



AKSİYONER HUKUKÇULAR DERNEĞİ BÜLTENİ



2011 SAYI:1



EDİTÖR'den

YIL:2011

SAYI:1

Bu sayıda neler var?

- 2 Feyat KOÇYİĞİT'i Anmak
Av. Suphan ERKAN
- 3 Prof. Dr. Sami SELÇUK ile Röportaj
Av. Halil ÖZYOLCU
- 5 Anayasa Değişikliği Sonrası
Devlet-Sendika İlişkisi ve
Kamu Görevlilerinin
Toplu Sözleşme Hakkı
Av. Şükrü NALBANT
- 10 Çağları Aşan Değişmez İlke
"Adalet" Kavramı
M. Arif KOÇER
- 12 Richard Bach'ın Martısı ya da Biz
Av. Suphan ERKAN
- 14 Nefret Suçları Hakkında
Dikkat Kesilmek Niçin Önemli?
Av. Taner KILIÇ
- 18 Ceza Hukukunda İletişimin Tespiti,
Dinlenmesi, Kayda Alınması ve
Avukatların Dinlenmesi
Av. Muhammet İkbâl KAVALCI
- 23 Avukatın Aşk Mektubu
Derleme
- 24 Mafâ Perwerdehi
Ya Bi Zimanê Zikmakî
Prz. Mehmet Rauf ÇİÇEK
- 25 İcra ve İflas Kanunu 270. Madde
Çerçevesinde Mülk Sahibinin
Hapis Hakkının İcra Hukukundaki
Güncel Uygulaması
Av. Muhammed İkbâl Kavalci
- 26 Bitmeyen Tartışma: Cemaat Vakıfları
Av. Muammer ÖZ
- 28 Kaostan Çıkış Yolu
Demokratik Hukuk
Devletini Tesis Etmektir
Av. Emrullah BEYTAR
- 30 Uluslararası Hukukta
"geri Göndermeme" İlkesi
Av. Abdulhalim YILMAZ

Yayınlanan yazıların hukuki sorumluluğu yazarlarına aittir.

10 sene önceydi. Bir grup gayretli, fedakâr arkadaşımız; henüz öğrenci oldukları halde, Türkiye'nin farklı kentlerinden çoğunluğu avukat olan hukukçu dostları Konya'ya bir pikniğe davet etmişlerdi. Uzun zamandır göremediğimiz dostları, orada yeniden görmek bizleri mutlu etmiş, heyecanlandırmış ve ortak hafızamızı harekete geçirmişti. Bu ilk buluşmadaki samimi hava, periyodik olarak yapılacak toplantılar dizisinin öncü gelişmesiydi.

Hukukçu dostların ihlas ve özveriyle şekillenen bu periyodik organizasyonları, 2006 yılında, Aksiyoner Hukukçular Derneği adlı sivil toplum örgütünün kuruluşunu netice verdi.

Aksiyoner Hukukçular Derneği, adından da anlaşılacağı üzere hukuk eğitimi alan bireylerin ve keza yoğunluklu olarak avukatların kurucusu, üyesi olduğu bir dernek. Ancak kısa adıyla AHUD, salt bir mesleki dayanışma örgütü değildir. AHUD, aynı zamanda Türkiye toplumuna ve geniş ölçekte dünyanın sorunlarına duyarlı bir örgüttür. Yaşadığımız toplum ve dünya, hak ve özgürlükler alanında ciddi sorunların cenderesindedir. Diğer taraftan hukukun, insanlığın ve yeryüzünün ortak değerlerinin, mirasının korunmasında sahip olduğu önemin de farkındayız. Konu edilen cendereden kurtulmanın en önemli koşulu ise hukukun evrensel prensiplerinin merkezinde yer aldığı hak ve özgürlükler mücadelesidir. Dünya tarihi, bu yargıyı doğrulayan benzersiz örneklerle doludur.

Bu vizyonun bir parçası olarak üyelerimizle yaptığımız fikir teatisi neticesinde, derneğimiz adına bir bülten çıkarma kararı aldık. Arkadaşlarımızın emeklerini kalıcı bir esere dönüştürme kaygısı da taşıdığımız bir zeminde çıkardığımız bu ilk bültenimizde, mesleki ve ebedî metin ve çalışmalar yanında, eski Yargıtay başkanı Prof. Dr. Sami Selçuk ile yapılmış anayasa konulu bir söyleşi de yer alıyor. Her hayrın başı olan tılsımlı söz ile "vira bismillah" diyerek başlıyoruz.

Bültenimizin ilk sayısını her aşamada bizlere katkısı olan ve elim bir trafik kazasında yitirdiğimiz, ebediyete intikal eden kalbi büyük kardeşimiz Feyat Koçyigit'in hatırasına ithaf ediyoruz. Mekanı cennet olsun...

İmtiyaz Sahibi:
Aksiyoner Hukukçular Derneği

Genel Yayın Yönetmeni:
M. Arif Koçer

Yayın Kurulu:
M. Arif Koçer
M. İkbâl Kavalci
Selahattin Çoban
Suphan Erkan

Adres:
Strazburg Cd. No:21/9
Sihhiye / ANKARA
Tel: 0 312 231 79 28
Web: www.ahud.org.tr

Baskı:
Sanal Matbaası
Tel: 459 82 82
Çamdibi / İZMİR

Baskı Tarihi: 01.03.2011

Feyat KOÇYİĞİT'i Anmak

Feyat kardeşimizi, 09/08/2010 günü, Erzurum-Ağrı yolunda, elim bir trafik kazasında kaybettik. Şüphesiz ki ölüm bir son değil; ebedi bir hayatın mukaddimesidir. Ancak, insan sevdiklerinden ayrılırken kavuşacağını bilse de ihtiyarında olmaksızın ziyadesiyle hüzünleniyor. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ndeki öğrencilik yıllarımızda birlikte geçen pek çok günlerimiz, yaşadığımız ortak zamanlarımız oldu Feyat'la.

Feyat'a dair söylenecek çok şey var. "Feyat kimdi?" diye bir soru sorulsa bana, cevabım şu olurdu : Feyat, kalbi kırılma da kimsenin kalbini kırmayan, incinse de incitmeyen, inandığı yolda fedakarlıktan çekinmeyen, müessir ve müteessir Kur'an tilavetiyle bizleri her daim etkileyen, çileli, yoksulluklar ve yoksunluklarla geçen çocukluğu ve öğrencilik yıllarının zenginleştirdiği yaralı ve mahzun kalbinden süzerek söylediği Kürtçe ağıtlarla duygularımıza ve hayatımıza asil bir hüznü aşılayan, Kur'an hizmetindeki sadakat ve gayretiyle örnek olan mümtaz bir kardeşimizdi.

Allah, Feyat kardeşimizin kaderini sanki gözlerine ve simasına naksetmişti. Şakalaştığımızda ve güldüğünde bile simasındaki fitri hüznün nihayetinde hep galip gelirdi. Feyat, bana bu dünyaya ait olduğu duygusunu hiç vermedi, hep yolcu gibiydi. Son dönemde biraz biz dünyalılara benzemeye başlamıştı. Ama Allah buna müsaade etmedi. Hâkim-i hakim yolcu yolunda gerek dedi ve O'nu yanına aldı.

Geçtiğimiz yıl, Ağustos'un 2'sinde, Denizli'ye abisinin yanına gitmeden yanıma gelmişti. Bir kaç saat hasbihal etmiştik. Bana, bende iz bırakan bir şey anlatmıştı. Örnek bir davranış olduğu için sizlere

de aktarayım; "Babamla aramı düzelttim" dedi önce. Okulu geç bitirmesi ve bazı başka nedenlerle, babasıyla arası pek iyi değildi Feyat'ın. Bunu önceden de biliyordum. Feyat, ne yapsa babasına yaranamıyordu. Az önceki "aramız düzeldi" ifadesinden sonra sevindiğini söyledim kendisine. Sonra çok mutlu olduğunu söyleyerek anlatmaya devam etti. Babasını kastederek; "Onu her yere götürüyorum. Geziyoruz. Banyosunu yaptırıyorum. Traşını yapıyorum. Hoşuna gidiyor. O benden razı oldukça ben huzur buluyorum." Bunun üzerine kendisine sordum : "Feyat, babanın eli ayağı tutmuyor mu?" Bana verdiği cevap aynen şuydu : "Eli ayağı tutuyor.

Ama annem hayattayken babamın hem traşını hem de banyosunu yaptırırdı. Eksikliğini hissetmesin diye yapıyorum. Bir de o benim zaten ahiret sigortam, garantim. Neden bakmayayım? Neden yapmayayım?" Bunları söylerken dikkatle bakıyordum Feyat'a. O kadar yürekten ve kendinden emin bir şekilde söylüyordu ki. İçimden derin bir saygı duydum Feyat kardeşime. "Büyük adamsın baba" dedim. Tebessüm etti. (Feyat sevdiklerine

"Baba" diyerek takılırdı.) Kalbi büyük kardeşim mekanın cennet olsun. Çok şeyler söylenebilir... Ölümüyle uhrevi bir hayatın tablosunu nazarlarımıza arz edip giden Feyat'ımıza Allah (C.C.) bizden daha çok rahmet ve adaletle muamele edecek. Amenna. Şimdi sıra bizde... Külli atın qarib... Wel asr...

*Dostları adına;
Av.Suphan ERKAN*

Eski Yargıtay Başkanı Prof. Dr. Sami SELÇUK ile RÖPORTAJ



Derneğimiz adına toplumumuzun yaşamsal ve acil gündemi olan “sivil anayasa” konusunda Bilkent Üniversitesi öğretim üyesi eski Yargıtay Başkanı Prof. Dr. Sami Selçuk ile derneğimiz üyelerinden Av. Halil Özyolcu’nun gerçekleştirdiği röportajdır:

S: Yeni bir anayasa yapmanın sağlıklı alt yapısı nasıl oluşturulabilir?

C: Yeni anayasa konusunda partilerin uzlaşabilecekleri tek formül, “kurucu kurultay”dır. Yasa ile %1’in üzerinde oy alan partiler, sivil ve resmi kuruluşların hakça temsil edildikleri bir kurucu kurultay oluşturulmalı ve bir an önce yepyeni bir anayasa yapılmalıdır. Bugünkü meclisler, bunu yapamaz. Çünkü halkın seçtikleri vekillerden değil, genel başkanların seçtikleri vekillerden oluşan bir meclisle yapılan anayasa, genel başkanların anayasası olur. Kimse kendisini kandırmasın. Türkiye’de kavramın doğru anlamında milletin vekili, yani milletvekili yoktur. Milletvekillerini genel başkanlar aday gösterir. Halk da onay verir, seçmez, seçemez. “ya oy verirsin ya da vermezsın” seçeneğiyle karşı karşıya kalan halk da seçim sandığına gitmişse çaresiz bir

pusulayı sandığa atar. Pusulanın bile dokunulmazlığı vardır. Adaylardan beğenmediklerini bile seçmek zorunda kalan bir halk.

Çaresiz, iradesiz. Yasama organına yansıyan genel başkanların iradesidir, halkın değil. Bu nedenle var olan düzende milletvekilleri yasama organını denetleyememektedir. Yasa önerileri genel başkanca onandığı zaman yasama organından geçebilmektedir. Yasama organının başkanı bile genel başkanına bağımlıdır. Bunu sürekli yaşadık. “Genel başkan azarladı mı?” tartışmalarını yaşadık.

Kimse sorunun özüne inmedi. Yasamanın başkanını genel başkan milletvekili yapmış, onu aday göstermişse, Meclise de başkan olmasını o istemiş ve bunu gerçekleştirmişse, alinyazısı onun elindeyse azarlar elbette. Kimse sorunun özüne inmiyor. Kısaca halkın, milletin vekillerinden oluşan bir yasama organı, göstermeliktir. Görünüşte bir yasama organının anayasa yapması, yargı organlarına üye seçmesi sakıncalıdır. Çünkü sonuçta genel başkanın iradesi egemen olacak, yapılan anayasa genel başkanın anayasası, seçilen yargıç genel başkanın memuru olacaktır. Böyle bir anayasa genel başkanların ömrüyle sınırlı, böyle bir yargı da

bağımsız değildir. Dahası %10 barajının bulunduğu bir ülkede parlamentoca yapılan bir anayasa kesinlikle halkın bütününün iradesini yansıtmaz ki halkın anayasası ve uzun ömürlü olsun. Onlarca yıl yürürlükte kalacak bir anayasa yapmalıyız. Bunaltımın temelinde bunlar var. Türkiye’de demokrasi göstermelidir. Babadan oğla geçen değil, seçilen krallarla yönetilen bir ülke burası. Halk ve aydınlar, barajın indirilmesi, milletvekillerinin halk tarafından seçilmesi için ağırlığını koymalı, bu çarpık demokrasiyi rayına oturtmalıdır.

S: Anayasa yapmakta aranan olabildiğince geniş “uzlaşma”nın çerçevesi nedir?

C: Yukarıda belirttiğim biçimde bir uzlaşma, akla ve hukuka en yakın ve kolay olanıdır.

S: Halk iradesinin ve temsilin tam yansımadığı bir parlamento yeni, sivil, demokratik bir anayasa yapılabilir mi?

C: Söyledim. Asla olamaz. Genel başkanların anayasası olur, halkın değil. Bu yüzden halk, milletvekillerini zorlamalıdır. Halkın temsilcilerince yapılmayan bir anayasa kısa sürede yıpranır. Yenisine gerek duyulur.

S: Temel sözleşme sayılan Anayasalarda “değiştirilmesi teklif edilemez” maddelerin değiştirilmesi referandum ile mümkün olabilir mi? Örnekleri var mı?

C: Bu konu uzun bir araştırma konusudur. İncelemediğim konularda görüş bildirmem. Ancak buna benzer maddeler kimi ülkelerde var.

S: Anayasa yapımı konusunun seçimden sonraya bırakılmasını nasıl değerlendiriyorsunuz?

C: Olağan. Ama yine bir anayasa yapılmayacak. Yapılsa bile, olasılıkla yukarıdaki gereksinmelere yanıt verilmedikçe, bir ya da iki partinin malı olacak. Halkın değil. Uzun ömürlü olmayacak, böyle bir anayasa.

S: Anayasa mahkemesine verilmesi düşünülen bireysel başvuru hakkını nasıl değerlendiriyorsunuz?

C: Koşullar oluşturulmadan yapılması yanlış. Türkiye, sürekli bir yanlış yapıyor. Batıdaki örneklerle bakıp karar veriyor. O örnekleri iyi incelemeyen karar veriyor. Almanya örneği gibi. Alman Anayasa Mahkemesinin oluşumunu lütfen inceleyiniz. Oradaki başkan ve üyeler en az bir yabancı dil bilmekteler. Dünyadaki hukuk gelişmesini yakından izlemekteler. Hemen hepsi yargının içinden gelmiş, ayrıca uzun süre üniversitede öğretim üyesi olarak çalışmış kimseler. Bağımsızlıklarından herkes emin. Bu koşullar oluşturulmadıkça Anayasa Mahkemesine kendi alanlarında yıllarca hüküm kurmuş, uzman insanların verdikleri kararları iptal yetkisi verilemez. Sözelimi, Yargıtay, Türk hukukunun her dalında karar veren uzman hukukçulardan oluşmuş bir kurumdur. Bugün 143 yaşında. Anayasa Mahkemesinin üç katı yaşında eski bir kurum. On yıllık göz hekimi dururken uzman olmayan üç yıllık bir hekime ya da kadın doğum hekimine göz ameliyatı yaptıramazsınız. Bu çarpık bir anlayıştır. Batıdaki hukukçular Türk hukuk sistemini bilmezler. Şu soru akla gelebilir. Türkiye Batı hukukunu iyi özümsemiştir, içselleştirdi mi? Hayır. Türk yargısı batı hukukunu uygulamakta ve yorumlamakta, kimi ayrık kararlar dışında, başarısız. Kavramlar ve ilkeler iyi algılanmamıştır. Yorum disiplini ve yeterliliği gelişmemiştir. Anayasa Mahkemesi hangi ülkede Anayasa Mahkemesinin kendinden menkul yetkileri, dünyanın hangi ülkesinde böyle bir durumu var? Dünyanın bütün Yargıtaylarına gelen dosyaları toplayın, bizdekine ulaşamaz. Yargıtayın daire sayısını çoğaltmak, bozulmuş bütünlüğün daha da bozulması demektir. Sorunun kabuğunda dolanıp duruyoruz. Öze kimse inmiyor. Herkes günü birlik çözümler peşinde. İstinaflar kurallara uygun kurulmuyor. 11 tane Yargıtay kurmaya hazırlanıyoruz. Son sözüm şu: Bu devleti ve kurumlarını yeni baştan kurmak zorundayız. Ama bunu algılayacak insan sayısı o denli az ki! Onca yıl geçmiş aradan. Ama sorunu bilen kişi sayısının bunca kıt olması çok düşündürücü ve üzücü.

** Ankara Barosu - 22. Dönem Ağrı Milletvekili*

Anayasa Değişikliği Sonrası Devlet-Sendika İlişkisi ve Kamu Görevlilerinin Toplu Sözleşme Hakkı

Av. Şükrü NALBANT*

Devletin Çalışma İlişkilerine Bakışı

Devlet, pek çok sıfatla endüstri ilişkileri sistemine müdahildir. Memurlar için doğrudan ve iştirakçisi olduğu kamu işletmelerinde çalışanlar için dolaylı olarak işverendir. Tabi önemli bir işveren olduğu için de başvuru kaynağı konumunda olup kararları sistemin diğer aktörlerinin kararlarında da belirleyicidir. Öte yandan toplu pazarlıklarda bir taraf ve bir müdahale biçimi olan yasama faaliyetleri ile prosedürleri, kuralları ve hakları saptamak suretiyle sosyal politika ürettiğinden dolayı düzenleyici ve yer yer müdahildir.

Çalışanlar arasında genel bir sınıflama yapacak olursak; ücretleri (Anayasa değişikliğine kadar) devletin son sözü söyleme hakkına sahip olduğu kadük bir toplu görüşme sistemi ile tespit edilen memurlar,² kamu işletmelerinde istihdam edilip te ücretleri iş hukuku hükümlerine göre toplu sözleşme sistemiyle belirlenen işçiler ve son yıllarda sayılarında büyük artışlar gözlenen, ücretleri yıllık olarak ve tek tip bir sözleşmeyle belirlenen, sair hakları kısıtlı olan sözleşmeli personeldir.³ İdarenin asli ve sürekli hizmetlerinin ancak memurlar eliyle yapılabilecek olması dolayısıyla bu görevlerde çalışanların işçi statüsünde sayılmalarına imkân yoktur.⁴

Ücret

Ücret, en geniş anlamıyla, bağlı bir çalışma karşılığında, insan emeğinin önceden kararlaştırılmış olan bedelidir.⁵ Ancak ücretin kaynağını oluşturan emeğin, günümüzde meta olmaktan çıktığı kabul edilip, insanın kişiliğine ve insan haklarına bağlanmakta ve ücretin sosyal yanının bulunduğu benimsenmektedir.⁶ Ücret, çalışanlar ve işverenlerin yanı sıra, ekonominin bütününe etkileyebilmektedir. Çünkü ücret politikası, gelirler politikası ve gelir dağılımı politikasıyla da yakından ilişki içinde bulunmaktadır.⁷

Ücret-maaş kıyaslamasına değinecek olursak, teorik olarak maaş da bir ücrettir. Aralarında ciddi bir fark olmamakla beraber, maaşın ödenme

periyodu daha uzun vadelidir (genelde aylık). Maaş peşin, ücret çalıştıktan sonra ödenir. Aralarındaki asıl fark, maaşın bir sosyal statü sembolü olmasıdır.⁸

Türkiye de memurlar için halen uygulanan sisteme göre, ücret saptanmasında göz önünde tutulan temel unsur öğrenim derecesidir. Memurlar, öğrenim derecelerine (ilk, orta, lise, lisans, önlisans, v.s.) göre belirli sınıf ve derecelere ayrılmıştır. DMK gösterge ve tek katsayı sistemini kabul etmesine rağmen ek gösterge ve yan ödemeler yolu ile sistem bozulmuştur. DMK' da yeralan gösterge cetvelleri sabit kalmakta, buna karşılık katsayı her yıl bütçe kanunları ve mali yılın ikinci yarısında Bakanlar Kurulu kararı ile belirlenmektedir.⁹

Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO)

I. Dünya savaşı sonunda Versailles Barış Antlaşmasının 21.06.1919 günü imzalanmasıyla, ILO kurulmuştur. Buna rağmen, sendikal hakların uluslararası belgelerde genel hatlarıyla düzenlenmesi ancak II. Dünya Savaşından sonra gerçekleşmiştir.¹⁰

1978'de kabul edilen 151 Sayılı Kamu Görevinde Çalışma İlişkileri (Kamu Hizmetinde Örgütlenme Hakkının Korunması ve İstihdam Koşullarının Belirlenmesi) Sözleşmesi, kamu sektöründe çalışanlara toplu pazarlık hakkının tanınması için önemli bir adım olmuştur. Bu Sözleşme, ülkemiz tarafından 1992 yılında kabul edilmiştir. Sözleşme daha önce kabul edilen 87, 98 ve 135 sayılı sözleşmelerde yer alan sendika ve toplu pazarlık hakkı ile ilgili güvenceleri kamu görevlilerine açıkça tanımayı ve özellikle devlet memurların 98 sayılı sözleşme kapsamı dışında tutan yorum sorunlarına çözüm getirmeyi amaçlayan uluslararası bir belgedir.¹¹

1981 yılında kabul edilen ve 11.08.1983 tarihinden itibaren yürürlükte olan 154 Sayılı Toplu Pazarlık Hakkına İlişkin ILO Sözleşmesi, toplu pazarlığı hem kamu hem de özel sektörde desteklemekte ancak kamu sektöründe toplu pazarlık hakkına ilişkin düzenlemeleri sözleşmeyi onaylayan ülkelerin iç

hukuklarına bırakmaktadır.¹² Ülkemiz tarafından henüz onaylanmamıştır.¹³

Toplu pazarlık ve Sendika Özgürlüğü

Toplu pazarlık, üretimin başlıca iki unsuru olan emek ile sermaye arasındaki ilişkilerde, taraflar arasında ekonomik bir denge kurmak amacından doğmuştur. Bu durumda toplu pazarlık düzeninin toplumsal bir mahiyete sahip olduğu söylenebilir.¹⁴

Sendika Özgürlüğü, grev ve lokavt hakları ile bir bütünlük arzeden toplu pazarlık sistemi, 1963 yılından beri ülkemizde uygulanmakta olup 1982 Anayasası'nın 53. maddesiyle temel bir hak olarak güvence altındadır. Zaten sendika kurma veya kurulu sendikalara üye olma haklarının tanınmadığı bir ülkede toplu pazarlık ortamı da oluşmaz.¹⁵

Sendikalar toplu pazarlığın çalışan tarafını oluşturmaktadırlar. Toplu pazarlığın çalışan yanı sıra daima, toplu iş sözleşmesi yapma yetki ve ehliyetine sahip bir sendikadır. Diğer yanı sıra ise, işveren sendikası veya sendika üyesi olmayan işverendir. (Kamu görevlileri toplu görüşmelerinde Kamu İşveren Kurulu) Toplu pazarlıklarda ve TİS'lerinde sendikalar bazen sadece kendi üyeleri adına, bazen de üye olsun olmasın ilgili işyerindeki bütün çalışanlar adına hareket edebilmektedirler.¹⁶

03.10.2001 tarih ve 4709 sayılı Kanunun 20. maddesi ile Anayasanın 51. maddesi değiştirilerek;¹⁷ örgütlenme zincirinin halkaları tamamlanmış, işçiler ve işverenlerin yanında memurların da sendikalaşma hakları Anayasal güvence altına alınmıştır.¹⁸

Türkiye'de Kamu görevlilerine sendika hakkını tanıyan Anayasa değişikliği 4121 sayılı Kanun¹⁹ ile Anayasanın 53. maddesine bir fıkra eklenmesiyle mümkün kılınmışsa da, Anayasa değişikliğindeki hükmün atıf yaptığı yasal düzenlemelerin yapılmamış olmasından dolayı 2001 tarihli KGSK'na kadar sağlıklı bir sendikal işleyiş olamamıştır. Neticeten 2001 tarihli ve 4688 sayılı KGSK çıkarılmıştır. Anayasanın 51. maddesindeki "işçiler" ibaresi yerine "çalışanlar" ibaresinin eklenmesi şeklindeki Anayasa değişikliği de, bu Kanun'un yayınlanmasından ancak üç ay sonra yapılmıştır.

Sosyal diyalogun zorunlu unsuru olan sendikaların, çalışma barışını sağlamadaki fonksiyonları birinci derecede etkin olmalı, ekonomik büyüme ve sosyal adalet ile birlikte düşünülmesi gereken özgür-

lüklerden temel hak niteliğini haiz olanlara ve özellikle kişi güvenlik hakkı, düşünce ve ifade özgürlüğü, toplantı özgürlüğü ve sendika malvarlığının korunması gibi özgürlüklere "onurlu bir özgürlük" kavramı ile ifadesini bulan çerçevede tüm kamu ve özel makamlarca riayet sağlanmalıdır.²⁰

Kısaca ve özetle sendikalı olmaktan veya olmamaktan ötürü ayırım yapılmaması, sendika üyelik güvencesidir. Ayırım yasağı atamalardan kamu görevine son verilmesine kadar her türlü idari işlemi kapsar.²¹

Kamu Görevlileri Sendikacılığı

İşçi Sendikacılığı, modern iş hukukunun yerini geniş anlamda iş hukuku kavramına bırakmasıyla birlikte, sosyal kesimleri etkileme yöntemlerini değiştirmeye başlamıştır. Bu yeni strateji sonucunda, sanayide çalışan işçilere ilaveten, serbest meslek erbabı, tarım işçileri ve kamu görevlilerinin mensubu bulundukları sosyal kesimler de mücadele alanlarına dâhil edilmiştir. Ancak kamu görevlileri sendikalarının sanayileşmiş ülkelerde bile meşru temelde kurulma ve gelişmeleri kolay olmamıştır. Meşru zeminlerde kamu gücünün kendilerini tanıması ve devletle kamu görevlileri arasındaki hukuki ilişkileri değiştirmek için zorlu mücadeleler verilmiştir. Bunun için bir taraftan kamu görevlilerine sendikal hürriyetlerin verilmesi ve uygulanması hakkı talep edilirken, diğer taraftan kamu gücü sahip olduğu yetkilerin bir kısmından feragat zorlanarak bir uzlaşma ortamı oluşturulmaya çalışılmıştır.²²

Tüm Dünyada olduğu gibi ülkemizde de kamu çalışanlarının örgütlenmesi ve sendikalaşması işçilerden daha sonra başlamıştır. İlk memur sendikası teşebbüsleri 1908 yılında II. Meşruiyetin ilanından sonra birden yaygınlaşan sendikalaşma ve grev hareketleri döneminde olmuştur.²³ Ancak 1909 yılında çıkarılan Tatil-i Eşgal yasasının 8. maddesi sendika hakkını, kamu kurumlarını da kapsayan genel bir anlatımla yasaklamıştır.²⁴ 1. Dünya Savaşı ve Kurtuluş Savaşı döneminde nitelikli işgücüne olan gereksinim artmıştı. Bu koşullarda nitelikli işgücüne sahip olanlara maddi ve manevi ayrıcalık tanınmıştır. O devirlerde memurluk, sahip olduğu sosyal güvenlik hakkı, çoğu zaman hatırı sayılır bir maaş ve iş güvencesinin varlığı ile cazibesini hep canlı tutmuştur.²⁵

Memur Hukuku, cumhuriyetin ilk yıllarında çıkarılan 788 sayılı Memurin Kanunu ile genel ve

toplu nitelikte bir düzenlemeye kavuşmuştur. Bu durum 28 Haziran 1938 tarih ve 3512 sayılı Cemiyetler Kanunu'nun çıkmasına kadar devam etmiş, bu kanunla hem işçiler hem de memurlar için genel bir sendika kurma ve 1964'e kadar devam edecek olan dernek kurma yasağı getirilmiştir.²⁶ Ayrıca bu kanun ile memurlara kesin olarak grev ve siyaset yasağı da getirilmiştir. 1923-50 döneminde bilinen tek grev Samsun, Adana ve Trabzon telgraf memurlarının 1925 yılında maaşlarının artırılması talebi ile yaptıkları grevdir. Grevciler İstiklal Mahkemesine verilmiş, yargılama sonucunda Adana'dakilerin tümü beraat ederken, Samsun'dan 5 ve Trabzon'dan 1 telgrafçı cezalandırılmış, diğerleri beraat etmiştir.²⁷

1961 anayasası ile bütün çalışanlara; dolayısı ile memurlara da sendika hakkı tanınmış, bağlı olarak 1965 yılında yürürlüğe konulan 624 sayılı Devlet Personeli Sendikaları Kanunu, hemen ardından da 657 sayılı Devlet Memurları Kanunun 22. maddesi ile kamu çalışanlarına sendika kurma ve kurulmuş sendikalara üye olma hakkı getirilmiştir. Ancak, uluslararası sözleşmeler cevaz vermediği halde birçok kamu görevlisi yine de bu haktan yoksun bırakılmıştır. Örnek olarak, dışişleri bakanlığı memurları ile din görevlileri sayılabilir. Zaten bu kanuna göre toplantı ve gösteri yürüyüşü yasaktı ve toplu sözleşme hakkı da yoktu. Adeta yasak savma kabilinden getirilmiş bir düzenlemedir.²⁸

1971 muhtırasından sonraki Anayasa değişikliğiyle memurların ve işçi niteliği taşımayan kamu görevlilerinin sendika kurabilmelerine ilişkin 624 sayılı kanun ile 657 sayılı kanunun 22 inci maddesi yürürlükten kaldırılmıştır.²⁹ Ortaya çıkan boşluğu doldurmak amacıyla da 119. maddeye bir ekleme yapılarak en geç altı ay içinde memurların sendika hakkını düzenleyen kanunun çıkması öngörülmüştür. Bu kanun maalesef 12 Eylül 1980'e kadar çıkarılmamıştır. 1982 Anayasasında, memurlara hem sendika, hem toplu sözleşme hakkı tanınmamıştır.³⁰

Türkiye'de kamu görevlileri sendikalarının hukuki gelişmeleri Dünyadaki gelişmesine paralel olarak çok yavaş bir seyir takip etmiştir. Sonuçta kamu görevlilerinin sendikal haklarını serbestçe kullanabilmeleri için, devlet bazı yetkilerinden vazgeçerek kamu görevlileri sendikaları ile onların üyelerini serbestçe tanımak zorunda kalmıştır. Bu

kazanımlara rağmen, işçi sendikacılığının izinden yürüyen kamu görevlileri sendikacılığı, yine de elde ettiği hakları işçi sendikacılığının hakları ile eşitleyememiştir. Bunun en önemli sebebi kamu görevlilerinin statü hukukuna göre, işçilerin ise hizmet akdi ilkesine göre çalışıyor olmalarıdır.³¹

25 Haziran 2001 tarihinde kabul edilen Kamu Görevlileri Sendikaları Kanununun büyük bir bölümü kamu görevlilerinin sendika hakkını ve sendikal örgütleri düzenlemektedir. Buna göre sendikal örgütlenme düzeni sendika ve konfederasyonlardan oluşmakta, toplu görüşme ile ilgili düzenlemeler yapılmakta ve toplu görüşmenin tarafları belirtilmektedir. Fakat yasanın 35. maddesinde düzenlenen "Uyuşmazlıkların Çözüm Usulleri" ne değinilmemiştir.³²

Yasanın 2. maddesine göre kamu personelinin, "işçi statüsü dışında çalışan kamu görevlileri" kapsama dâhildir. Kamu görevlileri sendikacılığında işçi sendikacılığının örgütlenme modeli benimsenmiş olmasına rağmen kurulacak sendika ve konfederasyonların, yasanın tanıdığı görev ve yetkileri kullanmaması öngörülmüştür. Bu bağlamda kamu işverenlerinin, sendikalar yasasındaki gibi sendikalaşmasına yer vermemiş, kamu görevlileri toplu görüşme düzeninde işveren olarak Kamu İşveren Kurulu'nu oluşturmuştur. Sendikal örgütlenmede hizmet kolu sendikacılığı benimsenmiş ve sayılan 11 hizmet kolunda gerçekleştirilmesini öngörmüştür. Yasa, sendika çokluğu ilkesini açıkça benimsemiştir, ancak tür ve düzey olarak getirdiği yasaklarla, bu ilkeyi kabulün bir kıymet-i harbiyesi kalmamıştır.³³

Yasanın getirdiği en önemli yenilik, bugüne kadar yasama ve yürütmenin tek yanlı işlem ve kararları ile düzenlenen konulardan bazılarının ilk kez kamu görevlilerinin sendikal temsilcileri ile kamu işverenin katıldığı bir toplu görüşmede tartışılmasıdır. Yasa, toplu görüşmenin kapsamını ekonomik ve mali nitelikli haklarla sınırlı tutmuştur. Görüşmenin kamu işvereni tarafını, Kamu İşveren Kurulu; sendika tarafını ise her hizmet kolunda kurulu, yetkili kamu görevlileri sendikaları ile bunların bağlı bulundukları konfederasyonlar teşkil eder. Toplu görüşmenin uyuşmazlıkla sonuçlanması halinde kanun, barışçı yöntem olarak Uzlaştırma Kuruluna yer vermiştir. Uzlaştırma Kurulunun

görevi, üzerinde anlaşma sağlanamayan konularla sınırlıdır. Uzlaştırma Kurulu ne denenmesi ne de kararlarına uyulması zorunluluğu bulunmayan bir organdır. Bir olanaktır. Çatışmacı süreçlerden yoksun olan toplu görüşme sistemi yasama ve yürütme erklerinin tek yanlı bağlayıcı kararları ile sonuçlandığından dolayı eksik bir sistemdi.³⁴

Nitekim yasanın yürürlüğe girmesinden itibaren her yıl yapılan toplu görüşmelerde ancak sendika üyesi olan personele sendika aidatlarından kaynaklanan kayıplarını telafi amacıyla ek ödenek verilmesi, ek ödeme alamayan kamu görevlileri için denge tazminatı, aile yardımı ödeneğinin artırılması, gösterge rakamlarındaki kısmi iyileştirmeler, sosyal yardımlar ve çalışma şartlarını ilgilendiren hususlara ilişkin rapor tanzimi gibi bir takım sınırlı kazanımlar elde edilebilmiştir.

Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı güncel verilerine göre Türkiye'de 11 hizmet kolundaki toplam kamu görevlisi sayısı 1.767.737; sendikalara üye kamu görevlisi sayısı 1.023.362; sendikalaşma oranı % 57,89; toplam kamu görevlileri sendikaları sayısı (24'ü bağımsız ve 67'si mevcut 8 adet konfederasyona bağlı olmak üzere) 91'dir. Buna göre her hizmet kolundaki yetkili kamu görevlileri sendikaları ile en çok üyeye sahip konfederasyon belirlenmektedir.³⁵

Anayasa Değişikliği Sonrası Kamu Görevlilerinin Toplu Sözleşme Hakkı

5982 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunla³⁶ Anayasanın 128. maddesinin ikinci fıkrasına³⁷ "Ancak, malî ve sosyal haklara ilişkin toplu sözleşme hükümleri saklıdır." cümlesi eklenmiş; 53 üncü maddesinin kenar başlığı "A. Toplu iş sözleşmesi ve toplu sözleşme hakkı" olarak değiştirilmiş ve maddeye "Memurlar ve diğer kamu görevlileri, toplu sözleşme yapma hakkına sahiptirler", "Toplu sözleşme yapılması sırasında uyuşmazlık çıkması halinde taraflar Kamu Görevlileri Hakem Kuruluna başvurabilir. Kamu Görevlileri Hakem Kurulu kararları kesindir ve toplu sözleşme hükmündedir" ve "Toplu sözleşme hakkının kapsamı, istisnaları, toplu sözleşmeden yararlanacaklar, toplu sözleşmenin yapılma şekli, usulü ve yürürlüğü, toplu sözleşme hükümlerinin emeklilere yansıtılması,

Kamu Görevlileri Hakem Kurulunun teşkili, çalışma usul ve esasları ile diğer hususlar kanunla düzenlenir." fıkraları eklenmiştir.

Değişiklikle, malî ve sosyal haklara ilişkin olarak yapılan toplu iş sözleşmesi hükümleri, ayrıca herhangi bir kanun değişikliğine gitmeden, doğrudan geçerli olabilecektir. Bu da kamu görevlilerinin sendikal haklarının gelişmesi açısından büyük bir adım olarak görülebilir.

Anayasa'nın 53. madde değişikliği ile memurlar ve diğer kamu görevlilerinin toplu görüşme hakkı, toplu sözleşmeye dönüştürülüyor. Uyuşmazlık çıkması halinde taraflar Kamu Görevlileri Hakem Kurulu (KGHK)'na başvurabilecek, kurulun alacağı karar kesin olacak, yargıya da taşınamayacak ve toplu sözleşme yerine geçecektir.

Öte yandan kamu görevlileri için sendika ve toplu sözleşmenin kabul edilmesine rağmen grev hakkının olmaması, sendikaların etkinliğini azaltacağı gerekçesiyle haklı olarak eleştirilmektedir.

Diğer önemli bir eleştiri ise, değişikliklerin Türkiye'nin onayladığı temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşmelerin gerisinde olduğu, var olan işçi-memur ayırımının ortadan kaldırılmadığı, emekliler ve işsizlerin de sendika kurmalarına olanak sağlanmadığı, memurlara tanınan grevsiz toplu sözleşme hakkının bir kazanım sayılamayacağı, aksine getirilen zorunlu tahkimle grev yasağı getirildiği yönündedir. İtirazlar, değişiklik sonrası uyuşmazlık halinde KGHK'nin kesin olarak karar vermesi zorunlu tahkim niteliğinde olduğu ve Anayasanın 90. maddesine göre iç hukuk metni olarak kabul edilen İLO sözleşmelerine dayanılarak şimdiye kadar zımnen kazanılmış kabul edilen fiili grev hakkının ortadan kalkacağı endişesindedir. Kaygılanmaların asıl nedeni ise, şimdiye kadar Anayasanın açık hükmüne rağmen uluslararası sözleşmelerin öncelikle uygulanması konusunda gösterilen tereddüt ve yargının da çoğunlukla iç hukuk metnini uygulamayı tercih etmesidir. Buradan yola çıkarak, değişiklikten sonra Anayasanın 90. maddesi yerine 53. maddesinin esas alınacağı sonucuna ulaşılmıştır.³⁸

Şurası bir gerçektir ki, örgütlü mücadele ile yapılacak toplu sözleşme, toplu görüşmeden daha olumlu sonuçlar doğuracaktır. Toplu sözleşmenin

uyuşmazlıkla sonuçlanması halinde KGHK'nun vereceği karar ne olursa olsun, Anayasa'nın 90. maddesine dayanılarak İLO sözleşmelerindeki haklar yaşama geçirilebilecektir. "Değişikliğin bunu engelleyeceği" tezi, zorlama bir yorum olarak değerlendirilmektedir. Sendikaların yürüteceği demokratik mücadele sonunda bu konudaki duraksamalar giderilecektir. Yakın tarihe gözetildiğinde, kamu çalışanlarının, daha Anayasa'da yokken sendikalarını fiilen kurdukları hatırlanacaktır.

Bu noktada Anayasa değişikliği ile gelen yeni uygulamanın, siyasetçilerin bir tür sorumluluktan kaçma yöntemi olup-olmayacağını; KGHK'nun objektif kriterlere ve toplumun her kesiminin hüsn-ü kabulüne mazhar olacak şekilde oluşturulup- oluşturulmayacağını ve partizanlığa prim verilip-verilmeyeceğini zaman gösterecektir.

Evet, zaman en büyük müfessirdir.

Sonuç

151 sayılı İLO sözleşmesinin onaylanması, kamu sektöründe çalışanlara toplu pazarlık hakkının tanınması için önemli bir adım olmuştur. 154 sayılı Toplu Pazarlık Sözleşmesi ise, toplu pazarlığı hem kamu hem de özel sektörde desteklemektedir. Fakat kamu sektöründe toplu pazarlık hakkına ilişkin düzenlemeleri, sözleşmeyi onaylayan ülkelerin iç hukuklarına bırakmaktadır. Bu sözleşme ülkemiz tarafından onaylanırsa, kamu sektöründe sendikal hakların savunulması gerçek anlamını bulacaktır.

Kamu görevlilerinin sendikal kazanımlarına rağmen, elde edilen haklar işçi sendikacılığının hakları ile eşitlenememiştir. Kamu görevlilerinin sendikal örgütlenme ve artık toplu pazarlık hakları varsa bile, bu hakkın kullanılmasının istisnaları, demokratik toplumun gereklerine aykırı olacak tarzda çok geniş tutulmuştur. Grev ve toplu sözleşme hakları tanınmamıştır. Sözleşmeli personele ise sendika hakkı hiç tanınmamıştır. 154 sayılı Toplu Pazarlık Sözleşmesinin de en kısa zamanda onaylanması ve kamu çalışanlarının en yüksek oranda yararlandırılması gerekir.

Anayasa değişikliği ile getirilen toplu pazarlık hakkı, işçi sendikacılığı düzeyi kadar olmasa da kamu personel rejimimiz açısından farklı bir yeniliktir. Çünkü şimdiye değin yasama ve yürütmenin tek yanlı işlemleri ile düzenlenen konular,

ilk kez kamu görevlilerinin sendikal temsilcileri ile kamu işveren kurulunun katıldığı bir toplu pazarlık ile tartışılmaya başlanacaktır. Çatışmacı süreçlerden yoksun olan toplu pazarlık, eksik bir sistem olsa da bir olanaktır ve kamu görevlilerinin sendikal haklarını tam olarak elde etmede önemli bir adımdır. Sözleşmeli personelinde en azından bu haklardan istifadesi sağlanmalıdır.

Torino'da 18 Ekim 1961 de imzalanmasına rağmen, Türkiye'nin ancak 16 Haziran 1989 gün 3581 sayılı yasa ile onaylanmasını uygun bulduğu ve 7 Ağustos 1989 gün ve 89 / 14434 sayılı Bakanlar Kurulu kararı ile onayladığı Avrupa Sosyal Şartı²⁰, 5. maddesiyle tüm çalışanlar için örgütlenme hakkı ve 6. madde ile de grev ve toplu sözleşme hakkı getirmiştir. Türkiye 5. ve 6. maddeye koyduğu çekinceyi kaldırmalıdır.

- 1- ERDUT Zeki, Avrupa Topluluğu'na Tam Üyelik Bakımından Türk Endüstri İşçileri Sisteminin Değerlendirilmesi, Kamu İş Yayıncısı, Ankara, 1992, s. 95-96.
- 2- GÜLMEZ Mesut, Kamu Görevlileri Sendika ve Toplu Görüşme Hukuku, 788'den 4688'e, 1926-2001, TODAİE Yayın No:309, Ankara, 2002, s.533.
- 3- NALBANT Şükrü, Türkiye'de Sağlık Sektöründe Çalışma Koşulları ve Sendikal Örgütlenme Hakkı, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İzmir, 2006, s.19-21.
- 4- KESER Hakan, Türk Kamu Sektöründe Bireysel İş İlişkileri, Güncel Yayınevi, İzmir, 2003, s.7-8.
- 5- TÜNA, Orhan-YALÇINTAŞ, Nevzat, Sosyal Siyaset, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1999, s. 84.
- 6- CENTEL, Tarıkut, İş Hukukunda Ücret, Türkiye Denizcilik Sendikası, Eğitim Dizi No: 9, Yalçın Offset, İstanbul, 1987, s.45.
- 7- GÜVEN Sami, Sosyal Politikaların Temelleri (Ergi Kitabevi Yayınları, Bursa, 2001, s.178-179).
- 8- ZAIM, Sabahaddin, Çalışma Ekonomisi, Filiz Kitabevi, 10.Baskı, İstanbul, 1997, s.202.
- 9- ORAK (ŞAHİN), Nuray, Sağlık Kuruluşlarında Çalışan Hemşireler ile Denk eğitimden Geçmiş Sağlık Personeli Ücretlerinin (Yapılan Ödemelerin) Karşılaştırılması, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 1999, s.18-38.
- 10- GÖNAY, Cevdet İhan, İş Hukuku, 3. Baskı, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2004, s.114.
- 11- SERİM, Bülent, Kamu Görevlilerinin Örgütlenmesinde Hukuksal Boyut, Öteki Yayınevi, Ankara, 1995, s.106-107.
- 12- ILO, Sectoral Activities Programme, Social Dialogue in The Health Services: Institutions, Capacity and Effectiveness, Geneva, 2002, s.2 <http://www.ilo.org/public/english/dialogue/sector/techmeset/jnha02/jnha-r.pdf> Erişim: 14.04.2006
- 13- Geniş bilgi için bkz. <http://www.ilo.org/public/turkish/region/euro/ankara/about/techmeset.htm> Erişim: 24.12.2010.
- 14- TALAS, Cahit, Sosyal Ekonomi, İkinci Kitap, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Fakültesi Yayınları No:337, Sevinç Matbaası, Ankara, 1972, s.341-347.
- 15- GÖNAY, a.g.e., s.117.
- 16- KORKUSUZ, M. Refik, Dünyada İşçi Sendikalarının Faaliyetleri, Birleşik Mat., İzmir, 2003, s.21.
- 17- 17 Ekim 2001 Tarihli ve 24556 1. Mükerrer Sayılı RG. ile yayımlanmıştır.
- 18- MUTLU, Levent, "Memurların Sendikalaşması ve Ekonomik-Sosyal Haklara Erişim" Başlıklı Makale, Sayıştay Dergisi 5:42 s.34-35, <http://www.sayistay.gov.tr/yayin/dergi/cankurden42m2.pdf>, Erişim: 14.06.2006
- 19- 25 Şubat 1993 tarihli ve 21507 Sayılı RG. ile yayımlanmıştır.
- 20- ÜNSAL, Ergin, Sendika Örgütleniş ve Üstlenmesi Çalışma Örgütü ile T.C. Hükümetleri İlişkileri, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2003, s.6-20.
- 21- DEMİR, Fevzi, En Son Yargı Kararları İçinde İş Hukuku ve Uygulaması, 4.Baskı, Birleşik Matbaası, İzmir, 2005, s.350.
- 22- TURAN, Kamal, "Dünya'da Ve Türkiye'de Kamu Görevlileri Sendikalarının Hukuki Gelişimleri" Başlıklı Makale, http://www.sosyaliyaset.com/documents/kamal_turan_2.htm, Erişim: 14.06.2006.
- 23- FAYDALI, Mehmet Cangiz, Türkiye İşçi Emekçi Hareketinin Tarihî Mücadele Süreci ve KESK, www.kestk.org.tr, Erişim: 06.11.2005.
- 24- GÜLMEZ, Mesut, Türkiye'de Memurlar ve Sendika Hakları (1926-1994), TODAİE Yayın No:255, Ankara, 1994, s.3.
- 25- ZENGİN, Bayram, Memur Sendikalarına Nottar, İstanbul Matbaacılık, Ankara, 2000, s.25.
- 26- GÜLMEZ, (1926-1994), a.g.e., s.2-6.
- 27- FAYDALI, a.g.e., www.kestk.org.tr
- 28- GÜLMEZ, (1926-1994), a.g.e., s.21-65.
- 29- PARLAK, Necmettin, Temsilatın E) Kitabı, Türkiye Kamu-Sen-An-Ge Yayınları, Ankara, 2003, s.7.
- 30- GÜLMEZ, (1926-1994), a.g.e., s.105-157.
- 31- TURAN, a.g.m., http://www.sosyaliyaset.com/documents/kamal_turan_2.htm
- 32- GÜLMEZ, Mesut, Kamu Görevlileri Sendika ve Toplu Görüşme Hukuku, 788'den 4688'e, 1926-2001, TODAİE Yayın No:309, Ankara, 2002, s.437-438.
- 33- GÜLMEZ, Kamu, a.g.e., s.438-447.
- 34- GÜLMEZ, Kamu, a.g.e., s.534-536.
- 35- Bu teklif, her yıl Mayıs ayının 15'i itibarıyla, 4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları Kanunu ve 09.11.2001 tarihli 24578 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan "Sendika Üye Sayıları ve Her Hizmet Kolunda Yetkili Kamu Görevlileri Sendikaları ve Bunların Bağlı Bulundukları Konfederasyonların Belirlenmesine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik" hükümlerine göre, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nca, sendikalar ve kamu kurum ve kuruluşlarının yapacağı bildirimlere göre yapılır. Temmuz ayının ilk haftası Resmî Gazetede yayımlanır.
- 36- 13 Mayıs 2010 gün ve 27580 sayılı Resmî Gazetede yayımlanmış, tarihi 12 Eylül referandumu ile yürürlüğe girmiştir.
- 37- Mervut fıkra "Memurların ve diğer kamu görevlilerinin rütbeleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödemeleri ve diğer özlük işleri kanunla düzenlenir" şeklindedir. Değişiklikte ilave yapılmıştır.
- 38- CANGI, Atil A., http://www.sesonline.net/php/genel_sayfa_yazar.php?KartNo=50254&YazarAdi=A+Cangi&FD.
- 39- 14.10.1989 tarih ve 20312 sayılı Resmî Gazete.

*İstanbul Barosu

Çağları Aşan Değişmez İlke “Adalet” Kavramı

M. Arif KOÇER*

Çağları Aşan Değişmez İlke “Adalet” Kavramı “Adl” kökünden gelen “adalet” kavramı sözlükte; “insafli ve doğru olmak, doğru davranmak, zulmetmemek, eşit olmak, eşit tutmak, her şeye hakkını vermek, düzeltmek, mutedil olmak, her şeyi yerli yerinde yapmak, istikamet ve hakkaniyet” anlamlarına gelir. “Adl” kökü Arapça’da “an” harfi cerri ile kullanıldığında doğruluktan ve yoldan sapmak ve meyletmek; (ila) harfi cerri ile kullanıldığında, dönmek; (be) harfi cerri ile kullanıldığında denk ve eşit tutmak anlamına gelir.¹

“Adl” kavramı meyletmek, sapmak, hak yoldan ayrılmak anlamına da gelir. Dolayısıyla bu kökün birbirine zıt iki anlamı vardır. Biri doğru, düzgün olmaya, diğeri de eğri olmaya delalet eder. Bu iki zıt anlamı ile tevhid (Allah’ı birlemek) ve şirk (Allah’a ortak koşmak) şeklinde Kur’ân’da da kullanılmıştır.²

(Nahl, 16/90 ; En’am, 6/1)

Adalet sözlükte orta yollu olmak demektir. Tanıklığın gerekli koşullarından olan adalet vasfı ise, şer’i ıstılahta büyük günahlardan uzak durup küçük günahlar üzerinde de ısrar etmemek³ anlamına gelir.

Ayrıca, adalet kavramı, tevhid, nübüvvet, yeniden diriliş, ibadet kavramları ile birlikte, Kur’ân’ın işlediği dört temel esastan da birisidir.⁴

Adalet, hukukun esas idesi ve gayesidir. Bu bağlamda, İslâm hukukunun öncelikli amacı, adaleti gerçekleştirmektir. Bu sebeple, Kur’ân’da hak ve adalet mefhumları o kadar birbiri ile ilişkili ve beraber kullanılmıştır ki, bu iki kavram arasındaki önem sırası ve hangisinin diğerinin kaynağı veya amacı konumunda olduğunun tespiti bile çok güç olmaktadır.⁵

Eşitlik adaleti; Kur’ân-ı Kerim’de “adl”, oran (layık oluş ve hak etme) adaleti ise; “kıst” adını almaktadır. Adl ve kıst adaleti birbirlerini tamamlarlar. “Kıstsız adalet de zulümdür, oran adaleti alanında, eşitlik adaletinin uygulanması da zulümdür.”⁶ Eşitler arasında ayrımcılık yapılarak layık olmayanlara kamu görevi yüklenmesi, eşitlik adaletinin ihlâlidir.

Suçun ağırlığına bakılmaksızın her suçluya tek tip ceza verilmesi ise oran/kıst adaletinin ihlâli olmaktadır.⁷

Ayrıca adalet kavramının, müspet adalet, yani her hak sahibine hakkını vermek ve menfi adalet, yani haksızları cezalandırmak ile terbiye etmek olarak iki kısma ayrıldığı da unutulmamalıdır.⁸ İslâm adaleti emir ve zıddı olan zulümden insanları şiddetle sakındırmaktadır.

Kutsi bir hadiste Hz. Peygamber (a.s.)’in rivayetine göre Cenab-ı Allah şöyle buyurmuştur: *“Ey kullarım! Ben zulmü kendi nefsim için haram kıldım, sizin aranızda da haram kıldım. Birbirinize zulüm etmeyin”*⁹

Hz. Peygamber (a.s.) Veda Hutbesinde; üç defa üst üste, *“...sakin birbirinize zulmetmeyiniz...”* diyerek, insanları zulümden sakındırmaya çalışmıştır.¹⁰

Hz. Ömer (r.a.) Enes b. el-Huleys adındaki askeri yetkiliye yazdığı cevabi mektubunda şöyle demiştir: “Allah, her şeyin bazı durumlarda terk edilmesine ruhsat vermiştir. Ancak iki şey müstesna: adaletli olmak ve zikir (Allah’ı anmak). Zikrin, yakında-uzakta ve sıkıntıda-bollukta terk edilmesinin hiçbir ruhsatı yoktur. Adalet de, yumuşak gibi görünüyorsa bile, o daha güçlü ve zulmü daha çabuk söndürücüdür. O, zulümden daha çabuk ve etkili bir şekilde batılı ortadan kaldırır”¹¹

“Ey iman edenler, adaleti titizlikle ayakta tutun; kendiniz, ana babanız ve yakın hısımlarınız aleyhine bile olsa, Allah için doğru şahitlik eden kimseler olun. Haklarında şahitlik yaptığınız kimseler, ister zengin, ister fakir olsunlar, Allah onlara daha yakındır. Hislerinize uyup, adaletten sapmayın. Eğer sözü eğiltir yahut şahitlikten kaçınırsanız, bilin ki Allah yaptıklarınızdan haberdardır.” (Nisa, 4/135) Yine Kur’ân-ı Kerim, (Maide, 5/8) de, hakkı ayakta tutma ve bir kavme olan kinin insanları en yüksek değerlerden olan adaletten ayırmaması gerektiği, emredilmektedir.

Adalet, sahibini büyük suçlar işlemekten alıkoyan bir melekedir. Adaletin doruk noktası ise, mürüvvettir. Mürüvvet (yiğitlik, erklik) erkeklik niteliklerine tam anlamıyla sahip olmak demektir.¹² En iyi yorumu ise hak ihlali olan ve açıktan yapılmaktan çekinilen bir hareketin, gizlice de yapılmamasıdır.

Bediüzzaman, ancak eşitlik üzerine bina edilen bir adaletin adalet olabileceğini aksi takdirde adaletten ziyade burada zulmün ortaya çıkacağını "müsavatsız adalet adalet değildir" diyerek belirtmiştir.¹³

Her ne suretle olursa olsun insanların haklarına tecavüz edip onlara haksızlık yapanlar, zalimler grubuna girmektedir ki, Cenab-ı Allah Kur'an-ı Kerim'in birçok ayetlerinde onları şiddetle yermiş ve onlar için büyük azaplar olduğunu bildirmiştir. "Sorumluluk, ancak insanlara zulmedenlere ve yeryüzünde haksız yere taşkınlık edenlere aittir. İşte böylelerine acı bir azap vardır." (Şura, 42/42); "Zalimlerin varacağı yer ne kötüdür" (Bakara, 2/151); "Zalimler için yardımcıları yoktur" (Maide, 5/72); "Biliniz ki Allah'ın laneti zalimlerin üzerindedir" (Hucurat, 49/12)

İnsan hakları alanı; adaletin iki çeşidinden birisi olan eşitlik adaleti alanıdır. Dil, din, cins, ırk ayrımı yapılmaksızın bütün insanlar arasında, insan hakları açısından tam bir eşitlik sağlanmalıdır. (Hucurat, 49/13) "Ey insanlar, biz sizi bir erkek ve bir dişi den yaratmış" ayeti buna işaret etmektedir.

Kur'an, her hak sahibine hakkının verilmediği, zulüm olan her duruma, karşı etkin bir mücadele vermiştir. Bunun için en çirkin günah olan şirkten de insanları tiksindirmek amacıyla ona zulüm adını koymuştur: "Muhakkak şirk büyük bir zulümdür (Lokman, 13/31)" "Çünkü şirkte de, yaratılıştaki dengeyi bozma ve kıymetli bir mevkide bulunan yaratıkların, Yaratıcı ile olan bağımlı keserek, sıradanlaştırma eylemi ve bu şekilde bir hak yeme vardır. Zulüm o kadar kötüdür ki, Allah bunun için zulme karşı tepkiyi doğal bulur ve "Allah, çirkin sözün alenen söylenmesini sevmez; zulme maruz kalanlar dışında." (Nisa, 4/148) diyerek, insan tabiatındaki zulme karşı çıkma meyline ve bu konuda haddi aşarsa bir derece mazur olduğuna işaret eder.

Bu durumda adalet, herkesin farklılığını göz önünde bulundurarak haklıya hakkını, haksıza ise

cezasını orantılı olarak vermektir. (dağıtıcı adalet) Eşitlik ise, bu prensibin herkese uygulanmasıdır. (denkleştirici adalet) Kanaatimizce bir şeyi "hak etmek" "hakkını vermek" ve adalet fikri, toplumsal gerçekliğe ve insan doğasına eşitlik fikrinden daha uygundur.¹⁴ Hukukun amacı eşitliği değil, adaleti gerçekleştirmektir. Adaletin gerçekleştirilmesinde eşitlik önemli bir yere sahiptir. Fakat adalet daha kapsayıcıdır. Zira adalet, eşitliği göz önünde bulundurduğu kadar, farklılığı da göz önünde bulundurmaktadır.

İslam hukukunda insan hakları adalet prensibinden hareketle ele alınmıştır. Devlet yönetiminin esasları olan "adalet"i gerçekleştirmek için "eşitlik" ve "hürriyet" esasları temin edilmelidir. Adil bir dünya ise ancak adaletle gönül vermiş insanların bu ideale dönük çalışmaları ve "adil olma"yı hayat tarzı haline getirmeleri ile mümkün olabilecek ve bu ideale yaklaşılabilecektir. Kimbilir belki de tüm insanlığın "kızıl elma"sı bu olsa gerektir...

- 1- İsmail Karagöz, - Fikret Karaman, - İbrahim Paçacı, - Mehmet Canbulat, Ahmet Gelişgen, Dini kavramlar sözlüğü, D.İ.B. Yayınları, Ankara, 2006, 5, 6.
- 2- Karagöz, a.g.e. 5, 6.
- 3- Vehbe Zuhayli, İslâm Fıkıhı Ansiklopedisi, (Terc. Dr. Ahmet Efe ve diğ.) Feza Yayıncılık, İstanbul, 1994, VIII, 309.
- 4- Said Nursi, İşârâtü'l-İcaz, Zehra Neşriyat, İstanbul, 2006, 21.
- 5- Sahip Beroje, "İslam ve Batı Düşüncesi Açısından Haklar Perspektifi ve Günümüzdeki Hak İhlallerine Etkisi", Tezkiye dergisi, Düşünce, Siyaset, Sosyal Bilim Dergisi, Sy. 45, Ekim-Aralık, 2006, 133, 134.
- 6- Hüseyin Hatemi, İslam Hukuku Dersleri, 3. baskı, İstanbul, 1999, 36.
- 7- Said Nursi, Sözler, Zehra Yayınevi, İstanbul, 2006, 107.
- 8- Müslim, Birr, 15, (h.no: 55).
- 9- Muhammed Hamidullah, el-Vesâikü's-Siyâsiyye, Daru'n- Nefais, Beyrut, t.y. 363.
- 10- Ya'kub b. İbrahim Ebu Yusuf, (183/798), Kitabu'l-Harac, Da'ul Ma'rife, Beyrut, t.y. 105, 119.
- 11- Meleke; insan nefsinde ve duygularında kökleşmiş bir özelliktir. Sahibinin işleri sürekli bunun gereğine göre olur.
- 12- M.Tahir b. Aşur, İslam, İnsan ve Toplum Felsefesi, (Terc. Doç. Dr.Vecdi Akyüz), Rağbet Yayınları, İstanbul, 2000, 173.
- 13- Said Nursi, İctimal Dersleri, Zehra Yayınevi, İstanbul, 2006, 534.
- 14- Halil Çiçek, Farklı Kültürlerin Birlikte Yaşama Formülü, Van, 1998, 209, 210.
- 15- İhami Güler, "Kur'an'da Kadın- Erkek Eşitsizliğinin Temelleri", İslami Araştırmalar, Sy. 4, Ekim, Ankara, 1991, V, 311, 312.

*Gönen I.Noteri

Haksızlığa yönelip bütün insanların
senin peşinden gelmesi yerine,
adaletli olup yalnız kalman daha iyidir.
M. Gandhi

Richard Bach'ın Martısı ya da Biz

**Av. Suphan ERKAN*

Evet, Richard Bach'ın Türkçeye "Martı Jonathan Livingston" adıyla çevrilen eserinden bahsediyorum. Hepsi hepsi 37 sayfadan oluşan kısa lakin çok anlamlı mesajlar içeren bir eser "Martı Jonathan Livingston". Biz martıların! bu eserden alacağı çok şey var. Herkesin bir değil üstelik yarım solukta rahatlıkla okuyabileceği bu mini öykü kitapçığını şiddetle tavsiye ediyorum. Tabi okumak için. Sözü fazla dolandırmadan meselenin kalbine doğru bir eğilelim. Martının ne dediği ve ne demek istediği esas meselesine bir girizgah yapalım. Martı ne mi diyor?

Martı, tekâmülün ne kadar olağan bir şey olduğunu fısıldıyor kulağımıza. Temel mesele sahip olduğumuz büyük potansiyelin farkına varmak ve aşama aşama bu potansiyeli açığa çıkararak sınırlarını genişletmek. Eserde, kahramanımız martı Jonathan Livingston'un şahsında yaşamın, özgürlüğün, özgünlüğün, hareket ve coşkunluğun anlamı üzerine tedrici bir seyahat yapma imkanı buluyorsunuz. Şimdi dilerseniz bu anlamlı seyahate panoramik bir bakış atalım.

Jonathan Livingston küçük bir martıdır. Bu küçük martının istediği tek şeyse uçmak. Ona göre "uçmak bir martının en doğal hakkıdır." Ancak onun bu naifliği karşısında, içinde yaşadığı martı topluluğunun kendine özgü bir takım baskıcı kuralları vardır. İçinde yaşadığı martı topluluğu, Jonathan'ı uçmak konusunda aşırı gitmekle suçluyordu. Bu rutin dışı durumu değerlendirmek ve bir ilkeye varmak üzere kısa bir süre sonra en güçlü karar organı olan martı kurultayı toplandı. Kurultayın kararı şuydu : "Martılar sadece yiyecek bulmak ve olabildiğince uzun yaşamak için vardır." (Suya sabuna ileri derecede umarsız tipik vatandaş tanımına ne de uyuyor değil mi?)

Jonathan ise bundan fazlasını yapmak istemekte, uçmayı amaç haline getirmekte, kurultayın tanımlamasına aykırı olarak açlık pahasına da olsa daha hızlı ve yücelere uçmak hedef ve çabası içinde idi. Nitekim Jonathan, bir müddet sonra bu aşırı meraklı ve sorumsuz görülen sakıncalı hali nedeniyle martı toplumunun gadrine uğrar ve yiyecek bulmanın güç olduğu sarp kayalar bölgesine, yalnızlığa sürgün edilir.

Martı Jonathan'a göre asıl sorumluluk; yaşam için daha iyi bir amaç, daha üst bir anlam arayışı idi. Binlerce yıldır balık artıklarının peşinden koşmanın sorumlulukla hiçbir ilgisi olamazdı. Yaşamın amacı denilen şeyler; öğrenmek, araştırmak ve özgürleşmekten ibaretti.

Jonathan gelmiş geçmiş en hızlı ve en güzel uçan martılardan biriyken hatta herhangi bir albatrostan veya şahinden daha iyi uçarken ve bu uğurda onca çile çekmişken kendisine reva görülen içinde bulunduğu topluluktan aforoz edilmek olmuştur. Sarp kayalar bölgesinde sürgünlüğü yaşamakta olan Jonathan, tüm zorluklara karşın yılmayarak sabretmeyi ve başarmayı öğrendi. Sezgisiyle bilgilerini birleştirdiğinde diğer martıların yapamadıklarını yapabiliyor, bundan sonsuz bir mutluluk duyuyordu. Dışlanmışlığına, izole edilmişliğine karşın Jonathan'ın hayatında tekdüzeliğe, bezginliğe, korku ve öfkeye yer yoktu. Sakin ve mutluydu. Kendisiyle, yalnızlığıyla, hayatıyla ve doğayla barışıktı.

Bir gün dingin yalnızlığını yaşarken kendisini uçmanın, özgürlüğün, anlam ve amaçlılığın zirvesine çıkaracak farklı bir martı topluluğu ve Chiang adında bilge bir martıyla tanışır. Chiang, onu farklı bir boyuta götürür. Bitmek

bilmeyen öğrenme arzusuyla Jonathan, kısa sürede uçmanın, düşünce hızıyla uçmak dâhil, en derin sırlarına vakıf olur. O, artık bir bilgedir. Sevginin, özgürlüğün, sabrın ve başarının sembolü olmuştur.

Bu farklı tecrübeden sonra Jonathan, diğer martı dostlarının da kendilerinde var olan kabiliyetlerinin farkına varmalarına ve bu kabiliyetlerini realize etmelerine yardımcı olmayı vazife bilecektir. Bu gaye ile hareket eden Jonathan, bir müddet sonra kendisi gibi yaşadığı topluluktan dışlanmış martı Fletcher Lynd ile karşılaşır. Fletcher Lynd ilk öğrencisidir. Jonathan bu yeni öğrencisine birikimlerini aktarır. Kısa bir zaman sonra sürgün edilmiş yeni martılarla "kurtuluş hareketi" ivme kazanır. Artık sürgünlüğe son verme vakti gelmiştir. Jonathan, talebeleri ile birlikte dönüş yaşama rağmen eski toplumuna döner. Balık ve ekmek artıkları için didişen topluma çatışma pahasına da olsa yaşamın anlamını öğretmeye çalışır. Bu anlamdan, amaçtan yoksun topluluk bir süre sonra değişmeye, dönüşmeye başlar. Bunun akabinde Jonathan, ilk talebesi martı Fletcher'a liderliği bırakır ve görevini yapmanın dayanılmaz hafifliği ile sonsuzluğa kanat çırpıp, elveda der. Martı Jonathan'ın, ayrılmadan önce Fletcher'a son tavsiyelerinden biri ve bence en anlamlısı şudur: "Hakkımda saçma sapan söylentiler çıkarmalarına ya da beni tanrılaştırmalarına sakın izin verme, olur mu Fletch?"

Başarının adı martı Jonathan Livingston'dur. Çünkü giderek artan sayıda martı özgürlüğe kanat açmış, suni sınırların ötesine mesafe almıştır. Kısadan hisse gerekirse, martı biz kişi-oğullarına, yerleşik değer kalıplarının, sınırlayıcı gelenek ve göreneklerin, her türden baskıcı iktidarın karşısında ve ötesinde kendimizde var olan sınırsız potansiyeli, yeniden tanımlayıp keşfederek varoluşun bilgisini, bilinç ve yaşam biçimine dönüştürebileceğimizin dersini veriyor.

Martı Jonathan 37 sayfalık kısa yaşamıyla, yaşam için daha iyi bir amaç, bir anlam aramak

gerekliliğini, vücudumuzun gereksinimlerini karşılamamızın ya da sağlığını korumanın ötesinde, bize düşen asıl vazifemizin duygu ve düşünce dünyamız aracılığı ile ben denen gizli yeteneklerini açığa çıkarmak ve kabullendiğimiz yapay sınırları zorlamak ve aşmak olduğunu öğretir. Jonathan'ın üstadı Chiang'ın deyişiyle belki de hemen, şimdi "cennetin, bilginin ve olgunluğun ta kendisi olduğunu kavrayabilmek" meselesini salık verir bize.

Tüm tarih boyunca içinde yaşadığı toplumun dışlanmışları olmalarına rağmen ismi her ne olursa olsun martı Jonathan duruşuyla modelleşenler için hemen şimdi bir dakika saygı duruşu. Ezcümle, Richard BACH'ın martısını okumakta fayda var. Nokta.

*İzmir Barosu

Adalet hissi insanlarda doğuştan mevcuttur.

Çiçero

*Adalet, haksız olana haksızlık gibi gelir.
Çünkü her insan kendi gözünde suçsuzdur.*

Daniel Defoe

*Kuvvete dayanmayan adalet güçsüz,
adalete dayanmayan kuvvet acımasızdır.*

Pascal

*Adaletin yasalarında bile
mutlaka adaletsiz bir taraf vardır.*

Montaigne

*Adalet dünyadan kalkarsa,
insan hayatına değer verecek bir şey kalmaz.*

Kant

*Adaletsiz bir ülke
mezbahadan başka bir şey değildir.*

Clemenceau

Nefret Suçları Hakkında Dikkat Kesilmek Niçin Önemli?

Av. Taner KILIÇ*

Geçtiğimiz aylarda Mandela'nın Güney Afrika Cumhuriyeti'nde birden patlak verip değişik şehirlere sıçrayan ve başta Zimbabveli olmak üzere ülkedeki göçmenleri "işsizlik, suç ve barınma gibi sosyal sorunlara neden oldukları" gerekçesiyle hedef alan ve canlı olarak yakma gibi oldukça ağır şiddet saldırıları şeklinde gelişen olaylar tüm dünyanın dikkatini tekrar "nefret suçlarına" çekti. Irk ayrımcılığına dayanan Apartheid rejimi 1989 tarihinde iflas etmiş ve 28 yıl cezaevinde tutulan Mandela'nın Afrika Ulusal Kongresi (ANC) 1994 yılından itibaren ülkede ciddi iyileştirmeler gerçekleştirmiş olmasına rağmen meydana gelen bu şiddet olayları ülkede şok etkisi oluşturdu. Etnik ayrımcılık ve ırkçılık rejiminden büyük bedellerle mücadele ettikten sonra kurtulan, bundan dolayı da mesela ülkede konuşulan 11 dili resmi dil olarak benimseyebilen bir memlekette böylesi olaylar olması herkesi üzdü ve nefret suçları üzerine yeniden düşünmeye sevketti. Bir kez daha hatırladık ki, nefret suçları sadece çok ilkel ve totaliter rejimlerde değil, demokrasi ve insan hakları kültürünün görece geliştiği zannedilen ülkelerde de ciddi bir potansiyel tehlike olarak, her an uyandırılmaya hazır olarak uykuda beklemektedir.

Nefret Suçu Nedir?

Irk, din, etnik/milli köken, cinsiyet, cinsel yönelim, engellilik durumu ve yaşları gibi nedenlerle beslenen önyargı yüzünden kişilere ve/veya mülklerine karşı işlenen suçlara "nefret suçu" adı verilmektedir. İlk olarak 1969 yılında "önyargı yasaları" olarak ABD'de kavramlaştırılan

nefret suçları daha sonraki yıllarda Avrupa ülkeleri mevzuatlarında da kendisine yer bulmuştur. Şüphesiz çok farklı ülkeden, etnik yapıdan, din ve mezheplerden gelen göçmenlerce kurulan ABD'de bu suçun öncelikle tespit edilip uygulanmaya konulmak istenmesi ülke içinde korunmak istenen haklar açısından anlamlı ve önemlidir. Başta yerli haklarının, daha sonraki kölelik uygulamasına bağlı olarak siyah haklarının, günümüzde ise daha çok göçmen ve vatandaşlık haklarının tartışıldığı ve bu tartışmadan beslenen sivil haklar mücadelesinin ve kazanımlarının muhafaza edilmesi şüphesiz hem ABD hem de dünya ülkeleri açısından son derece önemlidir. 1990'lı yıllardan itibaren, cinsiyet ve cinsel yönelim temelinde gerçekleştirilen saldırıların da bu kapsama alınması ile tarihi süreç nefret suçları ile mücadelede önemli bir evreye ulaşmıştır. Avrupa'da ve örneğin Almanya'da ise 2001 yılından bu yana "siyasi motifli suç" olarak kabul edilen bu kapsamdaki suçlar için daha çok "önyargı suçları" tanımlaması kullanılmaktadır.

Ülkenin Ceza Kanununda tanımlanan bir suç olup olmadığına bakılmaksızın mağdurların kendilerinin önyargı veya nefret ile algılandıklarını hissettikleri her türlü olay nefrete dayalı bir olaydır. Dışa vurumları ise Ceza Kanununda suç olarak tanımlanan fiziksel saldırı, saldırı tehditleri, mülkiyete zarar verme, taciz, yazılı veya sözlü kötü davranış, nefret içerikli ve saldırgan duvar yazıları, gözdağı veren değişik davranışlar, kabadayılık ve incitici şakalar gibi davranışlarda görülebilir. Şüphesiz bu hareket ve davranış alışkanlıklarının ortaya çıkmasında çok ciddi

tarihi, düşünsel nedenler ve bu nedenlerle bağlantılı aile, okul, şehir ve ülke iletişim araçlarından edinilen eğitim süreçleri etkili ve önemli olmaktadır. “Bir bebekten bir katil ortaya çıkaran” kültürel atmosferin bu nedenle iyi irdelenmesi, nefret suçlarını tespit, anlama ve önleme çalışmalarında hayati öneme sahip olacaktır. Nefretin kültürel kökenlerinin tespiti ve bunu önlemeyi hedef alan eğitim hakkında düşünceler ayrı bir yazı konusu olabilir. Biz burada nefret söylemi ve suçlarının ülke içinde tespit ve deşifre edilmesinin önemi üzerinde durmaya çalışacağız.

Türk Ceza Kanunundaki düzenleme

2004 yılında kabul edilip halen yürürlükte bulunan 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun (TCK) “kişilere karşı suçları” düzenleyen 2. kısmının “hürriyete karşı suçları” düzenleyen 7. bölümünde “ayrımcılık” madde 122’de tanımlanmıştır. Belirtili nedenlerle kişiler arasında ayırım yaparak mal satım, işe alım, hizmeti sunmama veya ekonomik özgürlüğün engellenmesi gibi durumlar olarak tespit edilen ayrımcılık örnekleri 6 ay - 1 yıl arası cezaya tabi tutulmuştur. “Topluma karşı suçları” düzenleyen 3. kısmın “kamu barışına karşı suçları” düzenleyen 5. bölümünde ise bu kapsamda görülen eylemler kategorize edilmiştir. Şüphesiz bunlardan “Halkı kin ve düşmanlığa tahrik ve aşağılama” başlığıyla düzenlenen 216. madde aslında nefret suçları hakkında uygulanması gereken bir maddedir. “Halkın sosyal sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge farklılığı bakımından farklı özelliklere sahip bir kısmını diğer bir kesim aleyhine kin ve düşmanlığa alenen tahrik eden kimsenin” bu davranışı kamu güvenliği açısından açık ve yakın bir tehlike oluşturmada halinde eylem 1 yıl - 3 yıl arası olmak üzere cezalandırılmaktadır. Bu düzenleme önceki TCK’nin meşhur 312. maddesinin 2. fıkrasına tekabül etmektedir.

Ancak nefret suçları hakkında oldukça efektif kullanılabilecek bu madde ya hiç uygulan-

mamakta ya da çoğunlukla nefret söyleminde bulunanlara değil, İbrahim Kaboğlu ve Baskın Oran aleyhine açılan davalarda görüldüğü gibi daha çok nefret söylemine karşı çıkanlara karşı kullanılmaktadır. Maddenin yerinde uygulandığı örnekler çok azdır. İzmir’de bulunan ve basın açıklamalarında “yol açtığı sorunlar nedeniyle” Kürt halkının kısırlaştırılması gerektiğini savunan Türkçü Toplumcu Budun Derneği’ne karşı Çağdaş Hukukçular Derneği (ÇHD) İzmir Şubesi üyelerinin yaptığı suç duyurusu doğrultusunda açılan dava şüphesiz, 216. maddenin doğru uygulandığının istisnai örneklerindendir. Keza, geçtiğimiz mart ayında Denizli-Çivril’de bir Kürt aile için “Bunlar PKK’lı. Biz kovmazsak Kürtler köyü ele geçirecek” şeklinde propaganda yaparak ailenin ilçeden kaçmasına neden olan 16 kişi hakkında -ailenin şikayetçi olmamasına rağmen- bu madde kapsamında dava açılması yine olumlu ama ender örneklerdendir. Bunun dışında “milletle ve devlete karşı suçları” düzenleyen 4. kısmın “devletin egemenlik alametlerine ve organlarının saygınlığına karşı suçları” düzenleyen 3. bölümü kapsamındaki “Türk milletini, Cumhuriyetini, devletin kurum ve organlarını aşağılama” suçunu düzenleyen 301. maddenin uygulanma şeklini ise artık dünyadaki sağırsultan bile duymuştur.

Şüphesiz TCK madde 216 doğru uygulanmış olsaydı, ya da bundan da önce ülkedeki nefret söylemi zamanında dikkatli ve doğru takip edilseydi muhtemelen Trabzon’daki Rahip Santoro bir cinayete kurban gitmeyecek, şehirde basın açıklaması yapmaya çalışan gençlere linç girişiminde bulunulmayacaktı. İnternet ortamına da yansıyan nefret söylemi ülkede ciddi takip edilip zamanında deşifre edilseydi belki de Hrant Dink öldürülmemiş, Malatya’da tüm Türkiye’nin yüzünü kızartan bir katliam yaşanmamış olacak ve İzmir’in Seferihisar ve Kemalpaşa ilçelerindeki linç girişimcileri gerekli cesareti kendilerinde bulamayacaklardı. Bu nedenlerle ülke içindeki nefret söylemlerinin takip edilmesinin ve bunların deşifre edilmesinin çok ciddi anlamda hayati

öneme sahip olduğunu düşünüyorum. Bizde ise böylesi bir çalışma ne kamu kuruluşları ne de sivil toplum kuruluşları tarafından yapılmamaktadır.

Nefret Suçlarını İzlemek

Bir süre önce Montgomery, Alabama'da ziyaret ettiğimiz Southern Poverty Law Center (SPLC) (Güney Yoksulluk Hukuk Merkezi) işte tam da bu yönde çok ciddi faaliyet yürüten ve ABD'deki nefret gruplarını izleyen ve deşifre eden bir kuruluştur. Bu kuruluş yasa uygulamalarını, medyayı, interneti ve hatta insanların davranışlarını izleyip bunların sonuçlarını üçer aylık dönemler halinde çıkarmakta oldukları Intelligence Report (Haber Ekspresi) isimli dergi ile duyurmaktadır. SPLC hukuki ve cezai sorumluluk da doğurabilecek bu çalışmasını son derece ciddi ve titiz yöntemlerle yürütürken bazen dedektif tekniklerine başvurmaktan da geri kalmamaktadır. Derginin editör ve direktöründen aldığımız bilgilere göre, bu dergi günümüzde 60.000 kadarı kanun uygulayıcıları olmak üzere, 300.000'den fazla abonesi ile ülkenin nefret gruplarını izleyen ve deşifre eden en etkili yayını olarak görülmektedir.

1981 yılında Alabama'da barışçıl bir gösteri sırasında göstericilere saldıran bir beyazın siyah bir kişi tarafından meşru müdafaa sırasında ölümüne sebebiyet vermesinin ardından yapılan yargılamada tamamı beyaz olan jüri üyelerinin idam kararı vermesi üzerine bu ekip ilk kez o tarihte "Klanwatch" (Kafatasçıları İzleme) ismi altında sanık yanında temyize dahil olmakla bu alandaki hukuki mücadelesine başlamış. Bu dava kapsamında yaptıkları çalışmalarda karşılarında bir nefret grubunun olduğunu fark eden ekip daha sonra yaptıkları çalışmalarda ülkede birçok nefret grubunun aktif olarak çalışma içinde olduğunu tespit etmiş. 1998 yılında Intelligence Report ismini alan kurum bugüne gelindiğinde ülkede bulunan Neo Naziler, ırkçı dazlaklar, siyah ayrılıkçılar, göçmen karşıtları, eşcinsel karşıtları, aşırı

militanlar gibi kategoriler altında yüzlerce yerel nefret gruplarını izleyen, bu konuda ciddi bir raporlama sunan ve artık alanında uzman bir kuruluş olarak kabul edilen bir yapıya dönüşmüş durumdadır.

SPLC'nin ilk 17 yıllık çalışmaları, açtığı davalar sayesinde bu grupların önde gelen 9 tanesi kapatılmıştır. SPLC birçoğu adi suç gibi gözüken cinayetlerin arkasında aslında nefret gruplarının olduğunu ortaya çıkarmış, göçmenler aleyhine başlatılan nefrete dayalı kampanyaları durdurmuş, bazı nefret gruplarının dağıtılarak tüm malvarlıklarına el konulmasını sağlamıştır. 1988 yılında Portland, Oregon'da Etiyopyalı Seraw'ın ırkçı gençler tarafından dövülerek öldürülmesinden sonra faillerin cezalandırılmış olmasına rağmen, SPLC bununla yetinmemiş ve cinayetin arkasında ünlü neo-Nazi dazlak grubu Beyaz Aryan Direnişi'nin (White Aryan Resistance) (WAR) (kısaltmaya dikkat) lideri Tom Metzger'in olduğunu tespit ederek, hukuki mücadelesini bunun üzerine yürütmüştür. SPLC Metzger aleyhine açmış olduğu davada elde ettiği 12.5 milyon USD para cezası ile WAR ve Metzger'in sonunu getirmiştir. Elde edilen para ise Seraw'ın çocukları için kullanılmıştır.

SPLC özellikle 1995 yılındaki trajik Oklahoma saldırısından sonra sahip olduğu derinlemesine bilgiler ile ülkedeki yasa uygulayıcılarının dikkatini çekmiş ve bundan sonra SPLC birçok kamu birimi, Senato ve Temsilciler Meclisinde önemli sunumlarda bulunmuştur. Grup, halen nefret suçları ve bunların tespiti hakkında yasa uygulayıcılara düzenli eğitimler veriyor. Medyanın da görüşlerini önemseydiği SPLC birçok olayda vermiş olduğu doğru ve zamanında bilgilerle tüm kurumların önüne geçmektedir.

SPLC'ın bu çalışmaları aslında ülkede gittikçe artan nefret gruplarının ivmesi ile alakalı. Elimizde bulunan son 129. sayısında yer

alan SPLC'nin araştırmalarına göre 2006 yılında ülkede 844 olan nefret grubu sayısı %5 oranında artarak 2007 yılı içinde 888'e ulaştı. Bu artış oranı 2000 yılı baz alındığında %48 oranında artışa tekabül ediyor. Bu artışın arkasında, teknolojik ilerlemenin daha önce görünür olmayan nefret gruplarını artık görünür hale getirmesinin rolü olsa da, ülkede nefret trendinin tırmanışta olduğuna dair bir şüphe de yoktur. Bu trendin neticesi olarak her eyalette ortaya çıkan nefret grupları ABD haritası üzerinden rakam olarak gösterilmekte, her grup hakkında ayrıntılı yazılar bulunmaktadır.

Özellikle son yıllarda göçmen politikaları üzerine yürütülen tartışmaların yeni nefret grupları doğurduğu genel kabul görmekte. SPLC'nin FBI istatistiklerine dayanarak verdiği bilgiye göre, 2003-2006 yılları arasında ülkede bulunan Hispanic denilen Latin Amerika kökenlilere yönelik nefret suçlarındaki artış oranı %35. Uzmanlara göre bu suçlar "göçmenlere" saldırdıklarını düşünen kişilerce gerçekleştiriliyor. Öyle ki bu nefret grupları içinde Meksika sınırından ülkeye girmeye çalışan göçmenleri öldürmek üzere keskin nişancıların yerleştirilmesi ve bizdeki Buduncular gibi göçmenlerin ilk çocuklarından sonra zorla kısırlaştırılmasını savunan örgütler bulunmakta. Bundan dolayı göçmenler karşıtı sert politikaları savunanların kullandığı dil ve söyleminin beyaz ırkın üstünlüğünü savunan ırkçı grupları ile çok benzeştiği görülmekle son dönemde anti-göçmen görüşlere sahip bu tarz örgütler de SPLC tarafından nefret grupları listesine eklenmektedir. Göçmen politikaları üzerine yürütülen tartışmalar şüphesiz ırkçı nefret grupları için tüm dünyada yeni ve verimli bir alandır.

Nefret Suçu/İfade hürriyeti

Tüm bu anlatılanlardan da gözüktüğü üzere nefret söylemi ve suçları hakkında özel itinaya sahip bir takip ve özel kanuna dayalı bir cezalandırma yöntemi uygulanmalıdır. Nefret suçlarının ayrı düzenlemesi ve takibi konunun önemi

açısından önemlidir. ABD Yüksek Mahkemesi (Supreme Court) Wisconsin v. Mitchel kararında oybirliği ile vermiş olduğu kararda da belirtildiği gibi "önyargı ile işlenen suçlar intikam suçlarına daha kolay yol açar, mağdurlara daha çok duygusal zarar verir ve toplumsal huzursuzluk oluşturur. Mutluluğa en çok zarar veren suçlara daha ağır cezalar vermek akla daha yatkındır". Yüksek Mahkeme yine nefret saiki ile suçun işlenmiş olması halinde bunun cezalandırılmasının İlk Ekte (First Amendment) koruma altına alınan ifade özgürlüğüne aykırı olmadığına karar vermiştir. Mahkemeye göre "belirli gruplara karşı beslenen nefret yüzünden işlenen suçlar sadece mağdurlara zarar vermekle kalmıyor, mağdurla aynı gruba üye olanlara güçlü bir hoşgörüsüzlük ve ayrımcılık mesajı gönderiyor".

Sonuç

Bundan ötürü bizdeki mevcut Ceza Kanunu maddesinin nefret söylem ve suçlarını tespit ve cezalandırmasına yönelik içeriğinin zenginleştirilmesi ve dünyadaki güncel uygulamaları gözetilerek bir uygulama alanı bulması geleceğimiz adına hayati öneme sahiptir. SPLC'nin örnek alınması gereken çalışma teknikleri ve olaylara bakış açısının kavranması ise sürekli tırmanışta olduğu gözlenen nefret söylemleriyle mücadelede, hem kamu kuruluşları, hem de sivil toplum kuruluşlarımız açısından ciddi anlamda ufuk açıcı olacaktır.

*İzmir Barosu

*Adaletin gecikmesi adaletsizliktir.
Landor
İnsancıl olmadıkça adil olamazsın.
Vauvenargues*

Ceza Hukukunda İletişimin Tespiti, Dinlenmesi, Kayda Alınması ve Avukatların Dinlenmesi

*Av. Muhammet İkbâl KAVALCI**

Son zamanlarda ki medyatik ismi ile "Telekulak" olarak ortaya çıkan İletişimin dinlenmesi ve tespiti el an bazı önemli davaların çözümünde kullanıldığı için hoşumuza gitse de sınırı ve standardı belli olmadığı için (her ne kadar kanun ve yönetmeliklerle sınırları çizilse de) insanlık için ve hür irade ve nesiller için ciddi bir tehlike arz etmektedir. Düşünsenize, her telefon konuşmanızı, karşılıklı konuşmanızı, mailinizi, mesajınızı, görüntünüzü, ne zaman nerede olduğunuzu, birileri kaydediyor. Bilgisayarınızdaki, cep telefonunuzdaki, hafıza kartlarındaki bilgiler 7-8 kez formatlanmış olsa bile geri getirilebiliyor. Yani kafanızın içindekinden başka hiçbir özelinizin olmadığı böyle bir toplumda yaşamak ister misiniz? Burada şu soru akla gelebilir. İlegal bir davranış olmayan insan bundan niye rahatsız olsun? Öncelikle bu, insan hakları ihlalidir. İnsan her ne kadar hatasız da olsa sürekli hemcinsleri tarafından gözetlenme duygusu insanın davranışlarını değiştirir. Rahat ve özgür olamaz. Ya riyakar olur ya yalancı olur ya da asi olur. Sonra insan bir robot değildir. Her insanın hayatının belli bir kesiti incelense ve kayıt altına alınsa elbette sorumlu tutulabileceği ve en kötüsü toplum nezdinde küçük düşürülebileceği, onurunun ayaklar altına alınabileceği doneler ve kayıtlar elde edilebilir. Çünkü insan hatadan ari değildir. Ayrıca hal ve hareketleri elbette ve elbette aleyhine yorumlanabilir. Ve mahkum edilebilir. Napolyon "bana tevili kabil olmayan bir kelime getirin sizi onunla idam edeyim" demiştir. Yani bir insanın her hareketi yanlış ve aleyhine yorumlanabilir, bununla mesul tutulabilir. "Bayrampaşa" ve "Pardon" isimli Türk sineması Mahsulü filmler bunun bir karamizah örneğidirler. Ve Ülkemizde bunun çok örneği yaşandığı için bu filmlere malzeme çıkmıştır. Bu yüzden, bu dinlemenin-tespitin sınırı standardı nedir nerede insan onurunu çiğner ve nerede durur, durması gerekir, bunları inceleyeceğiz. Ayrıca ve özellikle Avukatların iletişiminin tespiti hususunda açıklamalar yapmaya çalışacağız.

AİHS 8. maddesinde "Herkes özel hayatına, aile hayatına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahiptir" diyerek bu hakka vurgu yapmıştır. Ancak ." Bu hakkın kullanılmasına bir kamu otoritesinin müdahalesi, ancak ulusal güvenlik, kamu emniyeti, ülkenin ekonomik refahı, dirlik ve düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için, demokratik bir toplumda zorunlu olan ölçüde ve yasayla öngörülmüş olmak koşuluyla söz konusu olabilir" diyerek istisnalarından bahsetmiştir. Mevcut CMK nu da buna uygun düzenlenmiştir.

İletişim ve haberleşme en temel insani haklardan birisidir. Anayasanın 20. maddesi buna vurgu yapmıştır. Aynı zamanda bu temel insani hak diğer insanların hak ve özgürlüklerinin önüne de geçemez. AY. 20. madde haberleşme hürriyetinin bu istisnalarından bahsetmiştir. Kişinin iletişiminin dinlenmesi-tespiti-kayda alınması AY 20. madde anlamında suç teşkil eder. TCK 137 ve devamı maddeleri bu hususa ilişkin cezaları düzenlemektedir. Ancak mevzuata uygun dinleme-tespit ve kayıtlar suç teşkil etmeyecektir. Türkiye de bu konuda mülga CMUK'ta yasal bir düzenleme bulunmamakta idi. Fakat ilk kez 1999 yılında yürürlüğe giren 4422 sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu'nun 2. maddesinde "iletişimin dinlenmesi ve tespiti" başlığı ile yasal bir düzenleme haline gelmiştir. Sonra bu kanunu mülga eden ve 2005 yılında yürürlüğe giren 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK), 135. maddesi ve devamı maddeleri ile telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi, yasal düzenlemeye kavuşmuştur.

Bununla beraber 2006 yılı başında yürürlüğe giren Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Tespiti, Dinlenmesi, Sinyal Bilgilerinin Değerlendirilmesi ve Kayda Alınmasına Dair Usul ve Esaslar ile Telekomünikasyon İletişim Başkanlığının Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Yönetmelik

ile iletişimin dinlenmesi-tespiti-kayda alınması tek elden kontrol edilmeye başlanmıştır. Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı (TİB), Telekomünikasyon Kurumu bünyesinde doğrudan Kurum Başkanına bağlı olarak faaliyet gösterir. CMK m. 135'e göre verilecek kararlar, Cumhuriyet savcısı veya görevlendireceği adli kolluk görevlileri tarafından Telekomünikasyon İletişim Başkanlığına iletilir. Söz konusu kararlar ilgili kurum görevlileri ve Başkanlık çalışanları aracılığıyla teknik uzmanın nezaretinde yerine getirilir. TİB'nin kendi Web sitelerinde ve medyadaki beyanlarına göre, TİB bir dinleme merkezi değildir. Ve kendisine iletilen numaraların kime ait olduğunu bilmez. Mevzuata uygun olmayan dinleme taleplerini de reddetmektedir. Ayrıca yasadışı dinlemeleri tespit edip sorumluları hakkında TCK 137. maddesi gereği yasal işlem başlatılması için ilgili Savcılığa bilgi vermektedir. TİB, Telekomünikasyon İletişim Başkanı ile teknik uzman, hukukçu uzman ve idari uzmandan oluşur. Mevcut Telekomünikasyon İletişim Başkanı da halen Savcılık görevinden geçme bir hukukçudur. Başkanlık binasının güvenliği hassas konumu gereği diğer kamu binalarına göre oldukça üst düzeydedir. TİB, bilgi edinme kanunu kapsamı dışında olup, kişisel soru ve taleplere cevap vermemektedir. Başkanlıkta, Milli İstihbarat Teşkilatı, Emniyet Genel Müdürlüğü ve Jandarma Genel Komutanlığının ilgili birimlerinden birer temsilci bulundurulur.

CMK İletişimin Tespiti, Dinlenmesi ve Kayda Alınması başlığı altında 135. maddede dinleme ve kayda alınma tedbirleri usulleri ayrıntılı olarak açıklansa da birçok eksiklikler içerdiğinden dinleme, tespit ve kayda alma usulleri birçok noktada Kamu görevlilerinin yorumuna kalmış bulunmaktadır. Hâlbuki Ceza Hukukunda yoruma yer yoktur. Tespit ettiğimiz eksiklikleri şu şekilde sıralayabiliriz:

- Şüphenin varlığı, az ya da çok olması yoruma açık bir konudur. Bir ceza muhakemesi ancak bir şüphe üzerine başlayabilir. Ceza muhakemesi işlemlerine başvurmak bakımından ceza muhakemesinin değişik aşamalarında farklı ağırlıkta şüphe aranmaktadır. Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulabilmesi için hangi şüphe derecesinin aranacağı konusunda 5271 sayılı CMK m 135/1 de tedbirin uygulanabil-

mesi konusunda kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığını aramıştır. Burada kuvvetli şüphe sebebi kavramı kuvvetli şüphe derecesi olarak anlaşılmamalıdır. Bununla birlikte basit bir başlangıç şüphesi de bu tedbire başvurulabilmesi için yeterli olmamalıdır. İşte kuvvetli şüphe sebepleri teriminden, basit bir başlangıç şüphesinden daha yoğun ama yeterli ya da kuvvetli şüphe derecesine ulaşması zorunluluğu bulunmayan şüphe derecesi olarak anlaşılmalıdır. Aksi halde buradaki kuvvetli şüphe deyimi, sanığın mahkûm edilmesi konusunda yüksek bir olasılık bulunduğu biçiminde anlaşılabilecek olursa, bu aşamada tedbire başvurmak, oranlılık ilkesi açısından yerinde olmaz. Çünkü sanık hakkında onun büyük olasılıkla mahkûm edilmesini gerektirecek yoğunlukta delile ulaşıldığına göre, artık bu tedbire başvurma gereği de kalmaz.¹

- Ayrıca kuvvetli şüphe bulunması, çoğu durumda "başka yolla elde edilmiş" delillerin mevcudiyetini gerekli kılacağından, "başka yolla delil elde edilmesi olanağının bulunmaması" biçimindeki gereklilikle de (CMK m. 135/1) bağdaşmaz. Yasa koyucu buradaki kuvvetli şüphe sebepleri terimiyle tedbire başvurulabilmesi için suçun işlendiğine dair somut olayların varlığını aramaktadır. Örneğin, uyuşturucu naklinde kullanıldığı tespit edilen kamyonun önünde durduğu evin telefonu dinlenmelidir. Tedbire çoğu kere maruz kalanın haberinin dahi olmadığı ve başta haberleşme özgürlüğü ve özel hayatın gizliliği olmak üzere birçok temel hak ve özgürlüğe müdahale ettiği için yasa koyucu özellikle böyle bir terimi tercih etmiş görülmektedir.²

- Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi tedbirinin haberleşme özgürlüğüne ağır müdahale oluşturması nedeniyle, oranlılık ilkesinin somut bir görünümü olarak CMK m. 135/1'de, bu tedbire başvurmak için "başka suretle delil elde edilmesi olanağının bulunmaması" koşulu-na yer vermiştir. Böylece bu tedbirin diğer tedbirlere göre ikincil olduğu vurgulanmak istenmiştir. Buna göre bu koşulun gerçekleşmiş sayılabilmesi için, suçları kovuşturmakla yükümlü organların, soruşturmanın herhangi bir aşamasında, başka bir tedbire başvurularının olayın çözülmesini olanaksızlaştırması gerekir. Burada bir değerlendirme yapılmalı, başka bir tedbire başvurulduğunda olay

aydınlatılabilecekse, iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulmamalıdır.¹

- Tedbire karar veren Hâkimler gerçekten ağır bir sorumluluk altındadırlar. Çünkü yoğun iş yükü altında kolluk tarafından iletilen bilgilerin uyumluluğunu ve mevzuata uygunluğunu denetlemek elbette kolay değildir. Ayrıca bu kadar iş yoğunluğu arasında yapılan dinlemenin hukuka uygun yada aykırı olduğunun, elde edilen delillerin hukuka uygun yada aykırı delil olduğunun tespiti elbette kolay olmayacaktır.

- Müdafinin-Avukatın dinlenmesi ile ilgili olarak aşağıda ayrıntılı açıklamalar yapacağız:

Bu kadar çok soru işareti barındıran bir tedbir Türk ceza hukukunda yoğun olarak uygulanmakta ve sürekli olarak otorite lehine geliştirilmektedir. Halbuki insanın özeline bu kadar müdahale eden ve hassas olması gereken bir tedbir kanun lafzından anlaşılacağı üzere istisnai olarak değil devamlı olarak uygulanmaktadır. Burada şu anlayışın da yattığı kanaatindeyim. CMK nunda geçen hiçbir tedbir, dinleme ve tespit kadar kolay uygulanmamaktadır. Yani kamu görevlileri burada işin kolayına kaçmakta ve CMK 135. maddedeki "Başka suretle delil elde edilmesi imkânının bulunmaması durumunda ..." ibaresini ve bu tedbirin istisnai bir tedbir olduğunu atlamaktadırlar. Bu açıklamadan sonra akla şu soru gelebilir. "CMK tüm bu soru işaretleri giderilecek şekilde hazırlanmış olsaydı, çok ayrıntılı ve kazuistik olması gerekirdi." Elbette öyle olurdu. Ancak bahsedilen tedbirin insan yaşamına müdahalesinin ne kadar ağır olduğu her halde çok açıktır. Fakat burada en önemlisi yukarıda sayılan ve uygulamada soru işareti olan mevzuat boşluklarının nasıl doldurulduğudur. Bu da elbette kamu görevlilerinin inisiyatifi ve yorumu ile doldurulmaktadır. Halbuki Hukuk herkese lazımdır. Geri kalmış ülkeler için söylenen bir söz vardır. "kanunlar örümcek ağı gibidir. Arılar takılmaz sinekler takılır" Ülkemizde son zamanlarda kanunların makamca devasa görünenler için de uygulandığını görmek elbette ati için ümit veriyor. Ergenekon davasında yapılmış olan dinlemeler, tabii bir refleks olarak "insan haklarına ve millete kastedenlere karşı bunun yapılması lazım idi" gibi bir anlayış ortaya çıkarmış ise de bu, amaca ulaşmak için her yol mubahtır

anlamına gelmemelidir. Çünkü Ergenekon davasında gördük ki; Yıllarca Jandarma istihbaratının başındaki bir emekli general, dinlemenin her türlü yolunu bildiği ve binlerce insanı dinlediği, dinlettiği halde, bir gün kendisi de dinlemeye maruz kalmıştır. Yani bu silahın bir gün kendi aleyhine istimal edileceğini belki de düşünmemiştir. CMK 135 ve devamı maddelerindeki bu tedbir için, mevzuattaki eksiklikleri hep otorite lehine yorumlayan ve uygulayan bir kamu görevlisi anlayışından çok, (özellikle dinleme hususunda) mevzuattaki eksiklikleri ve inisiyatiflerini bireyin hakları lehine yorumlayan ve uygulayan bir kamu görevlisi anlayışına ihtiyacımız vardır. Yani insan hakları ön planda tutulmalıdır. Ayrıca kamu görevlileri duygusal olmamalıdır. Buna güzel bir misal verecek olursak; eskiden bir kadı, infaz sırasında mahkuma çok sert davranan ve sinirlenen bir celladı, yaptığı işe duygularını karıştırdığı için görevden almıştır. Ve Hz. Ali bir gayrimüslimi yere yatırıp tam kılıncıyla öldüreceği zaman o gayrimüslim Hz. Ali nin yüzüne tükürünce Hz. Ali o gayrimüslimi öldürmekten vazgeçmiştir. O gayrimüslim "ben sana beni çabuk öldürmen için tükürmüştüm peki sen niye vazgeçtin" diye sorunca Hz. Ali efendimiz "ben seni Allah için öldürecektim, ama sen tükürünce işe nefsim karıştı, vazgeçtim" demiştir.

Türk ceza hukukundaki bu tedbirin garip taraflarından birisi de dinlemeyi tek bir kurumun yapmamasıdır. Devletin farklı kurumları ayrı ayrı dinleme yapmakta, hepsi bu yetkiyi kendi lehlerine kullanmak istemektedir. Genel Kurmay eski başkanlarından birisi özet olarak "Devletin kurumları hasta, mit, emniyete emniyet, jandarmaya veya birbirlerine güvenmiyor, bana istihbarat toplaması gereken kurum benim hakkımda istihbarat topluyor" diyerek bu durumdan haklı olarak şikâyet etmiştir. Ve gerçekten de, durum bahsettiği gibidir. Bu işin standardı ülkemizde daha oluşmamıştır. Çünkü mevzuattaki boşluklar, uygulamayı yoruma ve inisiyatife açık hale getirmektedir. Ayrıca Bu husustaki Yüksek Yargı Kararları da birbirine uyum içerisinde değildir. Kanaatimce bu hususun daha çok zamana ihtiyacı vardır. TİB nin kurulması, bu hususta eksik de olsa başlangıç olarak yerinde bir adımdır. Yakın zamanda bir başsavcı vekili yakın

çevresine makam ve diğer telefonlarının dinlendiğinden ve bunun önüne geçemediğinden emekliye ayrıldığını beyan etmiştir. Yani toplumda her tabaka ve kesimden kişi bu durumdan yakınmaktadır. Ve mevcut durumun insan hakları ve özgürlüklere paralel olarak iyileşeceğine dair hiçbir emare yoktur.

Teknoloji bu hızla ilerlemeye devam ederse ve mevzuattaki eksiklikler otorite lehine yorumlanırsa tam bir polis devletinde, bir korku devletinde yaşamaya mahkûm oluruz ki bu da tam bir faciadır. Çünkü böyle bir ortamın getireceği sosyal sonuçları tahmin etmek hiç de zor değildir. Hatta bunu şimdiden hissetmekteyiz. Ve gidişatın bireyin lehine olmadığı ve daha da aleyhine gittiğini görmekteyiz. Örnek verecek olursak özellikle üst düzey yöneticilerde, avukatlarda, bürokratlarda, hakim ve savcılarda aşırı bir tedirginlik hissedilmektedir. Ve bu gibi üst düzey yönetici ve memurların çevresindeki insani ilişkileri daha da zayıflamaktadır. Toplumu şüpheli ve paranoyak hale getirerek birbirinden uzaklaştırmaktadır. Hâlbuki herkesin bir diğeri ile ve özellikle otorite ile aynı düşünme gibi bir zorunluluğu bulunmadığı, düşüncüyü özgürce ifade etmenin insani bir gereklilik olduğu açık iken bu paranoya tüm bu insani vasıfları yok etmektedir. Bu durum kişisel ve toplumsal ilerlemenin de önüne geçmektedir.

AVUKATLARIN DİNLENMESİ:

CMK 136. maddesinde "Şüpheli veya sanığa yüklenen suç dolayısıyla müdafinin bürosu, konutu ve yerleşim yerindeki telekomünikasyon araçları hakkında, 135 inci madde hükmü uygulanamaz." denmektedir. Burada geçen "müdafii" kelimesi CMK 2. maddesinde "Şüpheli veya sanığın ceza muhakemesinde savunmasını yapan avukatı" olarak açıklanmıştır. Bu maddeye göre, bu madde hükmü avukatların sadece Ceza hukuku anlamında görüşmelerinde uygulanıp diğer ceza hukuku dışındaki görüşmelerinde geçerli değil midir? Yani icra hukukuna veya medeni hukuka, borçlar hukukuna dair konular konuşulunca dinlenebilecek midir? Bu hususta bir açıklık yoktur. Kanaatimizce avukatlık mesleği gereği avukatın müvekkili ile aralarında paylaştığı bilgiler mesleki sır olup açıklanamaz. Bu sebeple de dinlenemez.²

Ya da 136. madde lafzında "Şüpheli veya

sanığa yüklenen suç dolayısıyla..." dediği için sadece dinleme gerekçesi olan suç dolayısı ile, avukatın şüpheli ya da sanıkla yaptığı görüşmeler mi bu yasağa tabidir. Manayı muhalifi ile dinleme gerekçesi olan suç dolayısı ile avukatın şüpheli ile yaptığı görüşmeler dışındaki tüm görüşmeleri bu yasağa tabi değildir yani dinleme yapılabilir anlamı çıkmaktadır. Kanaatimce kanun koyucu bu maddeye bu kadar dar bir anlam yükleme amacında değildir. Çünkü Yargının bağımsız savunma ayağını teşkil eden avukatlık kurumu bu maddede hapsedilmiş olur ki, bu da mesleği işlevsiz hale getirir ve mesleğin onurunu ayaklar altına alır.³

136. madde lafzında mobil telefondan bahsetmediği için Avukatın mobil telefonları dinlenebilecek midir? Kanaatimce maddenin ruhuna göre avukatların mobil telefonlarla yaptığı iletişim de dinlenememelidir. Ancak herhangi bir kamu görevlisi, bir avukatın mobil telefonunu dinlediği veya dinlettiği için maalesef bu maddeye göre sorumlu tutulamaz.⁴

Ayrıca şüphelinin avukatı ile görüşmelerinde 135/6 fıkrasında geçen suçlar varsa tesadüfen elde edilen delil sayılarak her halükarda savcılığa bilgi verilecek midir?⁵

Ayrıca CMK 135/2 maddesinde "Şüpheli veya sanığın" tanıklıktan çekinebilecek kişilerle arasındaki iletişimi kayda alınamaz. Kayda alma gerçekleşikten sonra bu durumun anlaşılması halinde, alınan kayıtlar derhal yok edilir." ibaresi bulunmaktadır. CMK 46/a fıkrası gereği avukat da şahitlikten çekilebilir. Dolayısı ile avukatın vekil müvekkil ilişkisi gereği şüpheli ya da sanıkla yaptığı tüm görüşmeler CMK 135/2 deki yasağa tabi değil midir? Elbette tabidir. Ancak bu ibare açık bir şekilde maddenin lafzında bulunmadığı için, elbette yoruma açıktır. Bir avukatın yorumu ile bir kamu görevlisinin yorumu değişebilir.⁶

En önemlisi de, avukatların dinlemeye takılan avukat müvekkil görüşmeleri, hukuka aykırı delil niteliğinde olup CMK 135/2 ye göre ya da 137/3 e göre yok edilmesi gerekir. 136. maddede müdafinin iletişiminin denetlenmesinde 135. Madde hükmünün uygulanmayacağı öngörülmüştür. Yani dinlemenin sonradan müdafii ile yapılan görüşme olduğu anlaşılırsa yine kayıtların CMK 135/2 ye göre yada

137/3 e göre yok edilmesi gerekir. Fakat hukuka aykırı elde edilen delillerle ilgili olarak Yargıtay Ceza Genel Kurulunun hukuka aykırı delilin de kullanılabilceği yönündeki kararı bu husustaki soru işaretlerini artırmaktadır. Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 29.11.2005 gün ve 2005/7-144 E ve 2005/150 K sayılı kararında, hukuka aykırı yapılan aramadan bir gün sonra adli kollukta şüpheliden alınan ikrarını içeren ifadenin hukuka uygun kabul edilmesi gerektiği, bir ihbar üzerine başlatılan soruşturma ve kovuşturma aşamalarında sanığın hakkındaki ihbarla uyum gösteren ve hayatın olağan akışına uygun düşen özgür ve samimi ikrarı karşısında, uyuşturucu madde elde etmek amacıyla izinsiz hint keneviri ekmek suçunun subut bulunduğu sonucuna oyçokluğu ile varılmıştır. Kurul hukuka aykırı delillerin yargılamada kullanılamayacağına vurgu yapmakla birlikte³ bir ihbar üzerine tatbik edilen hukuka aykırı arama tedbiri sonrasında adli kolluk tarafından sanıktan elde edilen ikrarı ise geçerli saymış ve özellikle "hukuka aykırı delillerin uzak etkisi/zehirli ağacın meyvesi de zehirlidir" esasını ihlal eden ve hukuka aykırı yolla elde edilen delilin kullanılabilmesinin önünü açabilecek bir karar vermiştir.⁴ Bu karara muhalif üyelerin muhalefet gerekçeleri mevzuata ve İnsan Haklarına daha uygun görünmektedir.

Ayrıca 135/2 ve 136. maddelerde sayılan bu tedbire ilişkin yasaklar tamamen avukatlar lehine yorumlanarak uygulansa bile yine de cevaplanması gereken şu sorular vardır:

- Dinleyen, dinleme izni veren bunu denetleyen, dinlenen kişinin ya da şüphelinin konuştuğu kişinin avukat olduğunu biliyor mu? Yani dinleme izni istenirken o şahsın avukat olduğu bilgisi talebe yazılıyor mu? Ya da şüphelinin konuştuğu kişinin sonradan avukat olduğu tespit edilince gereği yerine getiriliyor mu? İdeal hukukta bunların cevabı evet olmalıdır.

Yukarıda saydığımız eksikliklere sunulabilecek çözüm önerileri şunlardır:

- Mevcut CMK 135. Ve devamı maddeleri bireyi önde tutan bir mantıkla ve çok hassas olarak yeniden düzenlenmelidir. Çünkü birilerinin eline sınırsız yetkiler vererek adalet sağlanamaz.

- Bu dinleme izinlerini veren ve denetleyen kurum aynı çatı altında olmalı ve sadece bu işe bakan

hakimler, savcılar, hukukçular olmalıdır. Gerekirse bazı illerde temsilcilikleri olmalıdır.

- Avukatların dinlenmeleri hususu hafife alınmamalı kişilerin savunma hakları kısıtlanmamalıdır.

- Ayrıca şahsi bir öneri olarak, telefonu bir sohbet vasıtasından ziyade zorunlu durumlarda kullanılan bir ihtiyaç olarak görmek gerekir. Ve özellikle ücretsiz konuşma imkânı sunan hatlardan kaçınılmalıdır.

Kanunları kendi keyfince uygulayan ve özellikle kamu görevlilerinin suistimallerinin cezasız kaldığı bir ülke alışılmışı var üzerimizde, tarihinde devlet eli ile yapılan bir çok hukuksuzluklara şahit olan bu aziz millet hukuk devletinde yaşamayı hak ediyor.

- 1- Kılıç, Barış "Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi" http://www.turkhukuk sitesi.com/makale_658.htm "Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi" başlıklı makalenin tüm hakları yazarın Barış Kılıç'a aittir ve makale, yazar tarafından Türk Hukuk Sitesi (<http://www.turkhukuk sitesi.com>) kütüphanesinde yayınlanmıştır.
- 2- Kaymaz, Dr. Seydi "Ceza Muhakemesinde Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi" 1. Baskı Şubat 2009 S. 185
- 3- Meran, Necati "Adli ve Önleme Amaçlı İletişimin Denetlenmesi" 1 Baskı, Ankara 2009, S. 128, 129.
- 4- Şen, Prof Dr. Ersan "Türk Hukukunda Telefon Dinleme Gizli Soruşturmacı X Muhter" S. 27.

*Konya Barosu

İnsanlar ancak adaletle doyurulur.
Emerson

Adalet önce devletten gelir.
Aristo

Bir davada karşı tarafı dinlemeden verilen karar doğru olsa bile hiçbir zaman adil olamaz.
Seneca

Bir tek kişiye yapılan bir haksızlık, bütün topluma yapılan bir tehdittir.
Montesquieu

İnsanların çoğunda adalet sevgisi, adaletsizlik korkusu yüzünden vardır.
La Rochefoucauld

Avukatın Aşk Mektubu

Derleme

“Müştemilat tanem, temlik edilmeyenim, Sana olan
sevgim dava dilekçem kadar uzun.

Bir bakışın kalbimde, icra dosyama para yatmış kadar
derin etkiler bırakıyor.

Kalem gibi kaşların, kadaastro davası gibi karışık
saçların, para kokusu gibi burnumda tütüyor.

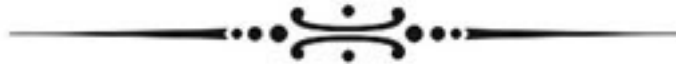
Tanık dinlemek istemeyen hakimler gibi nazlanma.
Senden mektup almak inan icra hukuk mahkemesine
hakim atamaktan daha zor.

Delillerimiz farklı olsa bile biz seninle mütemmim cüz
gibiyiz. İzale-i şuyu bile bizi ayıramaz.

Edinilmiş mallara katılmayan, artık değerler arasındaki
denkleştirme sonucu bir alacak istemeyen sevgilim.
Yargıtay'da olan dosyam kadar özledim seni.

Maalesef işlerim buluşmamızı, eve gelmeme kadar
bekletici mesele yapıyor.

Oysa ben seninle birleştirilen davalar gibi olmak
istiyorum.”



Mafê Perwerdehî Ya Bi Zimanê Zikmakî

Çok dilli yaşama katkı sağlaması dileğiyle, bu yazı Kürtçe kaleme alınmıştır.

*Prz. Mehmet Rauf ÇİÇEK**

Zimanê Zikmakî her çiqas bi avakirina komarê vir de li Tirkîyê pirsgerêkek be jî bi hewl-danek siyasi a dawî ket rojêva Tirkîyê yê.

Di nav gel de zimanê zikmakî wek tiştek xwezayî bê dîtin jî desthilatdar/iqtidar bi eynî nêrinê nêzikê mijarê nabin.

Desthilatdar/iqtidar jî bilî zimanê fermî bi zimanek dinê kar anîn kêmanîyek an qelseyek jî bo desthilatdariya/iqtidara xwe dibînin.

Ji ber vîya ye ku ev mesele di nav peymanên navneteweyan de cih girtiye. Bi vî awayî xwestine ziman re garantor çêkin. Di nav van peymanan de ziman di beşa mafê perwerdehiyê de hatiye nivîsandin.

Tirkîyê her çiqas li van peyman imzeyê xwe danî be jî ev imzeyê bi şerta girêda ye. Ango jî bo mafê zimanê zikmakî imzeyê xwe dananiye.

Makeqanûna xwe de xala 42. de "kes jî mafê perwerdehiyê û hinkirinê nayê mehrûm kirin" nivîsandiye û di dewama wî de "ji bo hemwelatîyê Tirkî jî bilî zimanê Tirkî ziman qedexê" kiriye. Yanî pêşî li zimanê zikmakî girtiye.

Ji ber ku dema peymanên navnetewî imza xwe tevî şerha xwe daniye, di hêla hiqûqê de tu asteng li hember dernayê.

Lê rewşa ku îro Tirkîyê têda ye de ev maf nasînin li ser ferz dike. Vê rewşê dewlet jî me çêtir dizane. Lê ji ber menfaatên siyasi ev dayina vî mafî paş ve tê avêtin. Çiqas paş ve bikeve wê rewş ewqas xirabtir bibe.

Wisa tê xuyakirin îro li Tirkîyê hêza siyasi a Kurd vî mafê xwe wek defacato wê bikar bîne. Ev jî bo dewletê ne tiştek başe.

Pirsgerêka ziman, pirsgerêka sadsalên da-

wîye. Lewra mêjû de li ser zimanan tu astengiyek tunebû ye. Lê demên dawî de qedexê kirina ziman jî bo pişavtinê û haqimîyeta yek millet, yek dewletan ferz hatiye dîtin. Dewlata Tirkîyê yê jî di asta herî bilind de ev qedexa ziman bi kar aniye.

Di vî rewşê de gelo kesên hiqûqnas gere çawa tevbigerin? Ev kesa bi kîjan argumanan vî mafî binîn ziman?

Li gor fikra min ev maf wek mafek xwezayî were dîtin. Mirov jî di vê çerçovê de bi parêze. Dewlet mecbure ku hewcedariyê hemwelatîyê xwe bicîh bîne. Di çerçova peymanên navneteweyî de ev mesele bi tevayî çareser nabe.

Giringî û menfeeta bi zimanê zikmakî perwerdehî qebûlê herkesî ye. Naxwe jî her hemwelatî re fersend dayina bi zimanê zikmakî perwerdekirin li ser dewletê ferze. Dema em bi vê nêrinê nêzî meselê bibin, bawerim wê rê jî bo me kurtir be.

Di hêla imkanan de jî ev mesele ne tiştek ne mimkine. Em di demek wisan dane ku tiştên bê imkan, mimkin dike. Helbet jî mesela bi zimanê zikmakî perwerdehî yê re jî çare dîtin mimkine. Bes desthilatdar samimî bin.

Wek gotina gelêrî; maf nayîn dayîn, tîn standin. Wer xuya ye ku ev maf bi xweşîkî neyê dayin, wê were standin. Ev jî mafek dinê ye.

Li ser me jî ferze ku em jî li hêlan mafan cih bigrin.



**Diyarbakir Barosu*

İcra ve İflas Kanunu 270. Madde Çerçevesinde Mülk Sahibinin Hapis Hakkının İcra Hukukundaki Güncel Uygulaması

Av. Muhammed İkbâl Kavalcı*

Hapis hakkı teorikte kanun metninde geçmesine rağmen pek fazla uygulanmayan ve bu sebeple uygulamasında kısmen aksaklıklar çıkan ve yer yer farklı uygulanan bir haktır. Biz burada meslektaşlarımıza faydası olması açısından Hapis hakkının akademik ve teorik kısmından ziyade İcra Hukukunda uygulanışını açıklamaya çalışacağız. Hapis hakkının icrasını izah ederken 3 başlık altında izah edebiliriz.

1- 270. maddenin izahı

İİK 270. maddesi "Hapis hakkı için defter yapılması:

Madde 270 - Kiralayan evvelce yapılması lazımgelen icrai takibi yapmadan haiz olduğu hapis hakkının muvakkaten muhafazası için icra dairesinin yardımını isteyebilir. (B.K. 267, 269, 281).

Teahhurunda tehlike varsa zabitanın yahut nahiye müdürünün de yardımını istenebilir.

İcra dairesi üzerlerinde hapis hakkı bulunan eşyanın bir defterini yapar ve rehinleri paraya çevirme yoluyla takip talebinde bulunması için kiralayana on beş günü geçmemek üzere münasip bir mühlet verir." şeklindedir.

Yani mülk sahibi kira alacağı karşılığı sahip olduğu hapis hakkının geçici olarak muhafazası için icra dairesinin yardımını isteyebilir. Acil olan durumlarda da kolluk ya da kaymakamdan da yardım isteyebilir, demektir. Buradan şu anlam çıkabilir acil durumlarda hafta sonu da kolluk yardımıyla hapis hakkı uygulanabilir. Hapis hakkı uygulanan eşyaların defteri tutulduktan sonra alacaklıya, rehnin paraya çevrilmesi yolu ile takip yapmak üzere 15 gün süre verilir.

2- Hak sahibinin talebi

Hak sahibi veya vekili mecur ve kiracı ile ilgili genel bilgileri kapsayan ve kira alacağını havi bir dilekçe ile icra müdürlüğüne başvurabilir. Uygulamada genelde dilekçe ekine kira sözleşmesi sureti konulmaktadır. Fakat şifahi kira sözleşmesi olan mecurlarda şifahi olduğu bahsedilerek de başvurulabilir.

3- İcra müdürlüğünün Hapis Hakkını Uygulaması

Talep dilekçesini alan icra dairesi dilekçeyi esas defterine kaydeder (bazen muhabere defterine kaydedip rehnin paraya çevrilmesi yolu ile takip yapılırca esas defterine kayıt yapılmaktadır) memur yolluğunu alır ve aynen hacze gider gibi mecura hacze gidilir. Mecurda kiracıya ait eşyalar üzerinde hapis hakkı uygulanır. (uygulamada genellikle kiracıya yediemin olarak bırakılmakta, icra dairelerine göre de farklılıklar göstermek-

tedir) Eşyalar zapta geçirilir. Kanun lafzında "defteri tutulur" denmekte ise de uygulamada daha pratik olarak sadece bu zabıt ile yetinilmektedir.

Uygulamada en büyük sorun eşyaların muhafazasında çıkmaktadır. Şöyle ki:

a- kiracı eşyaları yediemin olarak kabul etmek istemediği durumlarda muhafaza

b- kimsenin mecurda olmadığı durumlarda çilingir marifeti ile yapılan hapis haklarında muhafaza

c- alacaklının talep ettiği durumlarda muhafaza

Bu üç durumda veya benzeri durumlarda muhafaza talebine verilen cevap icra dairelerine göre farklılıklar arz etmektedir. Kimi icra dairesi talebimizi kabul etmekte, kimi ise hiçbir halde muhafaza yapılamayacağını belirtip muhafaza talebimizi reddetmektedir. Kimi icra ise borçlu hazır ve kabul ediyorsa muhafaza talebimizi reddetmekte fakat borçlu yoksa veya mecurda kimse yoksa muhafaza yapmaktadır. Bu problemler hapis hakkının uygulamada pek fazla örneğinin olmamasından ve Yargıtay kararı azlığından kaynaklanmaktadır.

Sonra alacaklıya rehnin paraya çevrilmesi yolu ile takip yapmak üzere 15 günlük süre verilmekte ve bu süre içerisinde takip yapılırsa diğer icra hukuku işlemlerine geçilmektedir. Bu süre içinde takip yapılmaz ise alacaklı o icra dosyasına münhasır olarak hakkını kaybetmektedir. Fakat yeniden hapis hakkı dilekçesi vermesi mümkündür.

Uyap sisteminden önceki uygulamada esas defterine kaydedilen takibin, rehnin paraya çevrilmesi yolu ile takip yapmak üzere alacaklıya süre verilinceye kadar harcı alınmamakta idi. Uyap sisteminden sonra ise icra takibi rehnin paraya çevrilmesi yolu ile takip olarak hazırlanıp sisteme o şekilde girişi yapılmakta, harcı da alınmakta ve yukarıdaki sıra ile dosyada işlem yapılmaktadır.

Hapis hakkının icrası genellikle yazılı sözleşme ve diğer bono gibi evraklarla kiraya verilmiş mecurlar da oldukça faydalı olmaktadır. Çünkü "bana bir şey yapamazlar icra takibi yapsa itiraz ederim, dava açılrsa 8 ay sürer" diyerek uyanık! geçinen kiracılara karşı çok etkili olduğu, kiracıların şoke olduğu, "böyle bir şey de mi varmış" dedikleri bizzat gözlemlenmiştir. Uygulayacak arkadaşlara yardımcı olabilirim. Tüm meslektaşlarıma hayırlı ve bereketli kazançlar dilerim.

*Konya Barosu

Bitmeyen Tartışma: Cemaat Vakıfları

Av. Muammer ÖZ*

Her kapalı çarşıdan geçişimde, vitrine konulmuş takılar, renk renk halılar, bakır süslemeler arasından bir resim hep gözüme takılır. İçinde farklı farklı giyimli, kimisi fesli, kimisi sarıklı çeşitli milletlerin iç içe olduğu o eski İstanbul fotoğrafına gözüm takılır. Yüz belki iki yüz yıl öncesini tasvir eden o resme baktıkça; yakın bir zamanda değer verdiklerini kaybeden birisinin hüznü içime çöker. Aradan ancak yüz yıl geçmesine rağmen o renk renk kıyafetli, farklı kimliklerden insanlar hayatımızdan çekip gitmişlerdir. Geride herkesin tek kıyafete büründüğü kalabalıklar dolaşmaktadır. Nasıl olmuştu da dünyanın en kozmopolitik kültürlerinden biri iken, adeta herkes kurşun askerlere dönüşmüştü?

Bu sorunun cevabını aradığım sıralarda bir gün cemaat vakıfları davalarını takip eden Ermeni asıllı bir meslektaşımla karşılaştım. Az çok meraklı olduğum bir konu olan cemaat vakıfları konusunda birkaç şey konuşabilmek için konuyu açtım. Meslektaşımla konuşurken kazara ağızdan o uğursuz “yabancılar” sözü çıkmıştı. Bir anda ikimizde afalladık, meslektaşım hemen beni uyardı: “yabancı değiliz”. Bende “özür dilerim ben asla böyle düşünmediğim gibi, gayrimüslimlerin yabancı gibi düşünülmesi mantığının da tamamen karşısındayım” dedim. Fakat olan olmuştu. Bir kere söz ağızdan çıkmıştı. Meslektaşımın ayrıldıktan sonra bunun sadece bir dil sürçmesi olmadığını anladım. Aldığım hukuk eğitime ve okumalarıma rağmen, çocukluğumdan beri ailemden okula kadar gayrimüslimler hakkındaki olumsuz telkinlerin ve gayrimüslimleri konu alan küfürlerin bilinçaltında biriken kalıntıların boş bir anımdan faydalanıp gün yüzüne çıkıverdiğini anladım. Sorunun cevabı bir parça aydınlanmıştı.

Devletlerin de insanlardan oluşmuş bir bütün olduğu farz edilirse, devletin bakış açısının da, halktan pek farklı olmaması gerekir. Nitekim devletin gayrimüslimlere olan yaklaşımı da bu tezi doğrulamaktadır. Gayrimüslimler ile ilgili haklarda mütakabiliyet şartının aranması bunu en güzel göster-

gesidir. Buna göre Türkiye Cumhuriyeti kendi vatandaşları olan gayrimüslimlere vereceği hakları başka bir devletin verdiği haklara karşılık olarak düşünmesi ilgi çekicidir. Bu mantığa göre, Yunanistan'ın kendi uyruğundaki Türklere verdiği haklar kadar Türkiye de gayri Müslimlere hak verecektir anlamı çıkmaktadır. Tersten okunduğunda Yunanistan'ın Türkler'den bazı hakları alması durumunda, Türkiye Cumhuriyeti de, yaşayan Gayri Müslimlerden (Rum asıllı olup olmamaları fark etmeksizin) bu hakları geri alabilecektir.

CEMAAT VAKIFLARININ GEÇMİŞİ

Osmanlı İmparatorluğu zamanında gayrimüslimlerin kendi vakıflarını kurmalarına izin verilmekteydi. Cumhuriyetin kurulmasından sonra 1926 tarihinde Türk Medeni Kanun'u kabul edilmiş olup bu konuda bir dönüm noktası olmuştur. Kanun din ve milliyet temelinde bir vakıf kurulmasını yasaklamıştır. “Kanunu Medeninin Sureti Mer’iyet ve Şekli Tatbiki hakkında Kanun” ile eski hukuk zamanında kurulan vakıfların istisna tutulduğu ve bu konuda ayrıca bir düzenleme yapılacağı belirtilmiştir. 1935 yılında ise 2762 sayılı Vakıflar Kanunu kabul edilerek yürürlüğe konmuştur.

Bu kanun yayımlanmasından sonra 1936 yılında Cemaat Vakıflarından “beyanname” istenmiştir. Vakıflar Kanun'unun 44. Maddesine göre bu kanundan önce kurulan vakıfların, bütün mal varlıklarını ve faaliyetlerini Vakıflar Bölge Müdürlüğüne bildirmeleri istenmiştir. Cemaat vakıfları, beyannamenin kendi mallarını almak için yapılan bir aldatmaca olduğunu düşünmüşler ve buna göre beyannameleri eksik ve düzensiz vermişlerdir. Bu tarihten sonra 1970'lere kadar anılan vakıflar mal edinmeye ve faaliyetlerine devam etmişlerdir. 1974'e gelindiğinde durum değişmiştir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 08.05.1974 tarihli kararı ile 1936 tarihinde verilen beyanname bu vakıflar için vakıf senedi olarak kabul edilmiştir. Buna göre bu beyanname yeni mal edinme ve bağış kabul etmeye ilişkin bir

husus bulunmadığı için, anılan vakıfların mal edine-meyeceği ve bağış kabul edemeyecekleri kabul edil-miştir. Beyannamede –yapısı gereği– sadece vakfın sahip olduğu mallar beyan edilmiş, yeni mal edinme ve bağış konusunda bir kayıt düşülmemiştir. Zaten kimsenin de 1936 tarihinde verilen bu beyannamenin ilerde vakıf senedi olarak kabul edileceğini bilmesi mümkün değildir.

Yargıtay bu vakıfların 1936 yılında beri mülk edindiğini ve edindiği bu malları tapuya kayıt ettirdiğini; hatta emlak vergisi ödediğini bildiği halde, bu malları usulsüz olarak tapuya kayıt edildiğini kabul etmiş; tapu kayıtlarının iptaline ve eski sahip-lerine iadesine karar vermiştir.

Yargıtay kararı okunduğunda satır aralarında geçen ifadeler oldukça manidardır. Yargıtay'a göre gayrimüslimlere ait vakıflar "Türk olmayanların meydana getirdikleri", "yabancı tüzel kişiler", "Lozan Antlaşmasına bağlı... Türkiye'deki yabancı tüzel kişilere tam bir muameleyi müteakile uygulanması şartı öngörülmüş" şeklinde nitelendirilmektedir. Yargıtay, Anayasa'da düzenlenen ve çokça eleştirilen "Türk Devletine vatandaşlık bağı ile bağlı olan herkes Türktür" mantığına bile rahmet okutacak bir yorum tarzını benimsemiştir. Gayrimüslimlerin her birisi hukuki olarak Türk vatandaşı olduğu halde Yargıtay'a göre anılan vakıflar "Türk olmayanların meydana getirdiği, yabancılara ait olan vakıflar" olarak adlandırılmıştır. Yargıtay'ın burada Türk vatandaşlığı kriterini Anayasada geçen vatandaşlık bağı ile bağlı olarak tanımlamadığı ve ırk temeline dayandırdığı açıktır. Bu yaklaşım toplumumuzda var olan gayrimüslimlere bakış açısını gösteren dikkat çekici bir örnektir.

GÜNÜMÜZDEKİ DURUM

Yukarda belirttiğimiz Yargıtay kararına dayanarak gayri Müslimlere ait olan vakıfların malları ya eski sahiplerine yada Vakıflar Genel Müdürlüğüne geçmiştir. Bunun üzerine AİHM'e başvurular yapılmıştır. Bu başvurular sonucunda Türkiye Cumhuriyeti aleyhine mahkumiyet kararları çıkmıştır. (Fener Rum Erkek Lisesi Vakfı kararı ve Büyükaada Rum Yemtimhanesi kararı gibi)

2002 ve 2003 yılında yapılan kanun değişik-likleri ile gayrimüslimlerin mal edinmesi ile ilgili iyileştirmeler yapılmış. 20.02.2008 tarihinde yürürlüğe

giren 5737 sayılı Yeni Vakıflar Kanunu'nda bu konuda biraz daha olumlu düzenlemeler yapılmıştır. Fakat yeni Vakıflar Kanun'da da ciddi sorunlar bulunmaktadır. Öncelikle hala "mütekabiliyet" şartı kanun metninde geçmektedir. Mütekabiliyet şartının sakıncalarına değinmiştik. Yeni Vakıflar Kanun'a göre millet ve din temelinde bir vakıf kurulamaz denilmektedir. Buna göre şu an için gayrimüslimlerce din temelinde yeni bir vakıf kurulması imkansızdır. Eski vakıflar içinse bazı faaliyetlerde bulunabilmesi için vakıf senedinde açıkça geçiyor olma şartı aranmaktadır ki: Yukarda açıkladığımız üzere ortada bir vakıf senedi mevcut değildir. Dolayısıyla pratikte bu vakıfların bazı faaliyetleri hiç yapamayacağı anlamına gelmektedir. Ayrıca anılan Yargıtay kararı sonrası bu vakıflardan alınan malların iadesi yürürlükteki mevzuat açısından sorunludur. Bazı mülkler için iade söz konusu olsa da; bir kısmı için sorun devam etmektedir.

Çok dinli çok milletli bir İmparatorluğun mirası üzerinde kurulan Türkiye Cumhuriyeti bu gele-neği koruyamamıştır. Bireyden devlete kadar "ya bizdensin ya yabancısın" mantığı yerleşmiştir. Bunun sonucunda bin yıllardır bu topraklarda yaşayan insanlar, "yabancı" olarak adlandırmış, hatta bu insanlara düşman muamelesi yapılmıştır. Hala önemli sorunlar bulunmakla beraber başlanan noktadan daha iyiye bir gidiş gözlenmekte, gelecekte çok kültürlü bir toplumda yaşamaya dair umut verici işaretlerin olduğu görülmektedir.

1- YARGITAY HUKUK GENEL KURULU E. 1971/2-820 K. 1974/505 T. 8.5.1974

"Görülüyor ki, Türk olmayanların meydana getirdikleri tüzel kişilerin taşınmaz mal edinmeleri yasaklanmıştır. Çünkü: Tüzel kişiler gerçek kişilere oranla daha güçlü oldukları için, bunların taşınmaz mal edinmelerinin kısıtlanmaması olması halinde, Devletin çeşitli tehlikelerle karşılaşacağı ve türlü sakıncalar doğabileceği açıktır, işte bu görüşten hareket edilerek 2644 sayılı Tapu Kanununun 35 maddesi ile Kanunî hükümler yerinde kalmak ve karşılığı olmak şartıyla yabancı gerçek kişilerin Türkiye'de satın alma veya miras yolu ile taşınmaz mal edinmeleri mümkün kılınmış, olduğu halde, tüzel kişiler bundan yoksun bırakılmışlardır. Esasen 1. Osmanlı İmparatorluğu devrinde de 7 Sefer 1284 tarihli kanunla yabancı gerçek kişilere Türkiye'de taşınmaz mal edinme hakkı verilmişken, 1328 tarihli kanunla yabancı tüzel kişiler bundan ayrı tutulmuşlardır.

Lozan Antlaşmasına bağlı «ikamet ve salahiyet» adlıyeye sözleşmesinin birinci maddesiyle Türkiye'deki yabancı tüzel kişilere tam bir muameleyi müteakile uygulanması şartı öngörülmüş ve bu sebeple de 2644 sayılı Tapu Kanunun 5. maddesiyle (mevcudiyetleri Türkiye Cumhuriyeti Hükûmetince tanınmış olan yabancılara ait dini ilmi ve hayri müesseselerin fermanlara ve Hükûmet kararlarına müsteniden izahı alınmak şartıyla gayrimenkulleri, bu belgelerin dışına çıkmamak ve hükûmetin izni alınmak şartıyla müesseselerinin hükmü şahısların namına) olunacağı hükmü konularak suretiyle kazanılmış haklar korunmuştur.

5404 sayılı Kanunla değiştirilen Vakıflar Kanununun 1. maddesinin son fıkrasında, cemaatlerin ve esnafa ait vakıfların kendileri tarafından seçilen kişi veya kurullarca yönetileceği öngörülmüş, böylece bunlar, tüzel kişiliklerine dokunulmaması üzere bir statüye bağlanmıştır. Vakıflar Kanununun 44. maddesinde, (16 Şubat 1328 tarihli Kanunun yayımlanmasından sonra tapuya verilmiş defterleri ve buna benzer belgelerle anlaşılacak olan yerlerin o yolda vakıflar kütüğüne (geçeceği hükmü yer almıştır. Bu suretle, vakıf niteliği kazanan cemaatlara ait hayri, ilmi, bedi amaçlar güden kuruluşların düzenlenmiş vakıfnameleri bulunmadığı için az önce belirtilen 44. madde gereğince bunların süresinde verdikleri beyannamelerinin (vakıfname) olarak kabulü zorunluluğu ortaya çıkmıştır. Nasil ki, vakıfname de mal edinme için açıklik olmayan hallerde vakıf tüzel kişiliği mal edinemez; beyannamelerinde bağış kabul edecekleri yolunda açıklık olmayan hayır kurumları da gerek doğrudan doğruya, gerekse vasiyet yolu ile taşınmaz itisap edemezler."

*İstanbul Barosu

Kaostan Çıkış Yolu

Demokratik Hukuk Devletini Tesis Etmektir

Av.Emrullah BEYTAR*

“Hukuk devleti” kavramı üzerinde hukukçular fikir birliği içerisinde olmalarına rağmen, demokrasi kavramının anlamı üzerinde bu nitelikte bir görüş birliği bulunmamaktadır.

Hukuk Devleti; idarenin yapmış olduğu bütün eylemlerin adil ve bağımsız yargı mercilerince denetlenmesi olarak tanımlanmaktadır. Bu tanıma göre idarenin, yani devletin yetki ve gücünü kullanarak hareket eden merci ve bu mercide icrai konumda bulunan kişilerin yapmış olduğu eylem ve işlemlerin pozitif hukuka uygun olup olmadığının, adil ve bağımsız mahkemelerce tespitinin yapılması gerekmektedir.

Bir devlette idarenin bazı eylem ve işlemlerinin yargı denetiminin dışında bırakılmış olması, o devletin hukuk devleti olmadığını göstermeye yetmektedir. Nitekim ülkemizde en üst yargı mercii olarak kabul gören ve son dönemlerde verdiği tartışmalı kararlar gündeme gelen Anayasa Mahkemesinin çeşitli tarihlerde vermiş olduğu kararlarda, hukuk devletinin ne olduğunu ve hukuk devletinin belirleyici özelliklerinin neler olduğunu geniş bir şekilde izah etmiştir.

ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARINA GÖRE; HUKUK DEVLETİNİN OLMAZSA OLMAZI, TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLERİN GÜVENCE ALTINA ALINMASIDIR

1- Temel Hak ve Özgürlüklerin Güvence Altına Alınması: Hukuk devleti ilkesi, beraberinde temel hak ve özgürlüklerin teminat altına alınması zorunluluğunu getirmektedir. Temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınması için başvuru birinci yol, - kişi temel hak ve özgürlüklerinin kolayca değiştirilemeyen metinlerde yani anayasalarda sayılması ve düzenlenmesidir. - ikinci olarak ise temel hak ve özgürlüklerin ancak uluslararası sözleşmelere uygun olarak kanunla sınırlandırılabilir olması gerektiğidir.

Anayasa Mahkemesi de bahsedilen bu kriterler çerçevesinde temel hak ve özgürlükleri değerlendirmekte ve kararlarında da defalarca bu kriterlerin önemini vurgulamaktadır.

2- Bağımsız Yargı ve Hâkimlik Teminatı: “İdarenin yargısal denetiminin etkili bir biçimde yapılabilmesi için, mahkemelerin bağımsızlığının ve yargıç güvencesinin tam anlamıyla sağlanmış olması gerekir.” Aksi halde yukarıda bahsedilen ilkenin de bir anlamı kalmaz. Çünkü yürütmeyi yargısal açıdan denetleyecek olan yargıçların yürütmeden korkması, başka bir deyişle yürütme karşısında korumasız kalması halinde, yürütmenin objektif bir şekilde yargılanması mümkün olmayacaktır.

3- Kanunların Genelliği ve Kanun Önünde Eşitlik: Kanunların genelliği ve kanun önünde eşitlik, hukuk devletinde ön planda olan fert için bir güvence teşkil eder. Benzer nitelikte olan meselelerin aynı şekilde çözümlenmesine “kanunların genelliği” ilkesi adı verilir. Bir başka deyişle bir kanunun uygulama alanı içerisinde kalan herkese uygulanabilmesine denir. Kanunların genel olması, hukuk devletinin de gereğidir. Eşitlik ise kanunların genelliğinin teminatıdır. Anayasanın 10. maddesine göre; “Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir. Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz.” Hukuk devleti, hukukun üstünlüğü temeli üzerine kurulmuştur. Bu nedenle her türlü ayrıcalığı reddeder.

4- Yürütmenin (idarenin) Tüm Eylem ve İşlemlerinin Yargı Denetimine Tabi Olması: Hukuk devletinden akla ilk olarak yürütmenin hukuka bağlı olması ve yine yürütme organının kararlarının yargı denetimine açılması gelmektedir.

5- Kanunların Anayasal Denetimi: “Yasaların anayasaya aykırı olamayacaklarını belirtmek yeterli değildir. Bunun yanında, yasaların anayasaya uygunluğunu sağlayacak bir denetim mekanizmasının da kurulması gerekir. 1961 ve 1982 Anayasalarında bu

görev Anayasa Mahkemesine verilmiştir. Anayasa Mahkemesinin bu alandaki yetkisine, 1961 Anayasasına göre, 1982 Anayasası ile hem başvurular açısından, hem de içerik açısından bazı kısıtlamalar getirilmiştir.

6- Kuvvetler Ayrılığı: Yasama, yürütme ve yargı makamlarının görev ve yetkileri Anayasada duraksamaya yer vermeyecek şekilde düzenlenmiştir. Bu üç gücün birbirinden ayrılış tarzlarına göre devlet sistemlerinin belirlendiği hatırlanırsa, kuvvetler ayrılığı ilkesinin önemini daha açık bir şekilde ortaya koyabilme imkânı doğmaktadır. Kuvvetler ayrılığı ile devleti oluşturan üç gücün birbirinin alanına müdahale etme niteliği belirlenmektedir. Eğer bu müdahale tamamıyla imkânsız ise, yani yasama, yürütme ve yargı organı çok katı çizgilerle birbirinden ayrılmışsa, bu takdirde tipik bir "başkanlık sistemi" niteliği ortaya çıkmaktadır; ya da yasama, yürütme ve yargının birbirinden ayrılış tarzları daha esnek ise bu halde de "parlamentar sistem"den bahsetmek gerekecektir. Bu kadar öneme sahip olan bir kavramın "hukuk devleti" ilkesini gerçekleştirmek amacıyla yüklendiği ödev de hiç kuşkusuz çok büyük öneme sahiptir.

Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nde Ferhat SARIKAYA gibi savcıların görevden alınmış olması, Şemdinli Bombası, Cumhurbaşkanını seçememe, gece yarısı muhtıraları, Atabeyler çetesi vb. olayların bir daha yaşanmaması için, Türkiye'nin ivedilikle hukuk devleti olma yolunda adım atması gerekmektedir. Bu ilk adımda sosyal adalet, demokrasi ve evrensel hukuk ilkeleri çerçevesinde hazırlanacak özgürlükçü bir anayasa olmalıdır. Aksi takdirde mevcut anayasa veya mevcut anayasaya benzer bir anayasayla bu milletin huzur bulamayacağı açıktır.

DEMOKRASİ BERBAT BİR REJİM Mİ DİR?

"Demokrasi berbat bir rejimdir, ancak rejimlerin en az berbat olanıdır" diyen İngiliz devlet adamı Winston Churchill çok da haksız sayılmaz. Demokrasinin, insanların cinsiyet, ırk, dil, din vb. nedenlerle hiçbir ayrımcılığa tabi tutulmadan tam bir eşitlik içinde yaşadığı, genel iradenin çoğunluk ve azınlığın iradelerinin toplamından ibaret olduğu, çoğunluğun, azınlığın iradesini ortadan kaldırma

hakkına sahip olmadığı, çoğulculuğun kurumsal olarak kollandığı siyasal sistem olarak tanımlanması mümkündür. İşte demokrasi ve hukuk temel alınarak örgütlenen devletlere demokratik hukuk devleti denilmektedir.

Sağlam dinamikler üzerine inşa edilen demokratik hukuk devletinin mevcudiyetinin devamı için bazı kurumların varlığı da kaçınılmaz kılınmıştır. Bu kurumlar, demokratik hukuk devleti ilkeleri çerçevesinde kendilerine verilen görev ve yetkileri, bireyin ve toplumun menfaatine uygun bir şekilde yerine getirmekle mükelleftirler.

Demokratik hukuk devletinde sistemi ayakta tutan kurumların kendi görev ve sorumluluklarını tam anlamıyla yerine getirmemesi veya görev ve yetkilerini aşan eylemlere tevessül etmesi halinde, bu eylemlere yargı mekanizması aracılığıyla müdahale etme imkanı yoksa, böyle bir devletin, demokratik hukuk devleti olduğunu söyleyebilmek çok zordur.

Bundan dolayıdır ki, hukukçuların nitelikli çoğunluğu, hukuk devletinin muhafızı olarak siyaset mekanizması ve yargı mekanizmasını görmektedir. Bu iki kurumun, üzerine düşen görev ve sorumluluğu yerine getirmemesi halinde hukuk devleti, büyük bir riskle karşı karşıya kalmış demektir.

Ülkemizin içinde bulunduğu bu kaos ortamından kurtulmasının, gelecek neslin bu tür kaoslara maruz kalmamasının ve gelecek kuşakların eleştirilerinden kurtulabilmenin tek yolu, bireyi ve toplumu öncelikli değer olarak kabul edip, bireyin haklarını ve güvenliğini teminat altına alan, her türlü ayrımcılığı ve imtiyazı reddeden bir sistemin tesisi için çalışmaktan geçmektedir.

Şimdi halkın iradesinden korkmayan ve halkın iradesine güven duyan bir siyasi iradenin ortaya çıkıp halkı kaos ve şiddet ortamından huzur, refah ve barış ortamına götüreceği çalışmayı yapması gerekmektedir.

**Ankara Barosu*

Uluslararası Hukukta “geri Göndermeme” İlkesi

Av. Abdulhalim YILMAZ*

GENEL OLARAK

Geri göndermeme (“Non-refoulement”) ilkesi, devletlerin, kendi egemenlik sahaları içerisinde bulunan kişileri zulme uğrama riski altında oldukları bölgelere göndermeme yükümlülüğünü ifade eder.¹ Mülteci hukukunun temelini oluşturan “geri göndermeme” ilkesi, mültecinin yaşama hakkı ve işkence, kötü muamele, insanlık dışı aşağılayıcı ceza ve muameleye maruz kalmama hakkı gibi temel insan haklarının korunmasını amaçlamaktadır.² Mültecinin yaşamını tehlikeye sokacak bir yere gönderilmemesi, mülteciler için en önemli hukuki güvencedir.³ İltica hukukunun en önemli unsurlarından biri olan ve zulüm riski olan yere geri göndermemeyi ifade eden “geri göndermeme” ilkesi, uluslararası geleneksel hukukun bir kuralı (uluslararası örf ve âdet hukuku kuralı) haline gelmiştir. Bu nedenle, 1951 Sözleşmesine taraf olsun olmasın tüm Devletler açısından bağlayıcıdır.⁴

Geri göndermeme ilkesi, sadece mülteci olan kişilerle sınırlı değildir. Sınırdışı edilmesi, iade edilmesi (geri verme) gibi zorla geri gönderme hallerinde, yaşam hakkı ihlali veya işkence görme riski olan herkes için geçerlidir, kişinin mülteci olması gerekli değildir.

Ceza hukuku'nda, “suçluların geri verilmesi” (iade: extradition) işlemlerinde, bir yabancının siyasi suç sayılan bir suç isnadı nedeniyle iadesinin söz konusu olması ve / veya yabancıya isnad edilen suçun cezasının ölüm cezası olması halinde, iade talebinin kabul edilmemesi örf ve adet hukuku kuralıdır. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 18. Maddesi “geri verme” (suçluların iadesi) konusu işlenmiştir.

1951 tarihli Mültecilerin Hukuki Durumuna İlişkin Cenevre Sözleşmesinin 33. maddesine göre, “Hiçbir taraf devlet, bir mülteciyi, ırkı, dini, tabiiyeti, belli bir sosyal gruba mensubiyeti veya siyasi fikirleri dolayısıyla hayatı ya da özgürlüğü tehdit altında olacak ülkelerin sınırlarına, her ne şekilde olursa olsun geri göndermeyecek veya iade etmeyecektir.”

Geri göndermeme ilkesinin ihlali, çoğu kez diğer insan hakları sözleşmelerinin ihlali de

beraberinde getirir. 1951 Sözleşmesi'nin uygulanmasıyla ilgili bu tür sorunlara ve dar yorumlamalara karşılık, insanları işkence veya ölüm tehlikesine maruz kalabilecekleri ülkeye sınırdışı etme veya gönderme yasağı bir çok uluslararası sözleşmede yer almıştır. Geri gönderme yasağı, mültecilik konusu dışında da uluslararası İnsan Hakları Sözleşmelerinde örneğin, 1949 tarihli “Harp Zamanında Sivillerin Korunması Hakkında (Dördüncü) Cenevre Sözleşmesi” (m.45/4);⁵ “İşkenceye veya Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı veya Onur Kırıcı Muamele veya Cezaya Karşı Sözleşmesi” (m.3); Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi (m.7 ve m.13); Kanun Dışı, Keyfi ve Yargısız İnfazların Etkili Bir Şekilde Önlenmesi ve Soruşturulması Hakkında Prensipler (m.5); Kaybolmaya Karşı Herkesin Korunması Hakkında Bildiri (m.8), Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (m.3), Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi (m.22), Afrika Birliği Örgütü Mülteci Sözleşmesi (m.2) gibi sözleşmelerde açıkça veya yoruma bağlı olarak (içtihatla) yer almıştır.

Birleşmiş Milletler Genel Kurulu, sığınmacı durumlarını ve kişi güvenliklerini zedeleyen geri gönderme gibi hareketleri bir kararla kınamış, mülteci statüsünün resmi olarak tanınmasından önce 1951 Sözleşmesi'nin 33. maddesindeki koşullar var ise herkesin geri göndermeme ilkesinden yararlanması gerektiği ifade edilmiştir.⁶

TÜRK HUKUK MEVZUATI AÇISINDAN

İladesi talep edilen kişilerin durumunu Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nda “Yabancıların Durumu” başlıklı 16. Maddesindeki, “Temel hak ve hürriyetler, yabancılar için, milletlerarası hukuka uygun olarak kanunla sınırlanabilir.” hükmü çerçevesinde değerlendirmek gerekir.

5237 sayılı TCK'nın 18. Maddesi “Geri Verme”yi düzenlemektedir. Bu maddeye göre geri verme talebine esas teşkil eden fiil “Düşünce suçu veya siyasi ya da askeri suç niteliğinde ise” ya da “Kişinin, talep eden devlete geri verilmesi hâlinde ırkı, dini, vatandaşlığı, belli bir sosyal gruba mensubiyeti veya siyasi görüşleri nedeniyle kovuşturulacağına veya cezalan-

dırılacağına ya da işkence ve kötü muameleyle maruz kalacağına dair kuvvetli şüphe sebepleri varsa" talebin kabul edilemeyeceği düzenlenmiştir. Kanun maddesinde, gerivermeye konu kişilerin "işkence ve kötü muameleyle maruz kalacağına dair kuvvetli şüphe" halinde geri verme talebinin kabul edilme-yeceğini kabul edilmiştir.

TÜRKİYE'NİN TARAF OLDUĞU U.A.R.A.SI İNSAN HAKLARI MEVZUATI AÇISINDAN:

3.1 Mültecilerin Hukuki Durumuna İlişkin 1951 Cenevre Sözleşmesi:

Türkiye "Mültecilerin Hukuki Durumuna İlişkin 1951 Cenevre Sözleşmesi"ne (Kısaca "1951 Sözleşmesi") taraftır. 1951 Sözleşmesine göre:

Sınır dışı veya iade etme yasağı:

Madde 33/1: Hiçbir akid Devlet bir mülteciyi, ırkı, dini, vatandaşlığı, muayyen bir içtimai zümreye mensubiyeti veya siyasi fikirleri dolayısıyla hayat ve hürriyetinin tehdit edileceği ülkelerin hudutlarından her ne şekilde olursa olsun sınır dışı veya iade edemez.

Sözleşmenin en önemli maddelerinden biri de non-refoulement (geri yollama yasağı) ilkesidir. Sözleşmenin 33. maddesine göre, hiç bir devlet mülteciyi ırkı, dini, milliyeti, belli bir sosyal gruba dahil olması ya da siyasal düşünceleri nedeniyle yaşam ve özgürlüğünün risk altına gireceği bir ülkeye geri gönderemez, o ülkeye sınır dışı edemez.

3.2 İşkence ve Diğer Zalimane İnsanlık dışı ve Onur Kırıcı Muamele ve Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi:

"İşkence ve Diğer Zalimane İnsanlık dışı Ve Onur Kırıcı Muamele Ve Cezaya Karşı Sözleşme"⁷ (Kısaca "İşkenceye Karşı Sözleşme"), 1984 yılında BM Genel Kurulu tarafından kabul edilmiştir. Türkiye Cumhuriyeti sözleşmeyi 1988 yılında imzalamış ve onaylamıştır. Sözleşmenin 3/1. Maddesine göre "Hiçbir Taraf Devlet bir şahsı, işkenceye tabi tutulacağı tehlikesinde olduğuna dair esaslı sebeplerin bulunduğu kanaatini uyandıran başka devlete geri göndermeyecek, sınır dışı etmeyecek veya iade etmeyecektir."

3.3 Suçluların İadesine Dair Avrupa Sözleşmesi:

"Suçluların İadesine Dair Avrupa Sözleşmesi" (SİDAS)⁸, Avrupa ülkeleri arasında ceza hukuku alanında sanıkların ve mahkumların "iade" işlemlerini düzenlemektedir. SİDAS'ın 3. Maddesine göre,

geri verme konusu suçun "siyasi suç" veya "siyasi suçla irtibatlı suç" olması; veya kişinin iade edileceği ülkede "ırk, din, milliyet veya siyasi görüşleri nedeniyle" takip veya cezalandırılması amacıyla iade istendiği kanaatine varılması halinde, iade işlemi uygulanmayacaktır. Aynı sözleşmenin 11. Maddesinde de iade edilecek kişinin ölüm cezasıyla karşılaşması halinde, ancak iade talep eden tarafın ölüm cezası uygulamayacağına dair güvence⁹ vermesi halinde iade yapılabileceğini düzenlemiştir.

3.4 Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi:

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS)¹⁰ 3. maddesi doğrudan veya dolaylı olarak her şekilde işkenceyi "mutlak" olarak yasaklamaktadır:

Madde 3 : İşkence yasağı:

"Hiç kimse işkenceye, insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza veya işlemlere tabi tutulamaz."

İade edilecek kişinin, gönderileceği ülkede işkence ve benzeri kötü muamelelere maruz kalma riski veya ölüm cezasına mahkum edilmesi tehlikesi konusunda ciddi endişeler varsa Avrupa AİHS 3. maddesine aykırılık oluşturur. AİHS uygulamasında özellikle sanıkların geri verilmesi (iade: extradition) konulu başvurularda mahkeme, geri verilen kişinin yaşam hakkı veya işkenceye maruz kalma riski hakkında ciddi kanıtlar olması halini Sözleşmenin ihlali olarak değerlendirmektedir.

AİHM'e yapılan başvurularda; Soering v. UK¹¹ (Birleşik Krallık: İngiltere) başvurusunda Mahkeme, iade işlemi sonucunda başvurusunun gönderileceği ülkede Sözleşmenin 3. maddesindeki haklarının riske girebileceğini ifade ederek Sözleşmenin ihlal edildiğine karar vermiştir. Bu kararın önemi, Sözleşmenin bizzat ihlalden değil, potansiyel ihlal durumundan, riskin gerçekleşmesi halinde ciddi ve onarılmaz ihlaller doğurabilmesi ihtimalinin de ihlal kabul edilmiş olmasından kaynaklanmaktadır.¹² AİHM, Sözleşmenin 3. Maddesindeki işkence yasağının jus cogens kuralı olduğunu, bu maddenin kişilerin işkenceye maruz kalabilecekleri ülkeye geri gönderilmemesi konusunda devletlere pozitif bir yükümlülük yüklediğini belirtmektedir.¹³

AİHM, 3. madde kapsamında yasaklanan muamelelere maruz kalma riski ile karşı karşıya bulunan bir kişinin, Sözleşmeye taraf devletler tarafından, (Sözleşmeye taraf olan veya olmayan) üçüncü bir devlete vermesi halinde, geri veren devletin 3. maddeyi ihlal etmiş olacağına hükmetmiştir.

Mahkeme Soering v. UK kararında suçlunun iadesi halinde 3. madde kapsamında insanlıkdışı muamele göreceği riski nedeniyle, geri verme kararının doğuracağı sonuçlar itibarıyla 3. maddenin ihlali yönünde karar vermiştir.¹⁴

AİHM Türkiye aleyhine yapılan başvurularda, yabancıların gönderileceği ülkede işkence riskine maruz kalması ihtimali nedeniyle Jabari v. Turkey, D. Ve Diğerleri v. Turkey,¹⁵ Mamatkoulov and Askarov v. Turkey, Abdoulkhani ve Karimnia v. Turkey,¹⁶ ZNS v. Turkey,¹⁷ Charahili v. Turkey,¹⁸ Ranjbar ve diğerleri v. Turkey,¹⁹ Keshmiri v. Turkey,²⁰ Tehrani ve Diğerleri v. Turkey,²¹ kararlarda Türkiye'nin sözleşmeyi ihlal ettiği sonucuna varmıştır.

Mamatkoulov and Askarov kararında Özbekistana suçluların iadesi kapsamında gönderilen başvurularla ilgili olarak taraf devletlerin Sözleşmenin 34. maddesinde düzenlenen bireysel başvuru hakkını engellememe yükümlülüğü altında olduklarını değerlendirmesini yapmıştır.²²

Mamatkoulov and Askarov davasındaki başvurulardan, Türkiye'nin işkence yapılmayacağı garantisini (güvencesi) alarak Özbek makamlarına teslim ettiği Zaynuddin Askarov'un yaklaşık 1 ay önce Özbekistan'da tutuklu bulunduğu cezaevinde işkence ile öldürüldüğü haberi gazetelere yansımıştır.²³

AİHM içtihatları dikkate alındığında, kişilerin işkence veya kötü muamele görme riski olması (3. madde ihlali) halinde, kişilerin bu tür muamelelere maruz kalması halinde geri dönüşün mümkün olmadığı (telafisi mümkün olmayan ihlallerin / zararların meydana gelebileceği) dikkate alınmasının zorunlu olduğu sonucuna varılmaktadır.

SONUÇ

Kişilerin özellikle de mülteci konumunda olan kişilerin, yaşamını tehlikeye sokacak veya işkence görebilecek bir yere gönderilmemesi, hukuki açıdan önemli bir güvencedir. Bu ilke ile yaşama hakkı ve işkence, kötü muamele, insanlık dışı aşağılayıcı ceza ve muameleye maruz kalmama hakkı gibi temel insan haklarının korunması amaçlanmıştır.

Zulüm riski olan bir ülkeye geri göndermeyi ifade eden "geri göndermeme" ilkesi, uluslararası örf ve âdet hukuku kuralı haline gelmiştir. Bu nedenle, 1951 Sözleşmesine taraf olsun olmasın tüm Devletler açısından bağlayıcıdır. Geri göndermeme ilkesi, mülteci olan kişilerle sınırlı değildir. Sınırdışı edilmesi, iade edilmesi gibi zorla geri gönderme

hallerinde, yaşam hakkı ihlali veya işkence görme riski olan herkes için geçerlidir, kişinin mülteci olması gerekli değildir. Geri göndermeme ilkesi, suçluların geri verilmesi, sınırdışı edilme, veya ülkeye giriş yapmanın engellenmesi (geri çevrilme) durumunda sözkonusu olabilmektedir.

AİHM önüne gelen başvurularda, işkence yasağının jus cogens kuralı olduğunu, bu maddenin, kişilerin işkenceye maruz kalabilecekleri ülkeye geri gönderilmemesi konusunda devletlere pozitif bir yükümlülük yüklediğini belirtmektedir.

AİHM, Türkiye ile ilgili başvurularda, sınırdışı işlemlerine karşı başvuru yapan sığınmacıların ihlal tesbiti yapılan davalarında, genel olarak işkence yasağını düzenleyen 3. Madde, özgürlük ve güvenlik hakkını düzenleyen 5. Madde ile etkili iç hukuk yolu olmasını öngören 13. Maddenin ihlali yönünde karar vermiştir. AİHM yakın tarihte Abdolkhani ve Karimnia kararından başlamak üzere Türkiye aleyhinde sonra çok sayıda karar vermiştir. Bu kararlarda, başvuru haklarındaki sınırdışı işlemlerinin uygulanması halinde "işkence yasağı"nın ihlal edilmiş olacağına, karar vermiştir.

1- TOKUZLU, Dr. Lami Berta: "Avrupa Birliği Adaylık Sürecinde Türkiye'ye Geri Gönderme Yasağı" Stratejik Araştırmalar Dergisi, Genelkurmay Askerî Tarih Stratejik Etüt Başkanlığı Yayınları, Sayı 11, Mayıs 2008, 11-16; Ankara 2008, s.1
2- OMT, Ceyda, "İşkence Hukukuna Genel Bakış Ve İltica-Sığınma Konularında Türkiye'deki Uygulama", <http://www.unhcr.org/refugees/geri-verme-sayisi-icerik/Ceyda-OMT.htm> (Erişim tarihi: 12.11.2010)
3- OGMAN, Nevla, Mülteci Hukuku, s.155
4- BMMYK, "Geri Göndermeme (Non-refoulement)" maddesi, "Temel Terimler Sözlüğü", (çinde) "Mültecilerin Korunması: Sivil Toplum Kuruluşları için Alan El Kitabı"
www.unhcr.org/refugees/geri-verme-sayisi-icerik/Ceyda-OMT.htm (Erişim tarihi: 06.12.2010)
5- 21 Ocak 1953 gün ve 6020 sayılı Kanunla onaylanmıştır. R.G. 30 Ocak 1953/35322
6- UN General Assembly Resolution 55/74 12.2.2001.
7- Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 10 Aralık 1964 tarih ve 35/46 sayılı Kararıyla kabul edilip imza, onay ve katılma açmıştır. Türkiye Sözleşmeyi 25 Ocak 1968 tarihinde imzalamış ve 21 Nisan 1968 tarihinde bir beyan ve bir ihtirazı kayıtlı onaylamıştır. 3441 Sayılı Onay Kanunu, RG: 29.04.1968/ 19799.
8- (ETS No 524) of 13 December 1957, Türkiye 18.11.1959 tarih 7376 Sayılı Kanun ile taraf oldu. RG 26.11.1959/10365.
9- Suçluların iadesi işlemlerinde, iade engellerini aşmak için "diplomatik güvence" (diplomatic assurances) kullanılması uygulamada, insan hakları filallerine neden olduğu, güvencelerin sağlanmadığı, genellikle eleştirilmektedir. (Bkz. "Diplomatic Assurances" against Torture - Questions and Answers, Human Rights Watch, www2.hrw.org (12.12.2009); DEEEK, Ashley, Promises Not to Torture: Diplomatic Assurances in U.S. Courts, Published by The American Society of International Law (ASIL), 2008, www.asil.org (03.12.2010)
10- Türkiye, Sözleşmeyi 18 Mayıs 1954'de onayladı. (R.G. 19 Mart 1954-6662)
11- Başvuru No. 14036/06, 7 Temmuz 1999 tarihli karar, özellikle paragraf 133.
12- NAL, Sabahattin, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde İşkence ve İnsandışı Muamele veya Kötü Muamele veya Ceza, (çinde) Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Prof. Dr. Ayşel Çelikkale Armağanı, Yıl 19-20 Sayı: 1-2 1999-2000 s.547
13- DE LONDRA, Fiona, "Shannon, Saad and Ireland's Reliance on Diplomatic Assurances Under Article 3 of the ECHR", Irish Y. of Int'l L. 2007 (2009, Oxford, Hart)—Forthcoming Draft, (<http://www.hartpub.co.uk/pdf/1841139599.pdf>) (04.11.2010)
14- GÖLCÜKÜ, Prof. Dr. A. Feyyaz - GÖLCÜKÜ, A. Şenol, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Sözleşmesi ve Uygulaması, 3. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2002 s. 201
15- D. and others v. Turkey (Başvuru no. 34245/03), 22 June 2006
16- Abdolkhani and Karimnia v. Turkey, (Başvuru no. 30471/06), 22 September 2009
17- Z.N.S. v. Turkey (Application no. 21895/06) 19 January 2010
18- Charahili v. Turkey (Application no. 46605/07) 13 April 2010
19- Ranjbar and others v. Turkey (Application no. 37043/07) 13 April 2010
20- Keshmiri v. Turkey (Application no. 36370/08) 13 April 2010
21- Tehrani and Others v. Turkey (Applications nos. 32940/08, 41626/08, 43616/08) 13 April 2010
22- ERDAL, Uğur - BAKIRCI, Hasan, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 3. Maddesi, Uygulama El Kitabı, OMT El Kitabları Dizisi Cilt: 1 Kasım 2008 s.119
23- 3 Aralık 2010 Cuma tarihli BÜGÜN Gazetesi; Ayrıca "Türkiye'nin Özbekistan'a iade ettiği Askarov'un cezaevinde işkence sonucu öldüğü iddiası" için Bkz: <http://www.muhur.org.tr/index.php/haberler/1-latest-news/203-turkiyenin-ozbekistan-a-iade-etti-askarov-un-cezaevinde-iskence-sonucu-oldu-sue-i-iddias> (Erişim tarihi: 15.12.2010)