



YAKINDOĞU ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ
NEAR EAST UNIVERSITY LAW FACULTY REVIEW
Yakın Doğu Üniversitesi- Near East University

Yayın Kurulu / Editorial Board

Doç. Dr. İrfan S. Günsel

Prof. Dr. Ayşe Havutçu

Prof. Dr. Hakan Pekcanitez

Prof. Dr. Polat Soyer

Doç. Dr. Yeter Tabur

Yayın Koordinatörleri / Editorial Coordinators

Ar. Gör. Fatma Alaslan

Ar. Gör. Nabi Berkut

Ar. Gör. Aysun Beydola

Ar. Gör. Özde Dereboylular

Ar. Gör. Görkem Göktuna

Ar. Gör. Ayten Ordu

Ar. Gör. Erdi Şafak

Ar. Gör. Nezihe Tekman

Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi hakemli bir dergidir. / Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Near East University Law Faculty Review) is a refereed review.

Yılda iki kez (Mayıs-Aralık) yayımlanır. /Published twice a year (May-December)

Dergide yayımlanan yazılarda ileri sürülen görüşler yalnızca yazarlarına aittir. /Articles published in this review express solely the views of the authors.

Dergide yayımlanan yazılar, kaynak gösterilmeden başka bir yerde yayımlanamaz. / Articles published in this review can not be republished without citation.

Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi <http://hukukdergisi.neu.edu.tr/> hukuk veritabanında dizinlenmektedir. / Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Near East University Law Faculty Review) is being permanently indexed in <http://hukukdergisi.neu.edu.tr/> law database.

İletişim Adresi / Communication Address Yayın İşleri Müdürlüğü
Yakın Doğu Bulvarı, Lefkoşa / Mersin 10 Turkey
Tel: (0392) 223 64 64
Fax: (0392) 22364 61
Web: <http://hukukdergisi.neu.edu.tr/>
E-mail: hukukdergisi@neu.edu.tr

Basım Tarihi / Published Date: Aralık- 2018

YAKIN DOĞU ÜNİVERSİTESİ

HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

NEAR EAST UNIVERSITY LAW FACULTY REVIEW

ISSN: 2636-7580

Danışma Kurulu / Advisoral Board

Rektör : Prof. Dr. Ümit Hassan

Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Murat Atalı

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Rona Aybay

Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Mehmet Çakıcı

Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Mustafa R. Erdem

Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Güray Erdönmez

Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Şeref Ertaş

Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Şükrü Sina Gürel

Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ayşe Havutcu

Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Hakan Karan

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Arif Kocaman

Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi

Prof. Dr. Berna Kocaman

Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi

Prof. Dr. Yasemin Özdek

Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Işıl Özkan

Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Hüseyin Pazarcı

Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Hakan Pekcanitez
Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Fazıl Sağlam
Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Pervin Somer
Okan Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Elif Sonsuzoğlu
Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Polat Soyer
Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Bülent Tahiroğlu
İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Durmuş Tezcan
İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Asuman Turanboy
Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Yıldırım Uler
Girne Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Eylem Atılğan
Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Derya Aydın Okur
Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Reşat Volkan Günel
Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Ozan Ergül
TOOB Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Yeter Tabur
Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Yrd. Doç. Dr. Merve Acun Mekengeç
Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Yrd. Doç. Dr. Aydın Atılğan
Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Yrd. Doç. Dr. Tayfun Ercan
Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Yrd. Doç. Dr. Muhammet Erdal
Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi

YAKIN DOĞU ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

YAYIN KURALLARI

1. 2018 yılından itibaren “Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi” hakemli olarak yayımlanmaya başlamıştır. Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi’nde, makaleler, Yüksek Mahkeme, Kaza Mahkemeleri kararları, kritikler ve yayın tanıtım yazıları yer almaktadır.
2. Dergiye gönderilecek yazıların özgün, başka bir yerde yayımlanmamış ya da yayımlanmak üzere gönderilmemiş olması gerekmektedir.
3. a) Yazılar bilgisayar ortamında hazırlanmalıdır.
b) Yazıların ilk sayfasında makalenin adı, özeti (en fazla 150 sözcük) ve anahtar sözcükleri (en az 5 sözcük) Türkçe ve İngilizce olarak yer almalıdır.
c) Yazılar, **anabölümlerde 1,5 satır aralığı ile 12 punto; dipnotlarda tek satır aralığı ile 10 punto kullanılarak Times New Roman** karakterinde yazılmalıdır.
d) Dipnotlar sayfa altında gösterilmelidir. Dipnotta kaynak verirken:
Kitaplar için: Yazarın **Soyadı (Bold)**, Adı: Eserin Adı, Eserin Basıldığı Yer ve Yılı, Sayfa Numarası (Yazarın iki kitabından yararlanılması halinde, bunun, kısaltma şeklinde dipnotlarda ve kaynaklarda gösterilmesi gerekir.)
Makaleler için: Yazarın **Soyadı (Bold)**, Adı: Makalenin Adı (tırnak içinde), Derginin Adı, Cilt, Sayı, Yıl, Sayfa Numaraları.
Yazıların **kaynaklar kısmında da dipnot kurallarına uyulması** zorunludur.
4. Yazılar Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Yayın Kuralları’na uygun değilse reddedilir.
5. Yazarların ünvanlarını, görev yaptıkları kurumları, haberleşme adresleri ile telefon numaralarını ve e-posta adreslerini göndermeleri zorunludur.
6. **Yazıların “hakemli makaleler” bölümünde yayımlanması istendiği açıkça belirtilmelidir;** açıklama yer almayan durumlarda “makaleler” bölümünde yayımlanmak üzere gönderildiği varsayılır.
7. Yazarı tarafından hakem incelemesinden geçirilmesi istenilen yazılar, **“kör hakemlik”** sistemi uyarınca, yazarların adı yazı metninden çıkarılarak hakeme gönderilir. Yazarlara da yazının hangi hakeme gönderildiği ile ilgili bilgi verilmez.
Hakem tarafından uygun bulunmadığı için, yayımlanmayan yazılar, istenildiği takdirde, hakem adı belirtilmeksizin yazarlara geri gönderilir. Hakem raporuna itiraz hakkı vardır.
Hakem raporu düzeltme içeriyorsa, rapor, hakem adı belirtilmeksizin yazara gönderilir ve yazının hakem raporuna göre, düzeltildikten sonra yayımlanabileceği bildirilir. Bu süreç, hakemin yazının yayımlanmasını uygun bulmasına kadar devam eder.
8. Yazarı tarafından hakem incelemesinden geçirilmesi istenilmeyen yazılar, Yayın Kurulu’nun kararı ile yayımlanabilir. Yayımlanmayan yazılar yazara geri gönderilmez. Ancak, durum yazara bildirilir.

9. Dergiye gönderilen yazıların yazım denetimlerinin yapılmış olduğu, gönderildiği biçimi ile yayımlanmasına “olur” verildiği kabul edilir. Yazı teslim edildikten sonra, baskı düzeltmeleri için ayrıca yazara gönderilmez. Yazım yanlışlarının fazla olması yazının yayımlanmaması için yeterlidir.
10. Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi’nin yazı dili Türkçe ve İngilizce’dir.
11. Yazıların düzeltilmesinde, *Türk Dil Derneği Yazım Klavuzu* ve *Adam Yayınları Ana Yazım Klavuzu* esas alınmaktadır.
12. Yayımlanması kabul edilen yazıların, basılı ve elektronik yayım haklarına Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi sahip olur.
13. Yazarlara Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınlarının Hazırlanması, Basım ve Dağıtım Yönetmeliği çerçevesinde telif ücreti ödenir. Yazarlara üç adet, hakemlere bir adet dergi gönderilir.
14. Dergide yayımlanacak yazılarda giriş ve sonuç bölümleri için harf veya rakam kullanılmamaktadır. Sonrasındaki üst ve alt başlıkların sırasıyla Roma rakamı, büyük harf, rakam ve küçük harf yazılmalıdır.

Örnek:

Giriş

I. Başlık

A. Alt Başlık

1. Alt Başlık

a. Alt Başlık

aa. Alt Başlık

Sonuç

İÇİNDEKİLER / CONTENTS

EDİTÖRDEN / FROM THE EDITOR.....xi

HAKEMLİ MAKALELER / REFEREED ARTICLES

Aysun Beydola/Ayten Ordu.....1
İngiliz Hukukunda Taşınmaz Mala Yapılan Haksız Müdahalenin Mahkeme Kararları
Çerçevesinde Değerlendirilmesi

Erkut Ziya Sivrikaya.....37
Devlet Tebaası ve Ulus Devlet

MAKELELER / ARTICLES

Görkem Göktuna.....63
“Devletsiz” Bir Uluslararası İlişkiler Teorisi ve Marksizm

Fatma Alaslan.....85
Kuzey Kıbrıs Hukukunda Hizmet Sözleşmesinin Fesih Nedeni İle Sona Ermesi

Özde Dereboylular.....107
Birleşmiş Milletler Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılmasına
Dair Sözleşme Hakkında Genel Bir Değerlendirme

Hüseyin H. Karakullukçu.....137
Hukuk Devleti Açısından İdarenin Denetim Yolları ve Önemi

Nezihe Tekman.....141
Book Review European Law on Unfair Commercial Practices and Contract Law

Editör'den

Değerli Okuyucular,

Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi'nin ikinci sayısını sizlerle paylaşırken, ilerleyen sayfalarda sizlere sunulmuş olan birbirinden değerli makalelerin gerek akademik gerekse meslek hayatınızda sizlere yardımcı olmasını umut ediyoruz.

Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi olarak, “etik” davranmayı ilke edinmiş, “insani” değerlere bağlı, hukukun üstünlüğüne, evrensel barış ve özgürlüğe inanmış, insan haklarına bağlılığı özümsemiş, yaşadığı toplumdaki ve dünyadaki gelişmeleri algılayıp yorumlayabilen, yaratıcı düşünebilen, fikrini özgürce dile getirebilen, inceleme ve araştırmalarında bilimi temel alan, bireysel olduğu kadar toplumsal alanda sorumluluk üstlenebilen aydın, bilgili, adil bireyler yetiştirmenin süregelen gayreti içerisindeyiz. Hukuksal yapının sürdürülebilirliğine, dönüşümüne ve özümsemiş hayata geçirilmesine yön verebilecek nitelik ve donanımına sahip bireylerin kendilerini geliştirebilmelerinin en önemli bileşeninin hukuk alanındaki düşünsel ve pratik birikimlerinin artırılması olduğuna inanıyoruz. Bu inanç doğrultusunda hukuk alanında ulusal ve uluslararası platformlarda saygın bir yere sahip fakültemizin güçlü kadrosu tarafından şekillendirilen yaratıcı hukuk öğretiminin yanında, fakültemizdeki değerli düşün insanlarımızın hayata geçirmekte olduğu bilimsel çalışmalarla toplumun ve hukuk camiasının gündemini belirlemeye ve bilimsel tartışmalara yön vermeye devam ediyoruz.

KKTC'nin en köklü ve en büyük hukuk fakültelerinden biri olmanın verdiği sorumluluğun bilinciyle, ulusal ve uluslararası hukuk yapılarıyla uygulamalarını en yeni düşünsel yaklaşımlara ve tartışmalara da atıfta bulunarak sistematik bir şekilde irdeleyen bilimsel çalışmaların sayısının artması için yeni araştırma ve destek programlarını geliştirip hayata geçiriyoruz.

Bu bağlamda, fakültemizin değerli kadrosu üniversitemizin üçüncü nesil üniversite vizyonu çerçevesinde her yıl seçkin konuşmacıların katıldığı farklı bilimsel etkinlikler (konferans, panel, çalıştay) düzenleyerek, ödüller alarak, bilimsel projeler geliştirerek ve özgün akademik yayınlar yaparak ulusal ve uluslararası alanlarda hukuk çalışmalarına katkı sağlamaya devam ediyor.

Bu sorumluluk bilinci ve anlayışla Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi olarak çağdaş hukukçular yetiştirme ve akademik etkinliklerle hukuk biliminin gelişimine katkı sağlama hedefimiz doğrultusunda Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisini önemli görüyorum.

Bu vesileyle dergimizin ikinci sayısının yayın hayatına hazırlanmasında emeği geçen herkese teşekkür ediyor, fakülte Dergimizin ülkemizde, bölgemizde ve dünyada, insan haklarının, demokrasinin ve hukukun üstünlüğünün ilerletilmesine katkıda bulunmasını diliyorum.

Saygılarımla

Doç. Dr. İrfan S. Günsel

HAKEMLİ MAKALELER
REFEREED ARTICLES

“İNGİLİZ HUKUKUNDA TAŞINMAZ MALA YAPILAN HAKSIZ MÜDAHALENİN MAHKEME KARARLARI ÇERÇEVESİNDE DEĞERLENDİRİLMESİ”

An Evaluation of the English Law on Trespass to Land in Light of English Caselaw

Ar. Gör. Aysun Beydola*

Ar. Gör. Ayten Ordu*

Özet

İngiliz Hukukunda taşınmaz mala yapılan haksız müdahalede, malın sahibi ‘objektif’ ve ‘subjektif’ koşulların gerçekleşmesi halinde malına yapılan müdahalenin kaldırılmasını talep edebilir. Makalemizin amacı, bu koşulları İngiliz mahkeme kararları çerçevesinde incelenmesidir. Koşullar incelendikten sonra, müdahalede bulunan kişinin mahkemede kullanabileceği özel savunmalar incelenecektir. Daha sonra, taşınmaz mala yapılan haksız müdahalenin hukuki sonuçları değerlendirilecektir.

Anahtar Kelimeler: Haksız Fiil, Taşınmaz Mala Yapılan Haksız Müdahale, Zarar

* Yakın Doğu Üniversitesi Medeni Usûl Hukuku Anabilim Dalı, Araştırma Görevlisi

* Yakın Doğu Üniversitesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı, Araştırma Görevlisi

Abstract

English law on trespass to land allows a person who is in possession of the land to make a claim against the trespasser, provided both the ‘objective’ and ‘subjective’ elements of a claim are met. The aim of this study is to examine the elements of trespass to land in light of English Case law, taking into account the defences and remedies.

Key Words: Tort Law, Trespass to Land, Damages.

Giriş

§1. Genel Olarak Taşınmaz Mala Yapılan Haksız Müdahale

Malik taşınmaz malı üzerinde sahip olduğu haklarını kimseden izin ve yardım almaksızın kullanabileceği gibi, kendi izni dışında başkalarınca kullanılması halinde hakkını gerek kanunun kendisine tanıdığı sınırlar içerisinde bizzat veya dava açmak suretiyle koruyabilmektedir.

Taşınmaz mal üzerinde yapılan haksız müdahale, herhangi bir zarara sebebiyet vermesede haksız fiilin mevcudiyeti için yeterli olacaktır.¹ Taşınmaz mal üzerinde yapılan haksız müdahale, “actionable per se”² olarak bilinmektedir. “Actionable per se” latince “kendiliğinden” başlatılabilen³ bir dava olarak tanımlanmaktadır. Bu da demek oluyor ki, taşınmaz mala yapılan haksız müdahalenin ortadan kaldırılması ve taminat için açılacak dava söz

¹ Elliot, Catherine/Quinn, Frances, “*Tort Law*”, 9. Baskı, Londra, 2013, s.324; Owen, Richard: “*Essential Tort Law*”, 3. Baskı, Londra, s. 121.

² Cooke, John: “*Law of Tort*”, 9. Baskı, Londra, 2009, s. 319; Elliot, Catherine/Quinn, Frances, s. 324; Finch, Emily/Fafinski, Stefan, “*Tort Law*”, 5.Baskı, 2015, s. 153; Quinn, Frances, “*Tort Law*”, 2012, s. 333.

³ Bknz: Latince Sözlük- http://www.latin-dictionary.org/per_se (Erişim Tarihi: 25.05.2016).

konusu olduğunda, zararın gerçekleşmesi koşulu aranmaksızın başlatılabilen bir dava vardır.⁴

§2. Taşınmaz Mala Yapılan Haksız Müdahalenin Koşulları

I. Objektif Koşul

Haksız bir müdahaleden bahsedebilmek için dava bir taşınmaz mala ilişkin olmalı ve taşınmaz malın davalının egemenliğinde bulunmalıdır. Örnek verecek olursak, komşular arasında yaşanan sınır anlaşmazlıklarını da kapsama alanına almaktadır.⁵ Ayrıca dava taşınmaz mala yapılan müdahaleden ileri gelmelidir.⁶

A. Taşınmaz Mal Olma

Taşınmaz mala yapılan haksız fiilin gündeme gelebilmesi ve sorumluluğun doğabilmesi için öncelikle bu fiilin taşınmaz bir mal üzerinde gerçekleşmesi gerekir.⁷ Bu fiil taşınmaz mal üzerinde sahip olunan mülkiyet hakkına yapılan her türlü haksız tecavüzdür.

Taşınmaz mal üzerinde bulunan toprak, toprak altında yer alan maddeler, üzerinde yer alan ve toprağa sabitlenmiş bina ve her türlü yapı, toprağın kullanılması için ihtiyaç duyulan hava sahasından oluşur.⁸

⁴ Harpwood, Vivienne: “*Principles of Tort Law*”, 4. Baskı, Londra, 2000, s. 227; Stuhmcke, Anita: “*Essential Tort Law*”, 2. Baskı, Londra, 2001, s. 93.

⁵ Harpwood, Vivienne, s. 231-232.

⁶ Elliot, Catherine/Quinn, Frances, s. 324; Wild, Charles/Weinstein, Stuart: “*Smith and Keenan’s English Law*”, 17. Bası, United Kingdom, 2010, s. 500.

⁷ Greene, Brendan: “*Course Notes: Tort Law*”, Londra, 2012, s. 100-101; Stuhmcke, Anita, s. 97;

⁸ Cooke, John, s. 322; Elliott/Quinn, s. 324, Finch, Emily/Fafinski, Stefan, s. 157; Greene, Brendan, s. 100; Stuhmcke, Anita, s. 97; Quinn, Frances, s. 333.

Anchor Brewhouse Developments v Berkley House (Docklands) Development (1987)⁹ davasında, İngiltere’de mahkeme davacının arazisinin hava sahasında vincin kollarının nadiren de olsa bulunmasını taşınmaz mülkiyetine yapılan müdahale olarak kabul etmiştir. Mahkeme taşınmaz mala müdahaleye ilişkin haksız fiilinden bahsedilmesi için vinçin yüksekliğinin önemli olmadığını ve davalının taşınmaz malı kullanmasına engel teşkil edip etmediğinin önem taşımadığını vurgulamıştır.

Sivil hava araçlarının bir kişinin taşınmaz malının üzerinden geçmesi acaba mala yapılan bir haksız müdahale olarak adlandırılabilir mi? 1982 tarihli Civil Aviation Yasasında madde 76(1) ve 76(2) bu konuda hüküm sevk edilmiştir. Buna göre sivil hava araçlarının bir kimsenin taşınmaz malının üzerinden makul yükseklikten geçmesi taşınmaz mala müdahale edildiği anlamına gelmemektedir ve malik tazminat davası açma hakkına sahip olmamaktadır. Ancak uçak yeryüzüne inerken veya ilgili hava aracından düşen şeyler nedeniyle taşınmaz sahibi zarar görmüşse, ilgili aracın sahibinin bu zarardan kusursuz sorumluluğu söz konusu olacaktır (Civil Aviation Act 1982).¹⁰ Sivil hava araçlarının bir kişinin taşınmaz malının üzerinden geçmesine ilişkin olarak örnek verecek olursak, *Lord Bernstein of Leigh v Skyviews and General Ltd* (1978)¹¹ davasında, davalılar, sivil hava araçlarıyla davacının taşınmaz malın üzerinden geçip davacının evinin fotoğrafını çekmişler ve davacıya bu fotoğrafları satmaya çalışmışlardır. Davacı ise, fotoğrafları satın almaya itiraz edip, davalıyı taşınmaz mal üzerine haksız müdahale’den dava etmiştir. Mahkeme, davacının izni olmaksızın davalının taşınmaz malın

⁹ <http://swarb.co.uk/anchor-brewhouse-developments-v-berkeley-house-docklands-developments-1987/> (Erişim Tarihi: 18.05.2016); **Cooke, John**, s. 322; **Greene, Brendan**, s. 100; **Harpwood, Vivienne**, s. 233; **Owen, Richard**, s. 122.

¹⁰ Bknz: **Cooke, John**, s. 322; **Greene, Brendan**, s. 100; **Harpwood, Vivienne**, s. 233; **Owen, Richard**, s. 122

¹¹ <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/QB/1977/1.html> (Erişim Tarihi: 18.05.2016); **Finch, Emily/Fafinski, Stefan**, s. 157.

üzerinden geçmesini kabul etse bile, sivil hava aracının davacının taşınmaz malının üzerinden makul yükseklikten geçmesinin, taşınmaz mala müdahale teşkil etmediği kanaatine varmıştır.

B. Zilyetlik Hakkına Sahip Olma

Taşınmaz mala yapılan müdahale nedeniyle haksız fiil davası açılabilmesi için dava açmak isteyen kişinin taşınmaz malın sahibi olması gerekmez. Taşınmaz malın zilyeti olması yeterlidir.¹² Bu bağlamda zilyet, taşınmaz malın sahipliği dışında müdahalenin yapıldığı anda kim fiili egemenliği altında bulduruyorsa o kişidir. Örneğin müdahalenin yapıldığı anda taşınmaz mal kira sözleşmesi ile bir kişinin fiili egemenliği altında ise taşınmazın zilyeti de o kişi, yani kiracıdır. Taşınmaz mala müdahalenin sona erdirilmesi için dava açma hakkına sahip olan kişi de kiracı olup; ev sahibi dava açma hakkına sahip olmayacaktır.¹³ *AG Securities v Vaughan (1990)*¹⁴ davasında; mahkeme, ziyaretçilerin ve misafirlerin zilyetliğinin yokluğu nedeniyle dava açma hakkına sahip olmadıkları kanaatine varmıştır. Ancak, bir kira ilişkisi söz konusu ise, yapılan müdahale kira ilişkisi sona erdiği zaman taşınmaz malın sahibine intikalini etkileyecek türdence taşınmazın sahibi de taşınmaza yapılan müdahalenin sona erdirilmesi için dava açabilecektir.¹⁵ Eğer bir kişi yaptığı sözleşme ile bir taşınmaz mal satın almışsa malın zilyetliğine de sahip olacaktır ve eğer zilyetliği kazanmadan önce bu taşınmaz mala haksız bir müdahale yapılmışsa müdahalenin menî için dava açabilecektir. Çünkü

¹² Cooke, John, s. 322; Harpwood, Vivienne, s. 236; Owen, Richard, s. 121; Stuhmcke, Anita, s. 96

¹³ Elliot, Catherine/Quinn, Frances, s. 324; Wild/Weinstein, s. 500.

¹⁴ <http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1988/8.html> (Erişim Tarih: 19.05.2016).

¹⁵ Wild, Charles/Weinstein, Stuart, s. 500.

yaptığı sözleşme sonucunda mal üzerindeki hakkı geçmişe etkili olarak doğacaktır.¹⁶

Zilyedin eşya üzerindeki fiili hakimiyetine son verilmemiş olmakla birlikte, fiili hakimiyetine kullanması zorlaştırılmış veya sınırlanmışsa haksız bir müdahalenin gündeme gelmiş demektir.

Manchester Airport plc v Dutton (2000)¹⁷ davasında yüksek mahkeme taşınmaza yapılan haksız müdahaleyi ortadan kaldırmak üzere dava açabilmek için taşınmazın kiracısı veya maliki olunması gerekmediğini ifade etmiştir. Taşınmazın sahibi tarafından bir kişiye taşınmazına girilmesi konusunda izin verilmişse bu kişi işgalci sayılmaz ve müdahale eden kişiye karşısında malda zilyetlik hakkına sahiptir ve bu konuda yetkilendirilmiştir.¹⁸ Müdahalenin men'i davası açmak için davacının taşınmazın sahibi ya da kiracı olması zorunluluğu yoktur. Somut olayda davacı pist ve ağaç kesimi için National Trust tarafından sahip olunan bir taşınmazın kullanımı konusunda sözleşme ile yetkilendirilmiştir. Davahılar ilgili bu alana ağaç ev yapmak suretiyle müdahale etmişlerdir. Havaalanı yönetimi bu kişilere karşı müdahalenin meni davası açmıştır. Sonuç olarak havaalanı yönetimi verilen izin uyarınca bu taşınmazı kullanmaktadır. Yüksek mahkeme bir üçüncü kişi tarafından yapılan müdahalenin kaldırılması için havaalanı yönetimini yapılan sözleşme nedeniyle yetkili görmüştür.

Müdahalenin men'i davası açabilmek için malın zilyetliğine sahip olmak tek başına yeterli değildir. Çünkü zilyetlik yani mal üzerindeki hakimiyet tek kişiye ait olmalıdır.¹⁹ Örneğin otelde kalan misafirler, evde kalan misafirler genellikle zilyetliğe sahip olmayacaklardır.

¹⁶ Wild, Charles/Weinstein, Stuart, s. 500.

¹⁷ <http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/1999/844.html>

(Erişim Tarih:

19.05.2016).

¹⁸ Harpwood, Vivienne, s. 236.

¹⁹ Elliot, Catherine/Quinn, Frances, s. 324.

C. Müdahalenin Varlığı

Zilyetin taşınmaz mal üzerindeki fiili hakimiyetine kullanması zorlaştırılmış veya sınırlanmışsa müdahale söz konusu olmaktadır. Yapılan bu müdahale doğrudan ve fiziksel olmalıdır.²⁰ *Perera v Vandiyar (1953)*²¹ davasında, mahkeme, davacı kiracının gaz ve elektriği davalı mal sahibi tarafından dışarıdan (mala girmeden) kesmesinin, taşınmaz mala yapılan haksız müdahale olarak kabul edilemeyeceğine hükmetmiştir.. Bunun nedeni ise; yapılan müdahalenin dava konusu olması için doğrudan ve fiziksel olması zorunluluğudur. Doğrudan yapılmayan müdahaleler rahatsızlık veya ihmal haksız fiilini oluşturmakla birlikte taşınmaz mala yapılan müdahale fiilini oluşturmazlar. Örneğin bitişik kapı komşusu bahçesindeki ağaçları budarken kırdığı şeyleri diğer komşunun bahçesine atarsa burada taşınmaz mala yapılan haksız bir müdahaleden bahsedilebilir. Buna karşılık, eğer kırılan şeyler komşunun bahçesine düşerse, burada ihmal nedeniyle bir haksız fiil sorumluluğu doğar ve taşınmaz mala müdahale nedeniyle dava açılmaz.²² Bir başka örnek verecek olursak, bir kişinin duvarı kötü bir durumda olup taşlar kendiliğinden komşunun bahçesine düşerse, bu müdahale doğrudan olmadığından, taşınmaz mala yapılan haksız fiil söz konusu olamaz. Ancak, eğer bir kişi duvarı bilerek parçalayıp taşları komşunun bahçesine atarsa, yapılan müdahale doğrudan ve fiziksel olduğundan taşınmaz mala yapılan müdahale için dava açılabilir.²³

Taşınmaz mala müdahale mala girilmesinden ileri gelmelidir. Bir taşınmaza girme doğrudan olabileceği gibi dolaylı bir müdahale de söz konusu olabilir.

²⁰ Elliot, Catherine/Quinn, Frances, s. 324; Greene, Brendan, s. 101; Harpwood, Vivienne, s. 232; Owen, Richard, s. 121; Wild, Charles/Weinstein, Stuart, s. 500.

²¹ Uni Study Guides: http://www.unistudyguides.com/wiki/Leases_-_Covenants#cite_ref-6 (Erişim Tarihi: 21.05.2016); Stuhmcke, Anita, s. 96.

²² Elliot, Catherine/Quinn, Frances, s. 324-325; Quinn, Frances, s. 336-337.

²³ Finch, Emily/Fafinski, Stefan, s. 155.

Örneğin, *Westripp v Baldock (1939)*²⁴ davasında, davalının komşunun duvarına dayalı merdiveni, davacının taşınmaz malına yapılan haksız müdahale olarak sayılmıştır. Duvara dayanmak bile haksız bir müdahale olarak sayılmaktadır (bkz: *Gregory v Piper davası, 1829*).²⁵ Başka bir örnek verecek olursak, taşınmaza giriş hakkı kötüye kullanıldığında, taşınmaza giriş için verilen izin süresi sona erdiğinde veya izin verilen kişinin taşınmazdan ayrılması istendiğinde, taşınmaza birşeyler atıldığında veya yerleştirildiğinde doğrudan taşınmaza girilmesi gündeme gelmemekle birlikte taşınmaza yapılan haksız bir müdahalenin söz konusu olduğu kabul edilmektedir.²⁶

1. Taşınmaz Mala Haksız Olarak Girilmesi

Bir kişi herhangi bir izin almaksızın bir başkasının taşınmaz malına bir başka deyişle hava sahasına, arazisinin üzerindeki toprağa temas eder ve giriş yaparsa taşınmaz mala girmek suretiyle haksız fiil gerçekleşmiş olacaktır. *Entick v Carrington (1765)*²⁷ davasında, Kral'ın habercileri Dışişleri Bakanı tarafından verilen emir sayesinde, davacının evine girip kağıtlarını ele geçirmişlerdir. Bu fiil davacının taşınmaz malına yapılan müdahale olarak kabul edilmektedir. Taşınmaza girildiğinin iddia edilebilmesi için en ufak bir sınır kapısının ihlali dahi yeterlidir. *Ellis v Loftus Iron Co (1874)*²⁸ davasında, taşınmaza mala girildiğinin iddia edilebilmesi için, en ufak bir sınır kapısının ihlali (örneğin sadece ayak basma) dava açmak için yeterli olacağına

²⁴ CK Law Learners' Library- Introduction to the Tort of Trespass: <http://www.ckadvocates.co.ke/2013/01/introduction-to-the-tort-of-trespass/> (Erişim Tarihi: 22.05.2016); Owen, Richard, s. 121; Stuhmcke, Anita, s. 94.

²⁵ Harpwood, Vivienne, s. 232; Stuhmcke, Anita, s. 95.

²⁶ Cooke, John, s. 320-321; Elliott/Quinn, s. 325; Finch, Emily/Fafinski, Stefan, s. 156; Harpwood, Vivienne, s. 234-235; Quinn, Frances, s. 334-335.

²⁷ <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/KB/1765/J98.html> (Erişim Tarihi: 22.05.2016); Cooke, John, s. 320.

²⁸ <http://swarb.co.uk/ellis-v-loftus-iron-co-1874/> (Erişim Tarihi: 22.05.2016).

hükmedilmiştir. Ellis davasında, hâkim, bir kişinin başka bir kişinin malı üzerine ayak basmasını, o mal üzerinde yarım mil yürümüş gibi saymış ve sonuç olarak taşınmaz mala yapılan haksız müdahale fiilinin oluştuğunu belirtmiştir. Belirtmekte fayda vardır ki, en ufak bir sınır kapısının ihlali yeterli olacaktır. Örneğin, bir taşınmazın penceresinden veya bahçe çitlerinden elin uzatılması bile taşınmaz mala müdahale fiilini oluşturur.²⁹

2. Taşınmaz Mala Giriş Hakkının Kötüye Kullanılması

Bir başkasının taşınmazına girebilmek için izin alan kişi bu hakkını verilen izni aşarak kullanırsa taşınmaz mala giriş hakkının kötüye kullanmış olur ve bu fiilinden sorumlu olur.³⁰ Örneğin öğrenci yurdunda kalan bir öğrenciye yurdun sahibi tarafından verilen izin kendi odasına girmesi ve ortak alanlardan faydalanması ve buralarda bulunabilmesi ile sınırlıdır. Eğer bu öğrenci diğer öğrencilerin odasına girerse taşınmaza giriş hakkını kötüye kullandığı sonucu doğar ve bu kişinin fiilinden sorumluluğu gündeme gelir.³¹

Bir kişinin taşınmaz mala belirli bir amaç için girmesi konusunda izin verilmiş, ancak bu kişi taşınmaza girdikten sonra izin verilen amaçla ilgisiz birtakım şeyler yapmışsa taşınmaza giriş hakkını kötüye kullanmış demektir. Bu durum taşınmaza haksız müdahale haksız fiilini oluşturur. Örneğin mutfağın badana edilmesi için bir kişi ile hizmet sözleşmesi yapılmışsa ancak bu kişi izin almaksızın yatak odalarına girmişse, taşınmaza giriş hakkını kötüye kullanmış demektir ve bu fiilinden dolayı haksız fiil hükümlerine göre sorumlu olur.³² Bir başka örnek verecek olursak, davacı mal sahibi, davalıya malının üzerinde

²⁹ Cooke, John, s. 320; Elliot, Catherine/Quinn, Frances, s. 325; Quinn, Frances, s. 334; Wild, Charles/Weinstein, Stuart, s. 500.

³⁰ Cooke, John, s. 320; Elliot, Catherine/Quinn, Frances, s. 325; Wild, Charles/Weinstein, Stuart, s. 501.

³¹ Elliot, Catherine/Quinn, Frances, s. 325; Quinn, Frances, s. 334.

³² Elliot, Catherine/Quinn, Frances, s. 325; Quinn, Frances, s. 334.

piknik yapmasına izin verirse, ancak davalı bu fırsatı kullanıp sevdiği çiçekleri kendi bahçesine ekmek için keserse, taşınmaz mala giriş hakkının kötüye kullanılması fiilini oluşturur.³³ Barker v The Queen (1983)³⁴ davasında, davacı evinin anahtarını yokluğunda evine göz kulak olması için davalıya vermiş, ancak davalı bunu kötüye kullanarak eve hırsızlık amacıyla girdiğinde, giriş hakkının kötüye kullanılması nedeniyle davalının taşınmaz malına yapılan haksız müdahale olarak kabul edilmiştir.

Hatırlatmakta fayda vardır ki, taşınmaz mala yapılan haksız müdahale “*actionable per se*”³⁵ olduğu için, herhangi bir zarar ziyanı gerektirmeden başlatılabilen bir dava türüdür.³⁶ Bu da demek oluyor ki, giriş hakkının kötüye kullanıldığı sonucuna varılması için, herhangi bir zarar gerekli değildir. Giriş hakkının kötüye kullanılması (zarar olmadan), taşınmaz mala yapılan haksız müdahale fiilini oluşturur.

3. Haksız Olarak Taşınmaz Malda Kalmaya Devam Edilmesi

Bir taşınmaza yasalara uygun olarak ve taşınmazın sahibinin izni ile giren kişi izin süresi bitmesine rağmen ya da taşınmaz sahibinin bu kişinin taşınmazdan ayrılmasını istemesine rağmen taşınmazda kalmaya devam ederse, taşınmaza müdahale fiilini oluşturur ve müdahale eden kişi bu fiilinden sorumlu

³³ Emily/Fafinski, Stefan, s. 156.

³⁴ Stuhmcke, Anita, s. 94; Findlaw Australia: <http://www.findlaw.com.au/faqs/2998/who-is-a-trespasser-in-relation-to-the-offence-of.aspx> (Erişim Tarihi: 23.05.2016); Victoria Legal Aid Lawyers and Legal Services: Criminal Law Offence Fact Sheet 08.04.2013 tarihli: <http://www.legalaid.vic.gov.au/sites/www.legalaid.vic.gov.au/files/vla-offence-snapshot-burglary.doc> (Erişim Tarihi: 23.05.2016).

³⁵ Cooke, John, s. 319; Elliot, Catherine/Quinn, Frances, s. 324; Finch, Emily/Fafinski, Stefan, s. 153; Quinn, Frances, s. 333.

³⁶ Harpwood, Vivienne, s. 227; Stuhmcke, Anita, s. 93.

olur.³⁷ Örneğin bir kişi evinde parti vermek için arkadaşlarını evine davet eder ve parti sona erdiğinde taşınmaz sahibinin talebine rağmen davetli A taşınmazdan ayrılmayı reddederse, taşınmaz mala haksız müdahale fiili oluşur. Bir diğer örnek verecek olursak, bir kişi, müzenin açılış saatinde müzeye girerse, ancak kapanış saatinde ayrılmayı reddederse veya bir köşede saklanırsa, bu da taşınmaz mala haksız müdahale fiilini oluşturur.³⁸ *Cowell v Rosehill Racecourse Co Ltd (1937)*³⁹ davasına göre; bir taşınmaza yasalara uygun olarak ve taşınmaz sahibinin izniyle giren kişinin izin süresi biterse veya taşınmaz sahibinin bu kişinin taşınmazdan ayrılmasını isterse, o kişi makul süre içerisinde taşınmaz maldan ayrılmalıdır. Ayrılmadığı takdirde taşınmaza müdahale fiili oluşur. Ancak bu gibi durumlarda, mal sahibinin rızasının sona erdiğini bilmek durumundadır. Eğer mal sahibinin rızasının sona erdiğini bilmezse, taşınmaza müdahale fiili oluşmaz ve müdahale eden kişi bu fiilden sorumlu tutulamaz.

4. Taşınmaz Mala Bir Şeyler Bırakılması

Bir kişinin fiili egemenliği altında bulundurduğu bir taşınmaza bir başka kişi birşeyler atar veya koyarsa taşınmaza mala müdahale haksız fiili oluşur.⁴⁰ Bir kişi komşu taşınmaz mala çöplerini dökerse, iş araçlarını park ederse gerçekleştirdiği fiilden sorumlu olacaktır. Bunun için taşınmazın sınırlarının aşılması koşulu aranmaz. Sınırlara değmek yani temas etmek yeterlidir.⁴¹

³⁷ Cooke, John, s. 321; Elliott/Quinn, s. 325; Harpwood, Vivienne, s. 235; Finch, Emily/Fafinski, Stefan, s. 156; Quinn, Frances, s. 334; Wild, Charles/Weinstein, Stuart, s. 501.

³⁸ Quinn Frances, s. 334.

³⁹ [http://www.austlii.edu.au/cgibin/sinodisp/au/cases/cth/HCA/1937/17.html?stem=0&syonyms=0&query=title\(Co](http://www.austlii.edu.au/cgibin/sinodisp/au/cases/cth/HCA/1937/17.html?stem=0&syonyms=0&query=title(Co) (Erişim Tarihi: 23.05.2016); Stuhmcke, Anita, s. 94.

⁴⁰ Cooke, John, s. 321; Elliott/Quinn, s. 325; Harpwood, Vivienne, s. 235; Finch, Emily/Fafinski, Stefan, s. 156; Quinn, Frances, s. 334-335; Wild, Charles/Weinstein, Stuart, s. 500.

⁴¹ Elliot, Catherine/Quinn, Frances, s. 325; Quinn, Frances, s. 335.

Örneğin bir kişi kendi taşınmazına sarmaşık ekerse ve sarmaşık komşunun duvarına doğru büyürse, komşunun çitlerine degecek şekilde kişi kendi taşınmaz malına kazık çakarsa veya bir kişi bisikletini mağaza vitrinine degecek şekilde yattırırsa taşınmaz mala müdahale etmiş sayılır.⁴² Yine komşunun bahçesine ölü bir kedi atılması, davacının toprağında soruna neden olan madde izlerinin tespit edilmesi müdahalenin varlığını ortaya koyar.⁴³

Taşınmaz mala birşeylerin bırakılması, o şeylerin kaldırılmasına kadar bir mütemadi suç oluşturur (continuing trespass).⁴⁴ Mütemadi suç olduğunda, mal sahibinin her geçen gün için dava açma hakkı doğar ve bu hak, bırakılan şeyler malının üzerinde olduğu müddetçe geçerli olacaktır.⁴⁵ Konskier v B Goodman Ltd (1928)⁴⁶ davasında, davalı müteahhitler Nisan 1926'da yan tarafta bulunan evin (komşu evin) çatısına çöp bırakmışlardır. Temmuz 1926'da yan taraftaki evin kiracısı olarak davacı eve taşınmıştır. Eylül 1926'da, davacı kiracının evine çatıda bırakılan çöplerden dolayı sel baskını olmuştur. Mahkeme, bırakılan çöplerin makul bir süre içinde kaldırılmaması nedeniyle, (davacı kiracı Temmuz 1926'da eve taşındığında) kiracının taşınmazına haksız müdahale fiilinden davalı müteahhitler sorumlu bulunmuştur.

Holmes v Wilson (1839)⁴⁷ davasında, davalı, yolu tamir etmek için davacının taşınmazına yolu desteklemek için davacıdan izin almaksızın payanda yerleştirmiştir. Davacı davalıya karşı dava açmıştır ve davada başarılı olmuştur. Ancak davalı payandaları kaldırmadığından, davacı ikinci bir dava açmıştır.

⁴² Elliot, Catherine/Quinn, Frances, s. 325; Quinn, Frances, s. 335.

⁴³ Wild, Charles/Weinstein, Stuart, s. 500.

⁴⁴ Greene, Brendan, s. 102.

⁴⁵ Owen, Richard, s. 121.

⁴⁶ Stuhmcke, Anita, s. 94; Witting, Christian: "Street on Torts", 14. Baskı, Oxford, 2015, s. 309.

⁴⁷ Cooke, John, s. 321; Elliot, Catherine/Quinn, Frances, s. 327; Quinn, Frances, s. 335.

Davalı, dava açma süresini aştığı için davacının dava açma hakkının olmadığını savunmuştur. Ancak, mahkeme, taşınmaz mala bir şeylerin

bırakılmasının, o şeylerin kaldırılmasına kadar bir mütemadi suç oluşturduğu kanaatine varmıştır (continuing trespass) ve davacı yine başarılı olmuştur. Yapılan fiil mütemadi suç olduğunda, mal sahibinin her geçen gün için dava açma hakkı doğar ve bu hak, bırakılan şeylerin malın üzerinde olduğu müddetçe geçerli olacaktır kanaatine varmıştır.⁴⁸

Department for Environment, Food and Rural Affairs v Feakins (2004)⁴⁹ davasında çiğçiler taşınmaz mallarına müdahale nedeniyle uğradıkları zararın tazmini için başvurmuşlardır. Çünkü, mülklerine girilmek suretiyle taşınmaz mallarının karkasları yanmış ve yakılmıştır. Bu nedenle, taşınmaz mala bir şeyler bırakılması suretiyle haksız müdahale fiili oluşmuştur.

Başboş çiftlik hayvanları bir kimsenin taşınmaz malına girerse yine taşınmaz mala müdahale fiili oluşacaktır. Hayvan sahibi bu fiilden dolayı kusursuz olarak sorumlu olacaktır. *League Against Cruel Sports v Scott* (1985)⁵⁰ davasında davalı av hocası davacı ise ava karşı kurulmuş bir örgüttür (anti-bloodsports organisation). Dava konusu Exmoora ait bazı alanlara av köpeklerinin girmesi sonucu haksız müdahaleye ilişkindir. Exmoor vahşi keçiler için sığınak yaratılması amacıyla satın alınan bir alandır. Dava konusu olayda 7 kez başı boş av köpekleri sığınağa girmişler ve mahkeme bu nedenle tedbir kararı vermiştir. Mahkeme verdiği kararda koruma altına alınmış alanların yakınında sürekli av yapılıyorsa, başboş hayvanların bu alanlara girmesinin

⁴⁸ **Deakin, Simon/ Johnston, Angus/ Markesinis, B.S:** “*Markesinis and Deakin’s Tort Law*”, 7. Baskı, Oxford, 2013, s. 402; **Owen, Richard**, s. 121; **Witting, Christian**, s. 308.

⁴⁹ <https://business.highbeam.com/437582/article-1G1-186862274/departement-environment-food-and-rural-affairs-v-hawkins> (Erişim Tarihi: 25.05.2016); **Harpwood, Vivienne**, s. 235-236.

⁵⁰ **Greene, Brendan**, s. 101; **Harpwood, Vivienne**, s. 284; **Owen, Richard**, s. 123.

önlenmesi için etkili bir yol izlenmemesinin, taşınmaz mala yapılan müdahaleye kanıt teşkil edebileceğini dile getirmiştir.

1. Anayola Yapılan Müdahale

Eğer bir kişinin arsasının üzerine bir anayol yapılmışsa, taşınmaz malın sahibinin taşınmaz mala müdahale kurallarının uygulanması açısından anayolun zilyetliğine de sahip olduğu kabul edilir.⁵¹ Eğer bir kişi anayolu bir yere gitmek amacıyla kullanıyorsa, mağaza vitrinine bakmak amacıyla anayolda durmuşsa veya yer sormak için duraklamışsa taşınmaz mala müdahale yapıldığından bahsedilemez.⁵²

Anayollar genellikle bir kişinin taşınmaz malına müdahale etmek amacıyla kullanılmazlar.⁵³

Hickman v Maisey (1900)⁵⁴ davasında anayoldan izlemek suretiyle atların eğitiminin nasıl gerçekleştiğini öğrenen kişinin taşınmaz mala haksız bir müdahale yaptığı sonucuna varılmıştır. Dava konusu olayda davacı yarış atlarının eğitiminden sorumlu kişidir. Arsasının yanından anayol geçmektedir. Davalı yarış haberleri yapan bir gazetenin sahibidir. Sırf atların eğitimini izleyebilmek için iki saat yürümüş ve izlerken atların nasıl eğitildiğine ilişkin notlar almıştır. Ana yolun normal amaç dışında kullanıldığı açıktır ve yapılan bu fiilden davalı sorumludur.

⁵¹ Elliot, Catherine/Quinn, Frances, s. 325; Quinn, Frances, s. 337.

⁵² Elliot, Catherine/Quinn, Frances, s. 325; Wild, Charles/Weinstein, Stuart , s. 501.

⁵³ Elliot, Catherine/Quinn, Frances, s. 325.

⁵⁴ <http://swarb.co.uk/hickman-v-maisey-CA-1900/> (Erişim Tarihi: 25.05.2016); Cooke, John, s. 320; Elliot, Catherine/Quinn, Frances, s. 325; Greene, Brendan, s. 103; Owen, Richard, s.122; Quinn, Frances, s. 337

Hickman v Maisey davasından sonra anayasa yapılan müdahale konusuna mahkemeler daha ılımlı yaklaşmışlardır. *DPP V Jones (1999)*⁵⁵ davasında, mahkeme, anayasa yapılan müdahaleden bahsedebilmek için, yapılan müdahalenin makul olmaması gerekliliğini vurgulamıştır. Örneğin, bu davada davalılar yol kenarında gösteri düzenlemişlerdir. Yukarıda bahsedilen *Hickman v Maisey* davasına göre, taşınmaz mala müdahale yapıldığından bahsedilebilir. Ancak, gösteri boyunca davalılar hiçbir şekilde yıkıcı veya şiddetli davranmadıklarından ve yolu kullananlara engel teşkil etmediklerinden haksız müdahale fiilinden ötürü sorumlu bulunmadılar. Hâkim, bu tür davalarda davalıların anayolu makul bir şekilde kullanıp kullanmadıklarını tespit etmek, mahkemelerin takdir yetkisine bağlı bulunduğundan, *Hickman v Maisey* davası bugün yaşansa, belki de farklı bir sonuca varmak mümkün olurdu.⁵⁶

City of London v Samede (2012)⁵⁷ davasında temyiz mahkemesi anayolda hukuka uygun bir protesto gerçekleştirildiğinde eğer yolun sınırları uzun süreliğine aşılmışsa ve başkalarının anayolu kullanma hakkına engel teşkil ediyorsa, taşınmaz mala yapılan bir müdahalenin söz konusu olacağı sonucuna varmıştır. Mahkemeye konu olan davada protestocuların grup üyeleri St. Paul's Cathedral'inin dışına kamp kurmuşlardır. Müdahaleye konu taşınmaz davalıların sahip olduğu taşınmazdır ve kilisenin önündeki anayolun bir parçası da bu alana dahildir. Davalılar yapılan bu müdahalenin men'i için dava açmış ve protestocuların bu alandan ayrılmasını talep etmişlerdir. Protestocular ise Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile güvence altına alınmış ifade ve toplanma özgürlüğüne sahip olduklarını dile getirmişler ve bu yolla haklarını tatbik etmeye çalıştıklarını ileri sürmüşlerdir. Temyiz mahkemesi davalıların Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi çerçevesinde taşınmaz mal sahibinin haklarına

⁵⁵ <http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1999/5.html> (Erişim Tarihi: 26.05.2016); **Cooke, John**, s. 320-321; **Greene, Brendan**, s. 103; **Harpwood, Vivienne**, s. 232.

⁵⁶ **Elliot, Catherine/Quinn, Frances**, s. 326; **Quinn, Frances**, s. 337-338.

⁵⁷ <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/QB/2012/34.html> (Erişim Tarihi: 26.05.2016).

karşım. 10 ve m. 11 çerçevesinde haklara sahip olduklarını dile getirmekle beraber, yapılan işgalin uzun süre devam etmesi ve anayolun kullanılmasının diğer kişilerin haklarına müdahale oluşturması sonucu taşınmaz mal sahiplerinin haklarının sözleşme tarafından korunan hakların ötesine geçtiği sonucuna ulaşmıştır.

2. Taşınmaz Mala Yapılan Haksız Müdahalenin Devam Etmesi

Taşınmaz mala yapılan haksız müdahale bazı durumlarda süreklilik arzedebilir. Bu durumda haksız müdahale, müdahale ortadan kaldırılıncaya dek devam etmiş sayılacaktır. Örneğin taşınmaz mala birtakım şeyler atılmışsa bu şeyler taşınmazdan alınıncaya kadar müdahale devam ediyor olacaktır.⁵⁸

Yukarıda bahsedilen *Holmes v Wilson (1839)*⁵⁹ davasında, karayolu yetkilileri yol yapım çalışması yaparken çalışanlardan bir kısmı davalının taşınmaz malına yolu desteklemek için davacıdan izin almaksızın payanda yerleştirip müdahale etmişlerdir. Ardından davacının uğradığı zararı ödemek zorunda kalmışlardır. Buna rağmen müdahaleyi yapan çalışanlar müdahaleye devam etmiş ve davacının malından payandaları uzaklaştırmamışlardır. Bunun sonucunda devam eden bu müdahaleden bu kişiler sorumlu tutulmuştur.

3. İlgili Kişi Tarafından Taşınmaz Mala Yapılan Müdahale (Trespass by Relation)

Bir kişi eğer bir taşınmaz malın zilyetliğini alma hakkına sahipse (örneğin bir kiracı, kira sözleşmesi imzalarsa, o malın zilyetliğini sözleşmeyi imzaladığı an alma hakkına sahiptir), ve bu hakkını kullanmak için taşınmaza iki ay sonra

⁵⁸ Bknz: daha önce bahsedilen C: Müdahale'nin Varlığı; 4: Taşınmaz Mala Birşeylerin Bırakılması.

⁵⁹ *Elliot, Catherine/Quinn, Frances*, s. 327; *Quinn, Frances*, s. 335.

girerse, taşınmaz malın zilyetliği kira sözleşmesini imzaladığı an doğar, giriş hakkını kullandığı gün (yani iki ay sonra) doğmaz. Bu da demek oluyor ki, taşınmaz malda kalmasa (yaşamasa) bile, o kişi, mala yapılan herhangi bir müdahale için dava açma hakkına sahip olacaktır. Bu ‘trespass by relation’ olarak bilinen, İngiliz Hukukunda bir ilkedir. Taşınmaz mala giriş yapabilme hakkı süresince taşınmaz mala yapılan herhangi bir müdahale nedeni ile bu kişiler dava açma hakkına sahip olacaklardır.⁶⁰ Bu prensip taraflarca kabul edilmiş kira süresi süresi boyunca kiracının taşınmaz malına yapılan müdahaleler nedeniyle dava açma hakkına sahip olduğu sonucuna ulaşılmasına neden olmaktadır ve taşınmaz malın zilyetliği elde edildiğinde bu ilgili tarafından taşınmaz mala müdahale olarak ifade edilmektedir.⁶¹

4. Taşınmaz Mala Hukuka Uygun Olarak Yapılan Müdahalenin Haksız Müdahaleye Dönüşmesi ve ‘Trespass ab Initio’ Prensibi

Bir kişi ortak hukuk (yada örf ve adet/içtihat hukuku) (Common Law) ve yazılı hukuk (Statute Law) kurallarının verdiği yetkiye dayanarak bir taşınmaza girmiş; ancak bu taşınmazda bulunduğu sürede kanuna aykırı bir davranışta bulunmuşsa, her ne kadar yasaya uygun olarak taşınmaza girsede yaptığı bu davranış nedeniyle girişten itibaren taşınmaz mala haksız bir müdahale yaptığı kabul edilmektedir.⁶² Bu duruma, latince bilinen “trespass ab initio”⁶³ yani “başlangıçtan itibaren haksız müdahale” denilmektedir.

⁶⁰ Cooke, John, s. 323; Elliot, Catherine/Quinn, Frances, s. 327; Quinn, Frances, s. 338.

⁶¹ Cooke, John, s. 323; Elliot, Catherine/Quinn, Frances, s. 327; Quinn, Frances, s. 338.

⁶² Elliot, Catherine/Quinn, Frances, s. 327; Wild, Charles/Weinstein, Stuart, s. 501.

⁶³ Bkz Latince Sözlük: http://www.latin-dictionary.org/ab_initio (Erişim Tarihi: 26.05.2016).

The Six Carpenters Case (1610)⁶⁴ davasında altı marangoz meyhaneye gitmişler, ekmek ve şarap istemişler ve bedelini ödemişlerdir. Daha sonra daha fazla şarap talep etmişler ancak bedelini ödemeyi reddetmişlerdir. Mahkeme, yasaya aykırı olan bu fiilin işlenmesinin geriye dönük olarak taşınmaz mala haksız giriş olarak kabul edileceğini ifade etmiştir. Ancak bununla beraber, davalılar haksız bir fiil işlemediklerinden (ödememek sadece bir ihmal olduğundan), bu fiilden sorumlu tutulamayacakları kanaatine varılmıştır. Eğer meyhanede müdahale gibi bir haksız fiil işlemiş olsalardı, mahkeme, marangozların meyhane'ye girişlerinden itibaren taşınmaz mala haksız bir müdahale yapıldığını kabul edip, 'trespass ab initio' olabileceği kanaatine varabilirdi.

Cinnamond v British Airports Authority (1980)⁶⁵ davasında altı taksi şoförü grubuna dava açılmıştır. Dava konusu olay havaalanının resmi taksi durağına üye olmayan taksi şöförleri tarafından havaalanı müşterisinin alınmasından ileri gelmiştir. Hava alanı resmi bir taksi durağına sahiptir ve standart bir tarife düzenlemesi yapmıştır. Davalılar yolcular taksi durağına ulaşmadan onlara ulaşip taksilerine binmelerini sağlamışlardır. Yüksek bir tarife üzerinden taşıma bedelini yolculara bildirmişler ve yolcular bedeli ödemeyi reddedince bedeli ödememeleri halinde bagajlarını teslim etmeyeceklerini bildirmişlerdir. Lord Denning, dava konusu olayda havaalanı resmi taksi durağı haricinde taksi şöförlerinin yolcu bırakmak amacıyla havaalanına girmelerinin yasaya uygun olduğunu dile getirmiş, ancak kararında şunu vurgulamıştır: yolcu bırakmak için giren taksi şoförü yolcu almak umuduyla havaalanında dolaşma hakkına sahip değillerdir; zira bu durum yasaya aykırı olarak havaalanına girişten itibaren haksız fiilin olduğu müdahalenin var olduğu sonucunu doğurur. Yani onlar

⁶⁴ Bkz: <http://swarb.co.uk/the-six-carpenters-case-1610/> (Erişim Tarihi: 26.05.2016) ve <http://www.commonlii.org/uk/cases/EngR/1572/452.pdf> (Erişim Tarihi: 26.05.2016).

⁶⁵ **Cooke, John**, s. 322; **Elliot, Catherine/Quinn, Frances**, s. 327; **Horse, Kirsty/Rackley, Erika**: "Tort Law", 4. Baskı, Oxford, 2015, s. 521; **Quinn, Frances**, s. 338.

havaalanına girdikten itibaren müdahale eden işgalci kişiler olarak adlandırılırlar.

5. *Trespass ab initio* ve Polis

Polisin mülkiyet hakkına müdahale edebilmesi için somut vakıalara dayanılması gereklidir. Sırf şüphe nedeniyle bir kişinin taşınmaz malına müdahale edilemez. Müdahale etmek için, polis veya kolluk kuvvetlerinin yetkisinin olması gerekir. Yasaya aykırı görülen herşey polis ya da kolluk tarafından otomatik olarak taşınmaz mala müdahale edebilmesi sonucunu doğurmaz.

*Elias v Pasmore (1934)*⁶⁶ davasında, polis, bir kişiyi tutuklamak için evine girmiştir. Kişinin evindeyken, bazı şeyleri almak için polis yetkisi olsa bile, bu yetki, herşeyi kapsamamaktadır. Kapsamayan eşyalara polis müdahalede bulunduğu, mahkeme bu müdahalenin bir haksız müdahale olduğu kanaatine varmış ve polisi bu fiilden sorumlu tutmuştur. Ancak belirtmekte fayda vardır ki, polis, sadece yetkilerini kapsamayan şeyler için sorumlu tutulmuştur. Somut olayda polisin yetkisinin olduğu şeyler için (örneğin, kişinin tutuklanması ve yetkileri olduğu eşyalara el konulması) için ‘trespass ab initio’ prensibi uygulanmaz ve polis sorumlu tutulamaz.

Benzer bir olay, *Chic Fashions (West Wales) Ltd v Jones (1968)*⁶⁷ davasında yer almıştır. Bu davada, polis, davacının evine girip, çalınmış eşya olduğu şüphesiyle bazı eşyaları ele geçirmiştir. Temyiz mahkemesi başlangıçtan itibaren haksız bir müdahalenin olup olmadığı konusunda (‘trespass ab initio’ prensibinin varlığı konusunda) polis araştırmasının içeriğini sorgulamıştır.

⁶⁶ <http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200102/ldjudgmt/jd020516/rott-1.htm> (Erişim Tarihi: 26.05.2016); **Cooke, John**, s. 321; **Elliot, Catherine/Quinn, Frances**, s. 327; **Greene, Brendan**, s. 102; **Quinn, Frances**, s. 339.

⁶⁷ <http://swarb.co.uk/chic-fashions-west-wales-ltd-v-jones-ca-12-dec-1967/> (Erişim Tarihi: 27.05.2016); <http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/1967/4.html> (Erişim Tarihi: 27.05.2016); **Elliot, Catherine/Quinn, Frances**, s. 328; **Quinn, Frances**, s. 339.

Araştırma sonucu evde bulunan malların çalıntı olmadığı ortaya çıkmıştır, ancak bu davranışın “başlangıçtan itibaren” (‘trespass ab initio’) yasaya aykırı olmadığı sonucuna varılmıştır. Somut olayda, mahkeme, ‘trespass ab initio’ prensibini eleştirmiş ve iyi bir prensip olmadığını kanaatine varmıştır. Sonuç olarak, polisin mülkiyet hakkına müdahale edip etmediği konusunda somut vakıalara dayanılması gereklidir. Polis tarafından yasaya aykırı görülen herşey otomatik olarak taşınmaz mala müdahale sonucunu doğurmaz.

Bir taşınmaz mala yapılan müdahale hukuka aykırı olmamalı ve dava edilebilir olmalıdır. Police and Criminal Evidence (PACE) Yasası, 1984 madde 17 (1) uyarınca polis kesin meselelerde taşınmaz mallara girerek görüntü almak ve tutuklama yapmak için taşınmaz mallara girme yetkisine sahiptir. PACE yasası altında polis tutuklamak için bir kişinin evine girdiği zaman evde oturan sakinlere giriş sebeplerini bildirmelidir. Ancak, *O’Loughlin v Chief Constable of Essex* (1998)⁶⁸ davasında, mahkeme, polisin giriş sebeplerini bildirmemesi gerekliliğini vurgulamıştır. Çünkü somut olayda herhangi bir arama gerçekleştirilmemiştir.

§3. Sübjektif Koşul

Bir kişinin taşınmaza mala müdahalesi nedeniyle haksız fiil sorumluluğunun doğabilmesi için gerçekleştirdiği müdahaleyi yapma niyetinde olması gerekir.⁶⁹ Taşınmaz mala yapılan müdahalenin varlığı için gerçekleştirilen fiilin de doğrudan olması gerekir. Eğer komşu taşınmaza kayalar atmak amacıyla bir kişi bir başka kişinin taşınmazının penceresine

⁶⁸ <http://swarb.co.uk/oloughlin-v-chief-constable-of-essex-ca-12-dec-1997/> (Erişim Tarihi: 27.05.2016) ve <http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/1997/2891.html> (Erişim Tarihi: 27.05.2016).

⁶⁹ Elliot, Catherine/Quinn, Frances, s. 328; Quinn, Frances, s. 340.

tırmanmışsa ve bu kayaları atmışsa niyeti açıktır. Bu kişi taşınmaza müdahalesi nedeniyle haksız fiilinden sorumlu olacaktır.

Bununla birlikte şu hususa dikkat etmek gereklidir. Bir kişinin bir taşınmaza girme ya da müdahale etme konusunda niyeti varsa yaptığı fiilin taşınmaz mala haksız bir müdahale olduğunu bilmesi gerekmez.⁷⁰ Müdahale yapan kişinin düşmanlık amacıyla bu fiili gerçekleştirmesi veya problem yaratma niyetinde olması da gerekmez. Örneğin bir kişi komşusundan aldığı izin çerçevesinde komşusunun kulübesinde bulunan bisikleti almak için kulübeye girmek amacıyla hareket etmiş, ancak hataen başka bir kişinin kulübesine girmişse taşınmaz mala yapılan bir haksız müdahale söz konusu olacaktır.⁷¹ Çünkü bu kişinin taşınmaza girme niyeti bulunmaktadır ve bu niyet müdahalenin varlığı için yeterlidir. Yine şehir gezisi yapan bir kişi kaybolmuş ve bir kişinin özel bir taşınmaz malına girmiş ve yürümüşse, mala girme niyeti bulunduğundan yapılan fiil taşınmaz mala müdahale fiili olacaktır. Ancak söylemekte fayda vardır ki, kişi A, B'yi başkasının malının üzerine iterse, B'nin o malın üzerinde olma niyeti olmayıp, haksız müdahaleden de sorumlu tutulamaz.⁷²

Basely v Clarkson (1681)⁷³ davasında davalı bahçesinde bulunan çimlerini keserken komşunun sınırlarına geçme niyeti olmaksızın taşınmaz malına da müdahale etmiş yani kendi malının sınırlarını aşmıştır. Mahkeme çimleri kesme iradesinde kesimin gerçekleştirilmesi nedeniyle müdahale eden kişiyi taşınmaz mala haksız müdahale fiilinden sorumlu tutmuştur.

⁷⁰ Elliot, Catherine/Quinn, Frances, s. 328; Quinn, Frances, s. 340.

⁷¹ Elliot, Catherine/Quinn, Frances,, s. 328; Quinn, Frances, s. 341.

⁷² Elliot, Catherine/Quinn, Frances, s. 328; Quinn, Frances, s. 341.

⁷³ Cooke, John, s. 319; Elliot, Catherine/Quinn, Frances, s. 328; Harpwood, Vivienne, s. 486.

Taşınmaz mala haksız müdahalenin ihmal yoluyla gerçekleştirilebileceği *League Against Cruel Sports v Scott* (1985)⁷⁴ davasında ifade edilmiştir.

Bir kişi bir başkasının taşınmazına kazara veya farkında olmadan müdahale etmişse veya ilgili taşınmazın kendisine ait olduğunu sanmışsa, buna rağmen müdahale fiilinden sorumlu olacaktır. Bununla birlikte, şu konunun iyi tespit edilmesi gerekir. Anayolun bitişiğindeki taşınmaza girilmesi istem dışı gerçekleşmişse örneğin trafik kazası sonucu araç yoldan çıkıp taşınmaza girmişse ne olacaktır? Bu durumda ihmalin varlığını davacı ispatlamak zorunda kalacaktır (*River Wear Commissioners v Adamson*, 1877⁷⁵).

§4. Müdahalede Bulunan Kişinin Mahkemede Kullanabileceği Özel Savunmalar

I. İzin Varlığı

Bir taşınmazın sahibi taşınmazına bir kişinin girmesi veya taşınmazının bu kişi tarafından kullanımı hususunda açık veya zımni olarak izin verirse izin verilen kişi açısından taşınmaz mala müdahale haksız fiili oluşmaz.⁷⁶ Örneğin, *Hurst v Picture Theatres Ltd (1915)*⁷⁷ davasında, bir kişi, film izlemek için sinemaya giriş bileti almışsa, filmin sonuna kadar iznin varlığı karşısında, taşınmaz mala haksız müdahale söz konusu olamaz. Herhalükarda verilen iznin sınırları aşılmamalıdır. İzni veren mal sahibi izne konu sözleşmeyi feshederek malına girilmesine engel olabilir. Ancak böyle bir durum sözleşmeden doğan

⁷⁴ Cooke, John, s. 320; Elliot, Catherine/Quinn, Frances, s. 328; Greene, Brendan, s. 101; Owen, Richard, s. 123.

⁷⁵ Cooke, John, s. 319; Elliot, Catherine/Quinn, Frances, s. 328.

⁷⁶ Cooke, John, s. 323; Elliot, Catherine/Quinn, Frances, s. 328-329; Greene, Brendan, s. 104; Harwood, Vivienne, s. 238; Owen, Richard, s. 123; Quinn, Frances, s. 341; Wild, Charles/Weinstein, Stuart, s. 502

⁷⁷ <http://swarb.co.uk/hurst-v-picture-theatres-ltd-ca-1915/> (Erişim Tarihi: 28.05.2016).

sorumluluğunu gündeme getirir⁷⁸ ve haksız müdahale nedeniyle sorumluluğu doğmaz. Eğer taşınmaz maliki taşınmazına giriş konusunda verdiği izni iptal etmiş ve davalıya eşyalarını taşıması için makul bir süre vermişse, davalı bu süre bitmesine rağmen taşınmaz maldan çıkmazsa taşınmaz mala haksız müdahale fiilinden sorumlu olur.

II. Kanunun Verdiği Yetkinin Kullanılması

Taşınmaz mala müdahalenin gerçekleştirilmesi halinde eğer bir yasal düzenleme bu müdahaleye izin veriyorsa yani müdahale kanuni bir dayanağa istinaden gerçekleştiriliyorsa, bu davranış nedeniyle sorumluluk da doğmayacaktır.⁷⁹ Örneğin Police and Criminal Evidence Act (Yasası) 1984, madde 17 uyarınca polis memurları bir kişinin mülküne tutuklama emrini yerine getirmek üzere girebilir ve araştırma yapabilir. Yasanın açık düzenlemesi nedeniyle polis memurlarını taşınmaz mala müdahale nedeniyle haksız fiil sorumluluğu gündeme gelmeyecektir.

III. Taşınmazın Üçüncü Kişiye Ait Olması

Davalı taşınmaz malın üçüncü bir kişiye ait olduğunu ileri sürerse, taşınmaz mala müdahale nedeniyle davalının sorumluluğu doğmaz. Bu prensip, latince bilinen ‘jus tertii’⁸⁰ yani “üçüncü kişinin hakkı” olarak tanınmaktadır. ‘Jus tertii’ prensibi, İngiliz hukukunda yerleşmiş ve uygulanan kural halini almıştır (*Doe d*

⁷⁸ Cooke, John, s. 323; Elliot, Catherine/Quinn, Frances, s. 328-329; Quinn, Frances, s. 341, Wild/Weinstein, s. 502.

⁷⁹ Cooke, John, s. 324; Elliot, Catherine/Quinn, Frances, s. 329; Greene, Brendan, s. 105; Harpwood, Vivienne, s. 236-237; Owen, Richard, s. 123; Quinn, Frances, s. 341.

⁸⁰ Bknz: Merriam Webster Hukuk Sözlüğü <http://www.merriam-webster.com/legal/jus%20tertii> (Erişim Tarihi: 28.05.2016).

*Carter v Barnard, 1849*⁸¹). Bu kuralın tek bir istisnası bulunmaktadır. Eğer ‘ev sahibi’ taşınmazı kiraya vermişse ve bu hususta ev sahibinin kiraya verme yetkisi yoksa (mal üçüncü bir kişiye aitse), kiracı haksız müdahale davasında taşınmaz malın üçüncü bir kişiye ait olduğu savunmasını yapamayacaktır.⁸²

IV. Zorunluluk Hali

Taşınmaz mala yapılan bir müdahale nedeniyle sorumluluk zorunluluk halinde gündeme gelmemektedir. Zorunluluk hali illiyet bağıını ortadan kaldırmaktadır. Bir kişi bir başkasının taşınmazına zorunluluk halinden dolayı müdahale etmişse bu durum kendisi için özel savunma sebebi teşkil eder.⁸³

Eso Petroleum Co v Southport Corporation (1956)⁸⁴ davasında, davalı gemi kaptanı mecburi olarak geminin yağını boşaltmış ve kıyı kirlenmiştir. Geminin parçalanmasını önlemek ve mürettebatını korumak amacıyla gemiyi karaya oturtmuştur. Davalı yapılan müdahalenin zorunluluk halinden ileri geldiğini ifade etmiş ve müdafaasını bu çerçevede yapmıştır.

Rigby v Chief Constable of Northamptonshire (1985)⁸⁵ davasında, mahkeme yangın çıkmasına sebebiyet veren tehlikeli bir akıl hastasının alışveriş merkezinden çıkarılması amacıyla CS (karbon-sülfür) gazını alışveriş merkezine sıkmanın zorunluluk halinden ileri geldiği savunmasını kabul etmiştir.

⁸¹ Elliot, Catherine/Quinn, Frances, s. 329.

⁸² Elliot, Catherine/Quinn, Frances, s. 329.

⁸³ Cooke, John, s. 324; Elliott/Quinn, s. 329; Greene, Brendan, s. 104-105; Harpwood, Vivienne, s. 237; Owen, Richard, s. 123; Quinn, Frances, s. 341-342.

⁸⁴

http://pcwww.liv.ac.uk/law/sources/esso_petroleum_co._ltd._appellants_and_sout.html (Erişim Tarihi: 28.05.2016).

⁸⁵ <http://swarb.co.uk/rigby-and-another-v-chief-constable-of-northamptonshire-1985/> (Erişim Tarihi: 28.05.2016).

Bununla birlikte mahkeme genellikle zorunluluğun bulunduğu savunmasını kabul edip etmeme konusunda sıkı bir inceleme yapmaktadır. *Monsanto plc v Tilly* (1999)⁸⁶ davasında davacı Montanso çok uluslu bir firmanın sahibidir. Bu firmanın amacı genetiği değiştirilmiş bitkileri geliştirmektir. Bu sürecin parçası olarak İngiltere genelinde kurdukları merkezlerde genetiği değiştirilmiş bitkiler yetiştirmektedirler. Genetiği değiştirilmiş bitkilere karşı olan gruba üye olan kişi bu davada davalıdır. Grup bu şekilde yetiştirilen bitkilerin kamu güvenliği ve çevre sağlığına zarar verdiğini ileri sürmektedir ve bu nedenle yani genetiği değiştirilmiş bitkilerin ortadan kaldırılması için bir kampanya yürütmüştür. Bu kampanya çerçevesinde bu bitkilerin yetiştirildiği toprağa girmişler ve bitkilerin bir kısmını kopartmışlardır. Taşınmaz mala müdahale nedeniyle kendilerine dava açıldığında, zorunluluk halinin söz konusu olduğunu ileri sürüp, sorumluluklarının bulunmadığını iddia etmişlerdir. Yaptıkları savunmada kamu sağlığı ve çevre için deneme bitkilerinin sökülmesinin zorunlu olduğunu iddia etmişlerdir. Ancak mahkeme zorunluluğun gerçekten bulunup bulunmadığını detaylı olarak incelemiş ve savunmayı reddetmiştir. Mahkeme red gerekçesi olarak ilgili grubun yaptığı eylemin kampanyalarını duyurmak amacıyla yapıldığını ve kamu güvenliği ve sağlığı için bir eylemin bulunmadığını dile getirmiştir. Mahkeme kamu ve çevre sağlığı için bir hareketin yapılmış olmasından bahsedilebilmesi için, *tüm bitkilerin* sökülmesinin gerekli olduğunu ifade etmiştir.

Kamu gerekliliği hali yanan evi söndürmenin tek yolunun komşunun evinin bahçesini kullanmak gerekliliğinde gündeme gelebilir. *Cope v Sharpe*

⁸⁶<http://swarb.co.uk/monsanto-plc-v-tilly-and-others-ca-30-nov-1999/> (Erişim Tarihi: 28.05.2016) ve <http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/1999/3044.html> (Erişim Tarihi: 28.05.2016).

(1912)⁸⁷ davasında yangını söndürmek amacıyla taşınmaz mala müdahale edilmesinin haksız fiil oluşturmayacağı dile getirilmiştir. Yüksek mahkeme kanuna aykırı durum yaratan yani müdahaleye izin veren gereklilik hallerinin özel, istisnai durumlar olduklarını ve ancak bu durumların varlığı halinde müdahale edilebileceğini vurgulamıştır (bknz: yukarıda bahsedilen *Monsanto Plc v Tilly*⁸⁸ davası).

§5. Taşınmaz Mala Yapılan Haksız Müdahalenin Hukuki Sonuçları

I. Müdahaleye Sebep Olan Mallara El Koyma Hakkının Doğması

Eğer bir kişi, bir başkasının taşınmaz malına zarar vermişse, zarar gören kişinin zararı giderilene kadar zarar veren kişinin taşınır malına el koyma hakkı vardır; ancak bu malı satamaz veya kullanamaz.⁸⁹ Örneğin, voleybol oynanırken top komşu taşınmazın çitlerine zarar vermişse tazminat alınana kadar topa el konulabilir. Hükümdarlığın mallarına karşı bu hukuki imkan kullanılamaz. El konulan taşınır mal geri teslim edilene kadar haksız fiil davası açılamayacaktır.⁹⁰

*Arthur v Anker (1996)*⁹¹ davasında, davalılar özel bir park yerinde izinsiz olarak (ödenmeden) park edilmiş arabalara kilit vurmak ile görevlendirilmiştir. Park yerinin her tarafında “kilit vurulan arabalar, ancak park ücreti ödendiği takdirde serbest bırakılacaktır” şeklinde yazılar vardır. Davacı, ödeme yapmadan

⁸⁷ <http://swarb.co.uk/cope-v-sharpe-no-2-ca-1912/> (Erişim Tarihi: 28.05.2016).

⁸⁸ <http://swarb.co.uk/monsanto-plc-v-tilly-and-others-ca-30-nov-1999/> (Erişim Tarihi: 28.05.2016) ve <http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/1999/3044.html> (Erişim Tarihi: 28.05.2016).

⁸⁹ Elliot, Catherine/Quinn, Frances, s. 332; Wild, Charles/Weinstein, Stuart, s. 502-503.

⁹⁰ Harpwood, Vivienne, s. 242.

⁹¹ <http://swarb.co.uk/arthur-another-v-anker-ca-1997-2/> (Erişim Tarihi: 28.05.2016); Cooke, John, s. 326; Owen, Richard, s. 124.

arabasını park etmiş, geri döndüğünde ise davalılar tarafından para istenmiştir. İstinaf mahkemesi, bu gibi durumlarda mallara (arabalara) el koyma hakkının doğması mümkün olmayacaktır kanaatine varmıştır. Çünkü arabalar herhangi bir müdahaleye sebep teşkil etmemektedir. Ancak, belirtmekte fayda vardır ki bu davada mahkeme davalıya hak vermiştir, çünkü davacı arabasının kilit vurulacağını bilerek oraya park etmiştir ve park yerinde asılmış olan yazıları görmüştür.

II. Hakkın Kuvvet Kullanarak Bizzat Korunması Hukuki İmkânının Doğması

Taşınmaz mala yapılan haksız bir müdahalenin varlığı halinde devlet kuvvetlerine başvurma zorunda kalmadan mal sahibi zilyetliğini kendi gücüyle koruyabilmekte⁹² ve bu sırada tecavüz eden kişinin şahsına ve malına verdiği zararlardan sorumlu olmamaktadır. Zilyetliği savunmak için kullanılan kuvvet, tecavüzü önleyecek ölçüde ve makul olmalıdır.⁹³ Ölçünün aşılması durumunda mal sahibi zarardan sorumlu olur. Örneğin ihtar suretiyle önlenebilecek tecavüze karşı sopa ile kişinin maldan çıkarılması müdafaa sınırını aşar.

Taşınmaza izinsiz giren kişi barışçıl hareketlerle taşınmazdan ayrılmak için süre istemek zorundadır. Eğer bu kişi taşınmaz mala zorlama ile girmişse derhal ve süre talep hakkı olmaksızın taşınmazı terk etmelidir.⁹⁴

Collins v Renison (1754)⁹⁵ davasında, davalı evine davacıyı merdivenle çıkarken görmüştür ve merdiveni “yavaşça” sallayarak tepki göstermiştir. Davalı, merdivenin alçak olduğunu ve merdiveni “yavaşça döndürerek kendisini yere düşürdüğünü” savunmuştur. Mahkeme uygulanan kuvvetin ölçülü yani

⁹² Elliot, Catherine/Quinn, Frances, s. 331; Wild, Charles/Weinstein, Stuart, s. 503.

⁹³ Elliot, Catherine/Quinn, Frances, s. 331.

⁹⁴ Wild, Charles/Weinstein, Stuart, s. 503.

⁹⁵ Harpwood, Vivienne, s. 226; Mullis, Alatair/ Oliphant, Ken: “Torts”, 4. Baskı, London, 2011, s. 234.

makul olmadığına karar vermiştir. Uygulanan kuvvetin makul olmadığı durumlarda gerçekleşen fiil suç oluşturur.⁹⁶

*Hemmings v Stoke Poges Golf Club (1920)*⁹⁷ davasında, davacı, davalının kulübesini kiralamıştır. Davalı, kira sözleşmesini fesh edip, davacının kulübeden çıkmasını istemiştir. Davacı ise, kulübeden çıkmayı reddetmiştir. Davalı, kulübeye girip davacının eşyalarını alıkoymuştur. Davacı yine çıkmayınca, davalılar tekrar girip, bu defa davacıyı dışarı çıkarmıştır. Mahkeme, bu müdahalenin haksız bir müdahale olmadığını ve makul olduğunu kanaatine varıp, davalıyı davranışlarından dolayı sorumlu tutmamıştır.

Zilyetliğini bizzat korunması, tecavüze karşı koyma tarzında pasif şekilde olabileceği gibi, gaspedilen malı gaspedenin kovalayıp ondan geri almak şeklinde aktif olabilir. Zilyetliğin bizzat korunması için zilyedin tecavüzlere karşı aktif savunma yetkisi yoksa da yapılacak muhtemel tecavüzleri önleyebilir, pasif savunma tedbirleri alabilir. Örneğin bahçeye köpek konulabilir. Ancak alınacak tedbirlerin savunma sınırını aşmaması gerekir. Bir kişi taşınmaz malına girilmemesi için sınıra elektrikli teller koyamayacağı gibi mayın da döşeyemez.

III. Zararın Tazminini Talep Hakkının Doğması

Taşınmaz mala haksız müdahale edilmesi durumunda dava açabilme hakkının doğması için herhangi bir zararın gerçekleşmesi zorunlu değildir. Bunun nedeni ise; taşınmaza yapılan haksız müdahale, ‘actionable per se’ dava türü olmasından kaynaklanmaktadır. *Watkins v Secretary of State for the Home*

⁹⁶ Elliot, Catherine/Quinn, Frances, s. 332.

⁹⁷ <http://swarb.co.uk/hemmings-v-the-stoke-poges-golf-club-limited-ca-1920/> (Erişim Tarihi: 29.05.2016).

*Department (2006)*⁹⁸ davasında, Lordlar Kamarası, ‘actionable per se’ olan haksız fiil dava türlerinde, hesaplanacak tazminatın itibari olması gerekliliğini vurgulamıştır. Bu gibi davalarda hesaplanacak zarar, gerçek zarar olmaması durumunda itibari olacaktır.⁹⁹ Tazminat itibaridir çünkü mahkeme, bir kişinin yasal haklarına müdahale olduğunu kabul etmekte, ancak gerçek bir zarar ziyanın gerçekleşmediğini görmektedir.¹⁰⁰ Örneğin, eğer davalı, davacının taşınmaz malına arabasını park etmişse bu fiil davacının malına bir müdahale teşkil etmekle birlikte, davacıya herhangi bir zarar ziyana uğratmamaktadır.¹⁰¹ Bu gibi durumlarda, mahkeme, davacının esas amacının tazminat olmadığı ve davalının arabasını taşınmaz malına park etmemesi şeklinde (müdahalenin durdurulması için) bir mahkeme emri istediğini öngörmektedir. Sonuç olarak, verilen tazminat itibaridir.

*Sinclair v Gavaghan (2007)*¹⁰² davasında davalı komşu mülküne girmek suretiyle müdahale etmiştir. Mahkeme zararı tespit ederken bir siteye düzenli olarak giriş izni için ödenecek bedel ne ise o bedeli dikkate almıştır.

⁹⁸ <http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/2006/17.html> (Erişim Tarihi: 29.05.2016) ve <http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200506/ldjudgmt/jd060329/watkin.pdf> (Erişim Tarihi: 29.05.2016).

⁹⁹ Wild, Charles/Weinstein, Stuart, s. 503.

¹⁰⁰ Elliot, Catherine/Quinn, Frances, s. 408-409; Finch, Emily/Fafinski, Stefan, s. 229.

¹⁰¹ Finch, Emily/Fafinski, Stefan, s. 229.

¹⁰² Baker, Matthew/ Shaw, Keith: “Laying Down the Law”, Estates Gazette, 06.12.2008 <http://www.pinsentmasons.com/pdf/pl-layingdownthelaw.pdf> (Erişim Tarihi: 29.05.2016); Sinclair, Graham: “Damages in Trespass” 13.11.2013, s. 2 <http://www.ealaw.co.uk/articles/damages-in-trespass> (Erişim Tarihi: 29.05.2016).

IV. Müdahalenin Durdurulması İçin Mahkemeden Emir Alma Hakkının Doğması

Bir kişinin taşınmaz malına yapılan müdahale devamlılık arz ediyorsa ve taşınmaz tehlikede ise müdahalenin men'i için ara emri alma hakkı doğacaktır. *Udal & Another v Dutton & Another* (2007)¹⁰³ davasında taşınmazın bir duvarının kısmen tahrip edilmesi söz konusudur. Diğer tarafın rızası dışında tahrip gerçekleşmiştir. Mahkeme dava açılması için zararın varlığının zorunlu olmadığını dile getirmiş ve müdahalenin men'i emri vermiştir.

Müdahale cüzi veya önemsiz olduğunda, mahkeme müdahalenin durdurulması için emir vermez. Örneğin, *Llandudno UDC v Woods* (1889)¹⁰⁴ davasında, belediye, deniz kenarında faaliyet gösteren papazın haksız müdahale oluşturduğundan papaza karşı müdahalenin durdurulması için mahkeme emri talep etmiştir. Ancak müdahale cüz'i olduğundan, mahkeme bu talebi reddetmiştir.

V. Müdahale Sonucu Taşınmaz Malda Oluşan Değer Kaybı ve Taşınmaz Maldan Elde Edilen Kazançların Hukuki Durumu

Taşınmaz malın sahibi olan davacı, malın davalı tarafından kullanıldığı sürece davalının elde ettiği kazançları, taşınmazın uğradığı değer kaybı nedeniyle maruz kalacağı zararları, fiili hakimiyete yeniden kavuşulabilmek için

¹⁰³ <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/TCC/2007/2862.html> (Erişim Tarihi: 29.05.2016).

¹⁰⁴ **Cooke, John**, s. 326; http://law-of-tort.blogspot.com.cy/2007_01_01_archive.html (Erişim Tarihi: 30.05.2016).

yaptığı makul harcamaları davalıdan talep edebilir.¹⁰⁵ Bu hukuki sonuç, İngiliz hukukunda ‘mesne profits’ olarak bilinmektedir.¹⁰⁶

Iverugie Investments Ltd v Hackett (1995)¹⁰⁷ davasında davalılar, davacı kiracıyı otel kompleksinde bulunan apartmandan dışarı atmıştır. Otel kompleksinde bulunan tüm kiralar için makul bir kira tazminat olarak belirlenmiştir. Müdahaleye konu binada oturan kişiden alınan ücret doluluk oranına göre yüzde 35-40 olarak belirlenmiştir. Ancak, mahkeme bu bedeli esas almamıştır. Mahkeme bunun nedenini ise, bu sürede tazminat bedelinin doluluk oranına göre değil, bütün kompleksten (maldan) elde edilebilecek kazancın esas alınması gerektiği şeklinde açıklamıştır.

Sonuç

Taşınmaz mal sahibi malına haksız bir müdahale yapılması durumunda mal üzerinde varolan hakkını kanunun kendisine tanıdığı sınırlar içerisinde bizzat koruyabileceği gibi dava açmak suretiyle de müdahalenin sona ermesini ve uğradığı zararın tazmin edilmesini talep edebilmektedir.

Taşınmaz sahibi malına bir müdahale söz konusu olduğunda kural olarak dava açmak suretiyle müdahalenin kaldırılmasını ve zararının tazminini sağlayabilir. Ancak ilgili bu davanın açılabilmesi için bazı koşulların gerçekleşmesi gerekir. Bu koşullar, objektif ve sübjektif koşuldur. Objektif koşul; ilgili malın bir taşınmaz mal olması, dava açan kişinin zilyetlik hakkına sahip olması ve bir müdahalenin mevcudiyetidir. Sübjektif koşul ise taşınmaz

¹⁰⁵ Elliot, Catherine/Quinn, Frances, s. 331; Wild, Charles/Weinstein, Stuart, s. 503.

¹⁰⁶ Cooke, John, s. 325-326;

¹⁰⁷ <http://swarb.co.uk/inverugie-investments-ltd-v-hackett-pc-1995/> (Erişim Tarihi: 30.05.2016); Cooke, John, s. 325-326; Harpwood, Vivienne, s. 229; Owen, Richard, s. 124.

mala müdahale yapma niyetinin varlığıdır. Taşınmaz mala yapılan müdahalenin varlığı için gerçekleştirilen fiilin doğrudan olması gerekir.

Çalışmamızda taşınmaz mala yapılan haksız müdahalenin koşulları incelendikten sonra, yine mahkeme kararları çerçevesinde müdahalede bulunan kişinin mahkemede kullanabileceği özel savunmalar, daha sonra taşınmaz mala yapılan haksız müdahalenin hukuki sonuçları incelenmiştir.

KAYNAKLAR

Baker, Matthew/ Shaw, Keith: “*Laying Down the Law*”, Estates Gazette, 06.12.2008 (<http://www.pinsentmasons.com/pdf/pl-layingdownthelaw.pdf>)

Cooke, John: “*Law of Tort*”, 9. Baskı, London, 2009

Deakin, Simon/ Johnston, Angus/ Markesinis, B.S: “*Markesinis and Deakin’s Tort Law*”, 7.Baskı, Oxford, 2013

Elliot, Catherine/Quinn, Frances: “*Tort Law*”, 9.Baskı, London, 2013

Finch, Emily/Fafinski, Stefan, “*Tort Law*”, 5.Baskı, 2015

Greene, Brendan: “*Course Notes: Tort Law*”, London, 2012

Harpwood, Vivienne: “*Principles of Tort Law*”, 4. Baskı, London, 2000

Horsey, Kirsty/ Rackley, Erika: “*Tort Law*”, 4.Baskı, Oxford, 2015

Mullis, Alatair/ Oliphant, Ken: “*Torts*”, 4. Baskı, London, 2011

Owen, Richard: “*Essential Tort Law*”, 3.Baskı, London

Sinclair, Graham: “*Damages in Trespass*” 13.11.2013,
(<http://www.ealaw.co.uk/articles/damages-in-trespass>)

Stuhmcke, Anita: “*Essential Tort Law*”, 2.Baskı, London, 2001

Quinn, Frances: “*Tort Law*”, 2012.

Wild, Charles/Weinstein, Stuart: “*Smith and Keenan’s English Law*”, 17. Baskı, United Kingdom, 2010.

Witting, Christian: “*Street on Torts*”, 14.Baskı, Oxford, 2015

İctihat Kararları:

AG Securities v Vaughan (1990)

Anchor Brewhouse Developments v Berkley House (Docklands) Development (1987)

Arthur v Anker (1996)

Barker v The Queen (1983)

Basely v Clarkson (1681)

- Chic Fashions (West Wales) Ltd v Jones (1968)
- Cinnamond v British Airports Authority (1980)
- City of London v Samede (2012)
- Collins v Renison (1754)
- Cope v Sharpe (1912)
- Cowell v Rosehill Racecourse Co Ltd (1937)
- Department for Environment, Food and Rural Affairs v Feakins (2004)
- Doe d Carter v Barnard (1849)
- DPP V Jones (1999)
- Elias v Pasmore (1934)
- Ellis v Loftus Iron Co (1874)
- Entick v Carrington (1765)
- Esso Petroleum Co v Southport Corporation (1956)
- Gregory v Piper (1829)
- Hemmings v Stoke Poges Golf Club (1920)
- Hickman v Maisey (1900)
- Holmes v Wilson (1839)
- Hurst v Picture Theatres Ltd (1915)
- Iverugie Investments Ltd v Hackett (1995)
- Konskier v B Goodman Ltd (1928)
- League Against Cruel Sports v Scott (1985)
- Llandudno UDC v Woods (1889)
- Lord Bernstein of Leigh v Skyviews and General Ltd (1978)
- Manchester Airport plc v Dutton (2000)
- Monsanto plc v Tilly (1999)
- O'Loughlin v Chief Constable of Essex (1998)
- Perera v Vandiyar (1953)
- Rigby v Chief Constable of Northamptonshire (1985)

River Wear Commissioners v Adamson (1877)

Sinclair v Gavaghan (2007)

The Six Carpenters Case (1610)

Udal & Another v Dutton & Another (2007)

Watkins v Secretary of State for the Home Department (2006)

Westripp v Baldock (1939)

İnternet Sayfaları:

CK Law Learners' Library- Introduction to the Tort of Trespass:

<http://www.ckadvocates.co.ke/2013/01/introduction-to-the-tort-of-trespass/>

Findlaw Australia: <http://www.findlaw.com.au/faqs/2998/who-is-a-tresspasser-in-relation-to-the-offence-of.aspx>

Latince Sözlük: <http://www.latin-dictionary.org>

Law of Tort Blogspot: http://law-of-tort.blogspot.com.cy/2007_01_01_archive.html

Merriam Webster Hukuk Sözlüğü <http://www.merriam-webster.com/legal/jus%20tertii>

Parliament Publications:

<http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200102/ldjudgmt/jd020516/rott-1.htm>

Uni Study Guides: http://www.unistudyguides.com/wiki/Leases_-_Covenants#cite_ref-6

Victoria Legal Aid Lawyers and Legal Services: Criminal Law Offence Fact Sheet:

<http://www.legalaid.vic.gov.au/sites/www.legalaid.vic.gov.au/files/vla-offence-snapshot-burglary.do>

DEVLET TEBAASI ve ULUS DEVLETİ

State Subject and Nation State

Ar. Gör. Erkut Sivrikaya*

Özet

Kandaş toplumun hukuku yani töre, bir tek yasa koyucunun elinden çıkmaz, nesiller boyu kendiliğinden oluşur. Uygar toplumu kandaş toplumdaki farklı kılın özellik sınıflı ve devletli oluşudur. Devlet, cebir tekeli elinde bulunduran bir tahakküm aygıtıdır. Bu aygıtın meşruiyeti nereden gelir? Gökten mi iner, yerden mi fışkırır? Bir kralın tebaasıyla ulus arasındaki fark nedir? Uygar toplumda hukuk nasıl ortaya çıkar?

Anahtar Kelimeler; Ulus, Milliyetçilik, Tebaa, Egemenlik, Meşruiyet

Abstract

Instead of single lawmaker generations of people spontaneously creates the kinship law. Civilized society differs from kinship society owing to state and class distinction. State is a domination device that holds the monopoly over violence. Where does the legitimacy of this device come from? Does it fall from the sky, or burst from the ground? What is the difference between a king's subjects and a nation? How does the civilized society create the law?

Keywords; Nation, Nationalism, Subject, Sovereignty, Legitimacy

* *Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Tarihi Anabilim Dalı, Araştırma Görevlisi*

Giriş

Hukuk nedir ve nasıl ortaya çıkmıştır? Toplumsal bir hayvan olan insanın birlikteliğini düzenleyen kurallar her daim olmuştur. Nitekim Romalılar da “*Ubi societas ibi ius est*”¹ derdi. Hukuku; ahlak, din ve görgü kuralları gibi diğer normatif sistemlerden devlet yaptırımıyla ayırd etmekteyiz. Uygar toplum için hukuk ve devlet öyle bir bütünsellik içindedir ki cümle içerisinde birbirleri yerine kullanılabilmektedir. Fakat uygarlık öncesi toplumlarda devlet olmadığından “hukuk” demekte zorlandığımız kurallar kandaş örgütlenme ile bütünüştür. Töre, tabu, kandaş hukuk gibi farklı şekillerde ifade edilebilen bu kuralların kendi sosyal örgütlenmeleri ile sahip oldukları sıkı bağ, uygar toplumun hukuk - devlet sarmalındaki sıkı bağ ile paralellik arz eder. Yani hukuk-devlet ne kadar aynıysa kabile-töre de o kadar aynıdır. Öyleyse hukuksuz toplum yoktur demekle Romalılar pek de haksız sayılmazlar. Bu toplumların bütünselliğinden doğan manevi baskı ile oluşan toplumsal kontrol mekanizmaları, düzen sağlayıcı bir aygıtı (yani devleti) gereksiz kılar.

Bu halde, “*Ubi societas ibi musica est*”² demek de mümkündür. Müzik pek çok dilde benzer şekilde ifade edilir. İngilizce (music), Almanca (musik), Arapça (musiki), Fransızca (musique), Rusça (muzika) gibi Dünyanın büyük çoğunluğu tarafından benzer şekilde ifade edilen “Müzik” Yunanca **Μουσική** (mousiki) kelimesinden gelmektedir. Müzik neden çoğu toplumda Yunanca adlandırılmaktadır? Müzik, Yunanlar tarafından mı icat edilmiştir? Bu durum pek mümkün görülmemektedir, zira müzik insanlık için adeta içgüdüsel bir yetidir, öyle ki dilden daha eski hatta dilin icadına etken bir unsur olarak

¹ Latince; “Nerede toplum varsa, orada hukuk vardır.”

² Latince; “Nerede toplum varsa, orada müzik vardır.”

görülebilir³. Öyleyse diğer toplumlar müziği Yunanlardan mı öğrenmiştir? Bu sorunun cevabı kısmen evet olabilir. İnsanlık antik Yunan medeniyetinden evvel de müzik yapmaktaydı ve çağlar içerisinde farklı toplumlar tarafından farklı müzik ekolleri oluşturuldu. Fakat antik Yunan medeniyetinin bu alandaki katkısı, müziği tıpkı geometri ya da matematik gibi bir disiplin şeklinde ele alarak müzik üzerine sistematik çalışmalar yapmış olmalarıdır. Nitekim az evvel belirtilen matematik ve geometri kelimeleri de Yunanca kökenli olup aynı nedenden ötürü çoğu toplumca benzer şekilde ifade edilmektedir. Antik Yunan medeniyetinin müziğe bilimsel metodolojik yaklaşımı ve bu çalışmaların daha sonra çoğu toplum tarafından ortak iletişim dili olarak kullanılan Latince ve Arapça gibi dillere çevrilmesi sayesinde “Müzik” kelimesi pek çok dilde yer edinmiştir.

Müzik kavramına değinilmesinin sebebi benzer yollardan geçerek pek çok dilde yer edinen demokrasi kelimesine açıklık getirmektir. Demokrasi kavramı da tıpkı müzik gibi antik Yunan medeniyetinin bir icadı değildir. Hatta antik Yunan için “demokrasinin mucidi” yerine katili demek daha yerinde olur. Kadınlara siyasî haklar tanınmayan, kölelik müessesesinin mevcut olduğu antik Yunan kent devletlerini nasıl demokratik addedebiliriz? Tabi bu durumda yegâne katil antik Yunan değildir, uygarlığa geçen her toplum bu katliamı gerçekleştirmiştir. Bu nedenle “*Ubi societas ibi democratia est*”⁴ diyebilmemiz mümkün değil. Zira demokrasi uygar toplum için olmazsa olmaz değildir. Uygarlık öncesi toplum, sınıfsız eşitlikçi yapısı sayesinde “hukuk” için devlet gibi toplumdan ayrı bir aygıtı vasıta edinmediğinden kaçınılmaz olarak demokratiktir. O demokrasi kaybedildiği an toplum uygarlığa adım atmış olur.

³ Joseph Jordania, “Who Asked The First Question? The Origins of Human Choral Singing, Intelligence, Language and Speech”, Ivane Javakhishvili Tbilisi State University, Tibilisi 2006, s. 311 - 314.

⁴ Latince; “Nerede toplum varsa, orada demokrasi vardır.”

Hukuku başlangıçta toplumca doğrudan yaratan insan, çoğaldıkça doğrudan münasebetlerin imkânsızlaşması sebebiyle hukuku dolaylı yöntemlerle üretmeye başlar. Bu insanın doğal hali olmasa da, insan doğasını aşabilecek kapasitededir.

I. Devletin İcadı

Devlet, Marksizm'den Liberalizme kadar çoğu görüş tarafından hoş karşılanmayan bir varlıktır. Devlet, cebir tekeli elinde bulunduran bir tahakküm aygıtıdır. Güdülme insanların pek hoşuna gitmediğinden doğaldır bu anlayış. Kandaş örgütün doğal bağlarının yerini alan bu baskı aracına neden ihtiyaç duyarız? İlk devleti kimler, neden ve nasıl kurmuştur? Bu konuda tatmin edici bir cevap veren ilk kişi İbn Haldun'dur. Zor şartlarda yaşayan asabiyesi yüksek Badava (Bedeviler yani kandaşlar ve özellikle göçebe kandaşlar), yerleşik tarım toplumu Hadara (Hazeriler yani yukarı kandaşlar ve uygarlar) üzerine çöreklenerek sınıfsal fark ve devleti oluşturur⁵. Oppenheimer da bu fetih devletlerinde çobanların toprak mülkiyetine dayalı kara devleti ve balıkçıların para ekonomisine dayalı deniz devleti şeklinde bir ayrıma gider⁶. Fakat sürü hayvanın ve balıkçılığın olmadığı dağlarda İnka uygarlığı nasıl oluşabilmiştir? Bu durumda nüfus baskısı ile doğrudan ilişkilerin statü ilişkilerine dönüşmesi muhtemeldir⁷. Burada fatih çobanların vazifesini toprağı mülk edinen çiftçiler üstlenir. Kandaş toplumda yüz yüze ilişkilere dayanan işbirliğini sürdürmek

⁵ Ümit Hassan, “İbn Haldun Metodu ve Siyaset Teorisi”, 4. Baskı, Doğu Batı Yayınları, Ankara 2010, s. 172-219.

⁶ Franz Oppenheimer, “Devlet”, çev. Alâeddin Şenel – Yavuz Sabuncu, Phoenix Yayınevi, Ankara 2005, s. 49-60; Oppenheimer, yolu devlete açan toplulukları çobanlar ve Vikingler olarak belirtir.

⁷ Henri J.M.Claessen – Peter Skalnik, “Erken Devlet”, çev. Alâeddin Şenel, İmge Kitabevi, Ankara 1993, s. 56 ve 311.

nüfus kalabalıklaştıkça zorlaşır. Gönüllü kandaş işbirliği için bireylerin birbirlerini tanıyıp güvenmesi şarttır. Kalabalıklar içerisinde bir zümre toplumun geri kalanını zorlayabilecek konuma gelirse devlet kurulmuş olur.

İster fetih yoluyla ister nüfus baskısıyla olsun devletin ortaya çıkabilmesi teknik üretici güçlerde büyük bir atılım olan neolitik devrimin sağladığı imkân sayesinde gerçekleşmiştir. Fakat bu bağlantı tarımın hemen devletin icadına yol açacağı yanılgısına yol açmamalıdır⁸. Nüfus yoğunlaşması, bireyler arasındaki doğrudan ilişkilerin sağladığı toplumsal kontrol mekanizmalarını⁹ zayıflatarak topluluk içindeki eşitliği erozyona uğratar ve şef gittikçe daha etkin bir konuma yükselir, toplumsal düzeni sağlayan bireyler arası manevi bağın yükü azaldıkça doğrudan ilişkiler yerini statü ilişkilerine bırakır. Nüfus arttıkça iktidar kuvvetlenir ya da iktidar kuvvetlendikçe nüfus artar. Nüfus ve iktidar arasındaki birbirini besleyen sarmal bir ilişkidir bu. Tabi nüfus arttıkça teknik ilerler, ilerleyen teknik nüfusu daha da artırır. Topluluk içi yatay ilişkiler zayıflar, iktidarın zor gücü sayesinde su kanalları ve barajlar inşa edilir¹⁰.

Kandaş toplumun hukuku yani töre, bir tek yasa koyucunun elinden çıkmaz, nesiller boyu kendiliğinden oluşur. Neolitik öncesi avcı toplayıcı kandaşlar mülkiyet nedir bilmediğinden çatışmalardan kaçınma eğilimindedir. Çünkü yağmalanacak malı olmayan bu kandaş gruplar çatışacak olursa

⁸ İnsanlığın ilerlemesinde oransal hız (Ratio of human progress) etkisi. Bkz. Lewis Henry Morgan, Eski Toplum I, çev. Ünsal Oskay, 2. Baskı, Panel Yayınevi, İstanbul 1994, s. 98.

⁹ “*Toplumsal kontrolü gerçekleştiren mekanizmalar, hukuk hariç, düzeni sürdürme yolunda tek merkezden bir bilinçli çabaya dayanmaz. Grubun dolaysız olarak uyguladığı baskı ve nüfuz, hiçbir yaptırıma gerek olmadan kontrolü gerçekleştirir.*” Mehmet Tevfik Özcan, “İlkel Toplumlarda Toplumsal Kontrol”, 2. Baskı, XII Levha Yayıncılık, İstanbul 2012, s. 334.

¹⁰ Bu durum “hidrolik tuzak” olarak da adlandırılır. Bkz; Oktay Uygun, “Devlet Teorisi”, XII Levha Yayıncılık, İstanbul 2014, s. 43.

kaybedecekleri şeyler elde edeceklerinden daha fazladır. Neolitik devrim sayesinde üreten insan, çatışmaları muhtemel hale getirir. Başlangıçta sadece askeri önder olarak ortaya çıkan şefin kudreti çatışmalarla artar. Güvenlik özgürlüğe tercih edilir. Üretim varsa yağma da olur, savaş da. Ordu - Devlet sarmalı, tavuk - yumurta sorusu gibidir. Ordu mu devleti kurar yoksa devlet mi orduyu? Devlet meşru cebir tekeline sahip organizmayla orduyu onun kurmuş olması gerekir. Lakin başlangıçta devleti yaratan sınıfsız silahlı kandaşlardır. Devleti kuran tagallüp ve hüküm ordudan gelir, devletle gelen sınıflaşma neticesinde muktedir zümre dışında kalanlar silahsızlandırılır ya da muktedir zümre kendi haricindekilerden daha iyi silahlanırken ötekilerin silahları önemsizleşir. Bu süreçte topluluğun nesillerdir yarattığı törenin yerine geçecek olan hukuka karşı direnci sadece kahr ve tagallüp ile bastırmak sürdürülebilir değildir. Bu dönüşüme rıza sağlamak için yok edilen törenin hukukla uyumlu olduğu inancı yaratılmalıdır. Peki, bu inanç nasıl sağlanır? Devletin meşruiyeti nereden gelir? Gökten mi iner, yerden mi fışkırır?

II. Tebaa Devleti

Uygar toplumu farklı kılan özellik sınıflı ve devletli oluşudur. Yazı bu farkın en belirgin göstergesidir. Yazı yüz yüze ilişki kurmayan insanlar için bir iletişim tekniği ve Gemeinschaft/topluluktan Gesellschaft/topluma geçildiğinin alametidir. Devlet öncesi kandaş toplumda eşitlik esastır, sınıfsal fark ve hiyerarşi hayal dahi edilemez. Fakat kalabalıklaşan toplumda doğrudan ilişkilerin imkânsızlığı bazı kişilerin iktidar elde etmesine yol açar. Muktedirin toplum bütünselliğini bozması kendisi için asabiyet yaratmasını zorunlu kılar.

Kandaşlıktan uygarlığa geçişi somut örnekler üzerinden gözlemleyecek olursak mesele açıklığa kavuşacaktır. Burada yazısız olan toplumun inanç ve örgütlenme yapısını anlayabilmek için kandaşların kullandığı terimlere

eğilmemiz gerekir. Eski Türklerde **tör** / **töz** totem manasında kullanılmakta ve kendi soylarının kaynağı olan atalarını işaret etmektedir. Bu kökten türeyen **töre** / **tüze** ise takip edilmesi gereken ataların yolu yani tabulardır. Yakutça **törüt** doğurmak; **törüppüt** ana, analar, ata anlamındadır. Altay destanlarında **tör** belli soya bağlı olanlar, halk manasında kullanılırken, **töremek** çeşitli Türk lehçelerinde halkolunmak-yaradılmak anlamına gelir. **Türk** adı da, ilk olarak Ziya Gökalp'in işâret etmiş olduğu üzere, “atalarının yolundan gidenler, töreliler” manasında **töre**'den türemiştir¹¹. Eski Türklerde kandaşların önderi olan **Han – Khan – Kagan – Hakan** ünvanı ve şamanî inanç içerisinde önemli yeri olan **kam** örgütlülüğü ifade eden **kan**'dan gelmiştir. Kutsallık ifade eden kavramın zamanla kabilenin adı haline gelmesi ve daha sonra kabile önderini karşılar unvan haline gelmesi hatta giderek “hüküm” uygulayan anlamına dönüştüğünü çeşitli toplumlarda gözlemleyebiliriz. Örneğin Kongo'dan Tanzania'ya kadar Bantuca konuşan halk arasında **mvami – bami** terimleri kabile üyeliği anlamına gelirken **bwami** kabile önderi, hükümdar anlamına gelmektedir¹².

Antik Hint-avrupa toplumunun temel yapısal unsurlarından biri “klan, kabile, kan birliği” manasına gelen ***k'en-(t^h-)** sözüdür. Bu terimin etimolojik kökeni “doğurma” manasına gelen ***k'en-** sözüdür. Latince kandaş birlik manasındaki **gens** sözü de buradan gelmektedir. Almancanın arkaik bir diyalekti olan Gothçada bu söz **kuni**, İngilizcede ise **kin** olarak karşımıza çıkar. Kandaşlık teriminin tam İngilizce karşılığı **kinship**'tir. Proto-cermen dilinde lider anlamına gelen **kuningaz**, Almanca **könig**, İngilizce **king** sözü buradan gelir. Proto-hint-avrupa dilince kandaş örgütlenme için kullanılan bir diğer terim yine doğumla alakalı ***Hons-/*Hns-** sözüdür. Bu söz Hititçe **has-**

¹¹ Ümit Hassan, “Eski Türk Toplumı Üzerine İncelemeler”, 3. Baskı, Doğu Batı Yayınları, 2009 Ankara, s. 137 - 38.

¹² İbid. 198-203.

“doğum” olarak karşımıza çıkar, kabile manasında **hassatar** sözünün köküdür. Bir diğer Anadolu halkı Luvilerde ise **hasu-**, **hamsa**, **hamasa** şeklinde kullanılır bu sözler. Hititçe kral **hassu-**, kraliçe **hassu-ssara** ve Luvice kraliçe **hasusara** aynı etimolojik köke dayanır. Kandaş topluluklar birliği anlamında kullanılan söz ***t^heu-t^h-**, Hititçede ordu manasına gelen **tuzzi** sözüne dönüşürken eski Almanca halk anlamında **diot - diutisc** olarak karşımıza çıkar ki **Deutsch** adı buradan gelir. **Töton** adı da halk anlamına gelen **theudo** sözünden türemiştir. İşte bu “halk” sözü Gotça **þiuda** şeklinde kullanılırken, **þiudans** halkın lideri anlamına gelir. Aynı şekilde eski İzlandacada **þjóð** halk anlamında, **þjóðann** lider anlamındadır. Almanların İsveççe **Tysk**, İtalyanca **Tedesco** olarak anılması da bu sebeptendir¹³.

Türk, Bantu ve Hint-Avrupa dillerinde kullanılan terimlerin dönüşümü üzerine verdiğimiz bu örnekler örgütsel dönüşümün inançsal temellerini gözler önüne sermektedir. Eşitlikçi kandaş yapıyı yıkarak kendini inşa eden uygarlık kandaşlığın terimlerini gasp etmektedir. Bu geçiş aşamasında eskinin yöntemi alınıp dönüştürülerek uygulanır ve yeni sistem yaratılarak eskinin yöntemi yok edilir. Böylece kandaş bütünsellik ve bunun sağladığı kudret tek bir kişide somutlaşarak devletin yaratılmasına yol açar.

Toplumsal yapının haklılığına olan inanç o toplumu mümkün kılar. Asabiyet bir inançtır. Bu nedenle devletsiz toplum olur ama inançsız toplum olamaz. Devlet, inanca dayanarak kutsallaşır. Hukuk, kimin hangi haklara ne kadar sahip olabileceğini belirten bir ideolojidir. *Ancien Régime* yani köhne yönetime güç veren ideoloji dindir. Meşruiyet göklerden geliyorsa itaat edip öte dünyada mükâfat ummaktan başka çıkar yol yoktur. Devlet neylerse güzel eyler.

¹³ Thomas V. Gamkrelidze - Vjaceslav V. Ivanov, “Indo-European and the Indo-Europeans: A Reconstruction and Historical Analysis of a Proto-Language and a Proto-Culture”, Mouton De Gruyter, New York 1995, s. 652 - 53; 7.4. Terms for social groupings and their leaders

Bu halde insan hukukun oluşumuna dâhil olmayı aklından dahi geçiremez. Devletin ilk başta zorla sağladıklarının tatlı neticeleri onu meşru kılan tanrının lütfu gibi görülür. Angaryanın açtığı kanallar tarlaları sulayıp karınları doyurur mesela. Ya da devlet ticaret yollarını güvenceye alır ve halkın refah seviyesi yükselir. Hayır ve şer göklerden gelir. Memleketin ahvali iyi ise tanrı devletten memnun demektir. Eğer işler yolunda değilse bu tanrının gazabıdır ve yaradana isyan etmeyen halk devlete başkaldırır. Tanrının devleti istikrarlı bir yönetim değildir. Tebaa; Halkın pasifidir, tâbi olan, emre uyan demektir. Tebaanın hakkı ona lütfedildiği kadardır. Ülkenin sahibi devlettir, tebaa ise o devlete hizmet için vardır. Bu ilahi bir emirdir.

“Eğer RAB ‘den korkar, O’na kulluk ederseniz, O’nun sözünü dinleyip buyruklarına karşı gelmezseniz, hem siz hem de önderiniz olacak kral Tanrınız RAB ‘bin ardınca giderseniz, ne âlâ!’”¹⁴

“Herkes, baştaki yönetime bağlı olsun. Çünkü Tanrı’dan olmayan yönetim yoktur. Var olanlar Tanrı tarafından kurulmuştur. Bu nedenle, yönetime karşı direnen, Tanrı buyruğuna karşı gelmiş olur. Karşı gelenler yargılanır.”¹⁵

“Allah’a itaat ediniz, Resule de itaat ediniz ve emir sahiplerine de”¹⁶

Bedevilerin hazeriler üstüne çöreklenmesi devleti ortaya çıkartabilir ama bu vaka fetih günü hemen gerçekleşmez. Otoriter kliğin etkinliklerinin rutinleşmesi ile gücü katlanarak artar ve kendi varlığını destekleyecek bir kültür oluşturur¹⁷. Böylece tedricen hapisaneler, saraylar kurulur ve cebir tekelleşir. Çoğalan malların kaydı ve kolayca el değiştirebilmesi için yazı ve para icat olunur. Tapınağın beslediği asabiyet devletin inanç temelini oluşturur. Devletin

¹⁴ Tevrat, Samuel, 12:14

¹⁵ İncil, Romalılar, 13:1,2.

¹⁶ Kuran, Nisâ, 4:59.

¹⁷ Henri J.M.Claessen – Peter Skalnik, “Erken Devlet”, çev. Alâeddin Şenel, İmge Kitabevi, Ankara 1993, s. 136 ve 319.

cebir tekeline meşrulaştırmak bağlamında din önemli bir rol oynar. Elbette bu ilahî meşruiyetin pratik teorileri de mevcuttur. Kınalızade Ali Efendi bu durumu Daire-i Adalet diye adlandırır;

*“Adldir mûcib-i salâh-ı cihan, Cihan bir bağdır dîvarı devlet, Devletin nâzımı şeri’attır, Şeri’ata olamaz hiç hâris illâ melik, Melik zapt eyleyemez illâ leşker, Leşkeri cem’ edemez illâ mal, Malı cem’ eyleyen râiyettir, Râiyeti kul eder pâdişah-ı âleme adl.”*¹⁸

Yani; Dünyanın kurtuluşu için adalet gerekir, Dünya bir bağdır duvarı devlettir, Devleti kuran şeri’attır, Şeri’ata sultan gerekir, Sultana asker gerekir, Askere para gerekir, Para tebaadan gelir, Tebaayı sultana kul eden adalettir. Öyleyse adalet mülkün temelidir. İbn Haldun da devleti mülk olarak adlandırır. Sultan anlamına gelen melik sözü de aynı kökten gelir. Mülkün sahibi meliktir.

III. Ulus Devleti

Ulus; halkın aktifidir, egemendir, hukuku yaratandır. Ulus devlet ile meşruiyet gökten yere iner. Kanun önünde eşit yurttaşlardan oluşan ulus adeta bir yeryüzü tanrısıdır. Ulus devletle kuvvetler ayrılığı prensibi benimsenir, insanlık onuru ve haysiyeti güvence altına alınır. Peki, bu insan onur ve haysiyetinin manası nedir? Alman Anayasa Mahkemesi’nin 2006 tarihli bir kararı bu soruyu cevap verir niteliktedir.¹⁹ Karar, teröristler tarafından kaçırılan uçakların düşürülmesine cevaz veren bir kanuna ilişkindir. *“Böyle bir duruma ‘korumasız ve çaresiz olarak’ terkedilmiş olmak, muhatapların onur sahibi ve devredilmez hakların süjesi olma niteliğinin hiçe sayılması demektir.*

¹⁸ Aslı Yılmaz Uçar, “Osmanlı-Siyaset-Yönetim Düşün Geleneği: Daire-i Adalet’in Yönetimi”, Memleket Siyaset Yönetim Dergisi, C.7, S.17, 2012/17, ss.1-34. Ayrıca bkz; Kınalızâde Ali Efendi, “Devlet ve Aile Ahlâkı”, Baskıya hazırlayan: Ahmet Kahraman, Tercüman 1001 Temel Eser, no. 69, s. 283.

¹⁹ BVerfGE, 1 BvR 357/05, 15/02/2006.

Başkalarının kurtuluş aracı olarak öldürülmeleri, onları nesneleştirir ve aynı zamanda hak sahibi olmaktan çıkarır”²⁰ gerekçesiyle ilgili kanunu anayasaya aykırı bulunur. İnsanın araçsallaştırılması, insanlık onurunun hiçe sayılması demektir. “Eğer biz bir varlığı akıl sahibi bir varlık olarak tasarımılamak istiyorsak ve hareketleri bakımından da kendi nedenselliğinin bilinci içinde bulunan, yani bir irade ile donatılmış bir varlık olarak tasarımılamak istiyorsak, özgürlük idesini kabul etmek zorunda kalırız.”²¹ Akıl sahibi insan kendi başına amaç olan varlıktır, bir eşya gibi kullanılamaz, araçsallaştırılmaz. Hak, akıllı insanın yani Homo Sapiensin iradesini güvence altına alır.

“Varoluşları bizim irademize değil, doğaya dayanan varlıklar, akıl sahibi olmayan varlıklar olduğunda, ancak araç olarak görelili bir değeri vardır, işte bu yüzden onlara şeyler denir; oysa akıl sahibi varlıklara kişiler denir; çünkü bu sonuncuların doğal yapıları onları kendi başına amaçlar, yani yalnız araçlar gibi kullanılamayacak şeyler olarak gösterir, böylece de tüm kişisel seçmeyi (her türlü keyfiliği) sınırlamış olurlar bu amaçlar (bu da saygıya değer bir şeydir). Bu amaçlar, eylemimizin sonucu olarak varoluşları bizim için değeri olan sadece öznel amaçlar değildir; bunlar, nesnel amaçlardır, yani kendi başına varoluşları amaç olan ve yerine yalnız araç olarak hizmet edecekleri başka bir amaç konulamayan şeylerdir; çünkü onsuz (nesnel amaçsız) mutlak değeri olan hiçbir şey, asla bulunamaz. Fakat her değer eğer koşullu, dolayısıyla da rastlantısal olsaydı, akıl için en yüksek (üstün) pratik bir ilke bulmak bütünüyle imkânsız olurdu.”²²

²⁰ Fazıl Sağlam, “Hukuk Devleti ve Terör”, AÜSBFD, Cilt:62, Sayı: 3, Prof. Dr. Yavuz Sabuncu'ya Armağan, Temmuz-Eylül 2007, s. 299.

²¹ Kant, Fikir Mimarları Dizisi 2, çev. Nejat Bozkurt, Say Yayınları, 3.baskı, İstanbul 2010, s. 242.

²² Ibid, s. 218.

Jean Paul Sartre'ın dediği gibi “*insan özgür olmaya mahkûmdur*”²³. Çünkü varoluş özden önce gelir²⁴, yani insan kendini yaratır. Önce var olur, yani dünyaya gelir, ardından aldığı kararlarla kendisini şekillendirir, yaptıklarından ve olduğundan sorumlu olur. O zaman eskilerin deyişiyle *Vox populi vox dei*, yani halkın sesi hakkın sesidir.

Tabi ulusun egemen olması iktidarın hümanist duygularından değil iktisadi yapılanmadan ileri gelir. Servetin topraktan ticarete kaymasıyla yeni oluşan burjuva sınıfı iktidarı ele geçirme arzusundadır. Baldırı çıplaklar (sans culottes) soylular karşısında burjuvanın müttefiki olacaktır. Soylu toprak meliklerinin iktidarı ulus adıyla sarsılır. Ulus ile kast edilen nedir? “*Ulus diye bir kavram var diyorsak, onu halktan ayrı tutmamız gerekecek. Onun için halkı, yalnız bugünkü halk olarak tanımlayıp, milleti de bugünkü insanlar topluluğu değil de, onların ecdadı ve onların torunları diye düşündüğümüz zaman bir yücelik yaratmış oluyorsunuz. Geçmişle, geleceğiyle tarihin içine yerleştiriyorsunuz, bugünkü halkı onun içine oturtuyorsunuz. Onun için ona belki ulusal irade sahipliği vereceksiniz. Geçici, fani insanlardan oluştuğunu bildiğiniz halde, siz ona faniliğin üstünde bir güç atfedeceksiniz ki, o güce dayanarak kralın ya da falanca müstebidin elinden o yetkiyi alasınız.*”²⁵ Soyluları deviren halka güven olmayacağından halktan öte bir varlık üretmek şarttır. Ulus zamandan ve mekândan münezze, tanrı benzeri bir kutsal varlıktır. Yeni tarz bir asabiyet yaratır. Bu asabiyetin temeli ne olacaktır? Etnisite mi? Dil

²³ Jean Paul Sartre, Varoluşçuluk, çev. Asım Bezirci, Say Yayınları, 27.baskı, İstanbul 2017, s. 47.

²⁴ Ibid, s. 39.

²⁵ Kamu Hukukçuları Platformu, “Küreselleşen Dünyada Anayasal Demokrasi” konulu toplantı, 19-20 Mayıs 2011 Lefkoşa, Yakın Doğu Üniversitesi Yayınları, 2013 Lefkoşa, s.318. Prof. Dr. Mümtaz Soysal’ın “Anayasal Demokrasi ve Üniter Devlet” başlıklı konuşması.

mi? Din mi? Sınıf mı? Hukuk mu? Tebaa – Ulus karşılaştırmasını somut örnekler üzerinden yapacak olursak mesele daha kolay anlaşılacaktır.

A. Nazi Almanya'sı (Etnik Kimlik)

I. Dünya savaşı sonrası Almanya'da monarşiye son verilerek cumhuriyet kurulur. Anayasayı hazırlayan konseyin Weimar şehrinde toplanmış olması sebebiyle Weimar Cumhuriyeti olarak bilinir fakat Weimar Anayasasında devletin resmi adı “*Deutsches Reich*” yani Alman İmparatorluğu olarak belirtilir. Nitekim 1871 Alman birleşmesinden beri devlet bu adla anılmaktaydı. Nasyonal Sosyalist İşçi Partisi (Nazi) 30 Ocak 1933 tarihinde meclis çoğunluğunu elde etmesinin ardından Hindenburg'un ölümüyle Hitler başkanlık ve cumhurbaşkanlığı makamını ele geçirir. Birden fazla makamı üstlenen Führer Hitler bu haliyle Augustus Octavius'u hatırlatır. Birden fazla magistralığı üstlenen Gaius Octavius fiilen imparatordur ama cumhuriyetin sürdüğünü iddia eder. Almanya da buna benzer bir haldedir. Devlet, III. Reich²⁶ olarak anılmaya başlanmakla beraber Weimar Anayasası Nazi iktidarının sonuna dek yürürlükte kalacaktır.

“1919 Weimar Esas Teşkilât Kanunu ilga edilmemiş olmakla beraber nasyonal sosyalist iktidar elinde tamamıyla bir oyuncak mahiyetini almış ve bu kanunla vazedilmiş olan esaslardan en ufak bir kısım bile bu devirde tatbikat sahasında yer bulamamıştır. Nazi iktidarı çıkardığı münferit kanunlar ve emirnamelerle 1919 Anayasasına tamamıyla

²⁶ İlk Reich, Kutsal Roma Cermen İmparatorluğudur. İkinci Reich, Alman birliğinin sağlanmasıyla 1871'de kurulur. Nazi iktidarıyla kurulan üçüncü imparatorluktur.

aykırı ve sadece kendi ideolojisine uygun bir rejimin doğmasını sağlamıştır.”²⁷

“*Ein volk, ein reich, ein führer*”; Tek millet, tek devlet, tek önder. Her şey Alman ulusu adına ve Alman ulusu içindir. En azından iktidarın iddiası bu yöndedir. Dil, tarih, duygu, ülkü, gelenek ve görenek birliği olan insanları ulus devlet çatısı altında toplamak için milliyetçilik ideolojisi 18.yy’da ortaya çıkmıştır. Ulus devlet için ulusal egemenlikten, ulusal egemenlik içinse temel haklardan söz etmemiz gerekir. Temel hak ve hürriyetlerin güvence altına alınması halkın mücadelesi neticesinde gerçekleşebilmiştir. Günümüz hukuku ile karşılaştırıldığında 18. yy kanunları için hukuki eşitlik tanımı iddialı görülebilir fakat ülke içerisinde bölgeden bölgeye değişen feodal hukuk yerine ülke genelinde uygulanacak kanunlar hukuku yeknesak hale getirmiş ve feodal statüleri ortadan kaldırmıştır. Eşitlik henüz sağlanamamış fakat feodal hukuka nazaran bir iyileşme gözlenmektedir. Köhne rejimin ilahi temelli egemenliğinin yerini ulusal egemenlik alırken tebaa hak sahibi yurttaşa dönüşür. Burjuva devrimleri klasik temel hakları ortaya koyar fakat yoksul halk kitlesi için manasız kalır. Eğitimsizken düşünce hakkının, parasızken mülkiyet hakkının ne anlamı olurdu? İşçi mücadeleleri neticesi elde edilen yeni temel haklar insanlık onuru için ileri bir adım olur. Bu yeni sosyal haklar devlet-yurttaş arası münasebetleri arttırırken, ücretsiz zorunlu temel eğitimin ulus kimliği aşılması gibi, ulus asabiyetini oluşturacak yeni yollar da üretmiştir. 1871’de sağlanan Alman birliği de bu yolu izleyerek ortak bir Alman kimliği yaratır.

III. Reich ulus devlet değil, tebaa devletidir. Parti ideolojisi din, “Alman Milleti” tanrı, Führer ise bu tanrının yeryüzündeki temsilcisi gibidir. Kutsallaşan milletin yüksek çıkarları uğruna fani halkın hakları kurban edilir.

²⁷ Orhan Kürkçüer, “*Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası ve bu Anayasayı Meydana Getiren Amiller*”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt 22, Sayı 1-4 (1957), s. 98 (88-111).

Totaliter bir dine dönüşen Nazi ideolojisi toplu törenleri ve baskın propagandasıyla meşruiyetini sağlayacak bir mitos yaratır. Alman ırkından olmayanların, komünistlerin, muhaliflerin, eşcinsellerin, genetik hastalıklardan mustarip kimselerin vatandaşlık hakları elinden alınır. Bu şartlar altında ulusal egemenlik değil parti egemenliği söz konusudur. Milliyetçiliğin devlet tarafından benimsenmesi, tüm eylem ve işlemlerin ulusun refahı uğruna olduğu iddiası gibi nedenlerle yanılgıya düşülmemelidir. Ulus devlet için milliyetçilik tek başına yeterli gelmez, ulusun egemen olması, kuvvetler ayrılığının sağlanması, temel hak ve hürriyetlerin güvence altına alınması gerekir. Nazi iktidarından ders alan Federal Almanya mücadelecı demokrasi anlayışını benimseyerek insanlık onurunu anayasasına temel edinecektir.

B. Suudi Arabistan (Dinî Kimlik)

Suudi Arabistan'ın tüm halkı Arap ve Müslümandır. Devlet üniter yapıdadır. Tek devlet, tek millet, tek dil, tek din, tek kültür, halkı bütünleştiren bir ideoloji Suudi Arabistan'ı ulus devlet yapar mı? El cevap, yapmaz. Suudi Arabistan modern zamanlarda olsa da geçmişte kalmış bir mutlak monarşidir. Tam bir *Ancien Régime* yani köhne yönetimdir.

Vehabi ideolojisinden destek alan Suudi aşireti önce Osmanlı Devletine ardından Hâşimîlere²⁸ karşı mücadele vererek Arap yarımadasına hâkim olur. Meşruiyetini dinden alan Suudi Meliklerinin hâkimiyeti mutlaktır, yani yetkilerini sınırlayan bir kural yoktur. Yasalar kralın arzusuna göre yapılır, kralın arzusuna göre uygulanır, son tahlilde en yüksek yargı mercii kraldır.

²⁸ Kureyş kabilesinin Hâşimî kolu, İslâm peygamberinin aşireti olması sebebiyle İslâm âleminde saygı görmektedir. Birinci dünya savaşı esnasında Mekke emiri olan Şerif Hüseyin el Hâşimî, İngiltere'yle ittifak kurarak Osmanlı Devletine isyan eder ve Hicaz Kralı olur. Savaş sonrası Hâşimîler; Hicaz, Irak, Ürdün, Suriye gibi Arap ülkelerinde Kral olurlar. Hâşimî hanedanı halen Ürdün'de hüküm sürmektedir.

Suudi Arabistan Esas Teşkilat Kanunu'na (El Nizam el Esasi lil Hüküm) göre devletin dini İslâm, düsturu (anayasası)²⁹ Kuran ve Sünnettir (madde 1). Vatandaşlar Krala biat eder (madde 6). Yasama, yürütme ve yargı erki kralın elindedir (madde 44). Devlet insan haklarını şeriata uyduğu müddetçe güvence altına alır (madde 26). Kral olağan üstü hallerde devleti müdafaa için ne gerekirse yapar (madde 62). Dinî Kimlik başlığı altında incelenebilecek bir diğer örnek İran İslâm Cumhuriyeti dahi kısıtlı da olsa halkın hukuk yaratma sürecine katılmasına cevaz vermektedir. Kanun önünde eşitlik yoktur. Gayri Müslimler ve kadınlar, Müslüman erkeklerle eşit haklara sahip değildir. Esas Teşkilat Kanununda belirttiği gibi halk biat edendir, tebaadır. Siyasal katılımın olmadığı bu sistem günümüze kadar varlığını sahip olduğu ekonomik imkânlar sayesinde sürdürebilmiştir. Bununla beraber gelişen teknik sayesinde petrole olan ihtiyacın azalması Suudi hanedanını reform yapmaya zorlamaktadır.

“Son yıllarda petrol fiyatlarında yaşanan düşüşten olumsuz etkilenen Suudi Arabistan, ekonomisini çeşitlendirmek ve güçlendirmek amacıyla Veliaht Prens Muhammed bin

Selman'ın mimarı olduğu ve 2030 Vizyonu adını verdiği ekonomik ve sosyal reformlar programını hayata geçirmiştir. 2030 Vizyonunun ekonomik ayağında kamu harcamalarının azaltılması, gelirlerin arttırılması, yabancı yatırımları teşvik etmek amaçlanırken, sosyal

²⁹ Arapça düstur olarak belirtilen bu kelime kimi dillere “anayasa / constitution” olarak çevrilirken bu kanunun kendisi “temel yasa / basic law” şeklinde çevrilmektedir. Bkz. Suudi Arabistan Washington Büyükelçiliği resmi internet sitesi; <https://www.saudiembassy.net/basic-law-governance> (E.T. 29/05/2018) “Article 1: The Kingdom of Saudi Arabia is a sovereign Arab Islamic State. Its religion is Islam. Its constitution is Almighty God's Book, The Holy Qur'an, and the Sunna (Traditions) of the Prophet (PBUH). Arabic is the language of the Kingdom. The City of Riyadh is the capital.” Düstur; yasa, kural, ilke anlamına gelir. Osmanlı devletinde mevzuat “Düstur” adı altında toplanırdı, bu usul cumhuriyet döneminde de devam etmektedir.

kısmında toplumsal reformlar gerçekleştirilmektedir. Bu bağlamda, 2018 yılında kadınlara araba kullanma hakkı sağlanması, yine 2018 Mart ayından itibaren sinemalara izin verileceğinin duyurulması, 2016 yılında kurulan Eğlence Genel İdaresi tarafından ilk defa yabancı sanatçıların katıldığı çeşitli etkinlik ve konserler düzenlenmesi ve bu etkinliklere kadınların da katılması, 2030 Vizyonu çerçevesinde bilhassa kadınların istihdam edilmesi yönünde gerçekleştirilen toplumsal reformlardır.”³⁰

C. Kuzey Kore (Sınıfsal Kimlik)

Kore Demokratik Halk Cumhuriyeti (KDHC) ulus devlet midir? Anayasasına göre egemenlik temsilcileri aracılığıyla emekçi halkındır (madde 4). Tüm yurttaşların oy hakkı eşittir (madde 6). Tüm vatandaşlar eşit haklara sahiptir (madde 65). Fakat, devletin her tür eylem ve işlemi Kore İşçi Partisi önderliğinde gerçekleştireceği belirtilir (madde 11). Devlet, sınıf çizgisine bağlı kalmalı, halk iktidarını ve sosyalist sistemi, tüm düşman unsurlara karşı savunmak için halkın demokratik diktatörlüğünü güçlendirmelidir (madde 12). Milli Savunma Komisyonu Başkanı, Devletin yüce lideridir (madde 100). Yani, anayasada halkın egemen olduğu iddia edilse de Nazi Almanya’sında olduğu gibi bir parti egemenliği söz konusudur. “Yüce” sıfatıyla kutsallaştırılan lider hukuken meclise karşı sorumlu (madde 105) görülmekle birlikte fiilen egemen konumundadır.

“Kore Demokratik Halk Cumhuriyeti ‘Songun’ (önce ordu) olarak adlandırılan politika temelinde komünist bir rejime sahiptir. Bu çerçevede, ordunun rejim içinde ağırlıklı bir konumu bulunmaktadır. Bu

³⁰ T.C. Dışişleri Bakanlığı resmi internet sitesi; <http://www.mfa.gov.tr/suudi-arabistan-siyasi-gorunumu.tr.mfa> (E.T.30/05/2018).

politika, Kuzey Kore'nin kurucusu ve ilk lideri olan Kim İl-sung tarafından 1980'li yıllarda geliştirilmiş olan ve 'Juche' olarak adlandırılan ideali temel almaktadır. Bu ideal, sosyalist ideoloji ve yönetim şeklinin Kuzey Kore şartlarına uyarlanması şeklinde ortaya çıkmış ve uygulanmıştır. Hâlihazırda Kuzey Kore'deki siyasi sistem, 'Juche' ideali çerçevesinde 'Suryong'un (lider) tek ve mutlak hâkimiyetine dayanmaktadır. Bütün önemli kararlar lider tarafından alınmakta ve liderin almış olduğu bu kararlar parti ve ordu tarafından uygulamaya konulmaktadır."³¹

Şimdiki yüce lider Kim Jong-un'dan evvel bu görevi babası Kim Jong-il, ondan evvel de dedesi Kim İl-sung yürütmüştür. Bu "demokratik" diktatörlük³² babadan oğula geçen bir monarşi görünümü sergilemektedir. Demokratik yollarla iktidarın değiştirilebilmesi fiilen mümkün olmadığından, halkın hukuk yaratma sürecine katılım kısıtlıdır. Bu şartlar altında Kuzey Kore halkı egemen bir ulus değil tebaadır.

D. İsviçre (Hukukî Kimlik)

Çok dilli, çok dinli, çok kültürlü, federal yapıdaki İsviçre ulus devlet midir? İsviçre Anayasasına göre devlet yurttaşlar hak ve hürriyetlerini güvence altına alır, onlara fırsat eşitliği sağlar (madde 2). Devlet hukukla bağlıdır, eylemlerinde kamu yararını güder (madde 4). İnsanlık onuruna saygı duyulmalı ve korunmalıdır (madde 7). Herkes kanun önünde eşittir (madde 8). İsviçre, hukuk yaratma sürecine katılımın en ileri örneklerinden birini sergiler.

³¹ T.C. Dışişleri Bakanlığı resmi internet sitesi; <http://www.mfa.gov.tr/kuzey-kore-siyasi-gorunumu.tr.mfa> (E.T.30/05/2018).

³² Bkz. Kore Demokratik Halk Cumhuriyeti Anayasası madde 12.

“Günümüzde doğrudan demokrasi örneğine yalnızca İsviçre’nin çok küçük nüfuslu Appenzell, Glaris ve Unterwald kantonlarında rastlıyoruz. Bu kantonlarda seçmenler Pazar günü geniş bir alanda toplanıp yasaları oylar ve bunları uygulayacak olanları seçer. Doğrudan demokrasinin günümüz büyük devletlerinde uygulanma şansı yoktur. Bu nedenle demokratik yönetimin yaygın uygulama biçimi temsili yönetim şeklindedir. Ancak doğrudan demokrasi düşüncesi, etkisini temsili demokrasi ile birlikte uygulanan yarı doğrudan demokrasi yöntemleriyle sürdürmektedir.”³³

Referandum, halk girişimi, halk vetosu gibi yöntemlerle İsviçre ulusu yasama erkine doğrudan müdahale edebilmektedir. Uzun yıllardır mektupla oy kullanma olanağı bulunan İsviçre, vatandaşların internet üzerinden oy kullanmasını sağlayacak bir sistemi kullanıma sunmuş, oy kullanan vatandaşlar devletin kendilerine verdiği şifreyle oylarını takip edebilmiştir³⁴. Siyasal katılım imkânlarını daha da geliştirmeye çalışan İsviçre’de ulus bariz şekilde egemen konumdadır.

“İsviçre gibi dilsel ve dinsel çeşitliliğin toplumsal yapıyı şekillendirdiği bir ülkede söz konusu farklılıklar ile halkoylamalarının karşılıklı etkileşimleri önem kazanmaktadır. Sardi ve Widmer dil, din, sınıf ve cinsiyet fay hatlarının genel olarak seçmenlerin karar alma sürecine olan etkisinin sınırlı olduğunu ileri sürmekte, buna karşın seçmen tercihlerinin, askerlik, göç politikaları ve çalışma hayatına ilişkin

³³ Fazıl Sağlam, “Anayasa Hukuku Ders Notları”, Yakın Doğu Üniversitesi Yayınları, 2013 Lefkoşa, s. 80-81.

³⁴ Jan Gerlach and Urs Gasser, “Three Case Studies from Switzerland: E-Voting”, Internet & Democracy Case Study Series, Berkman Center Research Publication No. 2009-03.1, MARCH 2009 <http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/-dpadm/unpan042529.pdf> (E.T. 29.10.2017).

meseleler başta olmak üzere, yaş ve eğitime bağlı olarak belirgin değişiklikler gösterdiğini belirtmektedirler. Buna karşılık Trechsel ve Kriesi, farklı aidiyetlerin çeşitli halkoylamalarında farklı etkilerde bulunduğuna dayanarak toplumun değişmez bir biçimde kültürel ve sınıfsal açıdan bölünmüş olmadığını ileri sürmekte ve bu durumun İsviçre doğrudan demokrasisi için ‘cesaret verici’ olduğunu belirtmektedirler.”³⁵

Etnisite ve dili ayrı başlıkta incelemek örtüşmeleri sebebiyle gereksiz olurdu. Bu nedenle “Dil Kimliği” gibi ayrı bir başlık açmak lüzumsuzdur. Bununla beraber meseleyi kısaca gözden geçirecek olursak Yugoslavya ve Çekoslovakya iyi birer örnek olabilir. Güney Slav Ülkesi anlamına gelen Yugoslavya farklı halkları kapsamakla birlikte lengüistik açıdan büyük farklar yoktur. Boşnak, Hırvat, Sırp kimliği arasındaki fark dil temelli değil din temellidir. Çek ve Slovaklar arasında da dil büyük ölçüde benzer olduğu halde yüzyıllar içerisinde farklı birer kimlik oluşturmuşlardır. Aynı dilleri konuşan bu halklar aynı etnik gruptan olsalar da sosyal, kültürel, ekonomik, politik sebeplerle ayrı kimlikler inşa etmişlerdir. Fakat İsviçre’de farklı dil konuşan halklar etnik farklılıklara rağmen ortak bir kimlik oluşturmayı başaramışlardır. Dili, dini, ırkı ne olursa olsun farklılıklarına rağmen beraber yarattıkları hukuk önünde eşit olan insanlar ulusu oluşturur. Ulus, üyelerini eşit ve egemen kılan bir hukukî kimliktir.

³⁵ İlker Gökhan Şen, “Doğrudan Demokrasi: Kurumlar, Hukuki ve Siyasi Sorunlar”, Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Doktora Tezi, Eskişehir 2010, s. 150.

Sonuç

Kandaş toplum yüz yüze ilişkilerin sağladığı imkân sayesinde “hukuk” birlikte üretilirdi. Uygarlığa geçişle birlikte toplum bütünselliğine mesafeli bir aygıt olan devlet hukuku yaratırken kalabalıklaşan toplumun bu sürece doğrudan katılım imkânı sınırlı olacaktır. Bu devlet meşruiyetini göklere çıkartarak kendini kutsarken ona tebaa olmak öte dünyada kurtuluşun anahtarı bilinecektir.

Ulus devletin gayesi vatandaşlarının haklarını korumakken, Tebaa devletin gayesi vatandaşlarına rağmen kendi varlığını sürdürmektir. *“İnsanın üzerine çıkarılan aşkın özneler, insanı araç olarak görme alışkanlıklarından dolayı, insan haklarının gelişmesine elverişli değildir.”*³⁶ Tebaa devlette iktidar kutsaldır bu nedenle insanı araçsallaştırır, ulus devlette egemen ulus olduğu için insanın araçsallaştırılması mümkün değildir. Vatandaş kendi varlığı uğruna araçsallaştıran devlet, ulus devlet olarak anılabilemez. Ulus devlet, dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan onur ve haysiyetine dayanan, demokratik, lâik, sosyal, hukuk devletidir.

³⁶ Alaeddin Şenel, “İnsanlık Tarihi Boyunca İnsan Hakları Demokrasi İlişkisi”, İzmir Barosu İnsan Hakları Hukuku ve Hukuk Araştırmaları Merkezi Yayını, İzmir 1996, s. 185.

KAYNAKLAR

Alaeddin Şenel, “İnsanlık Tarihi Boyunca İnsan Hakları Demokrasi İlişkisi”, İzmir Barosu İnsan Hakları Hukuku ve Hukuk Araştırmaları Merkezi Yayını, İzmir 1996.

Aslı Yılmaz Uçar, “Osmanlı-Siyaset-Yönetim Düşün Geleneği: Daire-i Adalet’in Yönetimi”, Memleket Siyaset Yönetim Dergisi, C.7, S.17, 2012/17, ss.1-34.

BVerfGE, 1 BvR 357/05, 15/02/2006

Fazıl Sağlam, “Anayasa Hukuku Ders Notları”, Yakın Doğu Üniversitesi Yayınları, 2013 Lefkoşa.

Fazıl Sağlam, “HUKUK DEVLETİ VE TERÖR”, AÜSBFD, Cilt:62, Sayı: 3, Prof. Dr. Yavuz Sabuncu'ya Armağan, Temmuz-Eylül 2007.

Franz Oppenheimer, “Devlet”, çev. Alâeddin Şenel – Yavuz Sabuncu, Phoenix Yayınevi, Ankara 2005.

Henri J.M.Claessen – Peter Skalník, “Erken Devlet”, çev. Alâeddin Şenel, İmge Kitabevi, Ankara 1993.

<http://www.mfa.gov.tr/kuzey-kore-siyasi-gorunumu.tr.mfa>

<http://www.mfa.gov.tr/suudi-arabistan-siyasi-gorunumu.tr.mfa>

<https://www.saudiembassy.net/basic-law-governance>

İlker Gökhan Şen, “Doğrudan Demokrasi: Kurumlar, Hukuki ve Siyasi Sorunlar”, Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Doktora Tezi, Eskişehir 2010.

İncil.

Jan Gerlach and Urs Gasser, “Three Case Studies from Switzerland: E-Voting”, Internet & Democracy Case Study Series, Berkman Center Research Publication No. 2009-03.1, MARCH 2009

Jean Paul Sartre, Varoluşçuluk, çev. Asım Bezirci, Say Yayınları, 27.baskı, İstanbul 2017.

Joseph Jordania, “Who Asked The First Question? The Origins of Human Choral Singing, Intelligence, Language and Speech”, Ivane Javakhishvili Tbilisi State University, Tibilisi 2006.

Kamu Hukukçuları Platformu, “Küreselleşen Dünyada Anayasal Demokrasi” konulu toplantı, 19-20 Mayıs 2011 Lefkoşa, Yakın Doğu Üniversitesi Yayınları, 2013 Lefkoşa.

Kant, Fikir Mimarları Dizisi 2, çev. Nejat Bozkurt, Say Yayınları, 3.baskı, İstanbul 2010.

Kınalızâde Ali Efendi, “Devlet ve Aile Ahlâkı”, Baskıya hazırlayan: Ahmet Kahraman, Tercüman 1001 Temel Eser, no. 69.

Kuran.

Lewis Henry Morgan, Eski Toplum I, çev. Ünsal Oskay, 2. Baskı, Panel Yayınevi, İstanbul 1994.

Mehmet Tefvîk Özcan, “İlkel Topumlarda Toplumsal Kontrol”, 2. Baskı, XII Levha Yayıncılık, İstanbul 2012.

Oktay Uygun, “Devlet Teorisi”, XII Levha Yayıncılık, İstanbul 2014.

Orhan Kürkçüer, “*Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası ve bu Anayasayı Meydana Getiren Amiller*”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt 22, Sayı 1-4 (1957), s. 88-111. Tevrat.

Thomas V. Gamkrelidze - Vjaceslav V. Ivanov, “Indo-European and the Indo-Europeans: A Reconstruction and Historical Analysis of a Proto-Language and a Proto-Culture”, Mouton De Gruyter, New York 1995.

Ümit Hassan, “Eski Türk Toplumu Üzerine İncelemeler”, 3.Baskı, Doğu Batı Yayınları, 2009 Ankara.

Ümit Hassan, “İbn Haldun Metodu ve Siyaset Teorisi”, 4. Baskı, Doğu Batı Yayınları, Ankara 2010.

MAKELELER
ARTICLES

“DEVLETSİZ” BİR ULUSLARARASI İLİŞKİLER TEORİSİ ve MARKSİZM

A Theory of Stateless International Relations and Marxism

Ar. Gör. Görkem Göktuna*

Özet

İdeolojiler düşünce sistemleridir. Belirli konu ve olaylar karşısında, özgün ilke ve prensipler üzerinden yorum getirme imkanı sunarlar. Her düşünce sistemi tutarlılıkları barındırdığı gibi tutarsızlıkları da içerir. Bu nedenledir ki kusursuz ideoloji yaklaşımından bahsedilmesi mümkün değildir. Marksizm de özünde bir düşünce sistemidir. Karl Marx ve Engels’in fikirleriyle somuta indirgenmiş düşünce aracıdır. Çalışmamız kapsamında da Marksist teoriden hareketle mevcut uluslararası ilişkiler anlayışının çarpıklığına ışık tutarak, devletsiz bir uluslararası ilişkiler düzeninin tahayyülü ortaya konmaya çalışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Devlet, Karl Marx, Marksizm, Uluslararası İlişkiler

Abstract

Ideologies are thought systems. They provide an opportunity to comment on specific principles and values in the face of certain issues and events. Each thought system contains inconsistencies as well as consistencies. For this reason, it is not possible to mention the perfect ideology approach. Marxism is also a system of thought. Karl Marx and Engels’ ideas are concretely reduced thought tools. The scope of our study, it will be tried to reveal the imagination

* *Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Araştırma Görevlisi*

of a stateless international relations system by shedding light on the fiction of current international relations order from Marxist theory.

Key Words: State, Karl Marx, Marxism, International relations

Giriş

Modern dünyanın etkin aktörleri arasında devletler yer alır. Klasik devlet anlayışından farklı olarak, günümüz konseptinin sadece belirli bir egemenlik alanı içerisinde görünür olduğunu düşünmek yeterli değildir. Küreselleşmeyle birlikte, tabir-i caizse dünya tek ülke gibi algılanmakta ve ilişkiler bu realite üzerinden temellendirilmektedir. Ortaya çıkan tüketim alışkanlıkları, ticaret olgusunun sınır ötesi bir boyut kazanmasına ve de küresel pazarın oluşmasına neden olmuştur. Tüketim çağında önemli bir ivme kazanan ticaret, devletler arasında eşi görülmemiş bir ilişki ağı yaratmıştır. Geçmişin dost-düşman yakıştırmaları, günümüz dünyası ilişkilerini tanımlama noktasında yetersiz kalmıştır.

Devletlerarası yakınlaşmalar, uluslararası ilişkiler kavramının şekillenmesini sağlamıştır. Uluslararası ilişkiler; kısaca devletlerin ortak paylaşımlarının görünür olduğu zemindir. Diğer bir ifadeyle, menfaatlerini çarpıştırdıkları meşru alan olarak tanımlanabilir. Devletlerin belirli zorunluluk(lar) veyahut gereklilik(ler) çerçevesinde birbirleriyle yakınlık kurması, gerçekçi bir yaklaşımdır. Özellikle modern dünyanın koşulları göz önünde bulundurulduğu zaman kaçınılmaz olandır.

Uluslararası ilişkilere anlam yükleyen birçok teori mevcuttur. Şöyle ki, kompleks yapıya sahip ilişkilerin farklı teoriler aracılığıyla tanımlanma düşüncesi de son derece anlaşılırdır. Bu gerçekten hareketle, çalışmamız kapsamında Marksizm'in uluslararası ilişkiler yaklaşımı ele alınacaktır. Özellikle marksist ideoloji perspektifinden ortaya konan uluslararası ilişkiler

anlayışı ifade edilmeye çalışılacaktır. Muhakkak ki, bütünlüklü bir marksizm incelemesi yapmak, bu çalışmanın boyutunu aşmaktadır. Bu nedenle, incelemenin belirli kavram ve olgular nezdinde sınırlandırılmış olduğunu belirtmek isteriz.

I. Genel Olarak Marksizm

Marksist düşünürlerin ideoloji kavramını tanımlarken görüşbirliği içerisinde olduklarını düşünmek güçtür. Genel olarak kavrama karşı temkinli bir tutum benimsedikleri görülür. Benzeri yaklaşım Karl Marx için de geçerlidir. Şöyle ki, K. Marx'ın marksizmi birideolojiden ziyade evreni anlama eylemliliği olarak kabul ettiği bilinmektedir¹. Ayrıca Marx'ın ideoloji kavramını doğrudan inceleyen bir çalışması da bulunmamaktadır. Marx, *Kapital*'de ideolojiyi “*Metaların Fetişizmi ve Bunun Sırrı*” başlıklı bölümde, “*praxis kavramının kuramsal açılımı ve çerçevesinde ele almaktadır*”². Buradan hareketle ideolojiyi zihnin zorunlu yanılsama hali olarak ifade eder. Gerçek denen olgu, içerisinde çarpıklığı barındırır, bu ise zihnin yanılsamasını getirir³. İşte ideoloji de kaçınılmaz yanılsama halidir. Görüldüğü üzere ideoloji kavramına Marx tarafından olumsuz bir anlam yüklenmiştir. Oysa, yine aynı kavrama 1917 Ekim Devrim Lideri Lenin tarafından sosyalizm perspektifinde olumlu bir anlam yüklendiği de bilinmektedir⁴. Marksist düşünürlerin görüş ayrılıklarını çeşitlendirmek mümkün iken, çalışmanın kapsamı açısından mevcut bilgilerin yeterli olduğunu düşünmekteyiz.

¹ Şerif Mardin, **İdeoloji**, İletişim Yayınları, 1992, İstanbul, s. 19.

² Serpil Sancar Üşür, **İdeolojinin Serüveni: Yanlış Bilinç ve Hegemonyadan Söyleme**, İmge Yayınevi, Ankara, 1997, s. 17.

³ Üşür, s. 17.

⁴ Mardin, s. 40.

İnsanoğlunun bilinç dünyası etkileşime açık bir alandır. Gerçek denen olgu, özünde çarpıtılmış unsurları barındırıyor olsa da, gerçeğin kendisi de saptırılmaya açıktır. Buradan hareketle gerçek; egemen görüş hegemonyasında şekillenen ve ideolojik aygıtlar aracılığıyla çarpıtılmış bir kavram olarak ifade edilebilir. Bu görüş ışığında da bilinen ya da öğretilen ideolojinin, tam anlamıyla yanlış bilinçten ibaret olduğunu söyleyebiliriz⁵.

Marksist kuramcılar iki teoriden hareketle felsefelerini temellendirirler. Bunlardan ilki diyalektik materyalizmdir. Diyalektik materyalizm; gerçeğin saptanması açısından başvurulacak metottur. Gerçek denen olgunun salt bir neticeden ibaret varsayılması kabul edilir değildir. Her nesne gibi “gerçek” de bir sürecin neticesinde ortaya çıkmaktadır. “Gerçek”; tez, anti-tez ve sentez süreçlerinin sonrasında olgunlaşır. Marksist kuramcılar toplumsal gerçekleri açıklamak adına yararlandıkları bir diğer teori ise tarihsel materyalizmdir. Tarihsel toplumlar arası ilişkileri ve mücadeleleri sınıfsal çatışma üzerinden tasvir etmekte ve tarihin bir sınıf mücadelesinden ibaret olduğu tezini ortaya koymaktadır. Tarih; farklı dönemlerde, farklı sınıflar arasında yürütülen çatışmaların bütünüdür. Bu teoriler aracılığıyla marksist kuramcılar toplumsal gerçekleri saptamakta ve değerlendirmektedir.

Marksizm sınıf ilişkisi üzerine temellendirilmiş bir ideolojidir. Bir tarafta sömüren, diğer tarafta ise sömürülen sınıf bulunmaktadır. Söz konusu isimlendirme tarihin farklı dönemlerinde; ezen-ezilen, köylü-burjuvazi, işçi sınıfı ve burjuva sınıfı olmak üzere farklı tanımlamalarla ifade edilmiştir⁶. Bunun yanında, marksistler sınıf mücadelesini daha geniş perspektiften görür

⁵ Burak Özçetin, “İdeoloji, İletişim, Kültür: Bir Stuart Hall Değerlendirilmesi,” <http://akademikstok.com/ideoloji-iletisim-kultur-bir-stuart-hall-degerlendirmesi-oku-49.html> (Erişim Tarihi 02.01.2017).

⁶ D. Ali Arslan, “Temel Sorunları ve Açılımları ile Sınıf Teorisi, Sınıf Bilinci ve Orta Sınıflar,” *Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, 2004 / 2 : 126-143, s. 128-131. <http://acikerisim.kocaeli.edu.tr:8080..> (Erişim Tarihi 02.01.2017).

kılan kavram ve tanımların kullanılmasını da yerinde bulurlar. Baktığımızda, sınıfsal mücadelenin özünde; bir tarafta emeğin karşılığını alamayan bir grup bulunurken, karşısında ise herhangi bir emek sarf etmeksizin, varlığında pozitif yönde artış olan sınıf yer alır. Karl Marx'ın artı değer ilişkisi, sınıflar arası eşitsizlik ilişkisini somutlaştıran bir kavramdır⁷. Artı değer; emeğe biçilen değerden fazla üretim yapılmasıdır. Bir diğer ifadeyle emek gücünün metalaştırılarak değersizleştirilmesidir. İşçi sınıfı emeğinin ötesinde bir üretime zorlanmakta ve bu değer karşılığında mahrum bırakılmaktadır. Bu ilişki kapitalist pazarın temel taşıdır. Marksizm özünde bu adaletsiz ilişkiye karşı çıkar ve ideolojisini bu düzenin ortadan kaldırılması üzerine oturtur. Marksist ideolojiye göre insanoğlunun ulaşacağı nihai düzen, sınıfsız ve çatışmasız bir düzen olan komünist yapıdır. Komünist toplum yapısıyla birlikte sömürüye dayalı ilişkiler ortadan kalkacak ve mutlak adalet ve eşitlik sağlanacaktır. Komünist toplum yapısına geçişte öncelikli hedefin üretim araçlarını elinde bulunduran burjuva sınıfının dağıtılması ve özel mülkiyet ilişkisinin sona erdirilmesi yer alır. Marksist kuram; komünist toplum yapısından önce bir ara basamağa ihtiyaç duyulduğunu da belirtir. Bu basamağın nihai hedef için bir tür geçiş süreci olduğu düşünülebilir. İşte bu geçiş süreci de proleterya diktatörlüğündeki sosyalizmle sağlanacaktır. Şüphesiz varılmak istenen nihai hedef, salt bir bölgesel sistemden ibaret değildir. Bölgesel devrim ile “küresel” çapta gerçekleşecek devrim anlayışı marksist kuramcılar açısından

⁷ Tülin Öngen, “Marksist Sınıf Kavramının ve Sınıf Analizinin Ayırt Edici Özellikleri,” http://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/34561817/Turkiyeyi_Sinif_Gercegi_yle_Anlamak.pdf (Erişim Tarihi 02.01.2017).

tartışmalı bir meseledir⁸. Lakin; uzun vadede arzu edilenin küresel çapta ulaşılabilecek bir değişim olduğu söylenebilir. Yani komünist toplum yapısının bütün dünya genelinde uygulama bulacağı arzu edilir. Zira küresel bir yapı olan kapitalizmin karşısına konan anti-tezin de en az tez kadar kapsamlı olması rasyonel olandır.

Marksist ideolojiyi anlamak ve anlamlandırmak açısından, marksizmin insandoğası yaklaşımı da önemlidir. Marksist teori çerçevesinde insandoğası ikiye ayrılmaktadır. İnsanın kapitalist düzene esir düşmeden önceki dönemiyle, kapitalist düzen tarafından sömürüldüğü dönem olmak üzere⁹. İnsan özünde; iyi, akıl sahibi ve adil bir varlıktır. Tabiat halinde insan, doğal yasalar çerçevesinde yaşamını sürdürmekteydi. Fakat kapitalist düzen ile insan büyük bir yanılmanın içine düşmüştür. Materyalist bir vizyon edinen insanoğlu, özünden uzaklaşmış ve kendisine yabancılaşmıştır. Bu gerçek peşi sıra doğal hukuk doktrininden kopuşu da getirmiştir. İşte komünist düzenle insanın tekrar özüne döneceği ve sınıfsız ve çatışmasız toplum yapısında doğal hukuka tabi olarak yaşayacağı kabul edilir. Bu bağlamda, Marx'ın toplum düzeninin doğal hukuk doktrinini ile doğrudan ilintili olduğunu söyleyebiliriz. Mülkiyet ilişkilerinin olmadığı ve insandoğasının zehirlenmediği bir düzen, Marks'ın tahayyül ettiği düzendir.

A. Marksist Bakış Açısıyla Devlet Mekanizması

Marksist teori kapsamında siyasal yönetim kudreti bağımsız bir olgu değildir. İktidar yapılanmasının ortaya çıkışını ve olgunlaşmasını sağlayan

⁸ Sungur Savran, “Alternatif küreselleflme” mi, Proleter Enternasyonalizmi mi? : İmparatorluk’a Reddiye” <http://www.praksis.org/wp-content/uploads/2011/07/007-11.pdf> (Erişim Tarihi 02.01.2017), s. 257-58.

⁹ Hans Kelsen, **The Communist Theory Of Law**, Questia Media America, Inc. www.questia.com, s. 21-23.

unsurlar bulunmaktadır. Bunların başında da ideoloji ve ekonomik faktörler gelmektedir. İşte devlet de bu unsurlar ışığında şekillenen bir mekanizmadır. Devlet denen yapı salt siyasi bir özne değildir, aynı zamanda bir kontrol merkezidir. Çoklu alanların düzen ve disiplin kisvesi altında oluşumu sağlar. Bu nedenledir ki sınıflar arası mücadelenin en önemli aygıtıdır. Özellikle üretim araçlarının devlet eliyle burjuvaziye devredilmiş olması, sınıfsal eşitsizliği daha da derinleştirmektedir. Zira devlet, burjuva sınıfının siyasal iktidarını meşrulaştıran araçlardan biridir. Marksist doktrinde devlet, var olan eşitsiz düzeni sürekli kılan bir yapıdır¹⁰.

K. Marx devleti pasif bir aygıt olarak tanımlamaz. Tam tersine, aktif bir mekanizma olarak görmektedir. Devlet, soyut bir kavram olması yanında, üstlendiği misyon noktasında somutlaşmaktadır. Burjuvaziye tahsis edilmiş devlet aygıtlarının görevi egemen ideolojiyi üretmektir. Marx ideolojinin bilinçli bir çalışma sonucu üretildiğini ve insanların zihninde oluştuğunu belirtir. Özü itibarıyla “gerçek-dışı” olan fikir kümesi, devletin ideolojik aygıtları aracılığıyla üretilmektedir¹¹. Devlet denen yapı egemen ideolojinin karakterize edilmesini sağlar¹². Diğer bir ifadeyle, egemen ideoloji dışındaki görüşlerin günü bir gün “egemen” olma hayali, devlet eliyle bertaraf edilmektedir. Zira mevcut tehlike altında burjuva iktidarını daimi kılmak mümkün olmayacaktır.

Marksizme göre devlet zorlayıcı bir mekanizmadır¹³. Devlet aracılığıyla sınıflar arası farklılıklar korunmakta ve sürekli kılınmaktadır. Engels, devletin varlığını sınıfsal farklılıklara dayandırır, zira sınıf bilincinin olgunlaşmadığı

¹⁰ Münci Kapani, **Kamu Hürriyetleri**, Yedinci Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013, s. 156.

¹¹ Louis Althusser, **İdeoloji ve Devletin İdeolojik Aygıtları**, çev. Alp Tümerterkin, 4. Basım, İthaki-Felsefe Yayınları, 2003, İstanbul, s. 168-173.

¹² Kelsen, s. 11.

¹³ İlhan F. Akın, **Devlet Doktrinleri**, Beta Yayınları, İstanbul, 2013, s. 202-203.

toplumlarda devlet aygıtına rastlanmadığını ifade eder¹⁴. Şöyle ki sınıf mücadelesi iki zıt kutuplu sınıfsal farklılığın derinleşerek kalıcılılaşmasına hizmet eder. Marksist teorisyenler, çatışmacı toplumsal yapının sürekliliği adına belirli araçlara ihtiyaç duyulduğunu belirtirler. Üretim araçları da bunların başında gelmektedir. Kapitalist toplum düzeninde üretim araçları devlet eliyle burjuvaziye teslim edilmiştir. Ekonomik alanda devleti edilgen bir statüde konumlandıran kapitalizm, bir yanılsamadır. Zira devlet tüm alanlarda olduğu gibi ekonomik alanda da düzenleyici bir rol üstlenmektedir. Böylece üretim araçlarının mülkiyet hakkının daimi olarak burjuvazide bulunması garanti altına alınmaktadır¹⁵. Eşitsizlik üzerine kurgulanan toplumsal düzeni kalıcılatıran bir diğer araç ise hukuktur. Hukuk; yaratılan sistemi meşru kılan bir unsurdur. Çıkarılan yasa ve uygulamaya konan düzenleyici işlemler ile toplumsal yapının tüm dinamiklerinin mutlak kontrol altına alınması hedeflenir.

Öte yandan marksizm ise devlet aygıtını ortadan kaldırmayı vaat eder. Marksistler tüm sınıfsal ayrışmanın merkezinin devlet olduğunun bilincindedirler. Bu bağlamda, bu ayrışmayı besleyen mekanizmanın yok edilmesi en büyük amaçtır. Marksistler devlet yapılanmasını ortadan kaldırmayı hedeflerken üç aşamalı bir hareket noktasından yararlanırlar¹⁶. Birinci aşama, özgün bilincine kavuşan proleterya öncülüğünde gerçekleştirilecek devrim sürecidir¹⁷. Bu evrede proleterya diktatörlüğü olarak ifade edilen ve işçi sınıfının devlet aygıtının kontrolünü ele geçirmesi hedeflenir. Bu süre içerisinde üretim araçları kamulaştırılacak ve burjuva sınıfının tasfiyesi gerçekleşecektir. Bu gelişmelerin yanında sınıfsal ayrılığı besleyen özel mülkiyet ilişkilerinin de sonlandırılması gerekir. Son aşamada ise proleterya diktatörlüğünün

¹⁴ Akın, s. 202.

¹⁵ Leo Huberman, **Sosyalizmin Alfabetesi**, çev. Alaattin Bilgin, 11. Baskı, Sol Yayınları, s. 29-30.

¹⁶ Oktay Uygun, **Devlet Teorisi**, XII Levha Yayınları, 2. Baskı, İstanbul, Kasım, 2015, s. 311-312.

¹⁷ Akın, s. 206.

kendiliğinden komünist toplum yapısına evrileceği kabul edilir. Burada devlet aygıtının varlığı söz konusu değildir¹⁸. Devlet mekanizması geçiş döneminde ömrünü tamamlamış ve ortadan kalkmış olmaktadır. Şüphesiz böylesi bir dönüşümü evrensel çapta düşlemek marksist teorinin anlamlaştırılması noktasında önemlidir. Tabii, son aşama olarak kabul edilen proleterya diktatörlüğünün devletsiz ve sınıfsız komünist toplum yapısına evrilme süreci ise tartışmalı bir meseledir. Özellikle insandoğasıyla örtüşmeyen bir süreç olduğu üzerinden temellendirilen eleştiriler, komünist düzeni ütöpik bir düşünce olarak nitelendirmektedir.

B. Marksist İdeoloji Perspektifinde Hukuk

Marksizmin hukuk yaklaşımını tasvir ederken politik ve ekonomik unsurlardan bağımsız düşünmek mümkün değildir. Marx toplumsal olay ve olguları açıklamak adına alt yapı ve üst yapı kavramlarını içeren metaforundan hareket eder. Alt yapı ile üst yapının her zaman ilişki içerisinde olup ve birbirlerini etkilediklerini düşünmektedir. Marx'ın alt yapı olarak ifade ettiği unsurlar ideoloji ve ekonomik ilişkilerdir. Bunun yanında hukuk, eğitim, sağlık, din, kültür gibi öğeler ise üst yapının birer parçasıdır. Marx alt yapı ile üst yapı ilişkisini betimlerken, alt yapının her zaman üst yapıyı etkilediği ve belirlediği noktasından hareket eder. Bu nedenledir ki benimsenen ideoloji ve ekonomik ilişkiler bir toplumun hukuk bilincinin oluşmasında hem teorik hem de pratik yönünden hayati önem arz etmektedir.

Marx'ın metaforundan hareketle söz konusu üst yapı unsurlarının doğallığından bahsedilemeyeceği de söylenebilir. Alt yapının etkisi altında gelişen ve şekillenen üst yapı özgün değildir. Zaten marksist doktrinde de

¹⁸ Ayferi Göze, **Liberal Marxiste Faşist Nasyonal Sosyalist Ve Sosyal Devlet**, Yedinci Basım, Beta Yayınları, İstanbul, 2003, s. 86-89.

hukukun sanıldığı gibi doğal ya da “pür” bir olgu olmadığına vurgu yapılmaktadır. Hukuk; her şeyden önce egemen ideoloji gölgesinde şekillenen ve hakim ideolojinin bir aracı konumundadır¹⁹. Burjuvazinin yaratmış olduğu hukuk, özü itibariyle politikleşmiş bir mekanizmadır²⁰. Burjuva sınıfının çıkarlarını koruyan ve iktidarının devamlılığını sağlayan bir araçtır. Yukarıda ifade edilen hukuk ile düzen arasındaki ilişki ise aslında bir ilizyondan öte değildir. Burjuva sınıfının menfaatlerinin sürekli kılınması ve mevcut düzeninin devamlılığı adına böylesi bir gösteri, hukuk aracılığıyla hem meşrulaştırılmakta, hem de daimi kılınmaktadır. Hukuk, aynı zamanda eşitsizlik üzerine kurgulanmış ekonomik yaşamın da önemli bir meşruluk kaynağıdır. Özellikle sınıflar arası derinliği sağlayan uygulamaların meşruiyeti hukuk aracılığıyla sağlanır. Diğer bir deyişle, hukuk sınıflar arası eşitsizliğe meşruluk kazandıran bir faktördür. Bu gerçekler ışığında hukukun, egemen sınıfın iktidarını pekiştiren ideolojik ve ekonomik değerler dizgesi olduğunu da söylebiliriz.

Öte yandan bir toplumsal ilişki biçimi olan hukukun Marx tarafından doğrudan herhangi bir çalışmaya konu edilmediği de bilinmektedir. Marx, hukuku ve felsefeyi marksizm için üstesinden gelinmesi gereken bir yabancılaşma hali olarak görür²¹. Buna binaen Marx ve Engels, hukukun genel teorisine yönelik bir kuram da geliştirmemişlerdir. Marx ve Engels’in hukuk nezdinde ortaya koymaya çalıştıkları ana fikir ise “*dünyaya hukuksal bakışın*” yanlışlığıdır²². Diğer bir deyişle, marksizmin bir noktada hukuksal bakışın eleştirisini oluşturduğunu ifade etmektedirler. Tabii, bu düşüncelerden hareketle

¹⁹ Althusser, s. 63-65.

²⁰ Alexander Anievas, **Marxism and World Politics Contending Global Capitalism**, Published by Routledge, 2010, s. 200.

²¹ Onur Karahanoğulları, “Marksizm ve Hukuk,” Ankara Üniversitesi Dergiler Veritabanı, s. 2-3. “<http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/42/466/5328.pdf>” (Erişim Tarihi 03.01.2017).

²² Karahanoğulları, s. 2.

marksist anlayışın bir hukuk teorisine sahip olmadığına iddia edilmesi de doğru değildir. Zira doktrin kapsamında çeşitli teorilerin ileri sürüldüğü ve tartışmaların yer aldığı görülmektedir. Nitekim marksist kuramcıların devlet aygıtının dönüştürülmesi yönünde öngördükleri düşünceler, hukuk ögesi için de geçerlidir. Zira nasıl ki devrim süreciyle birlikte devlet yapılanmasının dönüşümü hedefleniyor ise hukuk olgusunun da sosyal dönüşüm geçirmesi gerekir²³.

C. Marksist İdeoloji Perspektifinde Yasa Kavramı

Hukuk tek başına soyut bir kavramdır. Elle tutulup, gözle görülmediğinden doğrudan insan hayatına etki etmediği düşünülebilir. Nitekim hukuku doğrudan insan yaşamı ekseninde somutlaştıran araçlar vardır. İşte bunların başında da yasalar gelmektedir. Yasalar; somut ve insan yaşamı açısından doğrudan sonuç doğuran düzenlemelerdir. Marksist kuramcılar mevcut düzenin devamlılığı açısından yasaların önemine dikkat çekerler. Zira yasa ile birtakım insan davranışları baz alınmakta ve bu davranışların belirli zaman ve mekan olguları içerisinde değerlendirilmesi sonucu bir düzenleme ortaya çıkmaktadır²⁴. Diğer bir anlatımla yasayı oluşturan unsurlar, objektif görünümlü sübjektif değerlerdir. Salt bu yönüyle bile yasaların ölçüt olarak kabul gördüğü değerler tartışmaya açıktır. Son derece göreceli bir konu olan olay ve olgular karşısında kabul edilebilirlik meselesinin, yasa kisvesi altında objektif bir hal alması, şüphesiz yanıltıcı olmaktadır. Marksist kuramcılar da yasal düzenlemeleri görünürün ötesindeki anlamı ile ele almakta ve sorgulamaktadırlar. Zira, yasayı ortaya çıkaracak değerler ve hassasiyetler

²³ Murat Yüksel, “Marksizm ve Hukuk Anlayışı,” Marmara Hukuk Fakültesi-HAD, C. 13, S. 3-4, s. 21-23.

<http://e-dergi.marmara.edu.tr/maruhad/issue/viewFile/>, (Erişim Tarihi 03.01.2017).

²⁴ Kelsen, s. 15.

ideolojik etki altındadır. Diğer bir tanımla yasa sosyal gerçekliğin, egemen ideoloji tarafından çarpıtıldığı bir araçtır²⁵.

Yasal düzenlemeler ile eşitsizlik temelli ekonomik ilişkiler pekiştirilmektedir. Burjuvazinin diğer sınıflar ile kurduğu ilişkilerin sorgulanmaya açık bir hale getirilmesi, burjuva sınıfının varlığını tehlikeye atmaktadır. Şöyle ki, sınıfsal ayrışmanın keskin olduğu noktalardan biri de ekonomik alandır. Ekonomik yaşam üzerinden olgunlaşacak tehditin uzun vadede diğer alanları da tehlikeye atacağı bir gerçektir. Zira birçok devrim ve kalkışma sürecinin dinamiklerini yaratan unsur olarak ekonomi gösterilebilir. Bu bilinçle ekonomik yaşamın profesyonelce dizayn edilmesi ve mümkün olduğunca sorugulanmaya açık olmama haline getirilmesi gerekir. İşte yasal düzenlemeler de, bu misyon çerçevesinde oluşturulmuştur. Bir taraftan burjuvazinin yaşam alanlarını garanti altına alırken, diğer yandan da ekonomik ilişkilerin egemen ideoloji hegemonyasında devamlılığına hizmet etmektedir. Burjuva iktidarının devamı için ekonomik ilişkiler hayati önem taşır. Zira ortaya çıkan yasaların, burjuvazinin ideallerine hizmet etmediğini düşünmek son derece naif bir yaklaşım olmaktadır. Bu nedenle doğal ya da pür bir yasa ya da hukuk normundan bahsetmemiz mümkün değildir.

Doktrin tarafından marksist kuram kapsamında hukukun varlığı ve gerekliliği her ne kadar tartışmalı olsa da, marksist teori ışığında hukukun toplumsal eşitliği sağlayan bir çerçeve niteliğine haiz bir misyona sahip olması düşüncesi²⁶, kanaatimizce genel kabul görmeye yakın bir görüştür.

²⁵ Kelsen, s. 14.

²⁶ Hıfzı Veldet Velidedeoğlu, **Toplumsal Yaşam ve Hukuk**, Hil Yayın, Nisan, 1983, s. 251-252.

II. Marksist İdeoloji Temelinde Uluslararası İlişkiler ve “Devletsiz” Bir Teori Tahayyülü

Marksist kuramcılar devletlerarası ilişkileri sınıfsal çatışma zemininde ele alır. Nasıl ki toplum içerisinde ezen-ezilen ya da sömüren-sömürülen yönünde kutuplaşmalar var ise, benzeri ayrışmaların uluslararası ilişkiler nezdinde de söz konusu olduğunu söylerler. İşte uluslararası ilişkiler anlayışı da bu gerçekler ışığında temellenir. Marksistler, egemen devletlerin menfaat ve çıkarlarının şekillendirmediği, toplumların yardım ve işbirliğine dayalı bir ilişki ağı tahayyül etmektedirler²⁷. Uluslararası ilişkilerin sağlıklı bir zeminde sürdürülebilmesi için öncelikli olarak kapitalist sistemin ortadan kaldırılması gerekmektedir. Marksist teoriden hareketle ancak; adalet, uluslararası hukuk, barış, iyi niyet vb. olgular gerçek anlamını bulabilir. Zira mevcut ilişkilerin hakim olduğu uluslararası alanda, ilgili kavramlar küresel çapta egemen olan güçlerin anlam yüklediği değerlerdir²⁸. Diğer bir ifadeyle, “süpergüç” konumundaki devletlerin anlayışının bir tezahürüdür.

Uluslararası ilişkiler açısından ileri sürülen paradigmaların tarihsel süreçlerden bağımsız ileri sürülmesi de mümkün değildir²⁹. Devletler arasındaki etkileşim, ilişkilerin evrilmesinde önemli rol oynar. Tarih içerisinde ezilmiş, sömürülmüş toplumların marksist teoriyi bir çıkış olarak gördükleri genel görüştür. Bunun yanında kendini güçlü addeden ve dünya üzerinde hegemonik güç gören toplumların ise idealizm ya da realizm temelinde ilişkiler şekillendirmesi anlaşılabilir.

²⁷ Mustafa Aydın, “Uluslararası İlişkiler Yaklaşım, Teori Ve Analiz,” s. 85. <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/42/476/5499.pdf>. (Erişim Tarihi 03.01.2017).

²⁸ Atilla Sandıklı, Erdem Kaya, “Uluslararası İlişkiler Teorileri Ve Barış,” BİLGESAM Yayınları, s. 147. <http://www.bilgesam.org/incele/650/-uluslararasi-iliskiler-teorileri-ve-baris/#.WHt2xrZ941g>. (Erişim Tarihi 03.01.2017).

²⁹ Aydın, s. 85-86.

Marx'ın alt yapı ile üst yapıya ilişkin metaforu marksist felsefesinin temeli niteliğindedir. Birçok olgu ve olay bu ayırımdan hareketle saptanmakta ve ifade edilmektedir. Uluslararası ilişkiler açısından da benzer bir yöntem benimsenir³⁰. Alt yapı unsurları olan ekonomi ve ideolojinin, üst yapı ürünü uluslararası ilişkileri doğrudan şekillendirdiği kabul edilir. Özellikle yaşanan ticari gelişmeler ışığında devletlerarası ilişkilerin ortaya çıkması ve olgunlaşması açısından ekonomik etken hayati önem taşır. Modern dünyanın küresel ekonomik piyasasında bu ilişkiler daha da kıymetlidir. Bu bağlamda, devletlerarası ilişkilerin ekonomik öğeler üzerinden tanımlandığı bir düzenin varlığından söz edebiliriz. Bundandır ki globalleşen dünyada, ekonomi emperyalizmin modern baskı araçlarından biridir.

Kapitalist sistem, eşitsizlikler temelinde şekillenen bir düzendir. Mevzu bahis ister ulusal isterse de ulus ötesi olsun, kural tektir. Sermaya sahiplerinin daimi hegemonyasını pekiştiren bir sistemdir³¹. Tabii, şunu da belirtmek gerek ki, günümüz dünyasında pür bir kapitalist yapı düşüncesi de tartışmalıdır. Özellikle yaygın görüş, liberal politikalar ekseninde yaşanan çıkmazların, sistemi kompleks bir yapıya dönüştürdüğü yönündedir. Şöyle ki, küresel boyutta benimsenen ekonomi ve siyasi politikalar belirli zümrelerin çıkarları doğrultusunda gelişmektedir. Buradaki zümre ifadesi, global düzenin oyun kurucu devletlerine karşılık geldiğinden, ulusal anlamdaki zümre yapılanmalarından farklıdır. Marksist teori, mevcut uluslararası ilişkiler anlayışının liberal politikalar perspektifinde kapitalizmin ürünü olduğunu savunur. Bu noktada iki katmanlı bir ilişki ağından bahsedilebilir. Birinci basamakta küresel ölçekte oyun kurucu ya da popülist ifadeyle süpergüç konumunda olan “elit devletler” yer alır. Dolayısıyla ilk katman ekseninde

³⁰ Sandıklı&Kaya, s. 148-149.

³¹ Hakan Övünç Ongur-Başak Yavşan, **Uluslararası İlişkiler Teorileri**, Der. Ramazan Gözen, İletişim Yayınları, 3. Baskı, 2016, İstanbul, s. 266.

ortaya çıkan ilişkiler, bu devletlerin yakınlaşmalarıdır. Öte yandan diğer katmanda ise rolünü yerine getiren “aktör devletçikler” bulunur. Kanaatimizce bu devlet yapılanmalarına “piyon” yakıştırmasının önünde bir engel bulunmamaktadır. İşte marksizm, kapitalizmin yaratmış olduğu temelinde eşitsizlik ve karactersizlik yatan bu ilişkiler ağına karşı çıkmaktadır. Mevcut sistemi daha iyi anlayabilmek noktasında Johan Galtung’un merkez ve çevre ülkeler teorisi önem arz eder.

Johan Galtung'un merkez ve çevre ülkeler teorisi günümüz uluslararası ilişkilerinin tasvir edilmesi açısından önemlidir. Galtung, devletleri merkezi ve çevre olarak ikiye ayırmaktadır³². Burada merkezi diyerek ifade edilen kapitalist sistemin ana aktörlerinden bahsedilmektedir. Çevre devlet(ler) ise merkezi devletlerin kontrolü ile şekillenen pasif aktörlerdir. Tabii burada her devletin kendi iç dinamikleri de hesaba katılarak merkezi ve çevre yapısı olduğu kabul edilir. Uluslararası alanda aktör olan merkezi devletler, genellikle çevre niteliğindeki devletlerin merkezi yapıları üzerinde egemenlik kurmaktadır. Zira bir devleti küresel ölçekte çevreci kılacak kararlar merkezi yapısından çıkmaktadır. Galtung bu ilişkileri yapısal emperyalizm olarak tasvir etmektedir³³. Bu gelişmeler ışığında merkezi devletlerin menfaatleriyle örtüşen ve gelişen bir ilişki ağı oluşturulur. Merkezi devletlerin çoğu zaman kontrol noktasında zorluk çektikleri nokta ise çevreci devletlerin kendi iç dinamiklerinden olan çevreci kesimdir. Aslında bu en sade haliyle muhalif kesimi ifade etmektedir. Bu kesimler çoğu zaman merkezi aktörlerin adaletsizliklerine karşı çıkmakta ve toplumsal bir bilinç yaratmaya çalışmaktadırlar. Şüphesiz böylesi bir sistemde; eşitlik, adalet ya da barış gibi kavramların “gerçek” anlamlarından bahsedilmesi de söz konusu değildir.

³² Johan Galtung, “A Structural Theory of Imperialism,” *Journal of Peace Research* 8 2 (1971): 82; Atilla Sandıklı, Erdem Kaya, s. 148-149.

³³ Galtung, “A Structural Theory of Imperialism,” s. 90-91.

J. Galtung'un teorisi dışında uluslararası ilişkileri betimleyen teoriler de bulunmaktadır. Bunların başında "Bağımlılık Teorisi" ile "Dünya-Sistemleri Teorisi" gelmektedir. Bağımlılık teorisi ikinci dünya savaşı sonrasında bağımsızlık ilan eden devletlerin, ekonomik ve siyasi anlamda özne olabilmesi açısından batı dünyası ile geliştirdikleri ilişkiler ışığında görünür olmaktadır³⁴. Bu devletler, kapitalist sisteme entegre olabilmek adına belirli programlara tabi tutulmuşlardır. Sözgelimi entegrasyon amacı güden bu çalışmalar, bağımlı devlet yapılanmalarını ortaya çıkarmıştır. Dünya sistemleri teorisi ise Immanuel Wallerstein tarafından bağımlılık teorisinin cevapsız bıraktığı noktalar üzerinden kurgulanmış bir teoridir. Wallerstein'in teorisi sosyoloji temelli, çok-disiplinli ve makro ölçekli bir analizdir³⁵. Bağımlılık teorisinin ulus-devlet ekseninde kabul ettiği statik ilişkiler ağı, dünya sistemleri analizinde devingendir³⁶. Diğer bir ifadeyle değişkendir. Wallerstein uluslararası ilişkiler çerçevesinde devletleri merkez ve çevre yapılanmaları yanında yarı-çevre olmak üzere üçlü bir ayrım ile ifade eder. Merkez ve çevre devletler noktasında ileriye sürdüğü fikirler Galtung ile benzeşmektedir. Fakat yarı-çevre niteliğine haiz devletler kategorisi ise Wallerstein'i farklı kılar. Buna göre yarı-çevreci niteliğindeki devletler, merkezi devletlerin izni ve gözetiminde belirli çevreci devletler üzerinde tahakküm kurma hakkı elde etmektedirler³⁷. Bir tür sınırlandırılmış ya da kontrollü merkezi devlet algısı yaratılmaktadır. Wallerstein'in ileri sürdüğü bu üçüncü grup yapılar ile yukarıda ifade edilen değişkenlik yaklaşımının somutlaştığı görülür. Zira bu anlayışla dönem dönem belirli çevreci devletlerin yarı-çevreci niteliğine erişmeleri mümkün kılınmaktadır.

³⁴ Sandıklı&Kaya, s. 270-271.

³⁵ Sandıklı&Kaya, s. 275.

³⁶ Immanuel Wallerstein, **Dünya Sistemleri Analizi: Bir Giriş (World-System Analysis: An Introduction)**, çev. Ender Abadoğlu, Nuri Ersoy, bgst Yayınları, 3. Basım, Şubat 2014, İstanbul, s. 40.

³⁷ Sandıklı&Kaya, s. 276.

Öte yandan marksist kuram çerçevesinde ulaşılabileceği hedeflenen komünist toplum yapısında uluslararası ilişkilerin nasıl var olabileceği meselesi de önemlidir. İlişkilerin temsilcisi ya da sembolü konumunda olan devletin ortadan kalkacak olması öncelikle ilişkilerin farklı bir zemine oturtulması gerçeğini/gerekliliğini doğuracaktır. Diğer yandan, devlet aygıtının olmadığı bir düzende uluslararası ilişkilerden bahsedilip bahsedilemeyeceği de tartışmalıdır. Marksist kuramcıların uluslararası ilişkiler anlayışı, daha çok toplumlar arası işbirliği ve dayanışma ruhu üzerinden şekillenir. Toplumların enternasyonal anlamda herhangi bir aracıya ihtiyaç duymaksızın oluşturacağı ilişkiler ağıdır. Bilindiği üzere Marx ve Engels Komünist Parti Manifesto'sunda tüm dünya işçilerine birleşmeleri yönünde bir çağrı yapmıştır³⁸. Marx ve Engels'in enternasyonal işbirliği ve dayanışma önermesi iki unsur üzerinden şekillenir. Bunlardan birincisi amaç, diğeri ise bilinçtir. İşçi sınıfı mücadelesini küresel boyuta taşımak ve dayanışma ruhunu tüm halklar nezdinde yaşatabilmesi için belirli bir bilince ulaşması gerekir. Kendi hak ve mücadele alanını tanımayan ya da öğrenemeyenlerin enternasyonal dayanışma içinde yer alması mümkün değildir. Marx ve Engels'e göre enternasyonal anlamda ortaya çıkacak örgütlenmenin dinamiğini sınıf bilinci oluşturur. Marx ve Engels'in düşüncelerinden hareketle, kendi sınıfsal bilincini tamamlamış ve kültürel değerlerini özümsemiş bir toplum yapısında, halkların dayanışması, devlet ötesi olacaktır. Diğer bir ifadeyle, devletlerin enternasyonal dayanışma açısından üstlendiği misyona ihtiyaç duyulmayacaktır.

³⁸ Marx ve Engels, **Komünist Parti Manifestosu**, s. 42.

Sonuç

İdeolojilerin asli görevi insana bir düş armağan etmektir. Kişi ne kadar düşüncüyü hayal ederse, gerçekleştirmeye o kadar yaklaşmış olur. Marksizm de bir düştür. Kimilerince gerçekleştirilmesi mümkün görünmeyen, kimilerine göre de kapitalist sistemi sonlandırabilecek bir alternatiftir. Düşünce dünyasının önemli özelliklerinden biri de dinamik oluşudur. Her zaman geliştirilip değişebilmesidir. İnsan denen varlık, var olduğu müddetçe de düş dünyası hep canlı olacaktır. İşte marksizm de insan aracılığıyla canlılığını koruyan bir düşünce sistemidir. Baktığımızda marksizm, insanlara bir düş sunmaktadır. Bunu diğer ideolojik yaklaşımlarda olduğu gibi belirli ilke ve olgulara indirgeyerek yapmaktadır.

Marksist kuramcıların uluslararası ilişkiler açısından ileri sürdüğü teorelin tam anlamıyla günümüz dünyasında karşılık bulması zor görünmektedir. Son derece karmaşık ve iç içe geçmiş ilişkilerin, farklı bir zeminde anlam bulması, şüphesiz bir süreç gerektirir. Özellikle devlet yapılanmasının sönükleştiği ve ortadan kalktığı bir dönemi hayal etmek, insan zihnini zorlayan bir düştür. Bilinmelidir ki, bir fikrin felsefik yönden incelenmesi, onun gerçekle bağlantısına indirgenemez. Şöyle ki, gerçeğe dönüşme ya da gerçekleşme denen şey, sadece bir boyuttur. Oysa “idea” halinin de incelenmeye değer görülmesi gerekir. Zira gerçek sınırlı bir alandır. Belirli koşullarda oluşan ve ortaya çıkan bir olgudur. Fakat düşünce sınırsızdır. Marksizm ile uluslararası ilişkiler arasındaki ilişkinin de bu kapsamda düşünülüp değerlendirilmesi yerinde olacaktır.

KAYNAKLAR

- AKIN, F. İlhan, **Devlet Doktrinleri**, Beta Yayınları, İstanbul, 2013.
- ALTHUSSER, Louis, **İdeoloji ve Devletin İdeolojik Aygıtları**, çev. Alp Tümertekin, 4. Basım, İthaki-Felsefe Yayınları, 2003, İstanbul.
- ANİEVAS, Alexander, **Marxism and World Politics Contending Global Capitalism**, Published by Routledge, 2010.
- ARSLAN, Ali, D. , “Temel Sorunları ve Açılımları ile Sınıf Teorisi, Sınıf Bilinci ve Orta Sınıflar,” Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, 2004 / 2 : 126-143, s. 128-131. “<http://acikerisim.kocaeli.edu.tr:8080..>” (Erişim Tarihi 02.01.2017).
- AYDIN, Mustafa, “Uluslararası İlişkiler Yaklaşım, Teori Ve Analiz,” s. 85. <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/42/476/5499.pdf>, (Erişim tarihi 03.01.2017).
- GALTUNG, Johan, “A Structural Theory of Imperialism,” *Journal of Peace Research* 8 2 (1971).
- GÖZE, Ayferi, **Liberal Marxiste Faşist Nasyonal Sosyalist Ve Sosyal Devlet**, Yedinci Basım, Beta Yayınları, İstanbul, 2003.
- HUBERMAN, Leo, **Sosyalizmin Alfabetesi**, çev. Alaattin Bilgin, 11. Baskı, Sol Yayınları.
- KAPANI, Münci, **Kamu Hürriyetleri**, Yedinci Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013.
- KARAHANOGULLARI, Onur, “Marksizm ve Hukuk,” Ankara Üniversitesi Dergiler Veritabanı, s. 2-3. “<http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/42/466/5328.pdf>” (Erişim Tarihi 03.01.2017)
- KELSEN, Hans, **The Communist Theory Of Law**, Questia Media America, Inc. “www.questia.com”, s. 21-23.
- MARDİN, Şerif, **İdeoloji**, İletişim Yayınları, 1992, İstanbul.

MARX, Karl ve ENGELS, Friedrich, **Komünist Parti Manifestosu**.

ONGUR, Övünç, Hakan-YAVŞAN, Başak, **Uluslararası İlişkiler Teorileri**, Der. Ramazan Gözen, İletişim Yayınları, 3. Baskı, 2016, İstanbul.

ÖNGEN, Tülin, “Marksist Sınıf Kavramının ve Sınıf Analizinin Ayırt Edici Özellikleri,

“http://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/34561817/Turkiyeyi_Sinif_Gercegiyle_Anlamak.pdf” (Erişim Tarihi 02.01.2017).

ÖZÇETİN, Burak, “İdeoloji, İletişim, Kültür: Bir Stuart Hall Değerlendirilmesi,” <http://akademikstok.com/ideoloji-iletisim-kultur-bir-stuart-hall-degerlendirmesi-oku-49.html> (Erişim Tarihi 02.01.2017).

SANDIKLI, Atilla-KAYA, Erdem, “Uluslararası İlişkiler Teorileri Ve Barış,BİLGESAM Yayınları, s. 147. “<http://www.bilgesam.org/incele/650/-uluslararasi-iliskiler-teorileri-ve-baris/#.WHt2xrZ941g>, “(Erişim tarihi 03.01.2017)

SAVRAN, Sungur, ““Alternatif küreselleşme” mi, Proleter Enternasyonalizmi mi? : İmparatorluk’a Reddiye” s. 257-58. <http://www.praksis.org/wp-content/uploads/2011/07/007-11.pdf> (Erişim Tarihi 02.01.2017)

UYGUN, Oktay, **Devlet Teorisi**, XII Levha Yayınları, 2. Baskı, İstanbul, Kasım, 2015.

ÜŞÜR, Sancar, Serpil, **İdeolojinin Serüveni: Yanlış Bilinç ve Hegemonyadan Söyleme**, İmge Yayınevi, Ankara, 1997.

VELİDEDEOĞLU, Veldet, Hıfzı, **Toplumsal Yaşam ve Hukuk**, Hil Yayın, Nisan, 1983.

WALLERSTEİN, Immanuel, **Dünya Sistemleri Analizi: Bir Giriş (World-System Analysis: An Introduction)**, çev. Ender Abadoğlu, Nuri Ersoy, bgst Yayınları, 3. Basım, Şubat 2014, İstanbul.

YÜKSEL, Murat, “Marksizm ve Hukuk Anlayışı,” Marmara Hukuk Fakültesi-HAD, C. 13, S. 3-4, s. 21-23. “<http://e-dergi.marmara.edu.tr/maruhad/issue/viewFile/>,” (Erişim tarihi 03.01.2017).

“KUZEY KIBRIS HUKUKUNDA HİZMET SÖZLEŞMESİNİN FESİH NEDENİ İLE SONA ERMESİ”

The Termination of Employment Contracts in the Republic of North Cyprus

Ar. Gör. Fatma Alaslan*

Özet

Hizmet sözleşmesinin fesih beyanı ile sonlandırılması, 1992 sayılı İş Yasası’nda düzenlenmiştir. İlgili Yasa’nın üçüncü kısmı olarak belirtebileceğimiz bu bölümde hizmet akdi, hizmet akdinin feshi, bu feshi gerçekleştirebilmek için uyulması gereken fesih bildirimleri veya feshin niteliğine göre değişen bildirimsiz bir şekilde feshin gerçekleştirilmesi şeklinde, çalışmamızda yer almaktadır.

Söz konusu bu çalışmada, 1992 sayılı İş Yasası’nın 9, 12, 13, 14, 15, 16 maddeleri üzerinde durulurken bir yandan da, Türk hukukunda yer verilen düzenlemelerde değinilecektir.

Anahtar Kelimeler: Hizmet Sözleşmesi, İşçi, İşveren, Fesih.

Abstract

The termination of employment contracts by notification is dealt with under the Labour Act 1992. The focus of this article is on part three of the relevant Act, which takes into account contracts of employment, the termination of employment contracts, the requirements for a dismissal with notice and without notice, depending on the nature of the termination.

* *Yakın Doğu Üniversitesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı, Araştırma Görevlisi*

This article takes into account parts 9, 12, 13, 14, 15 and 16 of the Labour Act 1992 as well as Turkish Law Regulations.

Keywords: Employment Contract, Employee, Employer, Termination.

I. Hizmet Sözleşmesi

1992 Sayılı İş Yasası'nın başlangıç kısmında hizmet sözleşmesine ilişkin bir açıklamaya yer verilmiştir. İlgili düzenlemeye göre hizmet sözleşmesi, işçi ve işveren arasında, tarafların tercihlerine göre yazılı veya sözlü olarak yapılması mümkün olan, belirli veya belirsiz olmak üzere bir süreyi kapsayan ve hizmet şartları ile buna karşılık verilecek ücreti belirleyen bir anlaşmayı ifade etmektedir¹. İş Yasası'nın 9. maddesinde hizmet sözleşmesinin şekline ilişkin bir düzenleme mevcuttur. Yazılı veya sözlü olarak yapılması tarafların tercihinin bırakılan hizmet sözleşmesinin, süresinin, üç aydan uzun olması halinde bu anlaşmanın yazılı olarak yapılması gerektiği, şekil şartı olarak karşımıza çıkmaktadır. İş Yasası'nın 9. maddesinin 1 ve 2. fıkrasında, işçi ile işveren arasında gerçekleştirilecek olan hizmet akdinin üç nüsha olarak imzalanması gerektiği, söz konusu halde yazılı yapılması zorunluluk arz eden hizmet sözleşmesinin bu zorunluluğa uyulmaması halinde, işveren, işçinin talebi üzerine kendisine genel ve özel iş koşullarını gösteren ve üzerinde işverenin imzasının olduğu bir belge vermekle yükümlü olduğu belirtilmiştir. Türk Borçlar hukukunda yer alan düzenlemede ise hizmet sözleşmesi, belirli veya belirsiz bir süre içerisinde işçi ve işveren arasındaki iş ilişkisinin bir sonucu olarak hizmet görmeyi ve buna karşılık olarak da işveren tarafından bir ücret

¹ **Bayram**, Yıldırım, *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununda İşçi Hakları ve İş Kanunu Karşılaştırması*, Bursa, 2014, s. 7.

ödenmesini öngören anlaşma olarak tanımlanmaktadır². Türk Borçlar hukukunda yer alan düzenlemenin yanı sıra , 4857 Sayılı İş Kanunu’nda ise, hizmet sözleşmesi olarak veya iş sözleşmesi olarak ifade edilen bu sözleşme, bir tarafın belirli bir işi görmeyi diğer tarafında bu işe karşılık bir ücret ödemeyi üstlendiği bir sözleşme olarak ifade edilmektedir³.

Hizmet sözleşmesinin kurulması hem işveren hem işçi bakımından bazı önemli nitelikleri gerekli kılmaktadır. Hizmet sözleşmesinde bu sözleşmenin tarafı olan işçinin, birtakım vasıflara, yeteneklere, becerilere sahip olması, işin edimine engel teşkil etmeyecek ahlaklı hal, hareket ve kişiliğe sahip olması gerekirken, sözleşmenin diğer tarafı olan işverenin hangi vasıflara sahip olduğu işçi kadar önem arz etmemekte, işverene ait işyerinin nitelikleri işçi bakımından daha önemli bir hal teşkil etmektedir⁴. Hal böyle olunca işveren ile işçi arasındaki uyumun sağlanması ve bu uyumun bir güven ilişkisi niteliğine bürünerek iş ilişkilerine doğrudan etki etmesi kaçınılmazdır. Bu uyumun sağlanamaması halinde, işveren veya işçi nezdinde gerçekleşecek veya meydana gelecek olan bazı haklı veya geçerli sebepler bu sözleşmenin feshedilmesini gerekli kılacaktır⁵.

² İş hukukunda hizmet sözleşmesi yerine iş sözleşmesi kavramı tercih edilen bu sözleşme, İş Kanunu’nun 8. maddesinde, işçinin işverene bağımlı bir şekilde iş görmeyi, işverenin de buna karşılık bir ücret ödemeyi üstlendiği bir sözleşme olarak tanımlanmaktadır. Bkz. **Ayan, Serkan**, “Belirli Süreli İş Sözleşmesi”, *AÜHFD*, C. 54, S.4, 2005, s. 432; **Yıldırım**, s. 7; **Yılmaz, Ejder**, *Hukuk Sözlüğü*, Ankara, 2006, s. 272.

³ **Özcan, Durmuş**, *İş Sözleşmesinin Feshi*, Ankara, 2015, s. 1; **Soyer, Polat**, “Yeni” *Türk Borçlar Kanunu’nda Yer Alan “Genel Hizmet Sözleşmesi’ne İlişkin Bazı Düzenlemelerin İş Hukuku Açısından Önemi”*, İB-GSÜ Tarafından Haziran 2011’de Düzenlenen İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku 2011 Yılı Toplantıları, İstanbul, 2012 (Genel Hizmet Sözleşmesi), s. 1; **Yıldırım**, s. 7.

⁴ **Aydınlı, İbrahim**, “Sosyal Temas ve İş İlişkisinden Doğan İşverenin Edimden Bağımsız Koruma Yükümlülükleri ve Sonuçları”, Ankara, 2003, s.83-84 (Yayımlanmamış Doktora Tezi); **Baştırzi, Süleyman**, “Belirli Süreli İş Sözleşmesi Yapılmasına İlişkin Objektif Nedenlerin Tespitinde Menfaatler Dengesi, İşçinin Haklı Menfaati”, *DEÜHFD*, Cilt 15, Özel Sayı, 2014, s. 438.

⁵ **Aydınlı**, s. 83-84; **Baştırzi**, s.438; **Şen, Murat**, “Yargıtay Kararları Işığında Süreli Fesihle Yeni İş Arama İzni”, *TÜHİS*, 2006, s. 30.

İşçi veya işverenin aralarındaki hizmet sözleşmesini feshederken, kanunda öngörülen şekilde hareket etmelidirler. Hizmet sözleşmesinin belirli süreli veya belirsiz süreli olmasına göre, sözleşmenin fesih usulüde farklılık gösterecektir⁶.

II. HİZMET SÖZLEŞMESİNİN FESHİ

A. Hizmet Sözleşmesinin Bildirimli Şekilde Feshedilmesi

1. İşçi veya İşveren Tarafından Hizmet Sözleşmesinin Feshi

Bildirimli fesih, işçi veya işveren tarafından kullanılan fesih beyanı ile belirsiz süreli hizmet sözleşmesini yeterli bir sebep göstererek, tek taraflı olarak sonlandırmayı hedef alan açıklamadır⁷. Böyle bir durumda bildirimli feshi gerçekleştiren tarafın karşısında olan taraftan bu beyanı kabul etmesi veya bunu reddetmesi gibi davranışlar beklenmez. Tek taraflı olan bu bildirim, karşı tarafa ulaştığı anda hüküm ve sonuçlarını doğurmaya başlamaktadır⁸. 158 sayılı ILO sözleşmesinin 4. maddesine göre, süreli fesihın gerçekleştirilebilmesi için, işin kapasitesine veya işin yürütülmesine veya işyeri gereklerine dayanan geçerli bir nedenin varlığı halinde hizmet sözleşmesine son vermek mümkün olacaktır⁹.

⁶ **Kaplan, Tuncay Senyen**, “Belirli Süreli İş Sözleşmelerinin Haksız Feshi ve Türk Borçlar Kanunu Tasarısında Getirilen Yeni Düzenlemeler”, Cilt I, S.2, 2011, s. 54.

⁷ **Demircioğlu, Murat**, *Yargıtay Kararları Işığında 4857 Sayılı İş Kanunu*, İstanbul, 2009, s. 128; **Kulat, Çiğdem**, “Belirli Süreli İş Sözleşmesinin Süresinden Önce Feshi Ve Bunun Hukuki Sonuçları”, İstanbul, 2011, s. 72. (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi); **Özcan**, s. 17.

⁸ **Demircioğlu**, s. 128; **Özcan**, s. 17; **Süzek**, s. 559.

⁹ **Özdemir, Cumhuri Sinan**, “İş Sözleşmesinin Feshinde Usul”, *ÇÖZÜM*, 2010, S.98, s.225; **Soyer, Polat**, “İşçiyi Bireysel Fesihlere Karşı Koruyan Yasal Düzenlemelerin Genel Çerçevesi ve Yargıtay Kararları Işığında Uygulama Sorunları”, *Legal*, 2005 Yılı Toplantısı (İşçiyi Bireysel Fesihlere Karşı Koruma), s. 19; **Soyer, Polat**, “158 Sayılı Sözleşme Karşısında İşçinin Feshe Karşı Korunması Konusunda Yapılması Gereken

1991 sayılı İş Yasası'nın 12. maddesinin 3. fıkrasına göre, İşçi ile işveren arasında kurulmuş olup da en az üç yıl boyunca her ne şekilde olursa olsun devam eden hizmet sözleşmeleri kural olarak belirsiz süreli hizmet sözleşmesi sayılmaktadırlar. Belirsiz süreli olan bu hizmet sözleşmesinin işçi veya işverenin tek taraflı olarak yapacağı bir irade açıklamasıyla sonlandırılması mümkündür. Hal böyle olunca, işçi ile işveren arasında yapılmış olan hizmet sözleşmesinin belirsiz süreli bir sözleşme olması durumunda, Yasa'nın 12. maddesine göre, feshi gerçekleştirecek olan tarafın öncesinde bildirimde bulunması gerekmektedir. Öncesinde bildirimi gerekli kılan bu fesih hali, hukukumuzda bildirimli fesih olarak adlandırılmış olsa da Türk hukukunda süreli fesih olarak ifade edilmektedir¹⁰. Fesih gerçekleşmeden önce feshi gerçekleştirmek isteyen tarafın bildirimde bulunması gereken bu sözleşme, Türk hukukunda da olduğu gibi belirsiz süreli bir sözleşme olmalıdır¹¹. Belirsiz süreli hizmet sözleşmesinde, süreli fesih bildirimi sayesinde, işçi ve işveren arasındaki ilişki korunmakta ve kişi özgürlüğünü kısıtlar nitelikteki sözleşmelerin daha sağlıklı bir şekilde devam etmesi ve bu hakkın korunmasına yönelik bir amaç taşımaktadır¹².

Yasal Düzenlemeler", İstanbul Barosu ile Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Tarafından 18-19 Mayıs 2001 Tarihleri Arasında İstanbul'da Düzenlenen "İktisadi, Sosyal ve Uluslararası Hukukî Boyutu ile İşçinin Feshe Karşı Korunması" İş XXV Hukukuna ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2001 Yılı Toplantısı, İstanbul, 2002, s. 8; YİM/İstinaf:10/2013, YİM Dava No:105/2010, D.5/2014., www.mahkemeler.net, (ET: 9.4.2017).

¹⁰ Baycık, s. 124; Göktaş, Seracettin, "İş Sözleşmesinin İşverence Feshi ve İş Güvencesi", ABD, 2008, Yıl:66, S.1, s. 19; Süzek, Sarper, *İş Hukuku*, İstanbul, 2016, s. 557; Özcan, s. 53.

¹¹ Baycık, s. 125; Kurt, Resul, "Devamsızlık Yapan İşçinin İş Sözleşmesinin Feshi", ÇÖZÜM, 2010, s. 235; Yeter, Muti/Ateş, Umut/Sayın, Pelin, "İş Sözleşmesinin Feshi", 2006, s. 81.

¹² Süzek, s. 557-558.

2. İşçi veya İşveren Tarafından Gerçekleştirilecek Bildirimli Fesih Bildirimin Şekli ve Özellikleri

Sözleşmeyi sona erdirecek fesih bildiriminin belli usullere göre yapılması gerekmektedir. Yasa'nın 12. maddesinde, süresi belirli olmayan hizmet akitlerinin feshinde, fesihden önce durumu, feshi gerçekleştirmek isteyen işçi veya işverenin yazılı şekilde karşı tarafa bildirilmesi zorunluluğu aranmıştır¹³. Feshi gerçekleştirecek olan tarafın karşı tarafı mağdur etmemesi adına iş güvencesi kapsamında alınmış önlemlerden biride, süresi belirsiz olan bu sözleşmelerin feshinin yazılı olarak yapılmasının yanında, feshe sebep olan nedenlerin karşı tarafa açık ve kesin bir şekilde bildirilmesidir¹⁴. Fesih bildiriminin yazılı olması koşul olduğuna göre, bildirimi alan tarafın hizmet sözleşmesinin hangi sebebe dayalı olarak sona erdiğini anlaması gerekmektedir¹⁵.

Fesih bildiriminin yazılı bir şekilde yapılması emredici bir hukuk kuralı niteliğinde olduğundan, geçerlilik sebebi teşkil etmekte ve yazılı şekilde yapılmayan fesih bildirimleri geçersiz sayılmaktadır¹⁶.

Türkiye'nin taraf olduğu ve bizde de uygulama alanı bulan, 158 sayılı ILO sözleşmesi gereğince iş güvencesi kapsamına dahil olan işçilere karşı yapılacak olan fesih bildiriminin yazılı şekilde yapılması ve feshe sebebiyet veren nedenin bildirimde yazılı olarak belirtilmesi gerekmektedir¹⁷.

¹³ "Termination Of Employment Guide", s. 2, <http://www.eures.gov.cy>, (ET:9.4.2017).

¹⁴ Baycık, s. 116; Süzek, s. 559; Yargıtay/Hukuk, 64/98, Dava No:519/96, Girne D.7/2000, www.mahkemeler.net, (ET:9.4.2017).

¹⁵ Baycık, s. 116; Gökteş, s. 18; "Termination Of Employment Guide", s. 4, <http://www.eures.gov.cy>, (ET:9.4.2017); Süzek, s. 559; Özcan, s. 68; Kurt, s. 236; YİM/İstinaf:10/2013, YİM Dava No:105/2010, D.5/2014, www.mahkemeler.net, (ET:9.4.2017).

¹⁶ Alp, s. 17; Süzek, s. 559.

¹⁷ Gökteş, s. 18; Kutal, "İş Güvencesi İle İlgili ILO Normları Ve Türk Mevzuatının Durumu", s. 26, <http://dergipark.gov.tr>, (ET:9.4.2017); Süzek, s. 558-559.

Sözleşmenin bu maddesi hukukumuzda da yansımış durumdadır. Söz konusu yasanın 13. maddesinin 1. fıkrasına göre, işverenin dayandığı yazılı fesih bildiriminde sözleşmeyi neden feshettiğine dair nedeni belirtmek zorunda olmasıdır. İşverenin fesih bildiriminde neden göstermemiş olması veya göstermiş olduğu nedenin fesih için yeterli olmaması veya feshin yasa dışı veya haksız nedenlerle yapılmış olması veya feshde söz konusu bildirim sürelerine uyulmadan hareket edildiği yönündeki iddiaları olan işçi, yetkili mahkemeden feshin geçersizliğine ilişkin bir karar verilmesini isteyebilecektir. Aynı maddenin 2. fıkrasına göre yeterli sebep gösterdiğini ileri süren ve buna dayalı olarak iş sözleşmesini fesheden işverenin bunu ispatlaması gerekmektedir¹⁸.

C. Hizmet Sözleşmesinin Bildirimsiz Şekilde Sona Erdirilmesi

1. Genel Olarak

Süresi belirsiz olan hizmet sözleşmelerinin bildirimli feshedilemesi gerektiği zorunluluğundan farklı olarak, hem belirsiz süreli hem de belirli süreli hizmet sözleşmelerinin bildirimsiz bir şekilde feshi mümkün kılınmıştır¹⁹. 1992 sayılı İş Yasası'nda işçinin veya işverenin bildirimsiz feshi başlıkları altında düzenlenen kurallara göre, haklı nedenlerin varlığı halinde işçi veya işveren karşı tarafa bildirim yapmaksızın derhal sözleşmeyi feshetme hakkına sahip olacaklardır²⁰. İş hukukunun genel prensipleri çerçevesinde bakıldığı zaman bu

¹⁸ Türk hukukunda geçerli sebep olarak anılan bu nedenler yerine hukukumuzda yeterli neden ifadesi kullanılarak, münhasıran hizmet ilişkisine dayanan neden olarak belirtilmiştir. Bkz., **Baycık, Gaye**, “İş Akdinin Fesih Sebebinin Değiştirilmesi”, AÜHFD, 2006, C.55, S.1, s. 115.

¹⁹ **Ayan**, s. 470; **Özcan**, s. 258.

²⁰ **Soyer, Polat**, “Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin “Yeni” Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Ve İş Hukuku Bakımından Önemi”, Sicil, Haziran 2011 (Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesi), s. 4; **Özcan**, s. 57.

tür feshe bildirimsiz fesih denilmesinin sebebi, hizmet sözleşmesini bildirim yapılmasına gerek olmadan derhal sona erdirmesidir²¹.

Türk hukukunda olduğu gibi hukukumuzda bildirimsiz feshe başvurabilmek için haklı nedenin varlığı aranmaktadır. Yasa'nın 13.veya 14. madde hükmüne dayanarak işçi veya işverenin bildirimsiz bir şekilde feshi gerçekleştirebilmeleri için, fesih sebebi olarak gösterebilecekleri haklı bir neden varlığı aranmaktadır. Haklı nedenin varlığına dayanma zorunluluğu hem Türk hukukunda hem de Türkiye'nin taraf olduğu ve Kuzey Kıbrıs'ın da 17/93 Sayılı Onay Yasası ile kabul edilen 158 sayılı ILO Sözleşmesinde varlığını korurken hukukumuzda da haklı neden kavramı tam olarak mevzuatta yer almasa da , yerel mahkemelerimizde verilmiş olan kararlarda bu kavramın kullanıldığı görülmektedir²².

Bildirimsiz fesih, ancak 1992 sayılı İş Yasası'nda yer alan nedenlerin ortaya çıkması halinde söz konusu olacaktır. Böyle bir neden ortaya çıkması halinde söz konusu hizmet sözleşmesi kendiliğinden değil, feshi gerçekleştirecek olan tarafın yazılı bildirimde bulunma halinde sonlandırılacaktır. Yazılı bildirimde bulunma zorunluluk teşkil etmektedir (m.14, m.15).

2. İşçi Tarafından Hizmet Sözleşmesinin Bildirimsiz Feshi

a. Genel Olarak

Hizmet sözleşmesini bildirimsiz bir şekilde işçi tarafından feshedilmesi, 1992 sayılı İş Yasası'nda ele alınmıştır. İlgili Yasada işçinin bildirimsiz feshine

²¹ Baycık, s. 121; Özcan, s. 258.

²² Yargıtay/Hukuk: 63/2009, Lefkoşa Dava No: 4533/2007, D.2/2012, www.mahkemeler.net, (ET:03.04.2017).

yer verilen 14. madde, süresi belirli olsun veya olmasın, işçinin süresinin bitiminde veya bu sürenin bitimini beklemeksizin haklı nedenlerin varlığı halinde, yazılı olmak koşuluyla bu nedenleri belirterek söz konusu feshi karşı tarafa bildirerek sözleşmeyi feshetmesinin mümkün olduğu belirtilmiştir.

b. İşçinin Bildirimsiz Fesih İçin Dayanabileceği Haklı Nedenler

Türk hukukunda işçinin bildirimsiz feshine imkan tanıyacak olan sebepler, Sağlık sebepleri, Ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri ve zorlayıcı sebepler olarak üç başlık altında belirtilirken²³, Yasa'nın 14. maddesinde 7 bent olarak sayılan bu nedenler böyle bir ayrıma tabi tutulmamışlardır. Ancak söz konusu bu yasal düzenlemeleri kendi içerilerinde, Sağlık sebepleri, Ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri ve zorlayıcı sebepler şeklinde kategorize etmemiz mümkündür.

İlk bentde, taraflar arasında kurulmuş olan hizmet sözleşmesine konu olan işin görülmesi, sözleşme sırasında bilinmeyen ve söz konusu işin niteliğinden doğan bir nedenle işçinin sağlığı veya yaşamı için tehlike arzemesi halinde, işçinin bu sözleşmeyi geçerli bir şekilde feshedebilmesi mümkün kılınacaktır. Bu düzenlemeyi, sağlık sebepleri arasında nitelendirebiliriz. Türk hukukunda işçinin haklı nedenle derhal fesih hakkını düzenleyen İş yasasında yer alan 24. maddenin birinci fıkrasının (a) bendinde, 14. maddenin 1. bendinde yer alan düzenlemeyle örtüştüğünü söylemek mümkündür. Hem hukuk

²³ Güner, Erol, “İşçinin Sağlık Nedenlerine Dayanan Devamsızlığında İşverenlerin Hakları ve Uygulamadaki Sorunlar”, ÇÖZÜM, 2011, s.321, <http://archive.ismmmo.org.tr>, (ET: 02.05.2017); “Terminating the Employment Contract”, www.ti.ee, (ET: 02.05.2017).

sistemimizde hem de Türk hukuk sisteminde bu sebebin varlığı, işçi bakımından haklı fesih nedeni teşkil etmektedir²⁴.

İşverenin işçi ile hizmet ilişkisini yaptığı sırada, söz konusu anlaşmada bulunması zorunlu olan husularda ilişkin yanlış nitelikler veya koşullar göstermesi veya gerçeğe uygun olmayan bilgiler vererek işçiyi yanıltması halinde²⁵, işçi 2. bentde düzenlenen bu nedene dayanarak bildirimsiz fesihi gerçekleştirebilecektir. İşverenin bu şekilde davranması sözleşmenin esaslı unsurlarına ilişkin bir eksiklik teşkil ettiğinden, ahlak ve iyi niyet kurallarıyla örtüşmeyen davranışlar sergilediğini ortaya koymaktadır. Böyle bir durumun varlığı halinde yanıltılmış olan işçiden eksik nitelik taşıyan bu hizmet sözleşmesini sürdürmesini beklemek hakkaniyete uygun düşmemektedir. Dolayısıyla bu neden fesih için gerekli olan haklı bir neden teşkil etmektedir. İş Kanunu'nun da 24. maddenin 2. fıkrasının a bendi ile İş Yasası'nın 14. maddesinin 2. fıkrası ile örtüşen bir düzenlemeye yer verilmiştir.

3. bentde ise işçinin görmüş olduğu hizmete karşılık olarak belirlenmiş olan ücretin kendisine ödenmemesi hali haklı nedenler arasında yer almaktadır. Şöyle ki, işçi ve işveren bir hizmet sözleşmesi yaparken, bu sözleşme işçiye sözleşemin konusu olan edimi yerine getirmesini gerekli kılarken, işverene de bu hizmeti gören işçiye buna karşılık bir ücret ödeme borcu yüklemektedir²⁶. Emeğine karşılık olarak belirlenen ücretin alınmaması hem işçi bakımından hemde bakmakla yükümlü olduğu aile üyeleri bakımından ekonomik sıkıntılara sebebiyet verecektir. İşçi, bu nedene dayanarak sözleşmeyi feshedebilecektir.

²⁴ **Ertürk, Şükran**, “İşçinin İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Hastalık ve Özellikle *AİDS* Hastalığı Sebebiyle Feshedilmesi ve Sonuçları”, s.1, <http://hukuk.deu.edu.tr>, (ET:02.05.2017); **Güner**, s. 321; **Süzek**, s. 731; **Özcan**, s. 339.

²⁵ **Turner, Chris**, *Employment Law*, London, 2011 s. 109.

²⁶ **Süzek**, *Ücret*, s. 215-217; **Yıldırım**, s. 18-24.

İşçinin çalıştığı işyerinde kesintisiz olarak bir haftadan fazla bir süre, işin devamını kesintiye uğratacak şekilde daha önceden öngörülmesi mümkün olmayan, teknik arıza, yangın ve su baskını gibi hallerde, işverenin bu süreye ilişkin ücretlerini ödememesi, İş kanunun 24. maddesinin zorlayıcı sebepleri başlığı altında 3. Fıkra düzenlenirken, 1992 sayılı yasada 4 bentde yer alıp haklı bir fesih nedeni teşkil etmektedir.

Haklı fesih nedeni teşkil edip, işçiye bildirimsiz fesih hakkı tanıyan bir diğer durumda, 5. bentde yer verilen nedendir. Buna göre, işçinin talepte bulunmasına rağmen, işverenin, bu yasanın 9. maddesinde belirtilen belgeyi işçiye vermemesi bir fesih sebebidir. Söz konusu bu nedeni kategorize edecek olursak, ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan haller içerisinde değerlendirmek mümkündür²⁷.

İşçinin haklı feshini mümkün kılan ve 6. bentde yer alan bu düzenlemeye göre, işçi ile işveren arasında yapılmış olan hizmet sözleşmesinde aksi kararlaştırılmamış olması şartı ile, işçiye ödenecek olan hizmetin parça başı veya iş tutarı üzerinden ödenmesi kararlaştırılmış olmasına karşılık, işveren tarafından ahlak kurallarıyla ve sözleşme bağlılığıyla örtüşmeyecek şekilde hareket ederek, işçiye yapabileceği sayı ve tutardan az iş verildiği hallerde, aradaki ücret farkı zaman esasına göre ödenerek işçinin eksik aldığı ücretin karşılanmaması ve iş koşullarının esaslı bir biçimde değişmesi veya uygulanması halinde, işçi söz konusu sözleşmeye riayet etmeyen işverene karşı bildirimsiz fesih hakkını bu sebebe dayanarak kullanabilecektir²⁸.

Haklı fesih nedenleri arasında son olarak 7. bentde yer alan durum düzenlenmiştir. İşveren hizmet ilişkisinde işçinin kişiliğini koruyacak onun

²⁷ **Birben, Erhan**, “İşverenin İş Sözleşmesini Fesih Hakkının Etkisizleşmesi”, DEÜHFD, Cilt 15, S.Özel Sayı, 2014, s. 462; **Güner**, s. 321; **Tiryaki, Hamit**, “Derhal Fesih Hakkını Kullanma Süresi”, ÇÖZÜM, S.98, 2010, s. 249; **Özcan**, s.344; **Süzek**, s. 737; **Yıldırım**, s. 37.

²⁸ **Süzek**, s. 738; **Süzek**, *Ücret*, s. 215-217.

huzur içerisinde çalışmasını sağlayacak bir ortam yaratmalıdır²⁹. Dolayısıyla İşverenin, işçiye veya işçinin aile üyelerinden birine karşı şeref, haysiyet ve ahlak kurallarıyla bağdaşmayan sözler söylemesi veya davranışlarda bulunması halinde, işçi sözleşmeyi feshetme hakkına sahiptir.

3. İşveren Tarafından Hizmet Sözleşmesinin Bildirimsiz Feshi

a. Genel Olarak

İş Yasası'nın 15'inci maddesi işverenin bildirimsiz fesih hakkını düzenlemektedir. Söz konusu bu madde hangi hallerin varlığı halinde, işverenin bildirimsiz fesih hakkını kullanabileceğini (9) bent halinde belirtmiştir. 15. maddeye göre, süresi belirli veya belirsiz süreli bir hizmet sözleşmesi olsun, işveren dilerse, 9 bent halinde düzenlenmiş olan hallerde hizmet akdini, sözleşmenin süresinin dolmasından önce veya bildirim süresini beklemeksizin yazılı olmak koşuluyla sonlandırabilecektir. Ancak, işverenin sözleşmenin derhal sona erdirilmesinde haklı bir nedeninin varlığı aranacaktır³⁰.

b. İşverenin Bildirimsiz Fesih İçin Dayanabileceği Haklı Nedenler

Hizmet sözleşmesinin işveren tarafından bildirimsiz feshedilebilmesi için İş Yasası'nın 15. maddesinde yer verilmiş olan nedenlerden birinin gerçekleşmesi zorunludur.

²⁹ **Limuncuoğlu, Alp**, “İşçinin İş Sözleşmesini Psikolojik Tacize Dayalı Olarak Haklı Nedenle Feshinde Hak Düşürücü Sürenin Başlaması”, DEÜHFD, Cilt 15, S.Özel Sayı, 2014, s. 549; **Turner**, s. 111.

³⁰ **Çelik, Nuri**, *İş Hukuku Dersleri*, İstanbul, 2004, s. 218; **Göktaş**, s. 31.

Bu nedenle aşağıda yer verilmiş olan yasal fesih nedenlerinden birinin bulunmaması, dayananın fesih sebebinin işveren tarafından ispat edilememesi, fesih için belirtilmiş olan nedenin feshi zorunlu kılan haklı bir neden oluşturmaması gibi durumlarda fesih geçersiz fesih olarak nitelendirilmektedir³¹. Dolayısıyla söz konusu feshin sağlıklı bir şekilde hukuki sonuçlarını doğurabilmesi için, feshi gerçekleştirecek olan işverenin, haklı nedenlere dayanması gerekmektedir³². Türk hukukunda haklı nedenlerin neler olduğu yasada belirtilmişken, bunlar sağlık sebepleri, ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri ve zorlayıcı sebepler olmak üzere üç başlık altında ele alınmışken³³, 1992 sayılı İş Yasası'nda bu sebepler karma bir şekilde ele alınmış böyle belirleyici bir ayrıma gidilmemiştir. Haklı neden olarak belirtilen haller 15. maddede 9 bent olarak ele alınmıştır.

İşçinin izin almadan veya haklı bir nedene dayanmaksızın ard arda üç iş günü veya bir bir yıl içerisinde beş iş günü veya bir yıl içerisinde üç defa herhangi bir tatil gününden sonraki iş günü işine gelmemesi veya devam etmemesi halini, işveren bakımından haklı fesih olarak düzenlenmesi, 15. maddenin ilk bendinde yer almıştır. Türk hukukunda, İşçinin kendi kastından veya düzenli olmayan yaşayışından, yahut içkiye olan bağımlılığından dolayı meydana gelecek olan sağlık problemleri dolayısıyla veya engelli hale gelmesi durumunda doğacak devamsızlığın ard arda üç iş gününü bulması halinde, işveren bakımından yasal fesih hakkını kullanabilmesi adına haklı bir nedenin

³¹ **Demir, Şamil**, “İş Hukukunda Geçersiz Feshin Sonuçları”, *ABD*, 2013, S.3, s. 343; **Göktaş**, s. 31; **Soyer**, *Hizmet Sözleşmesi*, s. 11; **Özcan**, s. 394; **Süzek**, s. 717; **Kurt**, s.2 39; **Manav, Eda**, “İş Hukukunda Geçersiz Feshin Hukukun Geçerli Fesih Sayıldığı Haller”, *Kamu-İş*, 2010, C.11, S.2, s. 3; Yargıtay/Hukuk, 63/2009, Lefkoşa Dava No:4533/2007, D.2/2012 www.mahkemeler.net; Yargıtay/Hukuk, 64/98, Girne Dava No:519/96, D.7/2000, www.mahkemeler.net, (ET:9.4.2017).

³² **Göktaş**, s. 16.

³³ **Ayan**, s. 470; **Süzek**, s. 717; **Tiryaki**, s. 249; **Özcan**, s. 339.

varlığı gerçekleşmiş olacaktır³⁴. Her iki hukuk sistemine baktığımız zaman hukukumuzda ard arda üç iş günü devamsızlığa sebep olacak olan durum yasal düzenlemede belirtilmiş olmayıp, Türk hukukunda ard arda üç iş günü işe devam edememe veya gelmeme belli sebeplere bağlanmıştır³⁵.

İşçinin işverenle hizmet akdi yaptığı sırada hizmetin görülmesine ilişkin gerekli nitelikler ve şartlar kendisinde bulunmadığı halde gerçeğe uygun olmayan bilgiler veya sözler söyleyerek işvereni yanıltması hali, haklı neden sayılması, 2. bentde düzenlenmiştir. Burada söz konusu hizmetin ifası, işçinin belirli vasıflara sahip olmaması veya bu vasıfların eksik olması dolayısıyla tam olarak veya hiç yerine getirilemeyecektir. Dolayısıyla sözleşmenin esaslı unsurlarından birinin eksik olması sonucunu doğuracak olan bu durum işverene sözleşmeyi feshedebilmesi için bir kolaylık sağlayacaktır. Türk hukukunda da aynı şekilde düzenlenmiş olan bu madde, hukukumuzun Türk hukukunun bir uzantısı niteliği taşıdığını göstermektedir. Şöyle ki, iş sözleşmesi yapıldığı sırada sözleşmenin esaslı noktasından biri için eksiklik teşkil edecek gerekli vasıf ve şartların kendisinde olmadığı halde bu özelliklere sahip olduğunu beyan eden veya gerçeğe uygun olmayan bilgiler veya sözler söyleyen işçinin bu davranışları, Ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri başlığı altında açıklığa kavuşturulup, haklı bir neden teşkil etmektedir. Her iki hukuk sisteminde var olan bu haklı neden hali arasındaki tek fark Kuzey Kıbrıs hukukunda herhangi bir başlık altında düzenlenme imkanı bulmayan bu fesih nedeninin, Türk hukukunda ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri başlığı altında düzenlenmiş olmasıdır.

İşçi ve işveren arasında kurulmuş olan hizmet sözleşmesinin birtakım hakları, borçları ve yükümlülükleri yani karşılıklı sorumlulukları gündeme

³⁴ Göktaş, s. 16; Turner, s. 116; Kurt, s. 237.

³⁵ Şua, İbrahim Halil, “İşverenin Devamsızlık Nedeniyle Haklı Fesih Yapma İmkani”, OTOBAN, 2015, s. 30, <http://www.oyder-tr.org>, (ET:05.05.2017).

getirmiş olacağından her iki tarafında aralarındaki hukuki ilişkinin temellerini güven ilkesine uygun bir şekilde atması ve bu ilişkiyi ona göre devam ettirmesi ona göre davranması gerekmektedir. Dolayısıyla üçüncü bente göre, işçinin hırsızlık yapması veya yüz kızartıcı bir suçtan dolayı mahkum edilmiş olması veya işverene ait mesleki sırları açıklaması halinde işverenle aralarındaki güven ilişkisine riayet etmemiş olacaktır. İşçinin işverenin güvenini kötüye kullanması, doğruluk ve bağlılığa uymayan davranışlar sergilemesi işveren bakımından haklı fesihe imkan tanımaktadır. Söz konusu bu neden, ahlak ve iyiniyet kurallarına uymama halleri içerisinde yer almaktadır.

Haklı fesihe imkan tanıyacak bir başka durum da 4. Bentde düzenlenmiştir. Buna göre, işçinin, işverene ait işyerinde işlemiş olduğu bir suç dolayısıyla mahkum edilmiş olması haklı neden sayılmak bakımından yeterli olup, Türk hukukundaki düzenleme gibi, yedi günden fazla hapisle cezalandırılma ve işlenen suçun cezası ertelenemeyen bir suç niteliği taşıması şartı aranmamaktadır³⁶.

İşçinin işverenle arasında yapılmış olan hizmet akdinde kararlaştırmış oldukları görevleri yerine getirme hususunda kaçınması ve kendisine işveren tarafından en az iki kez yapılmış olan uyarıya aldırmaz etmeksizin bu görevleri yapmama ısrarını koruması halinde haklı feshin gerçekleştirilmesine elverişli bir nedenin varlığından söz etmek mümkün olacaktır. Bu durum 5. bentde düzenlenmiştir. Türk hukukunda ise bu nedene dayanarak fesih de bulunabilmek için, işçinin yapmakla ödevli bulunduğu görevleri kendisine hatırlatıldığı halde yapmamakta ısrar etmiş olması hali yeterli sayılmaktadır³⁷. Hukukumuzda yer alan düzenlemenin aksine, işverenin, işçiyi görevini yerine

³⁶ Yıldırım, s. 37.

³⁷ Güner, s. 321; Süzek, s. 727.

getirmesi için en az iki kez yazılı olarak uyarma şartı aranmamakta, işçiye bir kez hatırlatmanın yapılması yeterli sayılmaktadır³⁸.

Türk hukukunda ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri başlığı altında haklı neden olarak düzenlenmiş olan 25. Maddenin (1) bendinde, işçinin kastı veya ihmali sonucunda iş güvencesinin tehlikeye düşmesi veya işyerine ait olan mallar ya da işyerine ait olmayıpda eli altında bulunan makinelerin, tesisatın veya başka eşya ve maddelerin 30 günlük ücret tutarıyla ödeyemeyecek derecede hasara uğratması halinde, işverenin bu işçiyle işe devam etmedi kendisinden beklenemeyecektir³⁹. Hukuk sistemimizde ise işçinin iş güvencesini tehlikeye düşürmesi 6(A) ve 6(B)' de, ihmali davranış ve kasıtlı davranış bakımından ayrı ayrı ele alınarak meydana gelen hasarın, ihmali bir davranış sonucunda meydana gelmesi halinde, on günlük ücret tutarı, kasıtlı bir davranış sonucunda meydana gelmesi halinde beş günlük ücret tutarının karşılayamayacağı derecede olması şartı aranmıştır. Türk Hukukunda işyerine ait olan malın veya malı olmayıpda eli altında bulunan makinelerin tesisatların, başka madde ve eşyaların 30 günlük ücret tutarıyla ödenmeyecek derecede bir hasarın varlığını araması ve bu şartlarda iş sözleşmesinin feshdilmesi, 6(A), 6(B) de öngörülen ücret tutarlarına göre daha büyük bir meblağa denk gelen hasarın varlığı şartını araması her halukarda işçiye koruyan bir düzenleme niteliği taşımaktadır.

İşçinin hastalığın anlaşıldığı tarihten itibaren en az 45 günlük bir tedaviden geçmesi ancak tedaviye cevap vermemesi ve bu hastalığın iyileşmeyen ve hayati tehlike arz eden bulaşıcı veya işi ile bağdaşmayacak derecede tiksinti verici bir hastalık oluşu işveren bakımından derhal fesihi gerçekleştirebilmesi adına bir neden teşkil etmektedir. 7. bentde yer verilen bu

³⁸ Süzek, s. 727.

³⁹ Yargıtay/Hukuk:63/2009, Lefkoşa Dava No:4533/2007, D.2/2012, www.mahkemeler.net, (ET:9.3.2017).

düzenleme, Türk hukukundan farklı olarak düzenlenmiştir. 4857 sayılı İş Yasası'nın sağlık sebepleri kenar başlığı altında 25. maddenin birinci fıkrasının (b) bendinde yer alan düzenlenmede, işçinin tutulduğu hastalığın iyileşemeyecek nitelikte olduğu ve bu haldeyken işyerinde çalışmaya devam etmesinin sakınca taşıdığına Resmi Sağlık kurulunca saptanması şartı, haklı neden olarak belirtilmiştir. 1992 sayılı İş Yasası'nda işçiye, en az 45 günlük bir tedavi süreci tanınmış ve bu süreçte tedaviye yanıt vermemesi halinde hastalığın iyileşmesinin mümkün olmadığı kanaatine varılmıştır. Hastalığın iyileşmesinin olanaksız olduğu ve hayati tehlikeye sebebiyet verecek nitelikte bulaşıcı olduğu hakkında karar verecek olan herhangi bir sağlık kurumu belirtilmemiş olmakla beraber mahkeme kararlarında da buna ilişkin herhangi bir bulguya rastlanmamıştır. Kanaatimizce sağlık kurumundan alınan rapora göre işçinin iyileşmesinin mümkün olmadığı kararı haklı neden sayılarak işine son verilecektir. Söz konusu bend içerisinde yer verilen bir diğer durum da işçinin işiyle bağdaşmayacak derecede tiksinti verici bir hastalığa tutulmasıdır. Kanaatimizce tiksinti verici bir hastalık ifadesi tıpta karşılığını bulmaktadır. Tıp alanında varolan bir hastalık işaret edilmeye çalışılmıştır. Ancak tiksinti kavramının yasal düzenleme içerisinde kullanılmasının insan onuruyla bağdaşan bir ifade olmadığı düşüncesindeyiz.

İşçinin işverene veya aynı işyerinde çalıştığı işçilere veya bu kişilerin aile üyelerinden birine karşı şeref, haysiyet ve ahlak kurallarıyla örtüşmeyecek nitelikte sözler sarfetmesi veya davranışlar gerçekleştirmesi, 8. bent de düzenlenerek haklı nedenler arasında yer almaktadır. Türk hukukunda olduğu gibi böylesi bir durumun varlığı halinde işverenin işçiye karşı fesih hakkı doğacaktır.

Son olarak işverenin bildirimsiz bir şekilde fesih hakkını kullanmasına imkan tanıyan bir diğer hal ise, 9. bentde düzenlenmiştir. Buna göre, işçi işverenin uyarılarına uymaksızın işyerine işini yapamayacak derecede alkolü

bir şekilde geliyor ve işyerinde alkol kullanmaya devam ediyorsa, bu durum haklı fesih nedeni oluşturmaktadır. Söz konusu halde işçi, hizmet sözleşmesinin konusu olan şeyi ifa edemeyecek duruma gelerek, işverenin işlerini aksatabilir onu zarara uğratabilir. Böyle bir zararın doğumunu engellemek adına uyarılara rağmen işyerine alkollü bir şekilde gelen işçiye karşı işverene fesih hakkı tanınması yerinde bir düzenlemedir.

Sonuç

Hizmet sözleşmesini taraflardan birinin açıklayacağı fesih beyanı ile sonlandırmak mümkündür. Fesih beyanının ne şekilde yapılacağı, hizmet sözleşmesinin türüne göre değişmektedir. Belirli süreli hizmet sözleşmelerinde bildirimli fesih gerçekleştirilirken, belirli süreli veya süresi belirli olmayan hizmet sözleşmelerinde ise, haklı nedenin varlığı halinde bildirimsiz fesih gerçekleştirilmektedir.

Her ne kadar Kuzey Kıbrıs İş Yasası'nda iş güvencesine ilişkin açık bir düzenlemeye yer verilme de, haklı veya geçerli bir nedenin gösterilmesi zorunluluğu, İş güvencesinin bir zorunluluğu olarak kendini göstermektedir.

Kanaatimizce, İş Yasası'na iş güvencesine ilişkin hükümlerin konması, işverenlerin keyfi bir şekilde hizmet sözleşmelerini feshetmelerinin önüne geçilmesini sağlayarak, işçiler lehine daha hakkaniyetli sonuçlar doğuracaktır.

KAYNAKLAR

Aydınlı, İbrahim, “*Sosyal Temas ve İş İlişkisinden Doğan İşverenin Edimden Bağımsız Koruma Yükümlülükleri ve Sonuçları*”, Ankara, 2003 (Yayımlanmamış Doktora Tezi).

Bakan, İsmail/Büyükbeşe, Tuba, “*Çalışanların İş Güvencesi ve Genel İş Davranışları İlişkisi*”, EÜİBFD, S.23, 2004.

Başterzi, Süleyman, “*Belirli Süreli İş Sözleşmesi Yapılmasına İlişkin Objektif Nedenlerin Tespitinde Menfaatler Dengesi, İşçinin Haklı Menfaati*”, DEÜHFD, Cilt 15, Özel Sayı, 2014.

Baycık, Gaye, “*İş Akdinin Fesih Sebebinin Değiştirilmesi*”, AUHFD, 2006, C.55, S.1.

Birben, Erhan, “*İşverenin İş Sözleşmesini Fesih Hakkının Etkisizleşmesi*”, DEÜHFD, Cilt 15, S.Özel Sayı, 2014.

Çelik, Nuri, *İş Hukuku Dersleri*, İstanbul, 2004.

Demir, Şamil, “*İş Hukukunda Geçersiz Feshin Sonuçları*”, ABD, 2013, S.3.

Demircioğlu, Murat, *Yargıtay Kararları Işığında 4857 Sayılı İş Kanunu*, İstanbul, 2009.

DIĞIN, Özerk/Ünsar, Sinan, “*Çalışanların İş Güvencesi Algısının Belirleyicileri ve İş Güvencesinden Memnuniyetin Organizasyonel Bağlılık, İş Stresi ve İşten Ayrılma Niyetine Etkisi*”, DÜSBD, 2004, S.26.

Ertürk, Şükran, “*İşçinin İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Hastalık ve Özellikle AIDS Hastalığı Sebebiyle Feshedilmesi ve Sonuçları*”, <http://hukuk.deu.edu.tr>.

Güner, Erol, “*İşçinin Sağlık Nedenlerine Dayanan Devamsızlığında İşverenlerin Hakları ve Uygulamadaki Sorunlar*”, ÇÖZÜM, 2011, <http://archive.ismmmo.org.tr>.

Göktaş, Seracettin, “İş Sözleşmesinin İşverence Feshi ve İş Güvencesi”, ABD, 2008, Yıl:66, S.1.

Kutal, “İş Güvencesi İle İlgili ILO Normları Ve Türk Mevzuatının Durumu”, <http://dergipark.gov.tr>.

Kaplan, Tuncay Senyen, “Belirli Süreli İş Sözleşmelerinin Haksız Feshi ve Türk Borçlar Kanunu Tasarısında Getirilen Yeni Düzenlemeler”, Cilt I, S.2, 2011.

Kulat, Çiğdem, “Belirli Süreli İş Sözleşmesinin Süresinden Önce Feshi Ve Bunun Hukuki Sonuçları”, İstanbul, 2011, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi).

Kurt, Resul, “Devamsızlık Yapan İşçinin İş Sözleşmesinin Feshi”, ÇÖZÜM, 2010.

Limoncuoğlu, Alp, “İşçinin İş Sözleşmesini Psikolojik Tacize Dayalı Olarak Haklı Nedenle Feshinde Hak Düşürücü Sürenin Başlaması, DEÜHFD, Cilt 15, S.Özel Sayı, 2014.

Manav, Eda, “İş Hukukunda Geçersiz Feshin Hukuken Geçerli Fesih Sayıldığı Haller”, Kamu-İş, 2010, C.11, S.2.

Özcan, Durmuş, *İş Sözleşmesinin Feshi*, Ankara, 2015.

Özdemir, Cumhur Sinan, “İş Sözleşmesinin Feshinde Usul”, ÇÖZÜM, 2010, S.98.

ŞEN, Murat, “Yargıtay Kararları Işığında Süreli Fesihte Yeni İş Arama İzni”, TÜHİS, 2006.

SOYER, Polat, “Yeni” Türk Borçlar Kanunu’nda Yer Alan “Genel Hizmet Sözleşmesi’ne İlişkin Bazı Düzenlemelerin İş Hukuku Açısından Önemi”, İB-GSÜ Tarafından Haziran 2011’de Düzenlenen İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku 2011 Yılı Toplantıları, İstanbul, 2012 (Genel Hizmet Sözleşmesi).

Soyer, Polat, “*Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin “Yeni” Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Ve İş Hukuku Bakımından Önemi*”, Sicil, Haziran 2011 (Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesi).

Soyer, Polat, “*İşçiyi Bireysel Fesihlere Karşı Koruyan Yasal Düzenlemelerin Genel Çerçevesi ve Yargıtay Kararları Işığında Uygulama Sorunları*”, Legal, 2005 Yılı Toplantısı (İşçiyi Bireysel Fesihlere Karşı Koruma).

Soyer, Polat, “*158 Sayılı Sözleşme Karşısında İşçinin Feshe Karşı Korunması Konusunda Yapılması Gereken Yasal Düzenlemeler*”, İstanbul Barosu ile Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Tarafından 18-19 Mayıs 2001 Tarihleri Arasında İstanbul’da Düzenlenen “İktisadî, Sosyal ve Uluslararası Hukukî Boyutu ile İşçinin Feshe Karşı Korunması” İş XXV Hukukuna ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2001 Yılı Toplantısı, İstanbul, 2002.

Süzek, Sarper, *İş Hukuku*, İstanbul, 2016.

“*Termination Of Employment Guide*”, <http://www.eures.gov.cy>.

Tiryaki, Hamit, “*Derhal Fesih Hakkını Kullanma Süresi*”, ÇÖZÜM, S.98, 2010.

Turner, Chris, *Employment Law*, London, 2011.

Yeter, Muti/Ateş, Umut/Sayın, Pelin, “*İş Sözleşmesinin Feshi*”, 2006.

Yıldırım, Bayram, *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda İşçi Hakları Ve İş Kanunu Karşılaştırılması*, Bursa, 2014.

Yılmaz, Ejder, *Hukuk Sözlüğü*, Ankara, 2006.

BİRLEŞMİŞ MİLLETLER KADINLARA KARŞI HER TÜRLÜ AYRIMCILIĞIN ORTADAN KALDIRILMASINA DAİR SÖZLEŞME HAKKINDA GENEL BİR DEĞERLENDİRME

General Evaluation of the Convention on the Elimination of all Forms of
Discrimination Against Women

Ar. Gör. Özde Dereboylular*

Özet

Kadınlar ve erkekler için eşit haklar ilkesi, Birleşmiş Milletler Şartı'nın temel ilkelerinden biridir. Her ne kadar cinsiyetler arasındaki eşitlik ilkesi temel insan hakları belgelerinde yer bulsa da, pratikte bu araçların yetkin organlar tarafından yorumlanması ve uygulanması, kadınlara tam olarak uygulanabilirliklerini sağlamakta yetersiz kalmıştır. 1979 yılında kabul edilen Birleşmiş Milletler Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılmasına Dair Sözleşmesi, kadına yönelik her türlü ayrımcılığın önlenmesine hasredilmiş bir sözleşme olmakla özel bir öneme sahiptir. Sözleşme, her alanda kadın ve erkek cinsleri arasında eşitliği sağlamayı amaçlamaktadır.

Anahtar Kelimeler: Birleşmiş Milletler, CEDAW, Kadın Hakları, Çekinceler

* *Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, Araştırma Görevlisi*

Abstract

The principle of equal rights for men and women is one of the basic tenets of the United Nations Charter. Although the principle of equality between the sexes has been enshrined in the basic human rights instruments, in practice the interpretation and implementation of these instruments by the competent organs has fallen far short of ensuring their full applicability to women as an oppressed and vulnerable social group. It was not before 1979, with the adoption by the United Nations of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women, that separate concepts of “women's rights” were recast in a global human rights perspective, and supervisory machinery with terms of reference similar to those of existing human rights organs was provided for. The Convention marks a definite turning point in the history of international protection of the human rights of women.

Keywords: United Nation, CEDAW, Women’s Rights, Reservations

Giriş

İnsan hakları dokunulmaz ve devredilmezdir. Bu haklar her insanın onurundan kaynaklanır. Uluslararası güvenliğin ve barışın sağlanması ve devletlerin ekonomik ve sosyal kalkınmasını desteklemenin yanında insan haklarının korunması Birleşmiş Milletler’in üç ana görevinden biridir. Birleşmiş Milletler Şartı (1945) “*insan kişiliğinin onur ve değerini*” ve de “*erkeklerle kadınların hak eşitliğini*” desteklemekte ve cinsiyet ayrımını yasaklamaktadır (BM Şart m.1/3). Bu kurallar İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi’nde, kişisel ve siyasal ve de ekonomik, sosyal ve kültürel haklara ilişkin BM Sözleşmeleri’nde tekrarlanmaktadır, yani erkekler ve kadınlar eşit şekilde ve hiç bir ayrım gözetilmeksizin sözleşmelerde belirtilen tüm haklardan

yararlanmalıdırlar.¹ Bunların ışığında daha en başta yanıt bulması gereken bir soru şudur: Neden sadece kadınları konu alan bir sözleşmeye ihtiyaç duyulmuştur? Geçen yüzyılın 60'lı yıllarının sonuna kadar Birleşmiş Milletler'in özellikle Kadının Statüsü Komisyonu (*The Commission on the Status of Women*) çerçevesinde o zamanki tüm faaliyetlerinin ve bu zamana kadar faaliyet gösteren bilirkşi komitelerinin denetleme uygulamalarının kadınların cinsiyetlerinden ve medeni durumlarından dolayı bütün dünyada uygulanan kadın ayrımcılığını engellemeye veya azaltmaya yeterli olmadıkları gerçeği bu sorunun yanıtıdır.²

Bu süreçte BM geniş, fakat hukuken bağlayıcılığı olmayan bir Bildiri ile yeni bir gelişmenin temelini atmıştır.³ Bu gelişme 18 Aralık 1979 tarihinde

¹ İnsan Hakları Evrensel Beyanname'si'nin ikinci maddesine göre “*İrk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasal veya başka bir görüş, ulusal veya sosyal köken, mülkiyet doğuş veya başka herhangi bir ayırım gözetmeksizin bu Bildirge ile ilan olunan bütün haklardan ve bütün özgürlüklerden yararlanabilir*”. BM Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesi “*Bu Sözleşmeye Taraf Devletler, bu Sözleşmede beyan edilen hakların ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasal veya diğer bir fikir, ulusal veya toplumsal köken, mülkiyet, doğum gibi her hangi bir statüye göre ayrımcılık yapılmaksızın kullanılmasını güvence altına almayı taahhüt ederler*” diyerek bu olguya dikkat çekmektedir (m. 2/2).

² Kadınlara karşı ayrımcılığı diğer bireylere karşı ayrımcılık veya başka sebeplerden dolayı ayrımcılık ile aynı tutulmaması gerekir çünkü; başka hiç bir ayrımcılık ilişkisinde fail ve mağdur ailenin mahrem çerçevesinde aynı anda karşılaşmamaktadır. Bunun dışında kadınları özellikle tehlikede olan bir grup olarak göstermek ve ayrımcılık tehlikesiyle karşı karşıya olan diğer grupların (çocuklar, yaşlılar, etnik veya ırksal belirli gruplar, engelli bireyler vs.) yanına koymak doğru değildir. Kadınlar dünya nüfusunun yarısını teşkil etmektedirler ve zaten bu yüzden sayı olarak ta bu tip gruplarla karşılaştırılmazlar. Bunun dışında kadınlar daima bu diğer grupların içinde temsil edilmekte, kadın ve bu grubun üyesi olarak birçok kere ayrımcılığa maruz kalmaktadırlar.

³ Burada bahsi geçen 7.11.1967 tarihli *Kadınlara Karşı Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Bildirisi*'dir. Bildiri, CEDAW'a giden sürecin yapıtaşı olarak anılmaktadır. Başlangıç kısmının ardından toplam 11 madde içeren Bildiri'nin Başlangıç kısmında, “*haklarda eşitlik konusunda kaydedilen ilerleyemeye rağmen, kadınlara karşı ayrımcılığın kayda değer ölçüde mevcudiyetini sürdürdüğünü*” teşhisi konulmaktadır (prg. 4). Bkz. **Gemalmaz**, Mehmet Semih, *Ulusüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş*, Cilt 1, İstanbul 2014, s. 658; Reanda, Laura, “*Human Rights and*

kapsamlı ve hukuken bağlayıcılığı olan ve 3 Eylül 1981 tarihinde yürürlüğe giren Birleşmiş Milletler Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi'nin (Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women) çıkarılması ile en yüksek noktaya erişmiştir. Sözleşme kadına yapılan her türlü ayrımcılığın ortadan kaldırılmasını amaçlamaktadır ve insan haklarına sadece erkek cinsiyetinin değil kadının da sahip olduğu vurgusu üzerinden biçimlendirilmiştir.⁴ 1982 yılının Ekim ayında Kadınlara Karşı Ayrımcılığın Önlenmesi Komitesi (CEDAW Komitesi) Viyana'da ilk oturumlarını yapmak için toplanmıştır. BM Genel Kurulu 6 Ekim 1999 tarihinde sözleşmeyi ek veya ihtiyari protokol ile tamamlamış ve bu protokol 22 Aralık 2000 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bu ihtiyari protokolden sonra kadınlara uygulanan insan hakları ihlallerini denetleme usulleri çalışmada ele alınacaktır.

I. Genel Olarak

Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılmasına Dair Sözleşme (Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women), Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 18.12.1979 ve 34/180 sayılı Kararı ile kabul edilmiştir. Sözleşme 1.3.1980 tarihinde New York'ta Birleşmiş Milletler üyesi Devletlerin imza, onay ve katılımına açılmıştır. Sözleşme yirmi Devletin Sözleşmeye taraf olma koşulunun gerçekleştiği tarihi

Women's Rights: The United Nations Approach", Human Rights Quarterly, Volume 3, (1981), 11-31.

⁴ **Arslan**, Gülay, "Birleşmiş Milletler Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılmasına Dair Sözleşme (Öngörülen Haklar ve Öngörülen Usuller)", İÜHFİM, C. LXII, S. 1-2, (2004), s. 3-43, s. 4.

takip eden otuzuncu gün olan 3.9.1981 tarihinde yürürlüğe girmiştir.⁵ Türkiye Cumhuriyeti Devleti bakımından 19.1.1986 tarihinde Sözleşme ve 29.1.2003 tarihinde ise Sözleşmeye ek İhtiyari Protokol yürürlüğe girmiştir.

Bugün itibariyle 189 Devlet CEDAW’a taraftır.⁶ Bu sayı ile CEDAW 196 Devlet sayısına sahip olan Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi’nden sonra, dünyada en çok sayıda Devletçe taraf olunan uluslararası insan hakları belgesidir.

2. Sözleşmenin Kapsamı

Sözleşme toplam 16 hak içermektedir. Sözleşme, politik, sosyal, ekonomik, kültürel alanlarda, eğitimde ve ailede kadınlara yönelik ayrımcılığın ortadan kaldırılması ile ilgili maddeler içerdiğinden, yaşamın tüm alanları ile ilgilidir.

Sözleşmenin 1. maddesinde ayrımcılık *“kadınların medeni durumlarına bakılmaksızın ve kadın ile erkek eşitliğine dayalı olarak politik, ekonomik, sosyal, kültürel, medeni ve diğer alanlardaki insan hakları ve temel özgürlüklerinin tanınmasını, kullanılmasını ve bunlardan yararlanılmasını engelleyen veya ortadan kaldıran veya bunu amaçlayan ve cinsiyete bağlı olarak yapılan herhangi bir ayırım, mahrumiyet veya kısıtlama”* olarak tanımlanmıştır. Bu tanım, doğrudan ve dolaylı ayrımcılığı kapsamaktadır. Dolayısıyla Sözleşme sadece *“ayrımcılık amacı taşıyan”* eylemler ya da düzenlemeler yani *“doğrudan ayrımcılık”* değil, *“ayrımcılık neticesi doğuran”*

⁵ Nitekim Sözleşmenin 27. maddesinin 1. fıkrasında göre *“İşbu Sözleşme 20’inci onaylama veya katılma belgesinin Birleşmiş Milletler Genel Sekreterine tevdi edilmesini takip eden 30’uncu gün yürürlüğe girecektir”*.

⁶ Bkz. https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-8&chapter=4&lang=en (ET. 15.4.2018).

eylemler ya da düzenlemeler yani “*dolaylı ayrımcılık*” da yasaklanmıştır.⁷ Sözleşme, kadınlar ve erkekler arasında yalnızca yasal ya da *de jure* bir eşitlik aynı zamanda fiili olarak da eşitliği sağlamayı amaçlamaktadır (m. 4/1).

Sözleşme başlığında geçen ayrımcılık ifadesi, klasik bir medeni-siyasi haklar konusu olmakla birlikte, kadının toplum içindeki ekonomik ve sosyal durumunda ilişkin haklar da Sözleşmede düzenlenmiştir. Böylelikle Sözleşmenin kapsamı ve dolayısıyla da Sözleşmenin denetim organı olan Komitenin çalışma alanı oldukça geniştir. Sözleşmede kadınlara ilişkin olarak sorun teşkil eden hususlar sadece kamusal yaşamla sınırlı olmayıp özel yaşam alanlarında da ortaya çıkan, bireysel ve toplumsal yaşamın ve faaliyetlerin hemen her alanı ve konusuyla bağlantılı spesifik görünüm biçimleri fark edilmektedir.⁸

İkinci maddeye göre Taraf Devletler tüm uygun yollardan yararlanarak ve gecikmeksizin kadınlara karşı ayrımı ortadan kaldıracı bir politika izlemeyi kabul eder ve bu amaçla aşağıdaki hususları taahhüt ederler. Madde bu yönüyle genel yükümlülük öngörmekte ve 5-16. maddelerde tanınmış haklar bakımından uygulanmaktadır. Yine bu maddeyle kadın erkek eşitliği ilkesini kendi anayasalarına ve diğer ilgili yasalara henüz girmemişse dahil etmeyi ve yasalar ile ve diğer uygun yollarla bu ilkenin uygulanmasını sağlamayı; Kadınlara karşı her türlü ayrımı yasaklayan ve gerekli yerlerde yaptırımları da içeren yasal ve diğer uygun önlemleri kabul etmeyi; kadın haklarının erkeklerle eşit temelde himyesini, yetkili ulusal mahkemeler ve diğer kuruluşlarla kadının her tür ayrımcılığa karşı etkin bir şekilde korunmasını sağlamayı; kadınlara karşı herhangi bir ayrımcı hareket yapılmasından veya uygulanmasından kaçınmayı

⁷ **Reanda**, Human Rights and Women’s Rights, s. 14; **Arslan**, Birleşmiş Milletler Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığı Ortadan Kaldırılmasına Dair Sözleşme, s. 12.

⁸ **Gemalmaz**, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, s. 665; **Arslan**, Birleşmiş Milletler Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığı Ortadan Kaldırılmasına Dair Sözleşme, s. 10; **Reanda**, Human Rights and Women’s Rights, s. 15.

ve kamu yetkilileri ile kuruluşlarının bu yükümlülüğe uyumlu olarak hareket etmelerini sağlamayı; herhangi bir kişi veya kuruluşun kadınlara karşı ayırım yapma girişimini önlemek için bütün uygun önlemleri almayı; kadınlara karşı ayrımcılık oluşturulan mevcut yasa, yönetmelik, adet ve uygulamaları değiştirmek veya feshetmek için yasal düzenlemeler de dahil gerekli bütün uygun önlemleri almayı; kadınlara karşı ayrımcılık oluşturan bütün ulusal cezai hükümleri yürürlükten kaldırmayı taahhüt eder.

3. madde Sözleşmenin temel amacını ortaya koyan bir maddedir. Buna göre, “*kadının tam olarak gelişimini ve ilerlemesini sağlamak*” için gerekli tüm önlemler Taraf Devletler tarafından alınmalıdır. 3. madde aşağıda ele alacağımız 4. maddede düzenlenen “*geçici özel önlemler*” ile birlikte okunmalıdır. Çünkü, 4. madde, 3. maddede belirtilen amacı gerçekleştirmenin önemli araçlarından biridir.

Sözleşmenin 7-14. maddelerinde kadınların ayrımcılığa maruz kaldıkları alanlar sayılmış ve bu alanlardaki ayrımcılığı giderilmesi için Taraf Devletlerin alacağı uygun önlemlere yer verilmiştir. Bu doğrultuda öncelikle siyasal ve kamusal yaşama katılım gelmektedir. Nitekim 7. maddede, seçme ve seçilme hakkı, her kademedeki kamu görevlerini ifa edebilme, siyasal ve sivil kuruluşlara katılabilme konularında Taraf devletlerin gerekli önlemleri alma yükümlülüğü düzenlenmiştir. 8. maddede, Taraf Devletlerin, kadınların erkeklerle aynı koşullarda ve herhangi bir ayrımcılığa maruz kalmadan devletlerini uluslararası alanda temsil edebilmelerine olanak tanıma yükümlülüğü altında olduğunu belirtmektedir. 9. maddenin ilk fıkrası vatandaşlığın kazanılması, değiştirilmesi ve muhafazasında kadınların erkeklerle eşit haklara sahip olacağını düzenlemektedir. İkinci fıkrada ise, yabancıyla evliliğin veya evlilik sırasında kocanın vatandaşlık değiştirmesinin, kadın eşin vatandaşlığını otomatik olarak etkilemeyeceği düzenlenmiştir. 10. maddede eğitim alanında kadın ve erkekler arasında eşitliğin ve kadınlara karşı

ayrımcılığın ortadan kaldırılmasını ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir. Çalışma yaşamında cinsiyet eşitliği ise 11. maddede düzenlenmiştir. Sözleşmenin 12. maddesinde genel anlamda sağlık hakkı, sağlık hizmetlerinden kadınların ve erkeklerin eşit şekilde yararlanmasına yönelik tüm önlemlerin alınması yükümlülüğü (m.12/1); hamilelik, loğusalık ve doğum sonrası için gerekli hizmetlerin sunulması ve bu süreçte kadınların yeterli düzeyde beslenmeleri imkanın yaratılması düzenlenmiştir (m. 12/2). 13. maddede, Taraf Devletlerin kadınlara karşı ekonomik ve sosyal hayatın diğer alanlarında erkeklerle kadınların eşit olarak haklardan yararlanabilmelerini sağlayarak kadınlara karşı ayrımcılığın önlenmesi için almaları gereken önlemler gösterilmektedir. 14. madde, özel olarak ve ayrıntılı bir biçimde kırsal kesim kadınlarının hakları ve bunlardan yararlanmada eşitlik unsurunu düzenlemektedir. 15. Maddede Taraf Devletlerin kadınlara kanun önünde eşit haklar tanıyacıklarını düzenlemektedir. Örneğin medeni hukuk bakımından, kadınlara erkeklerinkine benzer hukuki ehliyet ve bu ehliyeti kullanmak için eşit fırsatlar tanınmalıdır. Kadınlara sözleşme yapmada ve mülk idaresinde eşit haklar verilmeli ve mahkemelerde davaların her aşamasında eşit muamele edilmelidir (m. 15/2). 16. maddede evlilik ve aile ilişkileri alanında eşitliğin sağlanması ve ayrımcılığın ortadan kaldırılması konusu geniş bir şekilde düzenlenmektedir.

Sözleşmede sadece kamusal alanda ortaya çıkan ayrımcılık değil, özel alanda da ortaya çıkan ayrımcılık yasaklanmıştır.⁹ Arslan'a göre "özel kişiler tarafından gerçekleştirilen kadınlara karşı ayrımcılık kural olarak Devletin uluslararası sorumluluğunu gerektirmiyorsa da, söz konusu Devlet özel kişiler tarafından gerçekleştirilen kadınlara karşı ayrımcılığı, "kolaylaştırıyor",

⁹ Örneğin Komitenin 13 Numaralı Genel Tavsiye Kararı, eşit işe eşit ücretle ilgilidir. Eşit ücret prensibini uygulayacak taraflar sadece işverenin kamu kuruluşu olmasıyla sınırlandırılmamış ve özel işveren kuruluşları bakımından da geçerli olacak biçimde formüle edilmiştir. Bkz. <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/index.html> (ET. 3.5.2018).

“uygun ortam sağlıyor”, “tolerans gösteriyor” ya da “meşru görüyor” ise, CEDAW çerçevesinde uluslararası sorumluluğu söz konusu olacaktır”.¹⁰ Devletin özel kişiler tarafından gerçekleştirilen ayrımcılık bakımından sorumluluğu doğrudan olmasa da bu tür ayrımcılık teşkil eden eylemleri kendi icrai, idari ve yargısal organları ile engelleme, denetleme, düzeltme ya da cezalandırma konusunda yetersiz olmasından kaynaklanan bir sorumluluğu doğacaktır.¹¹

Sözleşme, bir Devlet tarafından onaylanması üzerine, o Devletin ülkesinde eşitliğe doğru belirli bir gelişme düzeyine ulaşılmış olması gerektiği anlamına gelen herhangi bir hüküm içermemektedir. Tüm alanlarda, Taraf Devletlerin, ayrımcılığı önlemek ve kadın ve erkekler arasında eşitliğe ulaşmak için her açıdan uygun önlemleri almaları istenmektedir. Bu şu anlama gelmektedir: Sözleşmenin hangi gelişme düzeyine ulaşıldığına bakılmaksızın her devlet tarafından onaylanabilecektir. Bir başka ifadeyle, Sözleşme kadınlara karşı ayrımcılığın önlenmesinin onaylanmadan önce belli bir seviyeye ulaşmış olmasını gerektirmez. Bu durum belki de, Sözleşmeye bu kadar fazla devletin taraf olmasının nedenlerinden biridir.¹²

II. Sözleşmenin Denetim Organı ve Sistemi

Sözleşmenin 17. maddesi hükmü uyarınca Sözleşme yürürlüğe girdiği zaman 18, Sözleşmeye taraf 35 Devletin onayı veya katılmasını takiben, Sözleşmenin kapsadığı konularda yüksek itibar ve ehliyeteye sahip 23 uzman

¹⁰ **Arslan**, Birleşmiş Milletler Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılmasına Dair Sözleşme, s. 11.

¹¹ **Arslan**, Birleşmiş Milletler Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılmasına Dair Sözleşme, s. 11-12.

¹² **Reanda**, Human Rights and Women's Rights, 22; **Wadstein**, Margareta, “Implementation of the UN Convention on the Elimination of All Forms of Discriminations against Women”, 6 Neth. Q. Hum. Rts. 5 (1988), 5-21, s. 6.

kişiden oluşan, Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Komitesi'nin kurulmasını öngörmektedir. Komite Sözleşmenin denetim organıdır. Komitenin görevi, Sözleşmenin uygulanmasındaki gelişmeleri gözden geçirmektir (m. 17). Uzmanlar seçilirken, eşit coğrafi dağılımlara ve farklı medeniyet biçimlerinin yanı sıra başlıca hukuk sistemlerinin temsiline de dikkat edilmelidir.¹³ Uzmanlar dört yıllık bir dönem için seçilir (m. 17/5).

Sözleşmeye taraf Devletler, Sözleşme hükümlerine etkinlik kazandırmak ve kaydedilen ilerlemeleri belirtmek amacıyla aldıkları yasal, adli, idari ve diğer önlemler hakkında Birleşmiş Milletler Genel Sekreterine Komite'nin incelemesi için rapor sunmayı kabul eder. Başlangıç raporu olarak adlandırılan ilk rapor, Sözleşmenin ilgili devlet bakımından yürürlüğe girmesini takiben bir yıl içinde; daha sonra periyodik olarak her ve Komitenin talep ettiği zamanlarda sunulur (m. 18).

Komite, taraf Devletlerden alınacak ilk raporların şekil ve içeriği ile ilgili genel kuralları belirlemiştir. Amaç, taraf Devletlere raporlama yükümlülüklerini yerine getirme konusunda yardımcı olmak ve raporların eksiksiz bir şekilde sunulmasını sağlamaya yardımcı olmaktır. Böylelikle Komite ve Taraf Devletler, Sözleşmenin uygulanmasına ilişkin tam ve resmi bir bilgi edinebilecektir. Kılavuza göre raporlar, Taraf Devlet'in Sözleşmede tanımlandığı şekilde kadınlara karşı ayrımcılığın ortadan kaldırılmasına yaklaştığı gerçek genel, sosyal, ekonomik, politik ve yasal çerçeveyi tanımlamalıdır; Sözleşmeyi uygulamak için kabul edilen yasal ve diğer tedbirler; Kadın ve erkek arasındaki eşitlik ilkesinin uygulamada yerine getirilmesini sağlama görevi olan herhangi bir kurum veya otorite olup olmadığı belirtilmelidir. Rapor ayrıca, kadınların tam olarak gelişmesini ve ilerlemesini teşvik etmek ve sağlamak için kullanılan araçları ve Sözleşme hükümlerinin

¹³ **Wadstein**, Implementation of the UN Convention, s. 9.

mahkemelerde uygulanıp uygulanmayacağını açıklamalıdır. Rapor ayrıca, her bir haktan yararlanma konusunda herhangi bir kısıtlama veya kısıtlama ya da her hakkın kullanılması ve herhangi bir diğer etken ya da her hakkın tatbikini ve kullanılmasını etkileyen zorluklarla ilgili olarak Sözleşme'nin her bir hükmüne ilişkin bilgi sağlamalıdır. Rapor ayrıca, kadınların siyasal, sosyal, ekonomik ve kültürel hayatlarında erkeklerle eşit bir şekilde katılımının önündeki engelleri ortaya çıkarmalı ve uyumsuzluk vakalarının türleri ve sıklıkları hakkında bilgi vermelidir.¹⁴

Komite ayrıca periyodik raporların hazırlanmasına yönelik rehber ilkelere karar vermiştir. Genel kurallara atıfta bulunarak, periyodik raporlarda taraf Devletlerin son raporlarına yer almayan hususlara yer vermeleri gerektiğine değinilmektedir. Genel bir kural olarak, taraf Devletler, son raporlarının sunduktan sonra geçen süreye odaklanmalıdırlar. Ayrıca bir önceki rapora ve Komite'nin bu rapora ilişkin işlemleri dikkate alınmalıdır.¹⁵

Komitenin, sunulan raporları incelemek amacıyla normal olarak yılda iki kere ve azami üç hafta süre ile toplanması öngörülmüştür (m. 20/1). Komite, Ekonomik ve Sosyal Konsey aracılığıyla faaliyetleri hakkında BM Genel Kurulu'na yıllık raporlar sunar ve Taraf Devletlerden sağlanan bilgiler ve raporların incelenmesine dayanarak önerilerde (*suggestions*) ve genel tavsiyelerde (*general recommendations*) bulunur (m. 21/1). Ocak 2004 itibarıyla CEDAW 25 genel tavsiyede bulunmuştur. Söz konusu genel tavsiyeler ile komite, sözleşme hükümlerinin Taraf devletlerce daha etkin bir şekilde uygulanmasını amaçlar. Bu bağlamda genel tavsiyelerine bakıldığında sözleşmenin hem esasına ilişkin hem de usul hükümlerine ilişkin kararlarının olduğu görülür. Rapor sunma yükümlülüğü, geçici özel önlemler, çekinceler usuli boyutu oluşturan genel tavsiye kararları örnekleriyle; kadınlara karşı

¹⁴ UN Doc A/42/38, Annex IV (1987).

¹⁵ UN Doc A/43/38, Annex IV (1988).

şiddet,¹⁶ kadın sünneti, eşit işe eşit ücret konularında hazırlanan genel tavsiyeleri ise esasa ilişkin örneklerdir.

Raporlama sistemi ve benimsenen prosedürler, Komite ve Taraf Devletler arasında, kadına yönelik birçok önemli konuda ve ilgili Taraf Devletlerde hakların korunması konusunda bir diyalogu kolaylaştırmıştır.¹⁷ Yine de bazı taraf Devletler, 18. maddeye göre raporlama yükümlülüklerini yerine getirmede sorun yaşamaktadır. Örneğin bazı Devletler, ilk raporlarını uzun bir süre sunmaktan kaçınmış; ancak 4-5 yıl süren davetler sonucunda bu yükümlülüklerini yerine getirmişlerdir. Bazı durumlarda ise, Taraf Devletlerin raporlarının kılavuzlarda istenen tüm bilgileri sağlamadığı gözlemlenmiştir. Böyle durumlarda Komite, ilgili Taraf Devlete pek çok soru yöneltmek durumunda kalmaktadır ki bu oldukça zaman almaktadır. Örneğin, Taraf Devletlerin raporları, genellikle, Sözleşmeyi uygulamak için kabul edilen yasal önlemler hakkında birçok ayrıntı vermektedir. Bununla birlikte, bazı raporlar, bu ölçümlerin etkilerini, kadınların fiili ve sosyal koşullarını veya Sözleşmenin uygulanmasının önündeki engeller hakkında bilgi vermemektedir. İşte bu nedenle, 1986'daki beşinci toplantısında, Komite, Taraf Devletlerden Sözleşme'nin uygulanmasında karşılaşılan engelleri ve bu engellerin üstesinden gelmek için alınan önlemleri raporlarına dahil etmelerini isteyen genel bir öneride bulunmuştur.¹⁸

Komitenin temel görevlerinden biri Taraf Devletlerden gelen raporları incelemektir. Komite kayda değer bir zamanını ise Genel Tavsiyelerde bulunmaya ayırmaktadır. Nitekim Komitenin Genel Tavsiyeleri, Sözleşmeye

¹⁶ Kadına karşı şiddet, tüm dünyada yaygın olan patolojik bir vakadır. Bu konunun öneminebinaen, komite tarafından aile içinde, işyerinde veya sosyal yaşamın herhangi başka bir alanında kadına karşı her türlü şiddetin ortadan kaldırılmasını öngören 12 ve 19 Numaralı Genel Tavsiye kararları yayınlanmıştır.

¹⁷ **Wadstein**, Implementatio of the UN Convention, s. 9.

¹⁸ UN Doc 1/45, prg. 362 (1986).

Taraf Devletlerin Sözleşme hükümlerini uygulamalarında yardımcı olan önemli bir kaynak niteliğindedir.¹⁹

III. Çekinceler

Çekince, bir sözleşmenin bazı hükümleriyle bağlı kalmak istemeyen tarafın bu konudaki haklarını saklı tutma yolundaki irade beyanıdır.²⁰ Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi m. 19’da bir sözleşme aksini öngörmemiş ise o sözleşmeye çekince konulabileceğini düzenlenmiştir. Dolayısıyla sözleşmeler bakımından çekince koyabilme serbestisi ilkesi söz konusudur. Bir sözleşme çekince konulmasını yasaklayabileceği gibi buna cevaz da verebilir. CEDAW m. 28/1 uyarınca, Sözleşmeyi onaylama ya da Sözleşmeye katılma esnasında çekince koymak mümkündür.²¹ Söz konusu maddeye göre BM Genel Sekreteri, onaylama veya katılma sırasında yapılan çekincelerin metinlerini alır ve bütün Taraf Devletlere dağıtır. Yine madde uyarınca Sözleşme’nin konusu ve amacına aykırı hiçbir çekinceye müade edilmeyeceği öngörülmüştür (m. 28/2). Konulan çekincenin, BM Genel Sekreterine hitaben herhangi bir zamanda yapılacak

¹⁹ **Arslan**, Birleşmiş Milletler Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılmasına Dair Sözleşme, s. 27. **Riddle**, Jenifer, “*Making CEDAW Universal: A Critique of CEDAW’s Reservation Regime Under Article 28 and the Effectiveness of the Reporting Process*”, 34 George Washington International Law Review, Vol. 34, (2002), 605-638; **Wadstein**, Implementation of the UN Convention, s. 10.

²⁰ **Hylton**, Daniel, “*Default Breakdown: The Vienna Convention on the Law of Treaties: Inadequate Framework on Reservations*”, Vand. J. Transatlantic Law Review, (1994), 419-471, s. 411.

²¹ CEDAW’ın çekince rejimine ilişkin olarak bkz. **Riddle**, Jenifer, “*Making CEDAW Universal: A Critique of CEDAW’s Reservation Regime Under Article 28 and the Effectiveness of the Reporting Process*”, 34 George Washington International Law Review, Vol. 34, (2002), 605-638; **Keller**, M. Linda, “*The Impact of State Parties’ Reservations to the Convention on the Elimination of Forms of Discrimination Against Women*”, Michigam State Law Review, (2014), 309-325; **Cook**, Rebecca, “*Reservations to the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women*”, International Law Review, Volume 30, (1990), 643-670.

ihbar ile geri alınması mümkündür.²² Genel Sekreter böyle bir ihbardan bütün Devletleri haberdar eder ve ihbar alındığı tarihte geçerli olur (m. 28/3).

Çekinceler kadın hakları için yasal bir rejimin oluşturulmasında önemli bir rol oynamıştır. Nitekim çok sayıda Devlet Sözleşmeye çekince koymuştur. Hatta CEDAW bugüne kadar en fazla çekince konular ulusüstü insan hakları belgesidir. Çekincelerle ilgili olan sorun Devletlerin koyduğu çekincelerin kabul edilebilir sınırlar içinde olup olmadığıdır. Komite 1987 yılındaki altıncı oturum faaliyetlerine ilişkin Yıllık raporunda, Sözleşmenin konusu ve amacıyla bağışmaz gözüken kayda değer sayıda çekinceden duyduğu endişeyi dile getirmiştir.²³ Ne var ki, bu Genel Tavsiye, çekince koyan devletler üzerinde çok az bir etki doğurmuş ve Komite bir başka Genel Tavsiye kabul etmiştir.²⁴ Nitekim bazı Devletler tarafından konular çekinceler, diğer Taraf Devletlerin “itirazlarına” da yol açmıştır.²⁵ CEDAW, sözleşmenin konusu ve amacıyla çelişen çekincelere izin verilmeyeceğini belirtmekle birlikte, bu şartın yerine getirilip getirilmediğine dair objektif bir ölçüt belirlememektedir.²⁶ Bu nedenle

²² Örneğin Türkiye Medeni Kanun’da yer alan düzenlemelerden dolayı başlangıçta 15 ve 16. Maddelere koyduğu çekinceleri, 20 Eylül 1999 tarihinde kaldırmıştır. Bkz. <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/reservations-country.htm> (ET. 3. 5.2018).

²³ Report of the CEDAW, (Sixth session) General Assembly, Official Records – Forty Session, Supplement No. 38 (A/42/38) United Nations, New York, 1987, prg. 576.

²⁴ **Arslan**, Birleşmiş Milletler Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılmasına Dair Sözleşme, s. 20.

²⁵ **Minor**, Julie A., “An Analysis of Structural Weakness in the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women”, International and Comparative Law, Volume 24, (1994), 137-155, s. 144; **Gemalmaz**, Ulusüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, s. 671.

²⁵ Viyana Sözleşmesi’nde de bir sözleşmeye konulan çekincenin o sözleşmenin konu ve amacı ile bağdaşıp bağdaşmadığının nasıl belirleneceğine dair bir açıklık bulunmamaktadır. **Keller**, the Impact on Stes Parties’ Reservations, s. 314; **Arslan**, Birleşmiş Milletler Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılmasına Dair Sözleşme, s. 18.

²⁶ Viyana Sözleşmesi’nde de bir sözleşmeye konulan çekincenin o sözleşmenin konu ve amacı ile bağdaşıp bağdaşmadığının nasıl belirleneceğine dair bir açıklık bulunmamaktadır. **Keller**, the Impact on Stes Parties’ Reservations, s. 314; **Arslan**,

çekinceler karşı yapılan itirazların da gelişigüzel ve subjektif eğilimli olduğu belirtilmelidir.²⁷ Ayrıca bir Devletin Sözleşmeye konulan bir çekinceye itiraz etmesi, o çekincenin Sözleşmenin amacı ve konusu ile bağdaşmaz olduğu sonucunu otomatik olarak doğurmaz.

Taraf Devletler koydukları çekincenin neden gerekli olduğunu ve çekince ile güttükleri amacı açıklamakla yükümlüdürler. Devlet ayrıca çekincenin nasıl sınırlandırılacağını, bir başka ifadeyle hangi koşullar altında ve ne zaman geri alınacağını da belirtmelidir.²⁸ Nitekim Rehbet Kurallarda “C. Bütün raporların içerikleri bakımından genel Rehber Kurallar” başlığı altındaki (C. 2) hükmünde “çekinceler ve beyanlar” konusunda Komite şu şekilde belirtmiştir:

“Sözleşmenin herhangi bir maddesine Taraf Devletçe konulan herhangi bir çekince yahut beyan mutlaka izah edilmelidir ve bunun sürdürülmesinin haklılığı/meşruluğu açıklanmalıdır. Komitenin on dokuzuncu çekinceler konusunda kabul ettiği beyanın ulusal hukuk ve politikası bakımından etkisi net biçimde izah edilmelidir. Sözleşmenin herhangi bir spesifik maddesini zikretmesizin genel çekince koyan yahut Sözleşme madde 2 ve/veya madde 3’e çekince koyan Taraf Devletler, bu çekincelerin etkileri ve yorumlanışı hakkında rapor vermelidirler. Taraf Devletler, diğer insan hakları andlaşmalarındaki

Birleşmiş Milletler Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılmasına Dair Sözleşme, s. 18.

²⁷ Örneğin Meksika, İsviçre ve Almanya bazı ülkeler tarafından konulan çekincelere Sözleşmenin konusu ve amacıyla bağdaşmadığı gerekçesiyle itirazda bulunmuş ancak başka ülkeler tarafından konulan benzer nitelikteki çekincelere karşı itiraz etmemiştir. Meksika, Bangladeş, Jamaika, Kore, Yeni Zelanda’nın çekincelerine itirazda bulunmuş; Almanya, Malavi, Türkiye ve Irak’ın çekincelerine; İsveç ise sadece Irak ve Malavi’nin çekincelerine itiraz etmiştir. Bu örneklerden anlaşılabileceği üzere Taraf Devletler hangi çekincelerin Sözleşmeyle uyumlu olup olmadığı konusunda fikir birliğinde olmadığı gibi, bazı ülkelerle dış ilişkileri o ülkelerin çekincelerine itiraz etmelerini engellemiştir. Bkz. **Riddle**, Making CEDAW Universal, s. 615.

²⁸ **Riddle**, Making CEDAW Universal, s. 617.

benzeri yükümlülükler bağlamında koymuş olabilecekleri çekinceler yahut beyanlar hakkında da bilgi sunmalıdırlar”.

Diğer pek çok maddeyle birlikte, 2, 5, 7 ve 16. maddeler Sözleşmeye konulan çekincelerin büyük bir çoğunluğunun konusunu oluşturmaktadır. Bu çekincelerin pek çoğu, Taraf Devletlerin ulusal mevzuatlarını değiştirme yükümlülüğünden kaçınması amacını taşımaktadır ve denilebilir ki kayda değer bir çoğunluğu Sözleşmenin konusu ve amacıyla ters düşer niteliktedir. Sözleşmeye birçok Taraf Devlet tarafından konulan ortak çekinceler vardır.²⁹ Örneğin, Sözleşmenin 29. maddesi 2 veya daha fazla Taraf Devlet arasında Sözleşmenin yorum veya uygulanmasından kaynaklanan ve müzakere ile çözülemeyen herhangi bir uyuşmazlığın, birinin talebi ile hakem kuruluna götürüleceğini düzenlemektedir. Tarafların yine anlaşamaması durumunda ise, taraflardan herhangi birinin uyuşmazlığı Uluslararası Adalet Divanı'na götürebileceği düzenlenmiştir. İşte bu maddeye pek çok Taraf Devlet çekince koymuştur.³⁰ Öte yandan, İspanya ve Lüksemburg gibi bazı Devletler, 2 ve 7. maddelerin etkisini sınırlandırmak suretiyle kadınların hükümdarlık tacını giymelerini engellemişlerdir. Bununla birlikte daha somut olarak, bazı müslüman Devletler Şeriat hukukuna aykırı hareket etmekten kaçınmak adına, Sözleşmeye taraf olurken geniş kapsamlı çekinceler koymuştur.³¹

²⁹ **Moeckli, Daniel/Shah, Sangeeta/Sivakumaran**, Sandesh, International Human Rights, OUP, 2. Baskı, Londra 2014, s. 324; **Keller**, the Impact on Stes Parties' Reservations, s. 315.

³⁰ **Keller**, the Impact on Stes Parties' Reservations, s. 315;

Moeckli/Shah/Sivakumaran, International Human Rights, s. 325.

³¹ Örneğin Libya, Sözleşmenin Şeriat hukukundan türeyen herhangi bir yükümlülükle çatışır bir biçimde yorumlanamayağı şeklinde genel bir çekince koymuştur. Öte yandan Bangladeş, Şeriat hukukuyla çatıştığını öne sürerek Sözleşmenin 2, 13(a) ve 16/1-c ve f bentlerine çekince koymuştur. Mısır ise evlilik ve aile ilişkilerine ilişkin olarak 2 ve 16. maddelere çekince koymuştur. Irak ise 2. maddeye herhangi bir açıklama dahi yapmadan çekince koymuştur. Bkz. **Venkatraman**, Bharathi Anandhi, “Islamic States and the United Nations Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination

Sözleşmeye konulan pek çok çekince, Sözleşmenin amacı ve konu ile çelişiyor gibi görünse de kabul edilmiştir. Sözleşmenin amacı kadına yönelik her türlü ayrımcılığın ortadan kaldırılmasıdır. Ne var ki, bugüne kadar konulan pek çok çekince bu amacı engeller niteliktedir.

IV. Geçici Özel Önlemler

CEDAW'ın 3. maddesinde kadınların erkeklerle eşit bir şekilde haklara sahip olmasını ve onları kullanabilmesini sağlama yükümlülüğü düzenlenmiştir. 4. maddede kadın-erkek arasında fiilen eşitliği sağlamak amacıyla kadın lehine “geçici özel önlemler” alınması düzenlenmiştir. Bu maddeye göre, “*Kadın ve erkek eşitliğini fiilen sağlamak için Taraf Devletlerce alınacak geçici ve özel önlemler, işbu Sözleşmede belirtilen türden bir ayrım olarak düşünülmeyecek ve hiçbir şekilde eşitsizlik veya farklı standartların korunması sonucunu doğurmayacaktır. Fırsat ve uygulama eşitliği hedeflerine ulaşıldığı zaman bu önlemlere son verilecektir*”.

Özel önlemler kadın-erkek eşitliğinin sağlanmasında bir araç olarak kullanılacaktır. Özel önlemler şüphesiz devletin pozitif bir edimini gerektirmektedir.³² Özel önlemlerin alınması devletler bakımından bir yükümlülüktür. Kadınlara Karşı Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Komitesi, “özel önlemler”e Genel Tavsiyeleri içinde yer vermiştir. Komite hem özel önlemlerin gerekliliğine vurgu yapmış ve daha çok kullanılması yönünde Taraf

Against Women: Are the Shari'a and the Convention Compatible?”, 44. Am. Law Review, (1995), 1949-1978, s. 1951-1953.

³² Komite 8 Numaralı Genel Tavsiye'sinde bu duruma işaret etmiştir. Ayrıca 13 Numaralı Genel Tavsiye'de de Sözleşme hükümlerinin uygulanabilmesi için ne tür pozitif edimlerin uygun olacağı belirtilmiştir. Bkz. **Arslan**, Birleşmiş Milletler Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılmasına Dair Sözleşme, s. 13; **Riddle**, Making CEDAW Universal, s. 634; **Koh**, Harold, “*Why America Should Ratify the Women's Rights Treaty (CEDAW)*”, Case W. Res. J. International Law, Volume 34, (2002), 262-276, s. 271.

Devletlere tavsiyede bulunmuştur. Komite 5 numaralı Genel Tavsiye'sinde şunu belirtmiştir:

*“... kadın erkek eşitliğinin de facto olarak sağlanması için önlemlerin alınması Sözleşmenin tam olarak uygulanması bakımından yapılması gerekli bir edimdir... (Komite) Kadınların eğitim, ekonomi, siyaset ve iş alanlarına katılımlarını geliştirmek için olumlu edim, öncelikli muamele ya da kota sistemleri gibi geçici özel önlemlerin daha çok kullanılmasını Taraf Devletlere tavsiye eder”.*³³

V. CEDAW'a Ek İhtiyari Protokol

1. Genel Olarak

CEDAW metninde yer verilen tek denetim usulünün rapor sunma usulü olduğuna yukarıda değinmiştik.³⁴ Nitekim Sözleşmenin hazırlık aşamasında, rapor sunma usulüne ek olarak bireysel başvuru usulüne de Sözleşmede yer verilmesi üzerinde pek durulmamıştı.³⁵ Ne var ki, bireysel başvuru yoluna yer verilmemiş olması Sözleşmenin etkinliğini azaltan önemli bir eksiklikti.

1993 Viyana İnsan Hakları Dünya Konferansında BM üyesi devletler, kadınların erkeklerle eşitliğini ve kadının insan haklarının sağlanması için yeni usullerin kabul edilmesi gerektiğini belirterek, CEDAW'a bir seçmeli protokol

³³ Komitenin 5 Numaralı Genel Tavsiyesi, (1988) <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/index.html> (ET. 3.5.2018).

³⁴ Esasen 29. Maddede düzenlenen devletlerarası ihtilaflar usulü de bulunmaktadır. Ne var ki, bu yol bugüne dek hiç kullanılmamış ve yukarıda değinildiği üzere bu maddeye bazı ülkeler çekince koymuştur. Bkz. **Bulley**, Bal Sokhi, “*The Optional Protocol to CEDAW: First Steps*”, Human Rights Law Review, Volume 6, (2006), 143-159, s. 145.

³⁵ **Arslan**, Birleşmiş Milletler Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılmasına Dair Sözleşme, s. 34.

hazırlamak suretiyle dilekçe hakkının tanınması gerektiğini ifade etmişlerdir.³⁶ Böylelikle Sözleşmenin kabul edilişinden tam yirmi yıl sonra, 06.10.1999 tarihinde BM/Genel Kurulu 54/4 sayılı Kararı ile, Seçmeli Protokolü kabul etmiştir. Protokol on Devletin Protokolü onaylamasından üç ay sonra 22.12.2000 tarihinde yürürlüğe girmiştir.³⁷ Bugün itibarıyla 109 devlet taraftır.³⁸

2. Bireysel Başvuru Yolu

Protokol 21 maddeden oluşmakta ve bireysel başvuru yoluna ve soruşturma usulüne yer vermektedir. Seçmeli Protokolün 1. maddesi uyarınca Protokole taraf olan devletler, Komitenin bireysel başvurularını kabul etme yetkisini tanıyacaktı. 2. maddeye göre, *“Taraf Devletin yargılama yetkisi altında bulunan bireyler veya bireylerden oluşan gruplar tarafından ya da onlar adına, Sözleşme’de yer alan haklardan herhangi birinin Taraf Devlet tarafından ihlali sonucu mağdur kalındığı iddiası ile yapılabilir. Bireyler veya bireylerden oluşan gruplar adına başvuru yapılan hallerde başvuruyu yapan, onların rızası olmadan harekete geçmesinin haklı nedenlerini ortaya koymadıkça, başvuru, ilgililerin rızasıyla yapılacaktır”* denilmektedir.

Seçmeli Protokolün en önemli özelliklerinden biri 17. madde uyarınca bu Protokole çekince konulamayacağını düzenlenmiş olmasıdır. Buradan çıkan

³⁶ Arslan, s. 33.

³⁷ CEDAW Sözleşmeye ek İhtiyari Protokol için bkz. Bulley, Bal Sokhi, *“The Optional Protocol to CEDAW: First Steps”*, Human Rights Law Review, Volume 6, (2006), 143-159.

³⁸ Protokole devletlerden biri de Türkiye’dir. Türkiye, söz konusu Protokol ile bağlanma işlemini gerçekleştirmek üzere, 30/07/2002 tarih ve 4770 sayılı *“Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesine İlişkin İhtiyari Protokolün Onaylanmasının Uygun Bulunduğu Hakkında Kanun”*’u çıkartmış, (RG, 02/08/2002, S.24834) ve 29/10/2002 tarihinde onay belgesini depo etmiştir. Protokol, Türkiye bakımından 29/01/2003 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

sonuç şudur: bireysel başvuru yolu, Seçmeli Protokol’de zorunlu bir usul olarak düzenlenmiştir.³⁹ 2. madde uyarınca *bireyler* ve *birey grupları* başvuru yapabilirler. Bireyler ya da birey grupları adına başvuruda bulunma imkanı da, adına başvurdıkları kişinin rızası dahilinde olması koşuluyla Protokol’de düzenlenmiştir. Bireysel başvuruda bulunacak kişilerin *mağdur olması* koşulu aranmaktadır. Öte yandan, hükümet dışı örgütlerin başvuruda bulunma hakkı yoktur. 2. maddedeki düzenlemede Sözleşmede yer alan herhangi bir hakkın ihlalinin mağduru olma koşulu aranmakta, yani şikayet konusu yapılabilecek haklar bakımından bir sınırlama getirilmemektedir. Dolayısıyla, Sözleşmedeki herhangi bir hak bireysel şikayet başvurusuna konu yapılabilir. Bir başka ifadeyle, Sözleşmedeki bütün hakların “*dava edilebilir*” haklar olduğu söylenebilir. Bireysel başvuruda bulunacak olan bireylerin ya da birey gruplarının, aleyhine başvuruda bulunacakları Taraf Devletin yargı yetki alanına tabi olması, bir diğer koşuldur. Ayrıca bireysel başvuru yolu, Seçmeli Protokolün yürürlüğe girmesinden sonra ortaya çıkan olgular bakımından söz konusudur (m. 4). Dolayısıyla, bireysel şikayet başvurusuna konu yapılacak olan olguların, eğer sürekli bir ihlal durumu yok ise, Protokolün şikayet edilen devlet bakımından yürürlüğe girdiği tarihten sonra ortaya çıkmış olması gerekmektedir. Seçmeli Protokol 4. madde uyarınca iç hukuk yollarının işletilmesinin makul olmayan şekilde uzadığı veya etkili sonuç verme ihtimalinin zayıf olduğu durumlar dışında, başvuru yapılmadan önce tüm iç hukuk yolları tüketilmelidir. Ayrıca başvuru bir başka uluslararası çözüm yoluna sunulmamış olmalı, dilekçe hakkının kötüye kullanımı olmamalı, başvuru kişinin iddiaları esaslı olmalı ve iddia edilen olguların ilgili devlet Protokolü onayladıktan sonra ortaya çıkmış olması gerekmektedir. Komite, başvuruyu ilk olarak yukarıda bahsedilen bu kriterler ışığında kabul edilebilirlik

³⁹ Bulley, *The Optional Protocol to CEDAW*, s. 635.

açısından inceler. Komite bir başvuruyu kabuledilemez bulursa, Usul Kuralları (kural 70) uyarınca, kabuledilemezlik kararını Genel Sekreterlik aracılığıyla başvurunun taraflarına iletir.⁴⁰

Bir başvuru Komite tarafından kabul edilebilir bulunduktan sonra ise, Komite Usul Kuralları doğrultusunda başvurucudan ve ilgili taraf devletten gelen bilgiler ışığında o başvuruya ilişkin görüşlerini (*views*) oluşturur. Komitenin kararlaştırdığı ve varsa tavsiyeleri (*recommendations*) Genel Sekreterlik aracılığıyla başvurunun taraflarına iletilir. Komite görüşlerinin ve varsa tavsiyelerinin Taraf Devlet tarafından kadar dikkate alındığını takibe alır. Usul Kuralları'na göre (kural 73/1), ilgili Taraf Devlet, Komitenin görüşlerini ve tavsiyelerini aldıktan itibaren altı ay içinde bu “*görüşler*” ve “*tavsiyeler*” ışığı altında atılan adımları içeren bir yazılı cevabı Komiteye iletacaktır. Yine Usul Kuralları (kural 73) uyarınca, Komite, Sözleşme (md.18) uyarınca sunulan periyodik raporlarda, aleyhine başvuruda bulunmuş olan devletin Komitenin o başvuruya ilişkin olarak vardığı görüşler ve tavsiyeler doğrultusunda attığı adımları gösteren bilgilere de yer verecektir. Görüldüğü üzere, bu kural ile Komite, rapor sunma usulünü bireysel şikayet başvurusu usulünü güçlendirmek için bir araç olarak kullanmaktadır. Komite, bireysel şikayet başvurusu çerçevesinde ulaştığı görüşlerinin ilgili Taraf Devletçe dikkate alınıp alınmadığını izlemek için Usul Kuralları (kural 73/4) uyarınca, bir raportör ya da çalışma grubu tayini edecektir. Söz konusu raportör ya da çalışma grubu izleme faaliyetlerine ilişkin olarak Komiteye düzenli olarak rapor verecektir.

⁴⁰ Başvurunun kabuledilemezlik temellerinden biri olan iç hukuk yollarına ilişkin ispat külfeti, Usul Kuralları (kural 69/6) uyarınca ilgili Taraf Devlette aittir Taraf Devlet, başvurucunun tüketmediği ve ulaşılabilir olduğunu iddia ettiği iç hukuk yollarını ispat etmekle yükümlüdür.

4. Bireysel Başvuruların Değerlendirilmesi

Seçmeli Protokolün 2002’de yürürlüğe girmesinden itibaren Kadınlara Karşı Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Komitesi’nin bireysel başvuru kapsamında verdiği kararların sayısı çok da fazla değildir. Komite bugüne dek toplam 10 tane bireysel başvuru kararı vermiştir.⁴¹ Bu kararların bir kısmının kabul edilemezlik kararı olduğu da belirtilmelidir. Çalışmanın bu bölümünde bu başvuruların bazılarına yer verilecektir.

(i) B.J. v. Almanya

B.J. v Almanya vakası Protokolün yürürlüğe girmesinin ardından yapılan ilk bireysel başvurulardan biridir. Başvurucu uzun yıllar evli kaldıktan sonra boşanmış, çocuklu ve yaşlı bir kadın olarak ayrımcılığa uğradığını iddia etmiştir. Bu başvuru iç hukuk yollarının tüketilmediği ve bahsi geçen olguların Protokolün yürürlüğe girmesinden önce yaşanmış olması gerekçeleriyle kabul edilemez bulunmuştur⁴².

(iii) A.T. v. Macaristan

Aile içi şiddeti konu alan bu bireysel başvuruda ise komite başvurunun esasına girerek Macaristan hükümetine karşı tavsiyelerde bulunmuştur. Buna göre, kadınların insan haklarını sağlamak için taraf devletler saygı gösterme, koruma, teşvik etme dahil olmak üzere aile içi şiddeti sonlandırma için üzerine

⁴¹ Bkz. <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/protocol/dec-views.htm> (3.5.2018).

⁴² B. J. v. Germany, Decision of the Committee on the Elimination of Discrimination, Decision on Admissibility, No. 1/2003, http://www.worldcourts.com/cedaw/eng/decisions/2004.07.14_BJ_v_Germany.htm (ET. 8.10.2018).

düşen yükümlülükleri yerine getirmeli; bu şiddete maruz kalanlara maksimum koruma sağlanmalı; aile içi şiddeti önlemek için gerekli tedbirlerin alınması ulusal strateji haline getirilmeli; bu sözleşmenin ve ek protokolü hakkında yargıçlar, avukatlar, güvenlik güçleri düzenli eğitime tabi tutulmalı; ücretsiz hukuki yardım başta olmak üzere yeterli ilaç ve rehabilitasyon hizmetleri aile içi şiddet mağdurlarına imkanlar tanınmalı ve en önemlisi aile içi şiddeti suçluları uluslararası standartlar çerçevesinde yargılanmak üzere derhal adalete teslim edilmelidir.⁴³

Ayrıca Komitenin 19 Numaralı Genel Tavsiyesi, Taraf Devletlerin hak ihlallerini önlemek, şiddet eylemlerini soruşturmak ve cezalandırmak için gereken özeni göstermemeleri halinde özel aktörlerin davranışlarından ötürü sorumlu tutulabileceklerini belirtmektedir.⁴⁴

(iii) Rahime Kayhan v. Türkiye

Rahime Kayhan v. Türkiye başvurusunda, başvuru sahibinin Komiteye ilettiği şikayetin temel noktasını Taraf Devlet'in başvuru sahibini kadınlara özgü bir kıyafet parçası olan başörtüsü takması yüzünden meslekten ve devlet memurluğundan ihraç etmesi nedeniyle Sözleşmenin 11. maddesinin ihlal edilmesi sonucu kendisinin mağdur olduğu iddiası oluşturmaktadır. Bu ihraç kararı sonucunda Taraf Devlet'in başvurusu sahibinin çalışma ve başkalarıyla eşit iş fırsatlarından yararlanma haklarının yanı sıra, terfi, iş güvenliği, emeklilik ve eşit muamele görme haklarını da ihlal ettiği ileri sürülmektedir. Komite başvuruyu öncelikle kabul edilebilirlik açısından incelemiştir. Komite

⁴³ A.T. v. Hungary, **Views of the Committee on the Elimination of Discrimination against Women**, Thirty-second session, Communication No. 2/2013, 26 January 2005.

⁴⁴

Bkz. <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/recomm.htm#recomm19> (ET. 29.4.2018).

öncelikle Protokolün 4. maddesinin 2. fıkrası uyarınca, başvurunun konusunu oluşturan olguların Protokolün ilgili taraf devlet açısından yürürlüğe grime tarihinden önce meydana gelmiş olması halinde ki bu başvuruda durum böyledir, bahsi geçen olgular yürürlük tarihinden sonra da devam etmediği müddetçe söz konusu başvurusuyu kabul edilemez olarak niteler.⁴⁵ Komite bu hükmü değerlendirirken başvuru sahibinin meslekten ihraç edildiği 9 Haziran 2000 tarihini esas alır. Yukarıda da değinildiği üzere Protokolün Türkiye açısından yürürlüğe girdiği tarih ise 29 Ocak 2003'tür. Ne var ki, meslekten ihraç edilmesinin sonucu olarak başvuru devlet memuru statüsünü kaybetmiştir. Bu statüsünün kaybetmesinin etkileri de -geçim kaynağını büyük oranda kaybetmesi, emeklilik hakkı için yapılan kesintileri, maaş ve gelir faizini ve sağlık sigortasını kaybetmiş olması vb.- dava konusudur. Bu nedenle Komite, olguların Protokolün ilgili taraf devlet açısından yürürlüğe girdiği tarih sonrasında da devam ettiğine kanaat getirmiş ve başvurunun zaman bakımından kabul edilebilir olduğuna karar vermiştir. Sözleşmenin 4. maddesinin 1. fıkrası, Komiteyi "*iç hukuk yollarının makul olmayan sürede uzadığı ve etkili sonuç verme ihtimalinin olmadığı durumlar dışında mevcut iç hukuk yollarının tüketilmiş olduğunu*" tespit etmeden bir başvuruyu kabul edilebilir ilan etmekten alıkoymaktadır. Söz konusu başvuruda ise başvuru ilgili mahkemeye açtığı davayı dokuz temele dayandırmış; ancak bu temeller arasında cinsiyet ayrımcılığına yer vermemiştir. Yerel mahkemenin kararından sonra Danıştay'a temyiz başvurusunda bulunmuş ancak bu başvurusunda da cinsiyet ayrımcılığı iddiasına yer vermemiştir. Başvurucu iç hukukta başka bir yola başvurmamıştır.⁴⁶ Bu nedenle Komite iç hukuk yollarının başvuru sahibinin

⁴⁵ Rahime Kayhan v. Turkey, Decision of the Committee on the Elimination of Discrimination against Women, Thirty-fourth session, concerning Communication No. 8/2005, 16 January- 3 February 2006, prg. 7.4.

⁴⁶ Rahime Kayhan v. Turkey, Decision of the Committee on the Elimination of

Sözleşmenin 11. maddesiyle ilintili iddialarına ilişkin olarak kabul edilebilirlik koşulları doğrultusunda tüketilmemiş olduğu sonucuna varmıştır.

4. Soruşturma Usulü

Devletlerin sözleşmesel yükümlülüklerinin yerine getirilmesini denetlemek için kabul edilen denetim türleri rapor usulü, seçmeli protokolle düzenlenen bireysel şikayet ve soruşturma yöntemi usulü olduğuna değinmiştik. Protokolün 8. maddesinde düzenlenen bu usule göre, Komite, Taraf Devletin Sözleşmede yer alan hakları ciddi ve sistematik bir biçimde ihlal ettiği yönünde güvenilir bir bilgi aldığı takdirde, Taraf Devleti bu bilgiye ilişkin incelemede işbirliğine ve bu amaçla bu bilgi ile ilgili ilk gözlemlerini sunmaya davet eder. Komite, ilgili Taraf Devletçe sunulabilecek her türlü gözlemi ve ekinde bulunan diğer güvenilir bilgileri göz önüne alarak, üyelerinden birini ya da birden fazlasını araştırma yapmakla ve sonuçlarını kendisine acilen bildirmekle görevlendirebilir. Araştırma, gerekli ise ve Taraf Devletin rızası varsa, Taraf Devletin ülkesine bir ziyareti de içerebilir (m. 8/2). Bu tür bir araştırmanın bulgularının incelendikten sonra Komite, bu bulguları her türlü görüş ve tavsiyeleri ile birlikte ilgili Taraf Devlete iletecektir (m. 8/3). İlgili Taraf Devlet, Komite tarafından iletilen bulguların, yorumların ve tavsiyelerin alınmasından itibaren altı ay içinde kendi gözlemlerini Komiteye sunacaktır (m. 8/4).

Soruşturma usulüne yalnızca Meksika hükümetine karşı 2006 yılında başvurulmuştur. Meksika'nın Ciudad ve Chihuahua kentlerinde vuku bulan kadınların kaçırılması, tecavüz ve öldürme eylemlerine ilişkin edinilen bilgiler doğrultusunda bu usule başvurulmuştur ve Komite tarafından ülkeye ziyarette

gerçekleşmiştir.⁴⁷ Bu soruşturma usulü kapsamında Komite, kadın cinayetlerinin ve kadınların kaybolmalarının suç teşkil ettiğini belirterek, kadınlara yönelik cinsiyete dayalı ayrımcılığın gerçekleştiğini belirtmiştir.

Sonuç

CEDAW, kadınlara karşı ayrımcılığa benzersiz bir şekilde odaklanmakta ve ayrımcılığı hem kamusal hem de özel alanda kınamaktadır. Sözleşme kadına yönelik her türlü ayrımcılığın önlenmesine hasredilmiş bir sözleşme olmakla özel bir öneme sahiptir. Sözleşme, her alanda kadın ve erkek cinsleri arasında eşitliği sağlamayı amaçlamaktadır. Bu nedenle kadınlara karşı sosyal, ekonomik, siyasi ve diğer tüm alanlarda hangi sebeplerle olursa olsun yapılan ayrımcılığı önlemek için taraf devletlere her türlü yükümlülüğü yüklemektedir. Sözleşmeye taraf olan devlet sayısının fazlalığı, devletlerin bu soruna duyarsız kalmadığını göstermektedir. Bu nedenle evrensel düzlemde kadın konusunda yegâne öneme sahip bir sözleşmedir. Ancak bu öneme, Sözleşmenin ilk yıllarında konulan çekince sayısının fazlalığı gölge düşürmektedir.

CEDAW'a geniş çaplı çekinceler konulabilmesi, Sözleşmeye bu kadar çok Devletin taraf olmasının nedenlerinden biridir. Ne var ki, çekinceler Sözleşmenin etkinliğini zayıflatmakta ve bütünlüğünden ödün vermesine neden olmaktadır. Sözleşmenin kadınlara yönelik her türlü ayrımcılığı ortadan kaldırması amacına ulaşabilmesi için çok geniş kapsamlı ve Sözleşmenin amacı ve hedefine aykırı olan çekincelerin reddedildiği birtakım prosedürler benimsenmelidir.

⁴⁷ Bkz. <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/cedaw32/CEDAW-C-2005-OP.8-MEXICO-E> (ET. 3.5.2018).

CEDAW çerçevesinde bir denetim mekanizması ve denetim usullerinin öngörölmüş olmasının önemi büyüktür. Sözleşme ilk yürürlüğe girdiğinde öngörölen tek denetim mekanizması rapor sonma usulüyken, 2000 yılında yürürlüğe giren Sözleşmeye ek İhtiyari Protokol ile bireysel başvuru yolunun da eklenmesi şüphesiz denetim sistemini güçlendirmiştir. İhtiyari Protokol Sözleşme mekanizmasını denetlenebilir hale getirmekle somut sonuca ulaşabilmeyi sağlamaktadır.

KAYNAKLAR

Anderson, Kristen “*Violence Against Women: State Responsibilities in International Human Rights Law to Address Harmful ‘Masculinities’*”, Volume 26, Issue 2, NQHR, (2008).

Arslan, Gülay, “*Birleşmiş Milletler Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılmasına Dair Sözleşme (Öngörülen Haklar ve Öngörülen Usuller)*”, İÜHFM, C. LXII, S. 1-2, (2004).

Bulley, Bal Sokhi, “*The Optional Protocol to CEDAW: First Steps*”, Human Rights Law Review, Volume 6, (2006).

Bunch, Charlotte, “*Women’s Rights as Human Rights: Toward a Re-Vision of Human Rights*”, 12 Hum. Rts. Q. (1990).

Charlesworth, Hilary, “*Not Waving But Drowning: Gender Mainstreaming and Human Rights in the United Nations*”, Volume 18 HHRJ 1, (2005).

Cook, Rebecca, “*Reservations to the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women*”, International Law Review, Volume 30, (1990).

Crimm, Nina, “*Womes’s Rights as International Human Rights*”, 69 St. John’s L. Rev. 1. (1995).

Englehart, Neil A., “*CEDAW and Gender Violence: An Empirical Assessment*”, Mich. St. L. Rev. 265 (2014).

Englehart, Neil A/**Miller**, Melissa K., “*The CEDAW Effect: International Law’s Impact on Women’s Rights*”, 13. J. Hum. Rts. 22 (2014).

Evatt, Elizabeth, “*Ours by Right: Womes’s Rights as Human Rights*”, 7 Harv. Hum. Rts. J. (1994).

Flinterman, Cees, “*Eight Years in CEDAW*”, 29 Neth. Q. Hum. Rts. (2011).

Gemalmaz, Mehmet Semih, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş Cilt I, 8. Baskı, Legal Yayıncılık, İstanbul 2012.

Herzer, Eva, “CEDAW”, Women Law Journal, Volume 23 (2000).

Hylton, Daniel, “Default Breakdown: The Vienna Convention on the Law of Treaties: Inadequate Framework on Reservations”, Vand. J. Transatlantic Law Review, (1994).

Keller, Linda M., “The Convention on the Elimination of Discriminations against Women: Evolution and (Non) Implementation Worldwide”, 27 T. Jefferson L. Rev. 35 (2004).

Keller, M. Linda, “The Impact of State Parties’ Reservations to the Convention on the Elimination of Forms of Discrimination Against Women”, Michigam State Law Review, (2014).

Meyer, Elise, “Designing Women: The Definition of Woman in the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women”, 16 Chi. J. Int’L. 553 (2016).

Minor, Julie A., “An Anyalsis of Structural Weakness in the Convention on the Elimination od All Forms of Discrimination Against Women”, International and Comparative Law, Volume 24, (1994).

Moeckli, Daniel/**Shal**, Sangeeta/**Sivakumaran**, Sandesh, International Human Rights, OUP, 2. Baskı, Londra, 2014.

Özdek, Yasemin, “Kadın Hakları Kuşatma Altında”, (2016), 85-109, <http://sosyalhaklar.net/2016/bildiriler/ozdek.pdf> (ET. 29.4.2018).

Reanda, Laura, “Human Rights and Women’s Rights: The United Nations Approach”, 3 Hum. Rts. Q. 11 (1981).

Riddle, Jenifer, “Making CEDAW Universal: A Critique of CEDAW’s Reservation Regime Under Article 28 and the Effectiveness of the Reporting Process”, 34 George Washington International Law Review, Vol. 34, (2002).

Tinker, Catherine, “Human Rights for Women: The U.N. Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women”, 3 Hum. Rts. Q. 32 (1981).

Venkatraman, Bharathi Anandhi, “*Islamic States and the United Nations Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women: Are the Shari’a and the Convention Compatible?*”, 44. Am. Law Review, (1995), 1949-1978.

Wadstein, Margareta, “*Implementation of the UN Convention on the Elimination of All Forms of Discriminations against Women*”, 6 Neth. Q. Hum. Rts. 5 (1988).

HUKUK DEVLETİ AÇISINDAN İDARENİN DENETİM YOLLARI VE ÖNEMİ

Öğr. Gör. Hüseyin H. Karakullukçu*

1789 Fransız ihtilalinden sonra, özellikle kara Avrupa'sında devlet yönetim biçimi “kuvvetler ayrımı” esasına dayandırılmış, demokratik toplumlarda bu süreç geliştirilerek günümüze dek ulaşmış, bazı ülkelerde biraz daha ileri taşınarak sosyal hukuk devleti kavramına ulaşılmıştır.

“Kuvvetler ayrımı” esasında sözü edilen devletin üç organı, “yasama”, “yürütme” ve “yargıdır”. Görünüşte bu üç kuvvet birbirine eşit ve tamamen ayrı gibi düşünülse de, uygulamada bir şekilde birbirleriyle hep ilişkileri vardır. Böyle olması da yadırganmamalıdır. Zira asıl olan Devlet kavramı tektir ve sağlıklı bir şekilde hizmet görmesi esastır.

Sözü edilen kuvvetlerden kamu oyunda en çok bilineni ve istenileni ise yürütme (İdare) dir. Yönetilenler (Seçmenler) daha çok yürütme gücünü elde edebilmek için yarışlar. Yürütme (İdare) kavramı bir taraftan idare etmeyi (Yönetmeyi) ifade ederken, öte yandan idare edenlerin görev alacakları fiziki alanı da anlatmaktadır.

İdare etme sanatı, bazı ülkelerde “merkezden yönetim”,

* *Danıştay Onursal Başkanı, Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Görevlisi*

bazılarında”yerinden yönetim” kavramlarını beraberinde getirirken, bazı ülkelerde örneğin ülkemizde Anayasa’nın 123’üncü maddesine göre hem merkezden hem de yerinden yönetim biçiminin birlikte uygulanmasını ifade etmektedir.

Merkezden yönetim biçiminde devlet adına yetki kullanan herkes kesin ve yürütülmesi zorunlu hukuksal işlemler amaçlanmaktadır. Günlük yaşam içerisinde bu idari işlemler dışında idarenin özel hukuk hükümlerine göre yaptığı yada bir idari işlemin hazırlanması sırasında başvurduğu görüş, düşünce bildiren hazırlık çalışmaları gibi bir çok faaliyetleri bulunmaktaysa da kesin sonuç doğurmayan bu işlemler idare hukuku açısından idari işlem gibi düşünülmemektedir. İdari eylemler ise ya bir idari işleme dayanmakta, yada herhangi bir işleme dayanmaksızın (örneğin kamulaştırmasız el atma gibi) idarenin yaptığı hareketleri ifade etmektedir.

Hukuk devletinde idarenin birçok denetim yolları mevcutsa da bunları iki ana başlık altında toplamak mümkündür.

1) İdarenin yargı dışı denetim yolları;

a) İdarenin kendi kendisini denetlemesi yani idari işlemi yapan merciin, itiraz üzerine yaptığı işlemi tekrar kontrol etmesi veya konunun üst makam tarafından irdelenmesi biçimidir,

b) İdarenin vesayet denetimi, buradaki vesayet kavramının özel hukuktaki Vasi ya da vesayet kavramlarıyla bir ilgisi bulunmamakta olup özellikle karar organlarının aldıkları bazı kararların yürürlüğe girebilmesi için merkez idareye ait yetkililerce uygun bulunması anlamını taşımaktadır. Belediye meclislerinin aldığı bazı kararların illerde vali, ilçelerde kaymakamların onayına tabi olması böyle bir denetim şeklidir.

c) İdarenin yasama organınca denetlenmesi ki buna siyasal denetim de

denilmekte olup başka bir denetim yoludur

d) İdarenin kamuoyu (yazılı ve görsel basın, sosyal medya) vasıtasıyla denetlenmesidir.

Bu yollarla denetlenebilen idare aslında, hatalı gördüğü idari bir işlemi kaldırma, değiştirme veya geri alma yetkisine her zaman sahiptir.

2) İdarenin yargısal denetimi:

Her ne kadar idarenin yargı dışı bir çok denetim yolları mevcutsa da, Hukuk devleti açısından önemli olan idarenin yargısal yollardan denetimidir. Zira yargı kamu gücünü kullanmakta olan idare (yürütme) ile idari işlem ya da eylemler nedeniyle menfaati veya hakkı ihlal edilen kişiler arasında taraf değildir. Yargının devletin organları arasında tarafsız ve bağımsız olduğu bilinmektedir.

İdarenin yargısal denetimi, bazı ülkelerde yargı birlikteliği içinde yapılırken, ülkemizde olduğu gibi bazı ülkelerde özellik arz eden bu husus ayrı bir yargı sistemi (idari yargı örgütü) içerisinde yapılmaktadır. 1982 Anayasasının yürürlüğe girmesine dek bu görev, tek başına Danıştay tarafından yürütülmekte iken, 1982 anayasası ile birlikte Danıştay bazı istisnalar hariç tamamen temyiz makinesi niteliğini kazanmış, alt derece mahkemeleri olarak İdare ve Vergi Mahkemeleri ile Bölge idare mahkemeleri sistem içerisinde yer almıştır.

Sonuç

İdarenin yargısal denetimi olmasaydı kamu gücünü elinde tutan idare, keyfilik, hesap vermezlik konumunda olurdu ki bu durumun hukuk devleti kavramıyla bağdaşması söz konusu olamaz ve devletin geçmişte yaşanmış Mülk Devleti, Polis Devleti kavramlarından hiç bir farkı da kalmazdı.

Bu denetim biçimi ile yargı, aslında idarenin kendisi değil yaptığı idari

işlem ve eylemlerini ilgililerin açtıkları davalar üzerine hukuka uygunluk açısından denetlemektedir. Başka bir anlatımla yargı bu noktada idarenin yerine geçerek ihtiyaca uygunluk (yerindelik) denetimi yapmamaktadır. Yargı hukuka uygun bulunmayan idari bir işlemi iptal ederken bir anlamda idareyi hukuka uygun davranmaya yada durdurmaya zorlarken, öte yandan hak ihlallerini ortadan kaldırmaktadır. Yargısal kararların bir özelliği de devlet kurumları dahil herkesi bağlar nitelikte olmasıdır. Bu açıdan bakıldığında idareler, yargı kararları doğrultusunda en geç 30 gün içerisinde yeni bir eylem yada işlem yapmakla hükümlüdür. Aksine davranış kamu görevlilerinin cezai ve idarenin mali sorumluluğunu gerektirmektedir. Hatta bu sonuçlar elde edilse bile idareler, yargı kararlarının gereklerinin yerine getirmekten de kaçınamaz.

Anlatılanlar çerçevesinde yargısal denetimin asıl amacı kamu gücünü kullanmakta olan idare (yürütme) karşısında daha güçsüz konumdaki vatandaş koruyabilmek, hak ve menfaatlerinin hukuki güvence altına almaktır. İşte bu nedenlerledir ki; hukuk devleti kavramının olmazsa olmazı idarenin yargısal yollardan denetimdir.

**BOOK REVIEW: EUROPEAN LAW on UNFAIR COMMERCIAL
PRACTICES and CONTRACT LAW**

Öğr. Gör. Nezihe Tekman*

The aim of this book review is to reflect on Mateja Durovic's book called 'European Law on Unfair Commercial Practices and Contract Law' that was published by Hart Publishing in 2016. *The author takes a much needed but rather neglected relationship between the unfair commercial practices and contract law as there is little to no comment as to the impact of the contractual obligations when the trader is deemed to be acting unfairly under the Unfair Commercial Practices.*

It has been more than a decade since the Unfair Commercial Practices ('UCPD' or 'Directive') has been adopted. One of the controversial points about this Directive is its relationship with the contract law as was also discussed by the Court of Justice of the European Union (CJEU) at the Pereničová¹ case. This relationship not only is controversial for the fair-trading purposes within the internal market but furthermore has significance on the consumer protection and the exposure of the consumers.

* *Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Görevlisi*

¹ C-453/10 Jana Pereničová and Vladislav Perenič v SOS financ spol. s r. o. Judgment of the Court (First Chamber), 15 March 2012.

0Durovic's book of European Law on Unfair Commercial Practices and Contract Law, published eleven years after the enactment of the Directive, has valuable observations between the UCPD and contract law at the European Level.

The book is divided into six chapters including an introductory chapter, a concluding chapter and four main chapters all divided into sections. The four main chapters include; The Average Consumer, The Duty to Trade Fairly, The Duty of Information and Remedies. These four headings as chapters, form arguably the four fundamental elements of the UCP Directive.

The author dedicated a separate section 'Structure of the Book' and justifies the chapters he has chosen along with the complex relationship of the aforementioned chapter headings have between the Directive and the contract law. He provides a paragraph for summarising each chapter and what he aims to achieve with his research. This summary and author's justifications for the chapters chosen provides a good insight and guidance to the reader and the researchers to understand author's perspective regarding this specific research field.

The average consumer is chosen to be the first main chapter of the book. This is a correctly and carefully chosen starting point for the book as the Directive puts great emphasis on the characteristics and capabilities of the 'average consumer' as these are the factors that would help reaching to a decision on commercial practice's fairness. The notion of the average consumer developed by the CJEU, has been codified by the Unfair Commercial Practices Directive. It is not only at the principal standard within the Directive but also is the yardstick for the consumer protection within the *acqui*. However, the author briefly touches upon the notion of '*the vulnerable consumer*' within the average consumer chapter without dedicating a separate section for the notion of vulnerable consumer within the European Union. The lack of extensive analysis for the notion of

vulnerable consumer can be argued to be one of the shortcomings of this book. Even though the yardstick is of the average consumer, identification and addressing the needs of vulnerable consumers also holds a key role within the European consumer law framework. The need for distinguishing vulnerable consumers from average consumers was also highlighted within the Recitals¹ and Articles of the UCPD².

The fifth main chapter of the book is solely designed to focus on the remedies and enforcement in European Consumer Law. One of the least discussed points on European consumer law arguably is remedies and the enforcement of the breaches of consumer law.

This chapter aiming to rectify this examines the impact on existing contract law remedies and the adoption of new contract law remedies along with the remedies under consumer contract law. Remedies for general principles of contract law shows differences with the consumer contract law. In the latter, the starting point in order to identify the remedies if possible is subject to a condition that the contract is a business-to-consumer (B2C) one. However, this would not imply that if there is no consumer contract law, there would not be any remedies available to parties. It would mean that the parties can still find a remedy but not within the framework of consumer law.

¹ See Recital 18, Unfair Commercial Practices Directive.

² Article 5(3) of the Unfair Commercial Practices Directive states that;

“Commercial practices which are likely to materially distort the economic behaviour only of a clearly identifiable group of consumers who are particularly vulnerable to the practice or the underlying product because of their mental or physical infirmity, age or credulity in a way which the trader could reasonably be expected to foresee, shall be assessed from the perspective of the average member of that group. This is without prejudice to the common and legitimate advertising practice of making exaggerated statements or statements which are not meant to be taken literally.”

Providing new academic resource to enlighten the relationship between the unfair commercial practices and the contract law, this book aims to establish that the impact of unfair commercial practices on the European contract law is undeniable and maybe underestimated. It is with the relationship of these two primary areas of law that could carry the European contract law phenomenon to the next level that would result in boosting consumer confidence and the smooth functioning of the internal market.

This book is an excellent source for any European consumer law scholar, European commercial law enthusiast and those who are interested with the relationship between the two. The content of the book can also be beneficial to the practitioners within the European Union particularly the remedies chapter for those who wishes to combine theory and practice together. However, the nature of the book can be difficult to follow at the undergraduate level unless the course is specifically designed for European consumer law as to follow this book, one needs to have background of the recent changes of the European consumer law and the aim behind the enactment of the Unfair Commercial Practices Directive.

