98/1 ve 101/1. maddeleri ile 5252 sayılı Türk Ceza Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkındaki Kanunun 9/1. maddesi göz önünde bulundurularak talep konusunda duruşma yapılmaksızın dosya üzerinden karar verilmiştir.

5252 sayılı Yasa’nın 6. maddesi uyarınca ağır hapis cezasının hapis cezasına; aynı Yasanın 5. maddesi uyarınca ağır para cezasının adli para cezasına dönüştürüldüğü anlaşılmıştır.

Hükümlülerin mahkûmiyetine konu suçlar 5237 sayılı TCY’da da benzer suç tipi olarak yer almıştır.

765 sayılı TCY’nın 2/2. maddesi ile 5237 sayılı TCY’nın 7/2. maddesi hükümlerine göre bir suçun işlendiği zaman yürürlükte bulunan yasa ile sonradan yürürlüğe giren yasa hükümleri farklı ise failin lehine olan yasa tatbik ve infaz olunacaktır.

Hükümlülerin mahkûm olduğu resmi belgede sahtecilik suçu 5237 sayılı TCY’nın 204/2. maddesinde düzenlenmiştir.

Hükümlülerin mahkûm olduğu kamu kurumunu dolandırmak suçu 5237 sayılı TCY’nın 158/1-e maddesinde düzenlenmiştir.

Mahkûmiyete konu suçların temel ceza yaptırım maddeleri ile ceza artırımı ve ceza indirimi öngören hükümlerinin 5237 sayılı TCY düzenlemesi ile karşılaştırıldığında 765 sayılı Yasa’nın sonuç ceza itibarıyla hükümlülerin lehine olduğu anlaşıldığından" gerekçesiyle hükümlüler E...

... Ö...

...., H...

.... Ç...

.... ve O...

.... D...

.... hakkındaki 21.03.2002 tarih ve 2001/20-2002/99 esas karar sayılı kararın, 5252 sayılı Yasa'nın 6. maddesi uyarınca ağır hapis cezasının hapis cezasına, aynı Yasanın 5. maddesi uyarınca ağır para cezasının adli para cezasına dönüştürülmüş olması nedeni ile bu hususlar göz önünde bulundurulmak suretiyle aynen infazına, itiraz yolu açık olmak üzere karar vermiştir.

Hükümlü E...

.... Ö...

....'in süresi içinde itiraz yasayoluna başvurusu üzerine Nevşehir Ağır Ceza Mahkemesi 11.07.2005 gün ve 427 Müt. sayı ile söz konusu ek kararın usul ve yasaya uygun olduğundan bahisle itirazın reddine karar vermiştir.

Adalet Bakanının bu hükmün kanun yararına bozulması yolundaki istemini 24.08.2005 gün ve 35385 sayılı yazı ile bildirmesi üzerine Yargıtay C. Başsavcılığı bu istem ve nedenlerini içeren 01.09.2005 gün ve 151950 sayılı yazısını Yargıtay 11.Ceza Dairesine tevdi etmiş, dosyayı inceleyen Yargıtay 11.Ceza Dairesi 19.09.2005 gün ve 7601-6668 sayı ile;

" sanığın kamu kurumunu dolandırmak suçundan 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 504/7, 80, 59/son maddeleri uyarınca 1 yıl 11 ay 10 gün ağır hapis cezasıyla cezalandırılmış olduğu, mülga 647 sayılı Cezaların İnfazı Hakkında Kanunun 6. maddesi uyarınca evvelce para cezasından başka bir ceza ile mahkûm olmayan kimse hakkında 1 yıla kadar verilen ağır hapis cezalarının ertelenmesine hükmolunabileceğinin belirtilmiş olması nedeniyle bu cezasının ertelenmediği, ancak 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5252 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunu'nun 5349 sayılı Kanunla değişik 6. maddesi uyarınca ağır hapis cezalarının hapis cezasına dönüştürülmüş olması ve yine 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 51/1. maddesinde işlediği suçtan dolayı iki yıl veya daha az süreyle hapis cezasına mahkûm edilen

kişinin cezasının ertelenebileceğinin düzenlenmiş bulunması karşısında, anılan maddenin (a) ve (b) bentleri de göz önünde tutulmak suretiyle hükümlü lehine bir karar verilebileceği gözetilmeden, itirazın kabulü yerine yazılı şekilde reddine karar verilmesinde isabet görülmediğinden bahisle 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 309. maddesi uyarınca, anılan kararın bozulması lüzumu Yüksek Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü ifadeli 24.08.2005 gün ve 35385 sayılı yazılı emirlerine atfen Yargıtay C.Başsavcılığının 01.09.2005 gün ve YE.2005151950 sayılı ihbarnamesiyle daireye ihbar ve dava evrakı tevdi kılınmakla incelenip gereği görüldü:

Kanun yararına bozma, temyiz incelemesinden geçmeksizin kesinleşmiş bulunan hükümlerde hukuka aykırılık bulunması halinde başvurulması olanaklı olağanüstü bir yasa yoludur. Kabul edip etmemek mahkemenin takdirine bağlı bulunan istekler hakkında verilen kararlar, kanun yararına bozmaya konu olamayacağı gibi hükümlü hakkında dolandırıcılık suçundan tayin edilen ve kesinleşen, 5252 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunun 5349 sayılı Kanunla değişik 6. maddesi uyarınca da hapis cezasına dönüştürülen 1 yıl 11 ay 10 gün hapis cezasının, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 51. maddesi uyarınca ertelenmesine ilişkin isteğin reddine dair kararın yasal olanaksızlık nedenine dayalı olarak verilmediğinin de anlaşılması karşısında kanun yararına bozmaya atfen düzenlenen ihbarnamedeki isteğin CMK'nun 309. maddesi uyarınca reddine" karar vermiştir.

Yargıtay C. Başsavcılığı ise 24.10.2005 gün ve 151950 sayı ile;

"Hükümlü hakkında kamu kurumunu dolandırmak suçundan verilen 1 yıl 11 ay 10 gün ağır hapis cezası, hüküm anında yürürlükte bulunan 647 sayılı Kanunun 6. maddesi uyarınca erteleme kapsamı dışında bulunmaktadır.

1.6.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda, cezalar; hapis ve adli para cezaları olarak öngörülmüştür. Kanunda, hapis cezaları; ağırlaştırılmış müebbet hapis, müebbet hapis ve süreli hapis cezaları olarak üçe ayrılmış, 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda yer alan hafif hapis, hapis ve ağır hapis cezası ayrımı ortadan kaldırılmıştır.

4.11.2004 tarihli 5252 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkındaki Kanunun 11.5.2005 tarihli 5349 sayılı Ka-

nun ile değişik 6. maddesi uyarınca, kanunlarda öngörülen "ağır hapis" cezaları, "hapis" cezasına dönüştürülmüş bulunmaktadır.

Yine, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 51. maddesinde, işlediği suçtan dolayı iki yıl veya daha az süreyle hapis cezasına mahkûm edilen kişinin cezasının ertelenebileceği hükme bağlanmıştır.

Yapılan değişikliklerle, daha önce erteleme kapsamı dışında kalan 1 yıldan fazla, iki yıla kadar (iki yıl dahil) ağır hapis cezalarının ertelenmesine olanak sağlanmıştır.

5237 sayılı Kanunun 51. maddesiyle, hapis cezasının ertelenmesi koşulları da değiştirilmiştir. Mahkemenin sanığın suç işlemeyeceği hususundaki kanaatinin, 647 sayılı Kanunun 6. maddesi gereğince geçmişteki hali ve suç işleme hususundaki eğilimine, 5237 sayılı Kanunun 51. maddesi uyarınca ise, sanığın suç işledikten sonra yargılama sürecinde gösterdiği pişmanlığa dayanması gerekmektedir. Erteleme için, 647 sayılı Kanunun 6. maddesinde adliye mahkemelerince para cezası dışında bir cezaya mahkûm edilmemiş şartı bulunurken, 5237 sayılı Kanunun 51. maddesinde, kasıtlı bir suçtan dolayı üç aydan fazla hapis cezasına mahkûm edilmemiş olma koşulu aranmıştır.

Ertelemenin süresi, kapsamı ve sonuçları açısından iki madde arasında farklılıklar bulunmaktadır.

Hapis cezasının ertelenmesi, cezanın kişiselleştirilmesini sağlayan bir kurumdur. Yapılan değişiklikler ile, hükümlü hakkında kamu kurumunu dolandırmak suçundan verilen erteleme kapsamı dışındaki ağır hapis cezası, ertelenmesi mümkün olan bir ceza haline gelmiştir. Bu durumda hükümlü hakkında hapis cezasının ertelenip ertelenmeyeceği yönünden bir karar verilmesi gerekmektedir.

Bu nedenle, 5252 sayılı Kanunun 9. maddesi uyarınca önceki ve sonraki kanunların ceza içeren hükümlerinin olaya uygulanması yapılarak, sonradan yürürlüğe giren kanun hükümlerine göre verilebilecek cezanın 2 yıldan fazla hapis cezasını gerektirdiği ve bu cezanın ertelenmesinin mümkün olmadığı düşüncesiyle talebin reddine karar verilmesi isabetli bulunmamaktadır.

Ayrıca, bu kararın verilmesi için hakimın takdir yetkisini kullanması, hükümlünün suç işledikten sonra yargılama aşamasındaki pişmanlığını göz önünde bulundurması, değerlendirmesi icap etmektedir. Hakimın takdir yetkisini kullanarak karar vermesi gereken durumlarda ise duruşma açılıp yargılama yapılması zorunludur.

Olayımızda, duruşma açılıp, yargılama yapılmak suretiyle bir karar verilmesi gerekirken, evrak üzerinde yapılan inceleme sonucu karar verilmesi de yasaya aykırıdır.

Kabul edip etmemenin mahkemenin takdirine bağlı bulunan istekler hakkında verilen kararlar kanun yararına bozmaya konu olamazlar. Ancak, olayımızda, erteleme istemi hususunda duruşma açılıp, yargılama yapılarak takdir yetkisi kullanılmak suretiyle bir karar verilmesi gerekir iken, mahkemece evrak üzerinde yapılan inceleme neticesinde sonraki kanun uyarınca verilecek cezanın aleyhe olacağı düşüncesinden hareketle önceki hükmün aynen infazına karar verilmiştir. Bu karar aleyhine kanun yararına bozma yoluna gidilmesi mümkün bulunmaktadır.

Kanun yararına bozma isteğine konu karar, davanın esasını çözümlen kararlardandır. Bu tür kararlara yönelik kanun yararına bozma isteminin kabul edilmesi halinde 5271 sayılı CMK'nun 309. maddesinin 4. fıkrasının (a) bendi uyarınca, kararı veren mahkeme tarafından gerekli inceleme ve araştırma sonucunda yeniden bir karar verilmesi gerekmektedir.

Belirtilen nedenlerle, kanun yararına bozma istemi üzerine Nevşehir Ağır Ceza Mahkemesinin 21.7.2005 tarih ve 2005/427 sayılı kararının bozulmasına ve müteakip işlemlerinin mahkemesince yapılması için dosyanın mahalline gönderilmesine karar verilmesi yerine, kanun yararına bozma isteminin reddine karar verilmesinin isabetli olmadığı kanaatine varılmıştır." görüşüyle itiraz yasa yoluna başvurarak Özel Daire kararının kaldırılmasına, Nevşehir Ağır Ceza Mahkemesinin 11.7.2005 gün ve 2005/427 sayılı kararının bozulmasına ve müteakip işlemlerin yapılması için dosyanın mahalline gönderilmesine karar verilmesini talep etmiştir.

Dosya Yargıtay Birinci Başkanlığına gönderilmekle Yargıtay Ceza Genel Kurulunca okundu, gereği konuşulup düşünüldü.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Resmi evrakta sahtecilik ve nitelikli dolandırıcılık suçlarından hükümlü E...

... Ö...

... hakkındaki hükümlerin infazı sırasında, 765 sayılı Türk Ceza Ya-

sasının yürürlükten kalkması ve 5237 sayılı Türk Ceza Yasası'nın yürürlüğe girmesi nedeniyle uygulanacak lehe yasanın belirlenmesinin istenmesi üzerine, Yerel Mahkemece hükümlerin aynen infazına ilişkin verilen ek karara karşı itiraz yasa yoluna başvurulmuş ve itirazı inceleyen merci Nevşehir Ağır Ceza mahkemesince itirazın reddine dair verilen kararın, erteleme hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağına değerlendirilmesinin gerektiğinden bahisle kanun yararına bozulması talep edilmiştir. Özel Daire ile Yargıtay C.Başsavcılığı arasındaki hukuki uyuşmazlık, söz konusu merci kararının kanun yararına bozma yoluyla incelenip incelenemeyeceğine, esasen özde ise önceki ve sonraki yasal düzenlemelerden hangisinin lehe olduğunun saptanması bakımından kesinleşen hükümler üzerinde yapılacak yargılamanın duruşmalı mı duruşmasız mı gerçekleştirileceği, sonucunda verilecek kararın niteliği ve bu karara karşı hangi yasa yoluna başvurulabileceğinin belirlenmesine ilişkindir.

Uyuşmazlığın çözümünde sağlıklı bir hukuki çözüme ulaşabilmek için, öncelikle kesinleşen hükümlerde değişiklik yargılamasının hangi yasaya göre yapılacağı hususunun incelenip, belirlenmesinde yarar vardır.

Ceza kanunlarının zaman bakımından uygulanmasına ilişkin kurallar, halen yürürlükten kalkmış bulunan 765 sayılı Türk Ceza Yasası'nın 2. maddesi ile 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe girmiş bulunan 5237 sayılı Türk Ceza Yasası'nın 7. maddesinde benzer biçimde düzenlenmiştir. Anılan maddelerde iki önemli ilke vurgulanmaktadır. Bunlardan ilkinde göre: Ceza hukuku kuralları yürürlüğe girdikleri andan itibaren ileriye etkili olarak uygulanırlar. "Geçmişe etkili uygulama" veya "geçmişe yürürlük" ilkesi denilen ikinci prensibe göre, failin lehine olan yasa geçmişe etkilidir. Dolayısıyla, suçtan sonra yürürlüğe giren fail lehine yasa, hükümde ve infaz aşamasında dikkate alınmalıdır. Bazen, sonradan yürürlüğe giren yasanın kendisi sonucu belirler ki, bu durumda yeni bir yargılama faaliyetine ihtiyaç bulunmaz. Kimi zaman da, sonradan yürürlüğe giren yasanın suçun unsurlarını değiştirmesi, suça etkili halleri yeniden düzenlemesi, ceza miktarlarını öncekinden farklı alt ve üst sınırlar arasında belirlemesi gibi nedenlerle, önceki suç bakımından doğurduğu sonucun bir mahkeme kararı ile saptanması gerekir. Bu durumda "mahkumiyet hükmünde değişiklik yargılaması" veya kısaca "uyarlama yargılaması" denilebilecek bir yargılama faaliyetine ihtiyaç vardır. Her yargılama faaliyeti gibi bu da bir davanın varlığı-

nı gerektirir. Geçmişte, bu tür bir yargılamayı münhasıran düzenleyen yasa normu mevcut değildi; bu itibarla, yerleşmiş yargısal uygulama doğrultusunda bu yargılama, 1412 sayılı CMUK'nun mahkumiyet hükmünün yorumunda doğan tereddüdün giderilmesi bakımından hakimden karar istenmesi yöntemini düzenleyen 402. maddesine göre gerçekleştirilmekteydi.

Ancak, her ikisi de 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren yasalardan, 04.11.2004 Tarih ve 5252 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Yasa'nın 9. maddesinde ve 13.12.2004 Tarih ve 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Yasa'nın 98 vd. maddelerinde uyarlama yargılamasını düzenleyen hükümler getirilmiştir.

Bunlardan 5275 sayılı Yasa'nın 98. maddesinde; "Mahkûmiyet hükmünün yorumunda veya çektirilecek cezanın hesabında duraksama olursa, cezanın kısmen veya tamamen yerine getirilip getirilmeyeceği ileri sürülür ya da sonradan yürürlüğe giren kanun, hükmünün lehinde olursa, duraksamanın giderilmesi veya yerine getirilecek cezanın belirlenmesi için hükmü veren mahkemeden karar istenir" denilmiş, birden fazla hükümdeki cezaların toplanması için mahkemeden karar istenmesi 99. maddede düzenlenmiş, 101. maddesinde de bu kararların duruşma yapılmaksızın verileceği belirtilerek yetkili mahkemeler gösterilmiştir. Görüldüğü gibi, 5275 sayılı Kanunun 98. maddesi, herhangi bir ceza normunun hükmün kesinleşmesinden sonra değişmesi halinde yapılacak uyarlama yargılamasına ilişkin genel bir düzenlemeyi içermektedir.

5252 sayılı Kanun'un 9. maddesinin 1 ve 2. fıkralarında ise; "(1) 1 Haziran 2005 tarihinden önce kesinleşmiş hükümlerle ilgili olarak, Türk Ceza Kanunu'nun lehe olan hükümlerinin derhal uygulanabileceği hallerde, duruşma yapılmaksızın da karar verilebilir.

(2) Birinci fıkra hükmü, 1 Haziran 2005 tarihinden önce verilip de Yargıtay tarafından lehe olan hükümlerin uygulanması hususunda değerlendirme yapılması gerektiği gerekçesiyle bozularak mahkemesine gönderilen hükümler hakkında da uygulanır." denilmektedir.

5252 sayılı Yasanın amacı 1.maddesinde, kapsamı ise 2. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre Yasa'nın amacı: 5237 sayılı Türk Ceza Yasası'nın yürürlüğe konulmasına ilişkin usul ve esasları belirlemektir; kapsamı ise, diğer kanunlarda 765 sayılı Türk Ceza Yasasına yapılan

yollamalar, 5237 sayılı Türk Ceza Yasasının yürürlüğe girmesiyle yürürlükten kaldırılan hükümler ve 5237 sayılı Türk Ceza Yasasının uygulanması için diğer Yasalarda yapılan değişiklikler, bu yasanın yürürlüğe girmesinden önce işlenmiş suçlar hakkında ne surette hüküm kurulacağı ve kesinleşmiş cezaların nasıl infaz edileceğine ilişkin hükümlerdir. Bu üç hüküm birlikte değerlendirildiğinde, 5252 sayılı Yasanın "Lehe olan hükümlerin uygulanmasında usul" başlıklı 9. maddesinin 1. fıkrası;

a) Sadece 1 Haziran 2005 tarihinden önce kesinleşmiş mahkumiyet hükümlerinde ve

b) Münhasıran, 5237 sayılı Türk Ceza Yasası'nın yürürlüğe girmesi nedeniyle hükümde bir değişiklik yargılaması yapılması gerektiğinde uygulanabilecektir. Görüldüğü gibi bu düzenleme, 5237 sayılı Türk Ceza Yasası dışında başka herhangi bir yasanın yürürlüğe girmesi ve lehe hüküm içermesi halinde yapılacak incelemeyi kapsamamaktadır.

Sonraki lehe yasa nedeniyle mahkumiyet hükmünde değişiklik yargılamasını düzenleyen bu iki farklı yasadaki biri genel nitelikte, diğeri ise sınırlı uygulama alanına sahip özel nitelikte bir düzenlemeyi içermektedir. Her iki yasanın kabulünden sonra, 5252 sayılı Kanunu'nun 9. maddesinde 11.05.2005 Tarih ve 5349 sayılı yasayla ufak çaplı bir değişiklik yapılmakla birlikte, maddedeki hüküm muhafaza edilmiştir. Bu durum, yasa uyarlama yargılaması konusunda iki farklı yasada iki ayrı düzenleme öngörmesinin bilinçli bir tercihe dayandığını ortaya koymaktadır. Bu itibarla, sonradan yürürlüğe giren ve lehe hüküm içeren yasanın 5237 sayılı Türk Ceza Yasası olması ve mahkumiyet hükmünün de 1 Haziran 2005 tarihinden önce kesinleşmiş olması halinde, uyarlama yargılaması özel düzenlemeyi içeren 5252 sayılı Yasa'nın 9. maddesinin 1. fıkrasında öngörülen usule göre gerçekleştirilmeli, bu iki koşulun birden oluşmadığı hallerde ise, genel düzenleme getiren 5275 sayılı Yasa'nın 98 vd. maddelerindeki yöntem uygulanmalıdır.

Somut olaydaki uyarlama yargılamasının 5252 sayılı Yasa'nın 9. maddesi hükümlerine göre yapılması gerektiğini böylece ortaya koyduktan sonra, bu yargılamanın duruşmalı mı, evrak üzerinden mi yapılacağını inceleyecek olursak;

Anılan maddenin birinci fıkrasında: ".....Türk Ceza Kanunu'nun lehe olan hükümlerinin derhal uygulanabileceği hallerde, duruşma yapılmaksızın da karar verilebileceği" belirtilmek suretiyle uyarlama yar-

gılamasının yöntemi, üçüncü fıkrasında ise: "Lehe olan hüküm, önceki ve sonraki kanunların ilgili bütün hükümleri olaya uygulanarak, ortaya çıkan sonuçların birbirleriyle karşılaştırılması suretiyle belirlenir." denilerek lehe yasanın saptanması yöntemi düzenlenmiştir.

Maddedeki düzenlemelerden de anlaşılacağı üzere, kesin yargı haline gelmiş bir hükümde değişiklik yargılaması yapılması, önceki hükümde sabit kabul edilen olaya her iki yasanın ilgili tüm hükümleri birbirine karıştırılmaksızın uygulanmak suretiyle ayrı ayrı sonuçlar belirlenmesini ve bunların karşılaştırılmasını gerektirir. Bu yargılama faaliyetinde genel prensip incelemenin duruşmalı yapılmasıdır.

Sonraki yasanın uygulamada lehe sonuç doğurması bir çok farklı nedene dayanabilir. Örneğin, suçun unsurları sonraki yasa da değiştirilmiş, ilave unsurlar getirilmiş, fakat önceki yargılamada bu hususlar saptanmamış olabilir. Bu durumda, araştırma yapılması ve gerektiğinde kanıt toplanması, başka bir deyişle olay yargılaması yapılması gerekir.

Kimi zaman da, cezanın kişiselleştirilmesine ilişkin bir hükmün uygulanması olanağı sonraki yasa nedeniyle ortaya çıkabilir. Nitekim, 1 Haziran 2005 tarihinden önceki yasal düzenlemeye göre ağır hapis cezalarının para cezasına veya tedbire çevrilmesi olanağı bulunmadığı halde, 5252 sayılı Yasa'nın 6. maddesi ile ağır hapsin hapse dönüştürülmesi nedeniyle, önceki bir kısım hürriyeti bağlayıcı cezaların bundan böyle para cezasına veya seçenek yaptırımlardan birine çevrilmesi olanağı doğmuştur. Bu konuda karar verebilmek için de, suçlunun kişiliği, sosyal ve ekonomik durumu, yargılama sürecinde duyduğu pişmanlık ve suçun işlenmesindeki özelliklerin ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekmektedir.

Yine, cezanın yasa da öngörülen sınırın üzerinde belirlenmesi halinde takdir hakkının kullanılması söz konusu olacaktır ki, bu durumda, yargılamanın diğer süjelerinin de yargıcın takdir hakkını kullanması sürecine görüşleriyle ve gerektiğinde kanıt sunarak katkıda bulunmaları sağlanmalıdır.

Açıklamaları özetleyecek olursak; lehe yasanın saptanıp uygulanması, herhangi bir inceleme ve araştırma yapılmasını, kanıt toplanmasını, takdir hakkının kullanılmasını gerektiriyorsa ya da cezanın kişiselleştirilmesine ilişkin bir hükmün uygulanması olanağı sonraki yasa ile doğmuşsa, hükümde değişiklik yargılamasının duruşmalı yapılması zo-

runludur. Evrak üzerinde inceleme yapılabilmesi ise ancak belirtilen haller dışında söz konusu olabilecektir.

Uyarlama yargılamasının 5252 sayılı Yasa'nın 9. maddesinin 1. fıkrasına göre yapılması halinde incelemenin duruşmalı mı yoksa evrak üzerinde mi yapılacağını belirlemeye yarayan ilkeleri bu şekilde ortaya koyduktan sonra, bu yolla verilen hükümlere karşı başvurulacak yasa yolunun hangisi olduğunu inceleyecek olursak;

5252 sayılı Yasa'nın 9. maddesinde, uyarlama yapılması suretiyle verilen hükümlere karşı başvurulabilecek yasa yolu belirtilmemiştir. O halde, yasa yollarına ilişkin olarak Usul Yasamızda mevcut hükümlerin değerlendirilmesiyle bir sonuca ulaşılmalıdır.

1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Yasası'nda olağan yasa yolları olarak itiraz, istinaf ve temyiz öngörülmüştür. Ancak bölge adliye mahkemelerinin henüz göreve başlamaması nedeniyle istinaf yasa yoluna ilişkin hükümlerin bu devrede uygulanabilmesi olanağı bulunmamaktadır.

Ceza Muhakemesi Yasası'nın itiraz olunabilecek kararlara ilişkin 267. maddesinde, "Hâkim kararları ile kanunun gösterdiği hallerde, mahkeme kararlarına karşı itiraz yoluna gidilebilir." denilmektedir. Buna göre, kural olarak bütün hakimlik kararlarına karşı itiraz yasa yolu açıktır. Mahkeme kararlarına karşı itiraz ise, sadece yasanın açıkça gösterdiği hallerde mümkündür. Örneğin; Ceza Muhakemesi Yasasının 5/2. maddesinde mahkemenin görevsizlik kararına, 101/5. maddede ise mahkemenin tutuklama kararına karşı itiraz yoluna başvurulabileceği açıkça belirtildiğinden, bu kararlara karşı itiraz yasa yoluna başvurulabilir. Oysa 5252 sayılı Yasanın 9. maddesinde itiraz yasayoluna başvurmayı mümkün kılan bir düzenleme bulunmadığından, bu maddeye göre gerçekleştirilen yargılama sonunda verilen uyarlama kararlarına karşı itiraz yasayoluna başvurulamaz.

Temyiz yasayolu bakımından ise; 5320 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Yasanın 8.maddesi uyarınca, bölge adliye mahkemelerinin göreve başlama tarihinden önce aleyhine temyiz yoluna başvurulmuş kararlar hakkında Ceza Muhakemesi Usulü Yasası'nın 322. maddesinin dört, beş ve altıncı fıkraları hariç olmak üzere 305 ilâ 326. maddeleri uygulanacağı için, konunun, temyize ilişkin bulunan ve halen yürürlükte bulunan bu hükümler yönünden de incelenmesi gerekir.

Anılan Yasanın 305. maddesinde ceza mahkemelerinden verilen hükümlerin temyiz olunabileceği belirtildikten sonra, temyiz edilemeyecek nitelikteki hükümler sayılmıştır. 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Yasası'nın hükümleri gösteren 253. maddesi yürürlükten kalktığı için, hangi kararların hüküm niteliğinde olduğu 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Yasası'na göre saptanmalıdır. Bu Yasanın 223. maddesinde, beraat, ceza verilmesine yer olmadığı, mahkûmiyet, güvenlik tedbirine hükmedilmesi, davanın reddi ve düşmesi kararlarının hüküm olduğu belirtilmektedir. O halde, 5252 sayılı Yasa'nın 9. maddesinin 1. fıkrasına göre, ister genel prensip uyarınca duruşmalı yargılamada, isterse ayrık yöntem olarak evrak üzerinde yapılan inceleme sonunda verilmiş bulunsun, sonraki lehe yasa nedeniyle yapılan uyarılama yargılamasında verilen bu tür kararlar hüküm niteliğinde olduklarından, 1412 sayılı CMUK'nun 305. maddesinde belirtilen istisnalar dışında bu hükümlere karşı temyiz yasayoluna başvurulabilecektir.

Öte yandan, yasayollarına başvuru hakkına sahip olanların bu haklarını kullanırken yanlışlık yapabilecekleri yasakoyucu tarafından da öngörülmüş, Ceza Muhakemesi Yasası'nın 264. maddesinde, kabul edilebilir bir başvuru olması koşuluyla, kanun yolunun veya merciin belirlenmesindeki yanılmanın, başvuranın haklarını ortadan kaldırmayacağı kuralı getirilmiştir. Örneğin; temyiz yasayoluna başvurulurken verilen dilekçede yasayolunun adı itiraz olarak belirtilmiş veya başvuru mercii yanlış belirlenmişse, bu başvurular geçersiz sayılmayacaktır. Hemen belirtmek gerekir ki, böyle bir başvurunun kabul edilebilir, başka deyişle gerek başvuru sahibine gerekse başvuruya ilişkin yöntem ve süre gibi koşullara uygun bulunması lazımdır. Şayet kabul edilebilir bir başvuruda açıklanan yanlışlıklar söz konusu ise, başvurunun yapıldığı merciin 264. maddenin 2. fıkrası uyarınca başvuruyu derhal görevli ve yetkili olan mercie göndermesi gerekir. Ancak başvuru yapılan merci de yanlış olarak kendisini yetkili ve görevli sayıp karar vermişse, bu karar hukuken geçersizdir. Bu durumda, yasayolu denetiminde asıl görevli ve yetkili bulunan mercii başvuru yeniden değerlendirilmesi gerekir.

Bu açıklamalar ışığında somut olayı değerlendirdiğimizde;

Aksaray Ağır Ceza Mahkemesinin, 1 Haziran 2005 tarihinden önce kesinleşmiş bulunan mahkûmiyet hükmünde, 5237 sayılı Türk Ceza Yasası'nın yürürlüğe girmesi nedeniyle 5252 sayılı Yasa'nın 9. maddesinin 1. fıkrasına göre gerçekleştirdiği değişiklik yargılaması sonucun-

da, önceki hükmün daha lehe olduğundan bahisle aynen infazına ilişkin verdiği ek karar temyiz yasayoluna tabi olacaktır. Zira, hükümlü hakkında nitelikli dolandırıcılık suçundan verilmiş olan cezanın ertelenmesinin gerekip gerekmediği, bu hususta talep de olmasına rağmen irdelenmemiş ve takdire ilişkin bu konuda herhangi bir gerekçe de gösterilmemiştir. Kaldı ki, hükümlü bu karara karşı yasayoluna başvururken, hakkında dolandırıcılık suçundan verilen hükmün yeni yasal düzenlemede erteleme kapsamına girmesi ve etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanma olanağı doğduğunun gözetilmemesinin yasaya aykırı olduğunu ileri sürmüş, hükümlünün vasisi de Yargıtay 11. Ceza Dairesine sunduğu 22.09.2005 tarihli dilekçede bu hususları tekrar ettiği gibi, dolandırıcılık suçuyla ilgili paranın katılan Emekli Sandığı Genel Müdürlüğüne 30.12.2000 tarihinde faiziyle birlikte ödenmiş olduğuna dair belge de sunmuştur. Hükümlü hakkındaki cezanın ertelenmesi ve etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanması talepleri, mahkemenin takdir yetkisini kullanmasını gerektiren hususlar olup, duruşma açılarak yapılacak yargılama sonucunda bir karar verilmesini gerektirdiği gibi, verilen karar da temyiz yasayoluna tabidir. 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Yasası'nın 31/son maddesi uyarınca hazır bulunan sanığa bildirilmesi zorunlu bulunan, başvurulacak yasa yolu, mercii ve süresi Yerel Mahkeme kararında temyiz yerine yanlışlıkla itiraz olarak saptanıp gösterilmiş, hükümlü de bu bilgilere dayanarak temyiz süresi içinde itiraz yasayoluna başvurmuştur. Bu durumda itiraz mercisinin, yasayoluna başvuruda hataya düşüldüğünü saptayarak, kararın tabi bulunduğu doğru yasayolunun temyiz olduğuna işaretle inceleme yapılabilmesi için dosyayı Yargıtay'a göndermesi gerekirken, kendisini yetkili ve görevli sayarak başvuruyu sonuçlandırmak suretiyle verdiği karar hukuken hükümsüzdür. Yerel Mahkemenin değişiklik yargılaması sonucunda verdiği karar, bu nedenle henüz kesinleşmemiştir. Dolayısıyla bu durumda, kanun yararına bozma isteminde bulunulamaz; temyiz başvurusunu incelemekle yetkili ve görevli denetim mercii olan Yargıtay'ın, süresi içinde yapılmış başvuru nedeniyle henüz kesinleşmemiş bulunan uyarılama kararını temyizen inceleyip başvuruyu sonuçlandırması gerekir.

Bu itibarla, Yargıtay C.Başsavcılığı itirazının bu değişik gerekçeyle kabulü ile, Özel Daire kararının kaldırılmasına, kanun yararına bozma isteminin reddine, sanığın süresi içindeki istemi nedeniyle temyiz incelemesi yapılması bakımından dosyanın tebliğname düzenlendikten son-

ra Özel Daireye gönderilmek üzere Yargıtay C.Başsavcılığına tevdiine karar verilmelidir.

SONUÇ

Açıklanan nedenlerle;

1- Yargıtay C.Başsavcılığı itirazının değişik gerekçe ile KABULÜNE,

2- Yargıtay 11.Ceza Dairesinin 19.09.2005 gün ve 7601-6668 sayılı kararının KALDIRILMASINA,

3- Adalet Bakanının kanun yararına bozma isteminin REDDİNE,

4- Sanığın süresi içindeki istemi nedeniyle Aksaray Ağır Ceza Mahkemesinin 29.06.2005 gün ve 20-99 sayılı kararının temyizen incelenmesi için dosyanın tebliğname düzenlendikten sonra Özel Daireye gönderilmek üzere Yargıtay C.Başsavcılığına tevdiine, 24.01.2006 günü oybirliği ile karar verildi.

Spor Alanı Olarak Kabul Edilemeyecek Yerde, Spor Müsabakalarında Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesine Dair Kanun Gereğince İdari Yaptırım Uygulanamaz

**T.C.
İZMİR**

2. SULH CEZA MAHKEMESİ

D. İŞ ESAS NO: 2006/104

D.İŞ KARAR NO: 2006/137

ÖZET: Maç bitiminde eve dönmek üzere Alsancak Stadı'na 1-2 km. mesafedeki otobüs durağında yaşanan küfürleşmeler üzerine karakola götürülen ve kendisine 5149 sayılı Yasa'nın 23.

maddesi gereğince 1.221 YTL idari para cezası uygulanan ve fiş açılarak takibine karar verilen davacının açtığı davada, spor alanı olarak kabul edilemeyecek yerde itiraz eden hakkında idari yaptırım uygulanması hukuk aykırı olup, itirazın kabulü ile verilen idari yaptırımın kaldırılması gerekmektedir.

İdari Yaptırıma İtiraz Eden: E.A.(Velayeten Babası A.A. ve Annesi İ.A.)

İdari Yaptırıma Karar veren: İzmir Valiliği Olağanüstü İl Spor Güvenlik Kurulu

İtiraz Olunan İdari Yaptırım: Olağanüstü İl Spor Güvenlik Kurulu'nun 27/02/2006 tarih 2006/4 sayılı kararı

Başvuru Tarihi: 20/03/2006

Yukarıda yazılı idari yaptırıma itiraz edilmiş olmakla mahkememizce 5326 sayılı Yasa uyarınca yapılan inceleme sonunda

GEREĞİ DÜŞÜNÜLDÜ:

Muterizler 20/03/2006 havale tarihli dilekçesi ile İzmir Valiliği Olağanüstü İl Spor Güvenlik Kurulu'nun 27/02/2006 tarih ve 206/4 karar sayılı tutanakta E.A. hakkında 5149 sayılı Kanunun

23. maddesinin ihlali sebebi ile 1.221 YTL idari para cezasına ve E.A. hakkında 5149 sayılı Yasa'da yer alan fiş açarak takip edilmesi kararının kaldırılmasını talep etmiştir.

İtiraz eden dilekçesinde 17 yaşında bulunan E.A.'nın maç bitiminde eve dönmek üzere Alsancak Stadı'na 1-2 km mesafedeki otobüs durağında bulunduğunu bu esnada durakta E.A.'ın tanımadığı kişilerin olay çıkardığını E.A.'ın bu kişilerden sanılarak karakola götürüldüğünü kendisinin küfür etmediğini belirtmiştir.

İlgili kurumla gerekli yazışmalar yapılmış olmakla dosyanın tetkikinde,

İtiraz edenin dilekçesindeki açıklamalar, idarenin cevabı, idari kararın dayanağı belgeler birlikte incelendiğinde, spor alanı olarak kabul edilemeyecek yerde itiraz eden hakkında 5149 sayılı Yasa'nın 23. maddesindeki yaptırımın uygulanması hukuka aykırı bulunduğundan başvuranın itirazının kabulü ile idari yaptırım kararının kaldırılmasına karar vermek gerekmiştir.

KARAR

5326 S.Y.'nın 28. maddesi uyarınca idari yaptırımda hukuka aykırılık bulunduğundan idari para cezası ve itiraz eden hakkında 5149 sayılı yasa uyarınca fiş düzenlenmesi ve takibi idari yaptırımı kararlarının KALDIRILMASINA

Kararın taraflara TEBLİĞİNE

Dosya üzerinde yapılan inceleme sonucunda kesin olarak karar verildi.

Gönderen: Av. Mehriğül KELEŞ

YARGI KARARLARI

Hukuk Bölümü

Karar Düzeltme Sınırı

YARGITAY 4. Hukuk Dairesi

Esas : 2006/730
Karar : 2006/8438

Özet: HUMK'nun 5219 sayılı Yasa'nın 2. değişik maddesi uyarınca davanın ya da mahkemece kabul edilmeyen bölümünün 6 milyar Liradan(6000 YTL) az olması durumunda karar düzeltilmesi yoluna gidilemez.

YARGITAY İLAMI

MAHKEMESİ: İzmir 4. Asliye Hukuk Mahkemesi

TARİHİ : 25/04/2004

NOSU :2001/410-2004/500

DAVACI : F.K.adına Avukat S.K.

DAVALI :1-M.İ.U.2- A.Ö.E. Hizmetleri Ltd. Şti.
adlarına Avukat M.E.K.

Taraflar arasındaki manevi tazminat davasından dolayı yerel mahkemece verilen gün ve sayısı yukarıda yazılı kararın; Dairemizin 16/03/2006 gün ve 2005/3384–2006/2765 sayılı ilamıyla onanmasına karar verilmiştir. Davacı vekili tarafından kararın düzeltilmesi istenilmiş olmakla dosya içerisindeki kağıtlar incelenerek gereği görüldü.

HUMK'nun 5219 sayılı Yasa'nın 2. maddesi ile değişik 440/III–1 maddesi uyarınca davanın ya da mahkemece kabul edilmeyen bölümünün (6 milyar liradan) 6000 YTL'den az olması durumunda karar düzeltilmesi yoluna gidilemez. Somut olayda karar düzeltmeye konu olan tutar, bu düzeye ulaşmadığından dilekçenin reddine 12/07/2006 gününde oyçokluğuyla karar verildi.

KARŞI OY AÇIKLAMASI

Hukuk Usulü Yargılama Yasası'nda, 5219 sayılı Yasa ile yapılan değişiklik, 14.07.2004 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Anılan yasada görev, temyiz sınırı, karar düzeltme miktarı gibi parasal konularla ilgili olarak önemli değişiklikler yapılmıştır. Bu bağlamda, HUMY'nın 438. maddesinde yer alan karar düzeltme sınırı, 6 (altı) milyar liraya yükselmiştir. Böylece miktar veya değeri altı milyar lirayı aşan uyuşmazlıklarla ilgili olarak verilen kararlar hakkında karar düzeltme yoluna gidilebilecek bu miktarın altında kalanlar için, bu yola başvurulamayacaktır.

Yasadaki bu değişikliğin, hangi davalara, daha doğru ifade ile davanın açıldığı tarihin mi, yerel mahkeme karar tarihinin mi yoksa Yargıtay Dairesine ait karar tarihinin mi esas alınacağı konusunda duraksama doğmuştur.

Yasanın yürürlük maddelerinde bu konuda açık bir düzenleme yer almamış bulunmaktadır. Genel kural, usul yasalarının geriye yürütmeyeceğidir. Bunun temel nedeni, eski yasa zamanında usule ilişkin olarak yapılan işlemin, yeni yasanın yürürlüğe girmesi nedeniyle yenilenmemesindeki sakınca ile yeni yasanın eskisine göre daha iyiyi düzenleme altına almış olması varsayımdır. Ancak belirtilen bu ilkelerden de anlaşılacağı üzere, tüm usul işlemlerinde bunu görmek olası değildir. Örneğin uyuşmazlığa konu edilen olayda, hiçbir bilimsel görüşte, geçmişteki eski kuralın değil, yeni düzenlemeye göre işin sonuçlanması gerektiği belirtilmemektedir. Hatta tüm yargılama hukukuna hakim olan önemli kural vardır. O da, her davanın açıldığı tarihteki koşullara göre çözümleneceği ilkesidir. Tabi ki yanların yararına olan ilkeler yönünden.

Ayrıca, bu güne kadar yapılan düzenlemelerde, gerek kesinlik sınırı, gerek karar düzeltme ve duruşma sınırı konusunda davanın açıldığı tarih, diğer ifade ile, eski davalara uygulanmayacağı hükme bağlanmaktaydı. Bu aslında bilineni tekrar etmekten başka bir anlama gelmiyordu. Ne var ki yasa koyucu, yapılan bu son değişikliklerle, böyle bir düzenlemeyi yerleşmiş bir ilke olması itibarıyla tekrar düzenleme altına almayı uygun görmemiş olabilir.

Öte yandan, yanlar arasındaki uyuşmazlığın ortaya çıktığı tarihte, hak aramanın bir uzantısı olan yasal yollara sonradan çıkarılan bir yasa maddesi ile sınırlama getirmek, hukuken kabul edilmeyecektir. Kaza-

nılmış hak ilkesine aykırı görülmektedir. Kaldı ki olayda yasanın getirdiği böyle bir düzenleme de bulunmamaktadır. Dairece varılan sonucun hiçbir yasal ve hukuki gerekçesi, hatta bilimsel dayanağı da yoktur. Varılan bu sonuçla, tarafların uyuşmazlığa düşmesi üzerine açılan dava tarihindeki yasal ve hukuksal hak arama yolları, dayanaksız biçimde elinden alınmaktadır. Nitekim yazılan kararlarda da uygun bir gerekçe gösterilememektedir.

Ayrıca karar düzeltme istemi, tarafın yerel mahkemece verilen kararın düzeltilmesine ilişkin olan ve temyizcinin bir devamıdır. Karar düzeltmeyi yerel mahkeme kararının dışında ve daire kararının düzeltilmesi olarak algılayamayız. Bazı olaylarda, ayırık bir durum görülmekte ise de, bu genel kuralı ve ilkeyi değiştirmez.

Bu bakımdan, çoğunluğun karar düzeltme talebinin miktar bakımından istenemeyeceği biçimindeki düşüncesine katılamamaktayım. Bu nedenle dilekçenin reddi biçiminde varılan sonuç doğru değildir.12/07/2006

Üye

Mehmet Uyumaz

Gönderen: Av. Mehriğül Keleş

Usulsüz Kredi Kullandırmada Sorumluluk

YARGITAY
4. Hukuk Dairesi

Esas : 2004/8632
Karar : 2005/2711
Tarih : 17.03.2005

Özet: Usulsüz kredi verdikleri birlikli raporuyla belgelenen banka çalışanlarının eylem faili oldukları ve kredi borçlularıyla birlikte banka zararından müteselsilen sorumlu oldukları, bu nedenle banka zararının kendilerinden istenmesinde engel bir durum yoktur.

Mahkemesi : İzmir Asliye 2. Ticaret Mahkemesi
Tarihi : 25/3/2004
Nosu : 2001/1018-2004/176
Davacı : T.C.Bankası Adına Av. A.E.
Davalı : 1- C.İ. adına Av. E.K. 2- C. vd.leri

Davacı T.C.Bankası A.Ş. vekili Av. A.E. tarafından, davalı C.İ. ve diğerleri aleyhine 31.7.2001 gününde verilen dilekçe ile haksız eylem nedeniyle tazminat istenmesi üzerine mahkemece yapılan yargılama sonunda; davanın reddine dair verilen 25.3.2004 günlü kararın Yargıtay'ca incelenmesi davacı vekili tarafından süresi içinde istenilmekle temyiz dilekçesinin kabulüne karar verildikten sonra tetkik hakimisi tarafından hazırlanan rapor ile dosya içerisindeki kağıtlar incelenerek gereği görüldü.

Dava haksız eylem nedeniyle uğranılan zararın tazmini istemine ilişkindir. Yerel mahkemece dava reddedilmiş, kararı davacı temyiz etmiştir.

Davacı banka, Balçova Şubesi elemanları olan davalıların birtakım

kredi verme işlemlerinde mevzuata aykırı davranarak usulsüz kredi kullandırmaları nedeniyle uğranılan zararın tazmini istenmiştir. Yerel mahkemece bilirkişi incelemesi yaptırılmış, buna dayalı olarak davalıların bazı kredileri genelgelere aykırı olarak yeterli teminat olmadan verdikleri ancak dava tarihi itibarıyla kredilerin borçlulardan tahsili için tüm yasal yolların denenmediği borçlulardan tahsil edilememesi halinde davalılara dava açılması gerektiği yani dava önşartı yerine getirilmediğinden dava reddedilmiştir. Davalıların usulsüz kredi verdikleri bilirkişi raporu ile belirlendiği gibi mahkemece de kabul edilmiştir. Şu durumda davalıların haksız eylem faili durumunda oldukları ve kredi borçlularıyla banka zararından müteselsilen sorumlu olduklarının kabulü gerekir. Müteselsil sorumluluk gereği, önce kredi borçlularına gidilmesi gerekmeyip zararın davalılardan istenmesine de engel bir durum yoktur. Bir başka deyimle tahsilde tekerrüre düşülmemek kaydıyla zarar, ilgili kurum çalışanlarından da istenebilir. Şu durumda yerel mahkemece kredi harçlarının tahsil edilemeyen kısmı, yapılan ödemeler de gözetilerek zararın kapsamının belirlenmesi ve varılacak sonuca göre hüküm kurmak gerekirken yazılı gerekçe ile davanın reddi usul ve yasaya aykırı görüldüğünden kararın bozulması gerekmiştir.

SONUÇ

Temyiz olunan kararın yukarıda gösterilen nedenlerle davacı yararına **BOZULMASINA**; 17.3.2005 gününde oybirliğiyle karar verildi.

Gönderen : Av. Ömer AYEBE

El Atmanın Önlenmesi ve Yıkım Kararı Verilmeden Önce Satın Alma Girişiminin Sonuçlarının Beklenmesi Gerekir

YARGITAY
1. Hukuk Dairesi

Esas : 2006/6841
Karar : 2006/8784

Özet: Hazineye ait taşınmazda, dava dışı kişi ve davalı yararına muhdesat şerhi bulunduğu görülmektedir. Davalı savunmasında, taşınmazı satın almak için yapılacak girişim sonuçlarının beklen-

mesi gerektiğini belirtmiştir. Bu durumda, davalı savunması dikkate alınarak satın alma talebinde bulunup bulunmadığının, bulunmuşsa sonucunun merciinden sorulması, ondan sonra bir karar verilmesi gerekirken el atmanın önlenmesi ve yıkım yönünde hüküm kurulması doğru değildir.

İNCELENEN KARARIN

Mahkemesi: Menderes Asliye Hukuk Mahkemesi

Tarihi : 23/12/2005

Numarası : 2005/444-928

Davacı : Hazine

Davalı : M.E.E.

Dava türü : El atmanın önlenmesi

Taraflar arasında birleştirilerek görülen davada;

Davacı, kayden maliki olduğu 2368 ada 7 parsel sayılı 48 metreka-relik bölümüne davalının ev, fırın ve dükkan yapmak suretiyle müdahalede bulunduğunu ileri sürerek, el atmanın önlenmesi ve yıkıma karar verilmesini istemiştir.

Davalı, davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece, müdahalenin sabit olduğu gerekçesiyle davanın kabulüne karar verilmiştir.

Karar, davalı vekili tarafından süresinde temyiz edilmiş olmakla Tetkik Hakimi Selda Özer'in raporu okundu, düşüncesi alındı. Dosya incelendi, gereği görüşülüp düşünüldü.

KARAR

Dava, çaplı taşınmazla el atmanın önlenmesi ve yıkım isteklerine lişkindir.

Davada, Hazine ekişmeli taşınmazın 6831 sayılı Yasa'nın 2/b maddesi hükmü gereğince orman tahdit sınırları dışına çıkarıldığını, davanın haklı ve geçerli bir neden olmaksızın yapılaştığını ileri sürerek men ve yıkım isteğinde bulunmuştur.

Dosya içeriğinden, toplanan delillerden, Hazineye ait 2368 ada 7 parsel sayılı taşınmazda dava dışı kişi ve davalı yararına muhtesat şerhi bulunduğu görölmektedir.

Davalı, savunmasında taşınmazı satın almak için yapılacak girişim sonuçlarının beklenmesi gerektiğini belirtmiştir.

Bu durumda, davalı savunması dikkate alınarak satın alma talebinde bulunup bulunmadığının, bulunmuşsa sonucunun merciinden sorulması, ondan sonra bir karar verilmesi gerekirken yazılı olduğı üzere hüküm kurulması doğru değildir.

Davalının bu yöne değinen temyiz itirazları yerindedir. Kabulü ile hükmün açıklanan nedenlerden ötürü H.U.M.K.'un 428. maddesi gereğince BOZULMASINA, alınan peşin harcın temyiz edene geri verilmesine, 18.09.2006 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

Gönderen: Av. İlhan Erkul

Mesleki Mazeret Dilekçesi Kalemdeki Hata Nedeniyle Sehven Dosyaya Konulmamış İse Davanın Açılmamış Sayılmasına Karar Verilemez

YARGITAY
15. Hukuk Dairesi

Esas : 2004/7530
Karar : 2005/586

Özet: Davacı vekilinin duruşma-
dan bir gün önce verdiği ve hakim
havalesi taşıyan mesleki mazeret
dilekçesinin dosyaya konulmadığı
duruşma zaptından anlaşılmakta-
dır. Bu nedenle dosya müracaata

bırakılmış ve 3 aylık sürenin geçmesi nedeniyle H.U.M.K.’un
409/5. maddesi uyarınca açılmamış sayılmış ise de; davacı vekili-
nin ileri sürdüğü mesleki mazeret gözetilmeyerek yazılı şekilde da-
vanın açılmamış sayılmasına karar verilmesi doğru olmamış, ka-
rarın bozulması gerekmiştir.

YARGITAY İLAMI

Mahkemesi : Karşıyaka Asliye Ticaret Mahkemesi

Tarihi : 29.09.2003

Numarası : 2003/183-383

Davacı : A.S. vekili Av.İ.E.

Davalı : İ.S.Y.K. vekili Av.Ş.A.

Yukarıda tarih ve numarası yazılı hükmün temyizen tetkiki davacı
vekili tarafından istenmiş ve temyiz dilekçesinin süresi içinde verildi-
ği anlaşılmış olmakla dosyadaki kağıtlar okundu gereği konuşulup dü-
şüldü:

KARAR

Davacı yüklenici tarafından davalı iş sahibi aleyhine açılan itirazın
iptali ve takibin devamı talepli işbu davada tensip kararı ile birlikte ilk
duruşma günü 17.06.2003 olarak tayin edilmiş, taraflara duruşma gü-
nü davetiye ile bildirilmiş, davacı vekili avukat İ.E. duruşma gününden

bir gün öncesinin tarihini taşıyan 16.06.2003 tarihli hakim havalesi bulunan dilekçe ile mazeret beyan etmiştir.

Davacı vekilinin mazeret dilekçesinin ilk duruşma günü dosya arasına girmediği duruşma zaptından anlaşılmaktadır. Bu nedenle dosya 17.06.2003 günü müracaata bırakılmış, bilahare aradan 3 aylık sürenin geçmesi nedeniyle H.U.M.K.'un 409/5. maddesi uyarınca açılmamış sayılmış ise de; davacı vekilinin ileri sürdüğü mesleki mazeret gözetilmeyerek yazılı şekilde davanın açılmamış sayılmasına karar verilmesi doğru olmamış, kararın bozulması gerekmiştir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle yerel mahkemenin davanın açılmamış sayılmasına dair 29.09.2003 günlü kararının BOZULMASINA, ödediği temyiz peşin harcının istek halinde temyiz eden davacıya geri verilmesine, 8.2.2005 gününde oybirliğiyle karar verildi.

Gönderen: Av. İlhan Erkul

Taşınmaz Paylaşma Sözleşmesinin Geçerli Olması İçin Yazılı Biçimde Yapılması Gerekir

YARGITAY
HUKUK GENEL KURULU
Esas : 2006/8-555
Karar : 2006/590
Tarih : 27.08.2006

ÖZET: Türk Medeni Kanunu 676. maddesi hükmüne göre miras payının devri yazılı olmak koşuluyla geçerlidir.

YARGITAY İLAMI

İNCELENEN KARARIN

MAHKEMESİ : Tire Asliye Hukuk Mahkemesi
TARİHİ : 27.02.2006
NUMARASI : 2005/377-44
DAVACI : M.Ö. vs. vekilleri Av. Ç.G. vs.
DAVALI : Ü.D.vekili Av. S.C. vs.
DAVA TÜRÜ : Tapu İptali ve Tescil

Taraflar arasındaki “tapu iptali, tescil” davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Tire Asliye Hukuk Mahkemesince davanın kabulüne dair verilen 21.06.2004 gün ve 2003/460 E. 2004/363 K. sayılı kararın incelenmesi davalı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 8. Hukuk Dairesinin 31.03.2005 gün ve 2005/1587 E. 2567 K. sayılı ilamı ile; (...S.Ö.ve F.Ö.miras ortaklığının temsilcisi vekilleri, 252 parselinin davalı Üzeyir’in adına yazılı bulunan paya ilişkin tapu kaydının iptali ile mirasçılar adına tapuya tesciline karar verilmesini istemiştir.

Davalı Ü.vekili, davanın reddine karar verilmesini istemiştir.

Mahkemece, davanın kabulüne, davalı Ü.’in adına kayıtlı 30/576 pa-

yın iptali ile S. ve F.Ö. mirasçıları adına tapuya tesciline karar verilmesi üzerine, hüküm davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Dava konusu payları kapsayan 252 parsel, 04.09.1959 tarihinde tapulama yoluyla Ali kızı H.D.adına tapuya tescil edilmiş, 21.04.1992 tarihinde hükmen M.D.ile H.D. adına, daha sonra intikal ve hükmen 30/576 payı davalı Hüseyin oğlu Ü.D., diğer paylarda davacı M. ile davada taraf durumunu almayan kimseler adına intikal ve satış yoluyla tescil edilmiştir.

Davacılar vekilleri, dava konusu yerin 1963 yılında ölen tarafların ortak murisi H.'ye ait olduğunu, mirasçıları arasında aynı tarihte yapılan harici ve fiili taksim sonucu üçe bölündüğünü, mirasçılardan H.'in payını diğer mirasçılardan M. ve F.'ya satıp devrettiğini, bir kısım payları hükmen mirasçılardan M. adına tapuya tescil edildiğini, davalı Ü. dışında kalan H. mirasçılarının satış olduğunu kabul etmesine karşın davalı Ü. karşı çıktığını, taksir vermekten kaçındığını belirterek iptal ve tescil isteğinde bulunmuşlardır. Mirasçılık belgesine göre davacılar ile davalı Ü. kayıt maliki H.'nin mirasçıları arasında yer almaktadır. Açıklandığı üzere davacılar taksim ve satın almaya dayanarak tescil isteğinde bulunmuşlardır. TMK.'nın 676 (MK. 611) maddesi hükmüne göre paylaşma sözleşmesinin geçerli olması için yazılı biçimde yapılması gerekir. Aynı kanunun 676. maddesi hükmüne göre miras payının devri yazılı olmak koşuluyla geçerlidir. Somut olayda; kadastro yoluyla sicilin oluşmasından sonra kayıt maliki H.'nin öldüğü tarihte yapılan taksim ve miras payının devri haricen yapılmış olup, kanunda öngörülen yazılı şekilde yapılma koşuluna uyulmamıştır. Bu nedenle 1963 yılında yapılan paylaşım ve miras payının devri hukuken geçerli bir sonuç doğurmaz. Diğer yandan, paylaşım ve miras payının devri kadastro tespitinden sonraki bir dönemde yapıldığı için 3402 sayılı Kadastro Kanununun 15. maddesinin de olaya uygulama kabiliyeti bulunmamaktadır. Tüm bu nedenlerle taraflar arasında gerek paylaşım, gerekse miras payının devrinden söz etmeye imkan bulunmamaktadır. Diğer yönden dava konusu parsel tarafların ortak miras bırakanı adına tapuda kayıtlı olduğu için böyle bir kaydın TMK'nun 713/2. maddesi hükmü uyarınca hukuki değerini yitirmesi de mümkün olmaz. Her ne kadar H. mirasçılarına karşı açılan pay devrine ilişkin tapu iptal ve tescil davası, mirasçıların kabulü nedeniyle sonuçlanmış ise de somut olayda; dava konusu payın devri yönünden herhangi bir kabul beyanı bulunmamaktadır. Tüm bu açıklamalar karşısında davacıların hükmen davalı Ü. adına ta-

puya tescil edilen paya ait tapu kaydının iptal ve tescilinin istemeleri mümkün olamaz. Yukarıda açıklanan nedenlerle davanın reddine karar verilmesi gerekirken kabulüne karar verilmiş olması doğru değildir...) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

TEMYİZ EDEN: Davalı Vekili

HUKUK GENEL KURULU KARARI

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

Dava konusu 252 numaralı parsel 04.09.1959 tarihinde tapulama yoluyla davacıların ve davalının miras bırakanı Ali kızı Hanife Duvarcı adına tespit edilip tapuya tescil edilmiştir. Dava konusu taşınmaz, Tire Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 1990/104 Esas 1990/342 Karar sayılı ilamına istinaden hükmen 21.04.1992 tarihinde M. D. ile H. D. adına intikal görmüş ve bilahare yapılan intikaller sonucunda halen 160/1728 payı Süleyman oğlu M.Ö., 658/1728 payı Mustafa oğlu T.Ö., 220/576 payı Mustafa oğlu S.Ö., 160/1728 payı Ali oğlu T.T.ve 30/576 payı davalı Hüseyin oğlu Ü.D.adına kayıtlı bulunmaktadır.

Kayıt maliki H.D. dosyada bulunan veraset belgesine göre 15.07.1963 tarihinde vefat etmiş olup, geriye mirasçı olarak davacıların annesi F.Ö.'ı, davalı Ü.'in babası H.D.'ya ve dava dışı oğlu M. D.'yı bırakmıştır. Davacıların annesi F.Ö. da 09.08.1998 tarihinde vefat etmiş olup mirasçı olarak davacı çocukları A.Ö., M.Ö. ve Ş.A.'ı bırakmıştır. Davalı Ü.'in babası H.D. da 03.02.1967 tarihinde vefat etmiş, geriye eşi E., çocukları İ., R., Hanife ve Ü.'i bırakmıştır.

Kayıt maliki H.D.15.07.1963 tarihinde vefatından sonra çocukları tapuda 01.07.1997 tarihine kadar herhangi bir intikal işlemi yaptırmamışlardır. Mirasçılardan H.D.'nın haricen 252 parseldeki 1/3 hissesinin yarısını M.D.'ya sattığı sabit olmuş ve Tire Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 1990/104 Esas, 1990/342 Karar sayılı kesinleşen ilamıyla M.D.payı yönünden tapunun iptaliyle bu kişi adına tesciline karar verilmiştir.

Davacılarından M.Ö.ve Ş.A. kardeşleri A.Ö.'ı hasım göstererek babaları S.Ö.ve anneleri F.Ö.'ın terekelerine M.Ö.'ın temsilci tayini için

dava açmışlar, Tire Sulh Hukuk Mahkemesi'nin 02.10.2003 tarihli 2003/601 Esas, 2003/752 karar sayılı ilamıyla M.Ö., F.Ö.ve S.Ö. terekesinin temsilci olmuş ve bu sıfatla davayı takip etmiştir.

Davacılar M.Ö.ve Ş.A. vekili 06.08.2003 tarihli dava dilekçesiyle dava konusu 252 parselde bulunan davalı Ü.'e ait 30/576 hissenin TMK. 713/2 maddesi hükmü gereğince F.Ö.ve S.Ö.mirasçıları adına tapuya tesciline karar verilmesini istemiştir.

Dava konusu 252 parselin tapuya tescil edildiği 04.09.1959 tarihinden sonra tapu dışı yolla başkalarına devri TMK.'nın 706. maddesi gereğince mümkün değildir. Ancak TMK.'nın 677. maddesine göre mirasçılar arasında terekenin tamamı veya bir kısmı üzerinde miras payının devri konusunda yazılı olarak yapılan sözleşmeler geçerlidir. Davalının babası H.D.'nin davacıların annesi F. ile yapmış olduğu yazılı miras payının devri sözleşmesi bulunmamaktadır. Davalı Üzeyir'in Tire Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 1990/104 Esas, 1990/342 Karar sayılı davanın yargılaması sırasında babası H.'in 252 parseldeki hakkının yarısını ablası F.Ö.'a sattığı yönündeki ikrarı, davanın kabulü mahiyetinde olmadığı gibi TMK.'nın 677 (MK m.612) maddesine göre yazılı olarak yapılması gerekli sözleşme yerine de geçmez. Dolayısıyla F.Ö.'in Miras payını kanunun aradığı biçimde yazılı olarak devrettiği söylenemez. Esasen Tire Asliye Hukuk Mahkemesi'nde M.D.'nin H.D. mirasçıları aleyhine açtığı 1990/104 Esas ve 1990/342 Karar sayılı dava da sadece bu ikrar neticesinde sonuçlanmamış, davalı Ü. ve diğer kardeşleri 28.05.1990 tarihli oturumda davayı kabul etmişler ve dava kabulle sonuçlanmıştır.

Dava konusu taşınmaz tarafların ortak murisi H. adına tapuda kayıtlıdır. Terekeye dahil taşınmaz mallar üzerinde mirasçılardan birinin sürdürdüğü zilyetlik diğerleri adına da sürdürülmüş olmaktadır. Bu nedenle davacıların anneleri F.Ö.'dan intikal eden hakka dayalı olarak taşınmazın tamamı üzerinde sürdürdükleri zilyetlik, TMK.'nın 713/2 maddesi anlamında tapunun hukuki kıymetini kaybetmesi sonucunu doğurmayacak ve mirasçıların birbiri aleyhine açtıkları davaya tapu kaydının iptali ve adlarına tescil istemeleri de mümkün olmayacaktır. Bu açıklamalar karşısında Yüksek 8. Hukuk Dairesi'nin 31.03.2005 tarih, 2005/1587 Esas, 2005/1567 Karar sayılı bozma ilamının gerekçesi yerindedir, çelişki de yoktur.

Ancak, davalı Ü.'in miras bırakanı H. D. , Hanife'den intikal eden 1/3 miras hissesinin yarısını ablası F. Ö.'a yazılı olarak devretmemiş ise de 01.10.1966 tarihli ve tarafların da kabul ettikleri harici satış sene-

diyle davacıların miras bırakanı babaları S.Ö.'a satmış ve zilyetliği devretmiştir. S.Ö., H.D. mirasçıları karşısında üçüncü kişi durumundadır. S.Ö.15.10.1969 tarihinde vefat etmiş olup eşi F.Ö.kendisinden sonra 09.08.1998 tarihinde ölmüştür. S.'ın mirasçıları eşi F. ve çocukları A., M. ile Ş. satın alma tarihinden itibaren taşınmaz üzerinde TMK. 713/1 maddesi anlamında davasız, aralıksız malik sıfatıyla zilyetliklerini sürdürmüşlerdir. Dava dilekçesinde davacılar vekili tapu kaydının iptaliyle S. Ö. mirasçıları adına TMK.'nın 713/2 maddesi hükmüne göre tescil talebinde de bulunmuştur. Tapuda hükmen 21.04.1992 tarihinde M.D. yönünden 6500/39000 hisse intikal görmüş, bakiye 32500/39000 hisse H. D.üzerinde kalmıştır. H. D.mirasçılarına ve bu arada Ü. D.adına hükmen intikal Tire Asliye Hukuk Mahkemesinde açılan iştirak halindeki mülkiyetin müşterek mülkiyete çevrilmesine ilişkin 07.04.1997 tarih, 1996/579 Esas, 1997/101 Karar sayılı ilamına istinaden 01.07.1997 tarihinde yapılmıştır. Ü.'in diğer kardeşleri hisselerini rızaen diğer kardeşlerine devretmişlerdir. Davacıların miras bırakanı S.'ın taşınmazı haricen satın aldığı 01.10.1966 tarihinden tapuda H. mirasçılarına 01.07.1997 tarihinde yapılan intikale kadar S. Ö.'ın ve ölümünden sonra mirasçılarının 20 yılı aşkın süre TMK.'nın 713/1 maddesindeki şartlara uygun bir biçimde sürdürdükleri zilyetlikleri nedeniyle davalı H.D.mirasçısı Ü.D.'nın 30/576 payı yönünden tapunun hukuki kıymetini kaybetmesi sonucunu doğurmuştur.

Yukarıda açıklanan nedenlerle direnme kararı usul ve yasaya uygun olup, yerindendir. Onanması gerekir.

SONUÇ

Davalı vekilinin temyiz itirazlarının reddi ile, direnme kararının yukarıda açıklanan nedenlerle ONANMASINA ve aşağıda dökümü yazılı (122.80 YTL) bakiye temyiz ilam harcının temyiz edenden alınmasına, 27.09.2006 gününde oybirliğiyle karar verildi.

Gönderen: Av. Süleyman COŞKUN

Konu İle İlgili Yeni Yasanın Yürürlüğe Girmesi Henüz Kesinleşmemiş Eldeki Davaya Ani Etkisi Sözkonusudur

YARGITAY
21. Hukuk Dairesi

Esas : 2006/3978
Karar : 2006/5120

Özet: Dava nitelikçe Sosyal Sigortalar tarafından karşılanmayan zararın giderilmesi istemine ilişkindir. Bu nedenle, haksız zenginleşmeyi ve mükerrem ödemeyi önlemek için Kurum tarafından hak sahiplerine bağlanan gelirin peşin sermaye değerinin belir-

lenen tazminattan düşürülmesi gerektiği Yargıtay'ın yerleşmiş görüşlerindendir.

4958 sayılı yasanın 35. maddesi ile 506 sayılı yasanın 24. maddesindeki “geçimi sigortalı tarafından sağlandığı belgelenen” ibareleri değiştirilerek yerine “Sosyal Güvenlik kuruluşlarına tabi çalışmayan veya 2022 sayılı Kanuna göre bağlanan aylık hariç olmak üzere bunlardan her ne ad altında olursa olsun gelir veya aylık almayan” ibareleri getirilmiştir. Bu tür yeni yasaların yürürlüğe girmeleri ile birlikte derhal tesirini husule getireceği henüz kesinleşmemiş olan eldeki dava yönünden de dikkate alınması gerekeceği tartışmasızdır. Bu gibi durumlarda kanunların geriye yürütmesi değil, ani etkisi söz konusudur.

Mahkemesi: Ankara 13. İş Mahkemesi

Tarih: 13.02.2006

No: 1311-66

Davacı: S. Ü. vs. vekili Av. R. Ç.

Davalı: İçişleri Bakanlığı vekili Av. R. T.

YARGITAY İLAMI

Davacı, murisinin iş kazası sonucu ölümünden doğan maddi ve manevi tazminatın ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Mahkeme ilamında belirtildiği şekilde, isteğin kısmen kabulüne karar vermiştir.

Hükmün, taraf vekilleri tarafından temyiz edilmesi üzerine temyiz isteğinin süresinde olduğu anlaşıldıktan ve Tetkik Hakimi Osman Bülbül tarafından düzenlenen raporla dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra işin gereği düşünüldü ve aşağıdaki karar tesbit edildi.

KARAR

1- Dosyadaki yazılara toplanan delillere, kararın dayandığı gerektirici nedenlere göre tarafların 2 nolu bendin, davacı G. Ü.'nün 2. ve 3. nolu bentlerin kapsamı dışında kalan manevi tazminatın miktarına yönelik itirazları dışındaki tüm temyiz itirazlarının reddine.

2- Dava, davacıların yakınlarının iş kazası sonucu ölümü nedeniyle uğradıkları maddi ve manevi zararın giderilmesi istemine ilişkindir.

Mahkemece istem kısmen kabul edilmiştir.

Zararlandırıcı olaya maruz kalan işçi, olay günü işyerinde, çalışırken geçirdiği iş kazası sonucu ölmüştür.

İnsan yaşamının kutsallığı çevresinde işveren, işçilerin sağlığını ve iş güvenliğini sağlamak için gerekli olanı yapmak ve bu husustaki şartları sağlamak ve araçları noksansız bulundurmakla yükümlü olduğu İş Kanunu'nun 77. maddesinin açık buyruğudur.

Mahkemece alınan 03.03.2005 günlü kusur raporunda davalı işverenin %75, sigortalının %25 oranında kusurlu olduğu, taraf vekillerinin itirazı üzerine alınan 01.07.2005 günlü raporda ise işverenin %60, sigortalının %40 oranında kusurlu olduğu bildirilmiştir. Her iki rapor arasında kusur dağılımı yönünde çelişki bulunduğu halde mahkemece bu çelişki giderilmeksizin 01.07.2005 günlü rapor esas alınarak sonuçta gidilmiş olması usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

Yapılacak iş; iş sağlığı ve iş güvenliği konularında uzman bilirkişilere konuyu yeniden İş Kanununun 77. maddesinde öngördüğü koşulları gözönünde tutarak ve özellikle işyerinin niteliğine göre, işyerinde

uygulanması gereken İşçi Sağlığı ve İş güvenliği Tüzüğü'nün ilgili maddelerini incelemek suretiyle, işverenin, işyerinde alması gerekli önlemlerin neler olduğu, hangi önlemleri aldığı, hangi önlemleri almadığı, alınan önlemler ve işçinin uyup uymadığı gibi hususlar ayrıntılı bir biçimde incelenmek suretiyle kusurun aidiyeti ve oranı hiçbir kuşku ve duraksamaya yer vermeyecek biçimde incelemek suretiyle raporlar arasındaki çelişkiyi gidermek ve raporu dosyadaki bilgi ve belgelerle birlikte değerlendirmek, sonucuna göre karar vermekten ibarettir.

3- Dava nitelikçe Sosyal Sigortalar Kurumu tarafından karşılanmayan zararın giderilmesi istemine ilişkindir. Bu nedenle, haksız zenginleşmeyi ve mükerrer ödemeyi önlemek için kurum tarafından hak sahiplerine bağlanan gelirin peşin sermaye değerinin belirlenen tazminattan düşürülmesi gerektiği Yargıtay'ın oturmuş yerleşmiş görüşlerindendir. Bu bakımdan, davanın niteliği gözönünde tutularak öncelikle hak sahiplerine Sosyal Sigortalar Kurumu tarafından iş kazası nedeniyle gelir bağlanıp bağlanmadığının araştırılması, gelir bağlanmış ise, bildirilen miktarın, tazminattan düşülmesi, gelir bağlanmamış ise bu yön, hak sahibinin tazminat hakkını doğrudan etkileyeceğinden hak sahibine; gelir bağlanması için Sosyal Sigortalar Kurumu Başkanlığına başvuruda bulunması giderek gelir bağlanması için SSK aleyhine dava açması için önel verilmesinde yasal zorunluluk olduğu açıktır. Başka bir anlatımla, hak sahibi tarafından Kurum aleyhine açılan davada, 506 Sayılı Yasanın 24. maddenin öngördüğü koşulların oluşmadığının saptanması durumunda; hak sahibine, gelir bağlanamayacağı, hak sahibinin, destekten yoksun kalma tazminatı isteme hakkına sahip olmayacağı açık-seçiktir. Öte yandan 4958 sayılı Yasa'nın 35. maddesi ile 506 sayılı Yasa'nın 24. maddesindeki "geçimi sigortalı tarafından sağlandığı belgelenen" ibareleri değiştirilerek yerine "Sosyal güvenlik kuruluşlarına tabi çalışmayan veya 2022 sayılı Kanuna göre bağlanan aylık hariç olmak üzere bunlardan her ne ad altında olursa olsun gelir veya aylık almayan" ibareleri getirilmiştir. Bu tür yeni yasaların yürürlüğe girmeleri ile birlikte derhal tesirini husule getireceği henüz kesinleşmemiş olan eldeki dava yönünden de dikkate alınması gerekeceği tartışmasızdır. Bu gibi durumlarda kanunların geriye yürümesi değil ani etkisi söz konusudur. Somut olayda, zabıta tahkikatından davacı baba S. Ü.'nün emekli işçi olup Sosyal Güvenlik Kurumundan emekli aylığı aldığı bildirilmekle bu davacının maddi tazminat talebinin mahkemece reddi doğru ise de hak sahibi ana yönünden yukarıda açıklanan doğrultuda,

inceleme ve araştırma yapılmadığı ortadadır.

O halde tarafların bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ

Hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle BOZULMASINA, bozma nedenine göre davacıların ve davalının manevi tazminatın miktarına yönelik temyiz itirazlarının incelenmesine şimdilik yer olmadığına, temyiz harcının istek halinde temyiz edenlere iadesine, 22.05.2006 gününde oybirliğiyle karar verildi.

Gönderen: Av. Talih Uyar

Hakemlerin Uyuşmazlığı Maddi Kuralları Uyarınca Çözümlemeleri Öngörüldüğünde Karar Bu Kurallar Çerçevesinde Olmalıdır

YARGITAY
19. Hukuk Dairesi

Esas : 2006/3841
Karar : 2006/5862

Özet: Hakem kararlarının temyiz sebepleri HUMK'un 533. maddesinde düzenlenmiştir. Hükümde sınırlı olarak gösterilen sebeplerden birinin varlığı halinde hakem kararı bozulabilir. Ayrıca Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulunun 28.01.1998 gün ve

4/1 sayılı kararına göre taraflar tahkim sözleşmesi veya şartında hakemlerin uyuşmazlığı maddi hukuk kuralları uyarınca çözümlemelerini öngördükleri takdirde, hakemler bu kurallar çerçevesinde karar vermek zorundadırlar, aykırı karar vermeleri de bozma nedeni olarak kabul edilmiştir.

YARGITAY İLAMI

Davacı-dvl A. Tarım Ürün San. Ve Tic. Ltd. Şti. vekili Av. Y. G. Ö. ile davalı-dvc B. Tarım ve Gıda Ür. San. Tic. Ltd. Şti. vekili Av. M. H. B. Aralarındaki karşılıklı alacak davası hakkında hakem heyetince verilen 6.2.2006 gün ve 2-1 sayılı hüküm davacı-karşı davalı vekili tarafından temyiz edilmiş ve İzmir 1. Asliye Ticaret Mahkemesince Dairemize gönderilmiştir. Dairemize gönderilmesi üzerine dosya incelendi, gereği konuşuldu.

KARAR

Davacı vekili, taraflar arasında anason alım satım anlaşması yapıldığını, davalının teslim ettiği 28.900 kg anasonun sözleşmeye uygun olmadığını, sözleşmeye uygun olarak teslim edilmesi için 21.9.2005 tarihli ihtarname keşide edildiğini, ancak olumlu sonuç alınamadığını,

sözleşmeye aykırı olarak teslim edilen malların iade edilmek üzere depoda bekletildiğini, müvekkilinin olay nedeniyle zarara uğradığını ileri sürerek 60.000.000.000. TL'nin davalıdan tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili cevabında, davacının malları teslim aldıktan 2 gün sonra keşide ettiği ihtarnamenin borca teamüllerine aykırı olduğunu, ürünlerin kalite ve kontrolü yapıldıktan sonra teslim alındığını, dava konusu malların davacının ellerindeki mallardan farklı olabileceğini belirterek davanın reddi gerektiğini savunmuş karı davasında ödenemeyen mal bedeli 46.521.13 YTL' nin tahsilini istemiştir.

Hakem heyetince davalı sözleşmeye uygun mal teslim etmemişse teslim edilen maldaki yabancı madde ve yağı alınmış anasonun bedelde indirimde yol açacağı, malların iadesi sonucunu doğurmayacağı gerekçesiyle asıl davanın reddine, karşı davanın kısmen kabulü ile 16.764.55 YTL' nin karşı davalıdan tahsiline karar verilmiş, hüküm davacı (karşı davalı) vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Hakem kararlarının temyiz sebepleri HUMK' un 533. maddesinde düzenlenmiştir. Hükümde sınırlı olarak gösterilen sebeplerden birinin varlığı halinde hakem kararı bozulabilir. Ayrıca Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulunun 28.1.1994 gün ve 4/1 sayılı kararına göre taraflar tahkim sözleşmesi veya şartında hakemlerin uyuşmazlığı maddi hukuk kuralları uyarınca çözümlemelerini öngördükleri takdirde, hakemler bu kurallar çerçevesinde karar vermek zorundadırlar, aykırı karar vermeleri de bozma nedeni olarak kabul edilmiştir.

Taraflarca ileri sürülen temyiz nedenleri HUMK' un 533. maddesinde ve anılan İçtihadı Birleştirme Kararı kapsamında bulunmadığından temyiz itirazlarının reddiyle hükmün onanması gerekmiştir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle hükmün ONANMASINA, 1.6.2006 gününde oybirliğiyle karar verildi.

Gönderen: Av. Talih Uyar

Hakemlerin Uyuşmazlığı Maddi Kuralları Uyarınca Çözümlemeleri Öngörüldüğünde Karar Bu Kurallar Çerçevesinde Olmalıdır

YARGITAY
19. Hukuk Dairesi

Esas : 2006/3841
Karar : 2006/5862

Özet: Hakem kararlarının temyiz sebepleri HUMK'un 533. maddesinde düzenlenmiştir. Hükümde sınırlı olarak gösterilen sebeplerden birinin varlığı halinde hakem kararı bozulabilir. Ayrıca Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulunun 28.01.1998 gün ve

4/1 sayılı kararına göre taraflar tahkim sözleşmesi veya şartında hakemlerin uyuşmazlığı maddi hukuk kuralları uyarınca çözümlemelerini öngördükleri takdirde, hakemler bu kurallar çerçevesinde karar vermek zorundadırlar, aykırı karar vermeleri de bozma nedeni olarak kabul edilmiştir.

YARGITAY İLAMI

Davacı-dvl A. Tarım Ürün San. Ve Tic. Ltd. Şti. vekili Av. Y. G. Ö. ile davalı-dvc B. Tarım ve Gıda Ür. San. Tic. Ltd. Şti. vekili Av. M. H. B. Aralarındaki karşılıklı alacak davası hakkında hakem heyetince verilen 6.2.2006 gün ve 2-1 sayılı hüküm davacı-karşı davalı vekili tarafından temyiz edilmiş ve İzmir 1. Asliye Ticaret Mahkemesince Dairemize gönderilmiştir. Dairemize gönderilmesi üzerine dosya incelendi, gereği konuşuldu.

KARAR

Davacı vekili, taraflar arasında anason alım satım anlaşması yapıldığını, davalının teslim ettiği 28.900 kg anasonun sözleşmeye uygun olmadığını, sözleşmeye uygun olarak teslim edilmesi için 21.9.2005 tarihli ihtarname keşide edildiğini, ancak olumlu sonuç alınamadığını,

sözleşmeye aykırı olarak teslim edilen malların iade edilmek üzere depoda bekletildiğini, müvekkilinin olay nedeniyle zarara uğradığını ileri sürerek 60.000.000.000. TL'nin davalıdan tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili cevabında, davacının malları teslim aldıktan 2 gün sonra keşide ettiği ihtarnamenin borca teamüllerine aykırı olduğunu, ürünlerin kalite ve kontrolü yapıldıktan sonra teslim alındığını, dava konusu malların davacının ellerindeki mallardan farklı olabileceğini belirterek davanın reddi gerektiğini savunmuş karı davasında ödenemeyen mal bedeli 46.521.13 YTL' nin tahsilini istemiştir.

Hakem heyetince davalı sözleşmeye uygun mal teslim etmemişse teslim edilen maldaki yabancı madde ve yağı alınmış anasonun bedelde indirimde yol açacağı, malların iadesi sonucunu doğurmayacağı gerekçesiyle asıl davanın reddine, karşı davanın kısmen kabulü ile 16.764.55 YTL' nin karşı davalıdan tahsiline karar verilmiş, hüküm davalı (karşı davalı) vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Hakem kararlarının temyiz sebepleri HUMK'un 533. maddesinde düzenlenmiştir. Hükümde sınırlı olarak gösterilen sebeplerden birinin varlığı halinde hakem kararı bozulabilir. Ayrıca Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulunun 28.1.1994 gün ve 4/1 sayılı kararına göre taraflar tahkim sözleşmesi veya şartında hakemlerin uyuşmazlığı maddi hukuk kuralları uyarınca çözümlemelerini öngördükleri takdirde, hakemler bu kurallar çerçevesinde karar vermek zorundadırlar, aykırı karar vermeleri de bozma nedeni olarak kabul edilmiştir.

Taraflarca ileri sürülen temyiz nedenleri HUMK' un 533. maddesinde ve anılan İçtihadı Birleştirme Kararı kapsamında bulunmadığından temyiz itirazlarının reddiyle hükmün onanması gerekmiştir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle hükmün ONANMASINA, 1.6.2006 gününde oybirliğiyle karar verildi.

Gönderen: Av. Talih Uyar

Bağ-Kur Sigortalısı Olmak İçin Başvuranın Prim Ödemesi Halinde, Bağ-Kur İdaresinin Resen Kayıt ve Tescil Etmesi Gerekir

YARGITAY
21. Hukuk Dairesi

Esas : 2005/13901
Karar : 2006/135

Özet: Sigortalılığın devam etmesi için ve kayıt tarihinden sora kendi nam ve hesabına bağımsız çalışmanın yasal karinesi olan belge ve kayıtların bulunması gerekir. Soyut tanık ifadeleri yeterli değildir.

Mahkemesi : Burdur 1. Asliye Hukuk (İş) Mahkemesi

Tarih : 30.11.2005

No : 127-866

Davacı : E. Ç. vekili Av. S. Ç.

Davalı : Bağ-Kur Genel Müdürlüğü vekili Av. Ö. Ç.

YARGITAY İLAMI

Davacı 1.4.994 tarihinden itibaren tarım Bağ-Kur sigortalısı olduğunun tesbitine karar verilmesini istemiştir.

Mahkeme ilamında belirtildiği şekilde, isteğin kısmen kabulüne karar vermiştir.

Hükmün davalı vekili tarafından temyiz edilmesi üzerine temyiz isteğinin süresinde olduğu anlaşıldıktan ve Tetkik Hakimi Osman Bülbül tarafından düzenlenen raporla dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra işin gereği düşünüldü ve aşağıdaki karar tesbit edildi.

KARAR

1- Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı gerektirici sebeplere göre davalı Kurum vekilinin aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan sair temyiz itirazlarının reddi gerekir.

2- Davacı, 1.4.1994 tarihinden itibaren 2926 Sayılı Yasa'ya göre tarım Bağ-Kur sigortalısı olduğunun tesbitini istemiştir. Mahkemece, davanın 1.9.1999 tarihinden itibaren Tarım Bağ-Kur'lu olduğuna dair kısmen kabulüne karar verilmiş ise de, bu sonuç usul ve yasaya uygun bulunmamaktadır.

Gerçekten, davanın yasal dayanağını oluşturan 2926 Sayılı Yasa'da 506 Sayılı Yasa'nın 79. maddesine koşut geçmiş tarım Bağ-Kur hizmetlerinin tespitiyle ilişkin bir düzenleme mevcut değildir.

Somut olayda, davacının tarım Bağ-Kur sigortalısı tescil kaydı bulunmamaktadır. Ayrıca, 2926 Sayılı Yasa'nın 7. maddesi hükmüne göre, bu yasaya göre sigortalı sayılanla, sigortalı sayıldıkları tarihten itibaren en geç üç ay içinde Kurum'a başvurarak kayıt ve tescillerini yaptırmak zorundadırlar. Anılan yasanın 5. maddesi ile 7. maddede belirtilen süre içinde kayıt ve tescillerini yaptırmayan sigortalıların hak ve yükümlülüklerinin kayıt ve tescil edildikleri tarihi takip eden aybaşından itibaren başlayacağı hükmü getirilmiştir.

Ancak, dosya içerisinde mevcut Bucak Tütün İşletmesinden gelen ekici bordrosu içeriklerinden davacıyla ilgili ilk defa olarak 16.7.1999 yılı döneminde Bağ-Kur prim tevkifatı yapıldığı anlaşılmaktadır. 2926 Sayılı Yasa'nın 2. ve 3. maddeleri kapsamında kendi nam ve hesabına tarımsal faaliyette bulunanlardan yasanın uygulanma tarihinde 50 yaşını dolduran kadınlarla, 55 yaşını dolduran erkekler dışındakiler bakımından tarım Bağ-Kur sigortalılığı zorunlu sigortalılık niteliğinde bulunmaktadır. Başka bir ifade ile sigortalı olmak hak ve yükümlülüğünden vazgeçip, kaçınmak mümkün değildir. Her ne kadar, aynı yasanın 5. maddesi hükmünde yasal süre içinde kayıt ve tescillerini yaptırmayan sigortalıların hak ve yükümlülüklerinin kayıt ve tescil edildikleri tarihi takip eden aybaşından itibaren başlayacağı öngörülmüş ise de, re'sen tescil başlığını taşıyan 9. maddeye göre bu yasa kapsamında sigortalı sayılanların başladığı tarihten itibaren 3 ay içinde Kurum'a kayıt ve tescillerini yaptırmayanların tescil işlemlerinin Kurum'ca re'sen yapılması gerekmektedir. 2926 Sayılı Yasa'nın 36. maddesi kapsamında Kurum'un prim alacaklarını Bakanlar Kurulu kararı ile ürün bedellerinden tevkifat suretiyle tahsil etmesi mümkündür. Bu bağlamda 2. madde kapsamına girenlerin belirtilen şekilde prim borçlarının ürün bedellerinden tevkifat suretiyle kesilerek Bağ-Kur'a ödenmesi halinde kayıt ve tescil için Kurum'a başvuru olmasa dahi bahse konu biçimde

prim ödenmesi suretiyle kayıt ve tescil konusundaki iradelerini ortaya koydukları tartışmasızdır. Davaya konu olayda da, davacının 16.7.1999 yılı döneminde tarımsal faaliyetine ilişkin olarak primleri ürün bedellerinden tevkifat suretiyle kesilerek adına Bağ-Kur hesabına yatırılmıştır. Ba-Kur'un iş bu prim ödenmesine rağmen, sigortalıyı re'sen kayıt ve tescil etmemesi yasanın kendisine yüklediği re'sen tescil mükellefiyetine aykırılık teşkil etmektedir. Davalı Kurum'un Anayasa'dan kaynaklanan sosyal güvenlik görevini gereği gibi yapmamasının sonuçlarının sigortalıya yükletilerek, davacının bu süredeki sigortalılığının geçersiz sayılması Medeni Kanun'un 2. maddesinde öngörülen genel nitelikteki objektif iyi niyet kuralları ile de bağdaşmamaktadır. Bu nedenle mahkemece davacının 1.9.1999 tarihi itibariyle tarım Bağ-Kur sigortalısı olduğunun tesbitine karar verilmesi doğru ise de, bu tarihten sonra kendi nam ve hesabına bağımsız çalışmanın yasal karinesi olan belge ve kayıtların bulunup bulunmadığının araştırılmaksızın tarihte içermeyen tanık ifadelerine dayanılarak 1.9.1999 tarihinden itibaren dava tarihine kadar olan süre yönünden tarım Bağ-Kur sigortalılığın tesbitine karar verilmiş olması usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

Yapılacak iş; 2926 Sayılı Yasa'nın 10. maddesine göre, tarımda kendi adına ve hesabına bağımsız çalışmanın yasal karinesi olan belge ve kayıtların 1.9.1999 tarihinden sonra prim tevkifatının olup olmadığı, ziraat odası kaydı tarım kredi Kooperatif kaydı, Ziraat Bankasından Ziraat Kredi kullanıp kullanmadığı Tapu kayıtları, muhtar ilmhıhaberı, davacıdan Bağ-Kur primi kesintilerinin (tevkifatın) gün ve ay da belirtilmek suretiyle hangi tarihte yapıldıklarının; Tekel İşletmesinden sorularak ve 2926 sayılı kanun 10. maddesi koşulları araştırılarak verilecek cevaba göre davacının Bağ-Kur varsa SSK dosyası da getirtilip incelenmek suretiyle sonuca gitmektir.

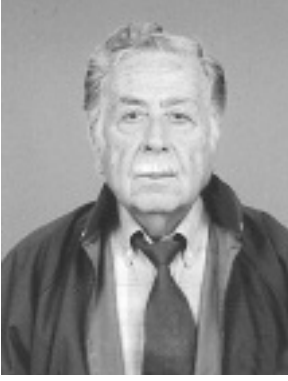
O halde, davalı kurumun bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ

Hükümün yukarıda açıklanan nedenlerle BOZULMASINA, 23.11.2006 gününde oybirliğiyle karar verildi.

Gönderen: Av. Talih Uyar

Yitirdiklerimiz



Av. Cihangir KUTLAY

Sicil No : 357
Doğum Tarihi : 16.08.1341
Ölüm Tarihi : 16.1.2007



Av. Gülay GÖKHAN

Sicil No : 3350
Doğum Tarihi : 30.4.1965
Ölüm Tarihi : 5.1.2007



Av. Güray YALÇIN

Sicil No : 1074
Doğum Tarihi : 10.12.1942
Ölüm Tarihi : 13.02.2007



Av. Ahmet TEKİN

Sicil No : 1597
Doğum Tarihi : 8.1.1945
Ölüm Tarihi : 27.02.2007

Ölümüne değin mesleklerini onurlu ve saygın biçimde sürdüren değerli meslektaşlarımıza Tanrı'dan rahmet, üzüntülü ailelerine ve meslektaşlarımıza başsağlığı diliyoruz.

İzmir Barosu Yönetim Kurulu

Yitirdiklerimiz



Av. Enver TAŞTAN

Sicil No : 2508
Doğum Tarihi : 1945
Ölüm Tarihi : 2.3.2007



Av. Hilmi ÇOBANOĞLU

Sicil No : 7671
Doğum Tarihi : 2.2.1968
Ölüm Tarihi : 7.4.2007



Av. Fuat UÇAR

Sicil No : 2659
Doğum Tarihi : 20.9.1960
Ölüm Tarihi : 24.4.2007



Av. M. Turan ALTIOK

Sicil No : 458
Doğum Tarihi : 1332
Ölüm Tarihi : 05.01.2007

Ölümüne değin mesleklerini onurlu ve saygın biçimde sürdüren değerli meslektaşlarımıza Tanrı'dan rahmet, üzüntülü ailelerine ve meslektaşlarımıza başsağlığı diliyoruz.

İzmir Barosu Yönetim Kurulu