



İstanbul Medeniyet Üniversitesi
Hukuk Fakültesi
Dergisi



Cilt: 5 / Sayı: 8
2020

**İSTANBUL MEDENİYET ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ
DERGİSİ**

**CİLT V, Ocak, Sayı 8
Vol. V, January, No. 8**

**İstanbul
Ocak 2020**

Dergiye yapılan atıflarda “İMHFĐ” kısaltması kullanılmalıdır.

"İMHFĐ" abbreviation should be used in reference to the journal.

Bu dergide yayınlanan yazılarda ileri sürülen görüşler yazarlara aittir. İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi, makalelerde yer alan görüşlerden sorumlu değildir.

Articles published in this journal represent only the views of the contributors. İstanbul Medeniyet University Faculty of Law is not responsible for the views in the articles.

Copyright © 2020

Tüm hakları saklıdır. Bu yayının hiçbir bölümü İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi ve Prof. Dr. İbrahim SUBAŞI'nın yazılı izni olmadan, fotokopi yoluyla veya elektronik, mekanik ve sair suretlerle kısmen veya tamamen çoğaltılamaz, dağıtılamaz, kayda alınmaz. Normal ve kanuni alıntılarda kaynak göstermek zorunludur.

All rights reserved. No part of this publication may be copied, reproduced, stored in a retrieval system or transmitted, in any form or by means, without the prior expressed permission in writing of the İstanbul Medeniyet University Faculty of Law and Prof. Dr. Prof. Dr. İbrahim SUBAŞI. It is obligatory to show footnotes for regular or legal quotations.

İSTANBUL MEDENİYET ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

<p>İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Yayın Sahibi: İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi adına Prof. Dr. İbrahim SUBAŞI Sorumlu Yazı İşleri Müdürü: Dr. Öğr. Üyesi Dilek AYDEMİR Editör: Doç. Dr. Tülay YILDIRIM MAT Yayımcının Adı: İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Basımcının Adı: Renk Matbaası Yönetim Yeri: İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Atalar Mh. Şehit Hakan Kurban Cd. No:44, 34865 Kartal/İstanbul Yayın Türü: Bu dergi yılda iki sayı olarak yayımlanan, süreli, hakemli bir hukuk dergisidir.</p>	<p>Istanbul Medeniyet University Faculty of Law Review Publisher: On behalf of Istanbul Medeniyet University Faculty of Law Prof. Dr. İbrahim SUBAŞI Responsible Manager: Dr. Öğr. Üyesi Dilek AYDEMİR Editor: Dr. Öğr. Üyesi Tülay YILDIRIM MAT Name of Publishing Company: İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Printed by: Renk Matbaası Place of Management: İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Atalar Mh. Şehit Hakan Kurban Cd. No:44, 34865 Kartal/İstanbul Type of Publication: Medeniyet Law Review is an academic refereed journal, published bi- annually.</p>
--	---

ISSN-2458-7958

Basım Tarihi: Eylül 2020

İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Atalar Mh. Şehit Hakan
Kurban Cd. No: 44, 34865 Kartal/İstanbul
E-mail lawreview@medeniyet.edu.tr
URL: hukuk.medeniyet.edu.tr/tr/yayinlar/medeniyet-lawreview

Temmuz 2016 ve 2020 Ocak Tarihleri Arasında Medeniyet Law Review (MLR) adıyla yayımlanan İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Temmuz 2016 yılından itibaren yılda 2 sayı olarak Türkçe, İngilizce, Fransızca ve Almanca dillerinde makalelerin yayımlandığı hakemli bir dergidir.

DANIŞMA KURULU / REFEREE LIST

Prof. Dr. Abdurrahman Eren	İstanbul Üniversitesi
Prof. Dr. Abuzer Kendigelen	İstanbul Üniversitesi
Prof. Dr. A. Can Tuncay	Bahçeşehir Üniversitesi
Prof. Dr. Adnan Deynekli	Bahçeşehir Üniversitesi
Prof. Dr. Adnan Tuğ	
Prof. Dr. A. Hamdi Topal	İstanbul Medeniyet Üniversitesi
Prof. Dr. Ahmet Koç	İstanbul 29 Mayıs Üniversitesi
Prof. Dr. Ahmet Ulvi Türkbağ	Galatasaray Üniversitesi
Prof. Dr. Ali Cengiz Köseoğlu	Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi
Prof. Dr. Ali Nazım Sözer	Yaşar Üniversitesi
Prof. Dr. Ali Paslı	İstanbul Üniversitesi
Prof. Dr. A. Nizamettin Aktay	Antalya Bilim Üniversitesi
Prof. Dr. Arslan Kaya	İstanbul Üniversitesi
Prof. Dr. Aydın Başbuğ	İstanbul Sabahattin Zaim Üniversitesi
Prof. Dr. Aydın Gülan	İstanbul Üniversitesi
Prof. Dr. Ayhan Döner	Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi
Prof. Dr. Celal Erbay	İstanbul Yeniüzyıl Üniversitesi
Prof. Dr. Cem Baygın	Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi
Prof. Dr. Cemil Kaya	İstanbul Üniversitesi
Prof. Dr. Cevdet Yavuz	İstanbul Medipol Üniversitesi
Prof. Dr. C. İlhan Günay	Hasan Kalyoncu Üniversitesi
Prof. Dr. Emre Esen	İstanbul Üniversitesi
Prof. Dr. E. Murat Engin	Galatasaray Üniversitesi
Prof. Dr. Ercan Akyiğit	MEF Üniversitesi
Prof. Dr. Fethi Gedikli	İstanbul Üniversitesi
Prof. Dr. Fevzi Demir	Yaşar Üniversitesi
Prof. Dr. Fevzi Şahlanan	İstanbul Okan Üniversitesi
Prof. Dr. Fuat Bayram	Kocaeli Sağlık ve Teknoloji Üniversitesi
Prof. Dr. Füsün Nomer Ertan	İstanbul Üniversitesi
Prof. Dr. Hakan Hakeri	
Prof. Dr. Halil Akkanat	Türk Alman Üniversitesi
Prof. Dr. Halil Kalabalık	Sakarya Üniversitesi
Prof. Dr. Hamdi Mollamahmutoğlu	Çankaya Üniversitesi
Prof. Dr. Hasan Hacak	Marmara Üniversitesi
Prof. Dr. Hasan Tunç	Uluslararası Kıbrıs Üniversitesi
Prof. Dr. H. Hadi Sümer	Selçuk Üniversitesi
Prof. Dr. H. İbrahim Sarıoğlu	İstanbul Üniversitesi
Prof. Dr. H. Nuri Yaşar	Marmara Üniversitesi
Prof. Dr. İbrahim Kaya	İstanbul Üniversitesi
Prof. Dr. İbrahim Özbay	Tokat Gaziosmanpaşa Üniversitesi
Prof. Dr. İbrahim Subaşı	İstanbul Medeniyet Üniversitesi
Prof. Dr. İlhan Üzülmöz	Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi
Prof. Dr. İsmail Kayar	İstanbul Aydın Üniversitesi
Prof. Dr. Kadir Arıcı	Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi
Prof. Dr. Levent Akın	Ankara Üniversitesi
Prof. Dr. Mahmut Kabakçı	İstanbul Teknik Üniversitesi
Prof. Dr. Mahmut Koca	İstanbul Medipol Üniversitesi

Prof. Dr. M. Akif Aydın	İstanbul Medipol Üniversitesi
Prof. Dr. M. Deniz Yener	Marmara Üniversitesi
Prof. Dr. Mehmet Akman	Marmara Üniversitesi
Prof. Dr. Mehmet Bahtiyar	Yeditepe Üniversitesi
Prof. Dr. M. Fatih Uşan	Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi
Prof. Dr. M. Kamil Yıldırım	Marmara Üniversitesi
Prof. Dr. M. Nusret Bedük	Tekirdağ Namık Kemal Üniversitesi
Prof. Dr. M. Zeki Aydın	Selçuk Üniversitesi
Prof. Dr. Melikşah Yasin	İstanbul Üniversitesi
Prof. Dr. Murat Balcı	Fatih Sultan Mehmet Vakıf Üniversitesi
Prof. Dr. Murat Doğan	Erciyes Üniversitesi
Prof. Dr. Murat Yavaş	Marmara Üniversitesi
Prof. Dr. Mustafa Alp	Dokuz Eylül Üniversitesi
Prof. Dr. Mustafa Avcı	Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi
Prof. Dr. M. Fadıl Yıldırım	Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi
Prof. Dr. Mustafa Koçak	İstanbul Okan Üniversitesi
Prof. Dr. Mustafa Topaloğlu	Özyeğin Üniversitesi
Prof. Dr. N. Binnur Tulukcu	Selçuk Üniversitesi
Prof. Dr. Necla Akdağ Güney	İstanbul Yeni Yüzyıl Üniversitesi
Prof. Dr. Nihat Bulut	İstanbul Medipol Üniversitesi
Prof. Dr. Nur Kaman	İstanbul Medeniyet Üniversitesi
Prof. Dr. Nurşen Caniklioğlu	Marmara Üniversitesi
Prof. Dr. Ömer Anayurt	Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi
Prof. Dr. Ömer Ekmekçi	İstanbul Üniversitesi
Prof. Dr. Ömer Özkan	Hasan Kalyoncu Üniversitesi
Prof. Dr. Rauf Karasu	Hacettepe Üniversitesi
Prof. Dr. Ramazan Çağlayan	Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi
Prof. Dr. Refik Korkusuz	Dokuz Eylül Üniversitesi
Prof. Dr. Sabahattin Yürekli	Bursa Uludağ Üniversitesi
Prof. Dr. Saim Ocak	Marmara Üniversitesi
Prof. Dr. Serap Keskin Kızıroğlu	İstanbul Okan Üniversitesi
Prof. Dr. Sezer Çabri	İstanbul Medeniyet Üniversitesi
Prof. Dr. Sururi Aktaş	Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi
Prof. Dr. Süleyman Başterzi	Ankara Üniversitesi
Prof. Dr. Şaban Kayıhan	İstanbul Medeniyet Üniversitesi
Prof. Dr. Şafak Narbay	Sakarya Üniversitesi
Prof. Dr. Şahin Akıncı	İstanbul Ticaret Üniversitesi
Prof. Dr. Talat Canbolat	Marmara Üniversitesi
Prof. Dr. Tankut Centel	Koç Üniversitesi
Prof. Dr. Turan Yıldırım	Marmara Üniversitesi
Prof. Dr. Ümit Gezder	İstanbul Medeniyet Üniversitesi
Prof. Dr. Ünal Narmanlıoğlu	Yaşar Üniversitesi
Prof. Dr. Vahit Doğan	İstanbul Aydın Üniversitesi
Prof. Dr. Yavuz Atar	İbn Haldun Üniversitesi
Prof. Dr. Yusuf Çalışkan	İbn Haldun Üniversitesi
Prof. Dr. Yücel Oğurlu	İstanbul Ticaret Üniversitesi
Prof. Dr. Zekeriyya Arı	Bursa Uludağ Üniversitesi

YAYIN İLKELERİ

1. İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (İMHFĐ), hakemli dergi statüsünde, Ocak-Temmuz aylarında yılda iki sayı olarak yayımlanır.
2. Dergiye gönderilen makaleler başka bir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır. Makalenin dergimize gönderilmiş olması, yazarın bu konudaki taahhüdü anlamına gelir.
3. Dergiye gönderilen makalelerin başına 200-250 kelimedenden oluşan Öz, Özlerin yazıldığı dillerde başlık ve özün altına beşer anahtar kelime eklenmelidir. Anahtar kelimeler tercihen alana ait dizinlerden seçilerek verilmelidir. Yazılan makalelerin yazıldığı dildeki öze ek olarak İngilizce öz eklenmesi gerekmektedir.
4. Yazılar Microsoft Word Programında, ana metin Times New Roman karakterinde 12 punto ve 1,5 satır aralığında, dipnotlar Times New Roman karakterinde 10 punto ve 1 satır aralığında iki yana yaslı olarak hazırlanmış, sayfa marjları A4 boyutu üzerinden üst ve soldan (4) cm., alt ve sağdan (3) cm. olarak ayarlanmış bir şekilde CD veya elektronik posta ile editöre gönderilmelidir.
5. Yazının başlığı siyah ve tümü büyük harf olacak şekilde hazırlanmalıdır. Başlığın hemen altında sayfanın sağında yazar adı belirtilmeli ve soyadın sonuna bir yıldızlı dipnot konularak dipnotta yazarın görev yaptığı kurum, unvanı, ORCID numarası ve iletişim (e-posta) bilgisi belirtilmelidir.
6. Yazarlar unvanlarını, görev yaptıkları kurumu, iletişim adreslerini, telefon numaralarını ve elektronik posta adreslerini bildirmelidirler.
7. Yazarların dergiye gönderdikleri yazılarının denetimini yapmış oldukları ve bu haliyle basıma hazır olarak verdikleri kabul edilir. Yayın kurulu tarafından yapılan ön incelemede derginin yayın ilkelerine uygun olarak düzenlenmemiş olduğu tespit edilen yazılar hakeme gönderilmeden önce yayın ilkeleri doğrultusunda düzeltilmesi için yazara iade edilir.
8. Yayın kurulunca ilk değerlendirmesi yapılan makaleler kör hakemlik sistemi uyarınca yazar adları metinden çıkarılarak uzman iki hakeme gönderilecek ve onların onayı ile yayımlanabilecektir. Eğer hakemlerden biri olumsuz görüş bildirirse üçüncü bir hakemin görüşüne başvurulacak ve onun görüşü belirleyici olacaktır. Yazarlara makalenin hangi hakeme gönderildiği ile ilgili bilgi verilmez.
9. Hakem raporunda düzeltme istenmesi durumunda yazar tarafından sadece belirtilen düzeltmeler çerçevesinde değişiklikler yapılabilecektir. Hakemden gelen rapor doğrultusunda yazının yayınlanmasına, yazardan rapor çerçevesinde düzeltme istenmesine ya da yazının geri çevrilmesine karar verilecek ve yazar durumdan en kısa sürede haberdar edilecektir.
10. Makalenin sonunda makalede kullanılan kaynakların yazar soyadına göre alfabetik sıraya dizildiği kaynakçaya yer verilmelidir. Kaynakça eserlere yapılan ilk atıflara uygun olarak düzenlenmelidir. Yararlanılan kaynaklara ilişkin metin içindeki atıflar ise her bir sayfa sonunda dipnot olarak gösterilmelidir. Atıflar ve kaynakça Chicago atıf sistemine uygun olarak yapılmalıdır.
11. Başlıklandırma sistemi şu şekilde olmalıdır: **I. A. 1. a. (a) i.**
12. Dipnot atıfları aşağıdaki şekilde düzenlenmelidir:
 - a. **Kitap atıflarında:**
 - aa. **Metin içindeki ilk atıflarda:**
ŞANLI, Cemal, **Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları**, 5. Basım, Beta Yayınları, İstanbul, 2013, s. 5.
 - bb. **Sonraki atıflarda:**
ŞANLI, s. 24.
 - b. **Editörlü Kitap atıflarında:**
KARA, Hacı, "Turkish Maritime Law", **Introduction to Turkish Law**, Ed. M. Refik KORKUSUZ, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2016, s. 309.
- c. **Makale atıflarında:**
 - aa. **Metin içindeki ilk atıflarda:**

TOPUZ, Murat, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Uyarınca Pazarlamacılık Sözleşmesi (TBK m. 448-460)" **MÜHF – HAD**, Y. 2013, C. 19, S. 1, s. 298.

bb. Sonraki atıflarda:

TOPUZ, s. 298.

d. Elektronik kaynakların atıflarında:

aa. Metin içindeki ilk atıflarda:

GÖZLER, Kemal, "Hukuk Okumak İsteyen Üniversite Adaylarına Fakülte Tercih Konusunda Uyarılar", (Çevrimiçi) <http://www.anayasa.gen.tr/tercih-rehberi.htm>, E.T. 03.03.2014.

bb. Sonraki atıflarda:

BAŞÖZEN, s. 8.

e. Aynı yazarın birden çok çalışmasından yararlanılmış ise, çalışmanın ismi, yazarın diğer çalışmalarından ayırt edilmesini sağlayacak şekilde kısaltılarak kullanılmalıdır.

GÖZLER, *Anayasa Hukukunun...*, s. 76.

f. Birden fazla yazar tarafından hazırlanmış çalışmalarda, tüm yazarların ad ve soyadları tam olarak yazılmalıdır.

KURU, Baki/ ARSLAN, Ramazan/ YILMAZ, Ejder, **Medeni Usul Hukuku (Ders Kitabı)**, 25. Baskı, Yetkin Yayıncılık, İstanbul, 2014, s. 145.

g. Süreli yayında elektronik kaynağa atf:

BERRY, John N. , "Educate Library Leaders", **Library Journal**, (Çevrimiçi) <http://www.epnet.com/ehost>, E.T: 3 Nisan 2000.

h. Ansiklopediye atf:

BOHANNAN, Paul, "Law and Legal Institutions", **International Encyclopedia of Social Sciences**, Vol. IX, Ed. by., David L. Shils, w. Place, McMillan and Free Press, 1968, pp. 73-77.

i. Klasik eserlere atf:

ARİSTOTELES, **Nikomakhos'a Etik**, s. 22-23.

j. Kutsal kitaplara atf:

Kur'an-ı Kerim 49/12.

k. Mahkeme kararlarına atf:

Metin içerisinde dipnotta gösterilen mevzuat veya mahkeme kararı kaynakçada gösterilmeyecektir. Yargı kararlarına yapılan atıflarda aşağıdaki kural ve kısaltmalar dikkate alınmalıdır:

aa. Mahkemenin/kurumun adı varsa dairesi, E. esas numarası K. karar numarası tarih [gün.ay.yıl formatında], (kararın ulaşıldığı kaynak, varsa ulaşıldığı kaynaktaki sayfa numarası veya URL veya DOI numarası).

Yar. 1. HD, E.2015/1456, K.2017/7086, 05.12.2017, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

bb. Yabancı kararlarda ilgili mahkemenin veya kurumun kendisinin benimsemiş olduğu karar atf usulü kullanılabilir. Eğer tercih edilirse Türk kararları için kullanılan sistem de uygun düştüğü ölçüde uygulanabilir. Ancak, bir eserde aynı mahkemenin veya kurumun bir kararı için hangi sistematik kullanılmışsa diğer kararlarında aynı sistematığın kullanılması gerekir.

l. Resmî Gazeteye yapılacak atıflar şu şekilde belirtilmelidir:

RG. 02.01.2019, S. 30643.

EDITORIAL POLICY

1. Medeniyet Law Review is a new academic refereed journal, published bi-annually, in January and July, by the Istanbul Medeniyet University Law School.
2. Papers submitted to the journal shall neither have been published nor currently be under evaluation for publishing elsewhere. Having submitted article to the journal, author refers his commitment in this regard.
3. The papers submitted to the journal with abstracts consisting of at least 200- 250 words and five key words shall be attached to the beginning of the paper. In addition to abstracts of papers for the language it is written, abstracts in English shall also be attached.
4. Each paper should be submitted as a Word document to the editor via CD or e-mail. Papers should be written according to the following style guidelines: **Paper size:** A4, **Top:** 4 cm; **Bottom:** 3 cm; **Left:** 4 cm; **Right:** 3 cm **Text body:** Times New Roman, 12 points, at 1.5 line spacing, justified, **Footnotes:** Times New Roman, 10 points, at 1 line spacing, justified.
5. The title of the paper shall all be written with black uppercase letters. The author's name shall be listed just below to the title and there shall be a mark to the end of the last name, indicating the title of the writer, his/her institutional affiliation, ORCID number and e mail address.
6. Details of the author's institutional affiliation, full address and other contact information shall also be mentioned in the submissions.
7. All submissions are regarded as ready to publish and already proofread by the author himself or herself. The pre-evaluation of all submissions to Medeniyet Law Review will be performed by the Editorial Board and the submissions that are unacceptable on the basis of the General Principles of Publication will be send back to the author to be corrected in accordance with the principles of publication.
8. Papers approved through the first evaluation shall be sent to one referee with the name of the writer extracted from the text according to the blind peer review principle and can only be published with his approval.
9. According to the referee's final report, demanding corrections from the author, publishing or rejection of the paper shall be decided and the author shall be informed of the situation as soon as possible.
10. At the end of the paper there shall be a bibliography, arranged in alphabetical order according to the surname of the writer. Bibliography should be arranged in accordance with the first reference to works. Citations in the paper shall be shown in the footnotes at the end of each page. Bibliography and references should be arranged in accordance with The Chicago Manual of Style.
11. Heading format should be as: **I. A. 1. a. (a) i.**
12. Footnotes should be arranged as follows:
 - a. **For books:**
 - aa. **For the first footnote:**
BORN, Gary B., **International Commercial Arbitration**, 2. Edition, Kluwer Law International, 2014, p. 62.
 - bb. **For following footnotes of the same work:**
BORN, p. 62.
 - b. **For papers:**
 - aa. **For the first footnote:**
WRIGHT, David, "Another wrong step: equitable compensation following a breach of trust ", **Trusts & Trustees**, Vol. 21, Issue 7, Pp. 825-843, 2015, p. 831.
 - bb. **For following footnotes of the same work:**
WRIGHT, p. 298.
 - c. **For web pages:**
 - aa. **For the first footnote:**
LORCHER, Torsten, "Arbitration in Germany", <https://eguides.cmslegal.com/>

pdf/arbitration_volume_I/CMS%20GtA_Vol%20I_GERMANY.pdf, Access Date: 03.03.2014.

bb. For following footnotes of the same work:

LORCHER, p. 9.

- d. If multiple works of one author are to be cited in the paper, the name of the cited work should be shortened in the way that allows the distinction of author's other studies.**

CHEMERINSKY, *Constitutional Law...*, p. 76.

CHEMERINSKY, *Criminal Procedure...*, p. 35.

- e. If studies prepared by multiple authors are to be cited, the names and surnames of all writers should be stated.**

aa. For the first footnote:

MILLER, Angharad/OATS, Lynne, *Principles of International Taxation*, 25. Edition, Tottel Publishing, 2006, p. 145.

bb. For following footnotes of the same work:

MILLER/OATS, s.145.

- f. Citing a court case:**

Notes for court cases should include case name, number, volume number, abbreviated name(s) of reporter, and, in parentheses, the abbreviated name of the court and the date. Case names written in full are typeset in roman, while in subsequent shortened citations the short form of the case name is italicized. Citations are assumed to refer to decisions as a whole unless a particular page is cited using "at" (see example 3 below).

1. *United States v. Christmas*, 222 F.3d 141, 145 (4th Cir. 2000).
2. *Profit Sharing Plan v. Mbank Dallas, N.A.*, 683 F. Supp. 592 (N.D. Tex. 1988).
3. *Christmas*, 222 F.3d at 145. The court also noted that under *United States v. Sokolow*, 490 U.S. 1, 7 (1989), police may briefly detain a person without probable cause if the officer believes criminal activity "may be afoot." *Christmas*, 222 F.3d at 143; see also *Terry v. Ohio*, 392 U.S. 1 (1968).

İÇİNDEKİLER¹/CONTENTS²

MAKALELER³ / ARTICLES⁴

Kamu Hukuku / Public Law

AKIL HASTALIKLARI KAVRAMINA GENEL BAKIŞ VE COVID – 19 A GENERAL LOOK ON MENTAL ILLNESS AND COVID-19 <i>Gözde ERKİN</i>	1
--	---

DİNİ EĞİTİM VE ÖĞRENİM HAKKI THE FREEDOM OF RELIGIOUS EDUCATION AND TEACHING <i>Halit Serhan ERCİVELEK</i>	25
--	----

TARİHTE HUKUK EĞİTİMİ THE LAW EDUCATION IN THE HISTORY <i>Ramazan ARITÜRK</i>	43
---	----

¹ Bu sayıda sadece araştırma makalesi biçiminde eserler bulunmaktadır.

² In this issue, there are only research article type of publications.

³ Makaleler, yazarları ilk isimlerine göre alfabetik olarak sıralanmıştır.

⁴ Articles are drawn up according to alphabetical order of the names of the authors.

Özel Hukuk / Private Law

**HAKSIZ REKABET HALİ OLARAK DÜRÜSTLÜK KURALINA AYKIRI
GENEL İŞLEM KOŞULU KULLANMAK**

THE USE OF GENERAL CONTRACT TERMS AGAINST GOOD FAITH AS
AN UNFAIR COMPETITION

Fatma SUBAŞI.....79

**TOPLU İŞ UYUŞMAZLIKLARINDA YÜKSEK HAKEM KURULU
KARARLARI**

LABOR DISPUTE-DISAGREEMENTS IN THE HIGH BOARD OF
ARBITRATION DECISIONS

Sabahattin YÜREKLİ.....113

**UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YOLUNA PLANLI BİR ALTERNATİF:
“UYUŞMAZLIK ÖNCESİ ARABULUCULUK SÖZLEŞMESİ”**

A CALCULATED ALTERNATIVE TO DISPUTE RESOLUTION:
“MEDIATION CONTRACTS PRIOR TO DISPUTES”

Safa KOÇOĞLU.....151

**LES ACCORDS DE PROMOTION ET DE PROTECTION DES
INVESTISSEMENTS ÉTRANGERS SIGNÉS PAR LA TURQUIE**

AGREEMENTS ON THE RECIPROCAL PROMOTION AND PROTECTION
OF INVESTMENTS SIGNED BY TURKEY

Sibel AKŞAHİN POLAT.....181

**B2C ELEKTRONİK TİCARETTE SANAL PAZAR YERİNİN
HUKUKİ DURUMU**

LEGAL STATUS OF VIRTUAL MARKETPLACE IN B2C ELECTRONIC
TRADE

Şerafettin EKİCİ.....207

AKIL HASTALIKLARI KAVRAMINA GENEL BAKIŞ VE COVID – 19¹

Gözde ERKİN²

“Aynı denizin dalgası, aynı ağacın yaprağı, aynı bahçenin çiçeğiyiz.”³

ÖZET

Çalışmamızın amacı hukuken gerçek kişi olan insanı, insanlık tarihi kadar eski olan akıl hastalığı perspektifiyle ele almaktır. Akıl hastalıkları geçmişten günümüze hem hukuk hem de tıp bilimlerini çok yakından ilgilendiren bir konu olmuştur. Bu araştırma toplumun, akıl hastalıkları ve ruh bozuklukları kavramlarını incelemek ve ayırımını ortaya koymak, 2019 yılının son aralığında, Çin'in Hubei eyaletinin Wuhan şehrinde ortaya çıkan ve tüm dünyaya hızla yayılan SARS - CoV- 2 virüsü sonucu meydana gelen COVID - 19 pandemisinin akıl sağlığını ne şekilde etkilediğini ve oluşan akıl bozukluklarının neler olacağını incelemek ve COVID - 19'un diğer sosyolojik oluşumları hakkında araştırma yapmak amacıyla gerçekleştirilmiştir.

Akıl hastalığı ile bunu oluşturan etkenler üzerinde tarihi süreçte her zaman üzerinde durulmuş, çeşitli tarif ve tanımlara gidilmiş ve tespiti için kullanılan sistemlerin toplumsal etkileri her zaman tartışılmıştır. Çalışmamızda, akıl hastalığı kavramı temel çıkış noktası olarak saptanmıştır. Daha sonra genel olarak pandemilerin çok büyük coğrafyalara bazen bir kıtaya ve hatta tüm dünyaya yayılan, insanlar yahut hayvanlarda hastalık ve ölümlere sebebiyet veren bulaşıcı ve salgın hastalıklar olduğu açıklanıp, özel olarak COVID - 19 ile yaşanan durumlar akıl hastalıkları başta olmak üzere tüm dünyayı etkileyen bu sürecin tespitine çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Akıl Hastalıkları, Ruh Bozuklukları, COVID- 19 ve Pandemi, Etik, Sosyolojik Etkiler.

A GENERAL LOOK ON MENTAL ILLNESS AND COVID-19

“We are the waves of the same sea, leaves of the same tree, flowers of same garden.”⁴

¹ Bu makale, Gözde Erkin'in “Akıl Hastalıklarının Hukukta Sorumluluk Kavramı Açısından Doğurduğu Sınır Problemleri” başlıklı yazılmakta olan doktora tezinden üretilmiştir.

² T.C. İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Doktora Programı, Kamu Hukuku Anabilim Dalı Öğrencisi, gozde.erkin @ogr.iu.edu.tr.

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 14.5.2020

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 08.06.2020

³ Seneca, M.Ö. 4 – M.S. 65.

⁴ Seneca, B.C. 4 – A.C. 65.

ABSTRACT

Our study examines human beings which are regarded as real person by law on the perspective of mental health which is as old as human history itself. Mental illnesses are subjects which have concerned both law and medicine widely throughout history. This study is carried out in order to examine the concepts of mental illness and mental disorder and put forward the differences between them, how the COVID - 19 pandemic which showed up in December 2019 in the city of the Wuhan which is in Hubei which itself is one of the states of China and spread rapidly all over the world and caused by SARS – CoV – 2 virus, affects mental health and to examine the resulted mental problems and study other sociological outcomes of COVID - 19.

The correlation between mental illness and crime has always been studied, various descriptions and definitions have been proposed and the social impact of the diagnosis methods has always been argued. In our study, mental illness is determined to be the fundamental beginning point. Afterwards, we explain that pandemics generally are contagious and infectious illnesses which spread over vast areas like a whole continent or even whole world and bring about disease and mortality for both human and animals. Moreover, this world affecting process resulted by COVID - 19 is studied specifically from the mental illness perspective.

Keywords: *Mental Illness, Mental Disorder, COVID - 19 and Pandemic, Ethic, Sociological Outcomes.*

I. Akıl Hastalıkları Hakkında Genel Bilgiler

A. Akıl Hastalıkları ve Ruhsal Bozukluklar

Akıl hastalığı milyonlarca insanı ve sevdiklerini etkilemektedir. Bu etki değişik şekillerde olabilir; yaşam boyunca zorlu bir deneyime maruz bırakabilir, acı dolu bir hayatın kökü olabilir, ancak çoğu durumda, bu sefalet bir ömür boyu hapis cezası olmak zorunda değildir. Suç ve zihinsel sağlığın kesişimi, yıllar boyunca uzanan ve uzun süredir devam eden bir konudur⁵. Düşünmek kavramı kişinin belli datalardan belli sonuçlar çıkarabilme yeteneğidir. Düşünme, kendi varlığının bilincinde olan kişinin, içinde yaşadığı doğal ve sosyal çevredeki olayları kavraması ve bu kavradıklarından belli sonuçlar çıkarması sürecidir. Tabiatıyla düşünebilmek için, insanın önce anlaması ve bunları kavraması gerekir⁶. Lakin kişi, akıl hastalığı dolayısıyla, davranışları sonucu meydana gelen sonuçları

⁵ HECTOR, Jada / KHEY, David, **Criminal Justice and Mental Health**, Chapter One, Mental Illness, Then and Now, Jada Hector New Orleans, LA, USA David Khey University of Louisiana Lafayette, Register, LA, USA, 2018, pp. 1.

⁶ ÖZGENÇ, İzzet/ ŞAHİN, Cumhuriyet, **Uygulamalı Ceza Hukuku**, 3. Bası, Seçkin, Ankara, 2001, s. 249.

kavrayamayabilir⁷. Akıl hastalığını açıklamak amacıyla da farklı hukuk sistemleri farklı anlayışlar benimsemişlerdir⁸.

Akıl hastalığının, ceza kanunları veya diğer kanunlar tarafından net bir tanımı yapılmış değildir. Akıl hastalığı, doğuştan ya da sonradan kazanılmış olabilir. Eğer doğuştansa, noksanlık, geri zekalılık ya da zeka seviyesi düşüklüğü şeklinde, eğer sonradan kazanılmışsa, akıl hastalığı olarak adlandırılır⁹. Bir tanıma göre; yaşantının kalitesini düşüren, ruhsal ve bedensel belirtiler ile ortaya çıkan her hal akıl hastalığı olarak ele alınmaktadır¹⁰. Diğer tanım ise; akıl hastalığını, şahsın ruh ve çevresinden gelen baskıları bazı vasıtalar kullanarak kurduğu denge olarak tanımlamıştır¹¹. Öğretide de terim birliği mevcut değildir. Akıl hastalığı yerine akli maluliyet terimini kullanmışlardır. Akıl hastalığı gerek kamu hukukunda gerekse özel hukukta detaylı şekilde incelenen bir konu olmasına rağmen farklı isimlerle ele alınmıştır¹².

Bütün bu kavram çokluğu içinde kastedilen psikolojik durum hep aynıdır¹³. Biz de çalışmamızda mevzuatta sıklıkla yer verildiği için akıl hastalığı terimini kullanmayı tercih edeceğiz¹⁴.

1. Akıl Hastalıkları

Psikopatoloji, akıl ve ruh sağlığını inceleyen bilim dalına verilen addır¹⁵. Akıl hastalığı ise bu bilim dalına göre, kişinin ayırt edicilik gücünü kaldıran ruhsal bozukluk olarak tanımlanmaktadır¹⁶. Akıl hastalıklarının oluşmasında değişik faktörler rol oynamaktadır. Yaş, cinsiyet, sosyolojik faktörler kişinin karakteri ve hastalıkları, hormonlar ve ussal faktörler; akıl hastalıklarının oluşmasını tetiklerler. Mesela akıl hastalıklarının yapılan araştırmalara bakacak olursak, daha çok hapis cezası alan kişilerde, savaşta saf tutan kişilerde, madde bağımlılığı olan kişilerde daha fazla oranda görüldüğünü söyleyebiliriz. Bu da kişilerin maruz

⁷ İÇEL, Kayıhan/ SOKULLU AKINCI, Füsün/ ÖZGENÇ, İzzet/ SÖZÜER, Adem/ MAHMUTOĞLU, F. Selami/ ÜNVER, Yener, **Suç Teorisi**, 2. Kitap, 2. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2000, s. 216, 217.

⁸ T. YÜCEL, Mustafa, “Cezai Sorumluluk ve Akıl Hastası Suçlular”, **Adalet Dergisi**, 1987, s. 32.

⁹ BİRGEN, Nur, **Akıl Hastalıklarına Adli Tıp Açısından Bakış**, 10. Baskı, Adli Tıp, Bilimsel ve Teknik Yayınları Çeviri Vakfı, 1995, s. 269.

¹⁰ YURDAKUL, Sabri, **Ruhsal Hastalıklar ve Başetme Yolları**, Nobel Tıp Kitabevi, İstanbul, 1999, s. 4.

¹¹ T. YÜCEL, Mustafa, “Akıl Hastalığı, Suç ve Cezai Sorumluluk”, **Adalet Dergisi**, 1972, s. 156.

¹² BAYRAM, Ali, **Türk Ceza Hukukunda Akıl Hastalığı**, Abant İzzet Baysal Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Bolu, 2004, s. 72 vd.

¹³ EREM, Faruk, “Akıl Maluliyeti”, **Adalet Dergisi**, 1945, s. 1264.

¹⁴ APAYDIN, Cengiz, **Ceza Hukuku ve Adli Tıp Açısından Kusur Yeteneği**, Adil Yayınevi, Ankara, 1998, s. 31.

¹⁵ “Psikopatoloji” (Çevrimiçi) <http://www.tdk.gov.tr/>, E.T.: 05.04.2020.

¹⁶ Türkiye Bilimler Akademisi (TÜBA): **Türkçe Bilim Terimleri Sözlüğü**, Ankara, 2011, s. 25.

kaldıkları durumlardan etkilenme oranlarına göre akıl hastası olma durumunun artışı göstermektedir¹⁷.

Batı ülkelerinin deliliği akıl hastalığı olarak nitelendirmesi, yakın bir geçmişe dayanır. Deliliğin, tıbbi terimler esaslı bir şekilde yerleşinceye değin, cin çarpmış olarak nitelendirildiği bilinmektedir. Orta Çağ'da ve Rönesans'ta bu hastalık dinsel ve efsunlar içerisinde ele alınmıştır. İnsan doğasının bozuklukları olağanüstü nedenlerle açıklanmaya çalışılmıştır. Bu yanlış hurafelerin bitmesi içinse bilimin öne çıkması gerekmiştir. Olgusal bir yanılgıya göre deliler, cin çarpmış kişiler olarak nitelendirilirdi ve yine yanlış bir önyargıya göre; şeytan çarpmış kişiler olarak tanımlanan insanlar ise aslında akli bozuklukları olan akıl hastaları idi¹⁸.

Neredeyse 18. Yüzyılın sonlarına kadar, akıl hastalıklarına bakış açısı tam da yukarıda açıklanan şekliyle devam etmiş olup, tutumu ana hatlarıyla 19. Yüzyıldan itibaren, tıp bilimi efsunlardan, dinsel etkilerden uzaklaşmayı başarabilmiştir. Bu dönemle birlikte “yalnız ilim ve ilmi metot insanı cehaletten ve ona bağlı olan sefaletten kurtarabilir” kanaati tıp biliminin her alanında kendisini geliştirmeye başlamıştır¹⁹. Lakin günümüzde dahi akıl hastalıkları konusu çok fazla araştırılan bir konu olmayı başarabilmiş değildir.

Ülkemiz açısından akıl hastalıklarına bakacak olursak; 765 sayılı TCK'nın 46. maddesinde de “şuurunun veya hareketinin serbestisini tamamen kaldıracak surette akıl hastalığı” olarak tanımlanan tam akıl hastalığı ve 47. maddede “şuurunun veya hareketinin serbestisini ehemmiyetli derecede azaltacak surette akli maluliyet” olarak tanımlanan kısmi akıl hastalığı düzenlenmiştir²⁰. 5237 sayılı TCK'da ise, akıl hastalığı 32. maddede düzenlenmiştir. Bu hüküm ile tam ve kısmi akıl hastalığı ayrımının kaldırıldığı iddia edilmiş olsa da²¹, birinci fıkra hükmünde yer alan “işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamayan veya bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği önemli derecede azalmış olan kişi” kavramı tam akıl hastalığını; ikinci fıkrada yer alan “Birinci fıkrada yazılı derecede olmamakla birlikte işlediği fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği azalmış olan kişi” kavramı kısmi akıl hastalığını karşılamaktadır²². Hangi

¹⁷ DOKUZ, Zati, **Adli Psikiyatri (Akıl Hastalıkları ve Toksikomani Mevzuatımız)**, İstanbul 1966, s. 25, 27.

¹⁸ FOUCAULT, Michel, **Akıl Hastalığı ve Psikoloji**, (Çev.: Emre Beyoğlu), İstanbul, 2014, s. 82, 83.

¹⁹ AYKAN, Cevdet, **Akıl Sağlığı ve Hastalığı**, Ankara, 1969, s. 21.

²⁰ 765 Sayılı TCK, (Çevrimiçi) <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/5.3.765.pdf>, E.T.: 10.04.2020.

²¹ Öğretideki görüşler için bkz. KOYUNCU, Erhan, “Türk Ceza Hukukunda Akıl Hastalarının Ceza Sorumluluğu”, Konya 2016, s. 56, 61, (Çevrimiçi) https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/TezGoster?key=Br_XTptK8CZ70f0JGX9xEnOq1Kto72X9Xl-15rhsbYQlZgEr3J7pO8MAfHjP9uXU, E.T.: 10.04.2020.

²² TOROSLU, Nevzat/ TOROSLU, Haluk, **Ceza Hukuku Genel Kısım**, 25. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2018, s. 413; HAFIZOĞULLARI, Zeki/ ÖZEN, Muharrem, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara, 2012, s. 419; SOYASLAN, Doğan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014, s. 416, 417. Ayrıca akıl hastalıkları ayrımı için bkz. (Çevrimiçi) www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/187.doc, E.T.: 12.04.2020.

hastalıkların akıl hastalığı sayılacağı belirliliği olmayan bir tartışmadır. Hukukçuların, tabiplerin ve akıl hastalıkları ile ilgilenen diğer tüm bilimlerin birlikte çalışmaları yaparak bu konuyu aydınlatmaları gerekir²³.

2. Ruhsal Bozukluklar

Tarihsel süreçte şiddet hareketleri ile ruh bozuklukları arasında doğrudan bir ilişki olduğu söylenmiştir²⁴. Platon'a göre ruh hastalıkları akıl noksanlığından ortaya çıkar. Delilik ve cahillik olmak üzere iki önemli ruh bozukluğu vardır. Ruh hastalıklarının çıkış noktası ise ruhun beden vasıtasıyla haddinden fazla haz ve acılara yönelmesidir²⁵. Platon bu durumu Timaios'da şu şekilde ifade etmiştir: "İnsan neşeli yahut da aksine son derece kederli olursa, zevki tatmaya, kederi bir yana bırakmaya, vakitsiz bir gayret gösterir ve hiçbir şeyi ne doğru işitmeye ne doğru görmeye imkân bulur; adeta bir deliye benzer²⁶." Platon'a göre, insana tüm iyilik ve kötülükler ruhtan gelir. Çünkü insan bir bütündür, ruh hasta ise beden, beden hasta ise ruh diğerinden etkilenmektedir. Hekimlerin tedavide başarılı olabilmeleri için bu durumu dikkate almaları gerekmektedir²⁷.

"Orta çağ ve Rönesans boyunca ruh hastalarının bakımını aileleri üstlenmiş, yalnızca tehlikeli olan hastalarla toplumsal kuruluşlar ilgilenmiştir. Psikiyatrik bozukluğu olanlarda saldırgan davranışın sıklığını araştıran çok sayıda çalışmada ruhsal hastalığı olanların topluma oranla daha tehlikeli olmadığı ve daha az tutuklandığı belirtilmiştir. Psikiyatrik bozuklukların hepsinde şiddet davranışı riski aynı olmamakla birlikte, toplumdaki şiddet davranışındaki yükselmeye bağlı olarak psikiyatrik olguların şiddet davranışının da yaygınlaşmakta ve büyük olasılıkla artmakta olduğu ileri sürülmüştür."²⁸

Günümüze gelecek olursak; bedensel, ruhsal, sosyal iyilik durumu ne demektir? "Dünya Sağlık Örgütü'nün 'sağlık bedensel, ruhsal, sosyal olarak iyilik durumudur' tanımı 'sağlık sağlıklı' demenin ötesinde bir anlam taşıyor gibi görünüyorsa da hiç olmazsa sağlığın içine 'ruhsal' ve 'sosyal' kavramlarını

²³ HAFIZOĞULLARI, Zeki, "5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Fail, İsnat Yeteneği, İsnat Yeteneğini Azaltan veya Kaldıran Nedenler", (Çevrimiçi) www.baskent.edu.tr/~zekih/ogrenci/FAIL.doc, E.T.: 12.04.2020.

²⁴ ÖNCÜ, F./ SERCAN, M./ GER, C./ BİLİCİ, R./ URAL, C./ UYGUR, N., "Sosyoekonomik Etmenlerin ve Sosyodemografik Özelliklerin Psikotik Olguların Suç İşlemesinde Etkisi", **Türk Psikiyatri Dergisi**, 2006; 17(4): s. 2, (Çevrimiçi), <http://www.turkpsikiyatri.com/Data/UnpublishedArticles/sosyoekonomikEtmenlerin.pdf>; E.T.: 13.04.2020. SEÇKİN, O., **Son 6 Yılda E.Ü.T.F. Psikiyatri Kliniğine Gönderilmiş Kriminal Davranışlı Erişkin Olgular Üzerine Retrospektif Bir Çalışma (1981-1986)**, Yayınlanmamış Uzmanlık Tezi, 1987, s. 19.

²⁵ TOPAKKAYA, Arslan, "Temaşa", **Erciyes Üniversitesi Felsefe Bölümü Dergisi**, Cilt: 1, 2015, s. 29, 55.

²⁶ PLATON, **Timaios**, Çev: Erol Güneş, Lütfi Ay, Millî Eğitim Basımevi, İstanbul, 2001, s. 118.

²⁷ DERBEDER, Fazıl, **Platon ve Aristoteles'te Ruh Beden Problemi ve Karşılaştırılması**, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Denizli: Pamukkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2007, s. 9.

²⁸ ÖNCÜ, F./ SERCAN, M./ GER, C./ BİLİCİ, R./ URAL, C./ UYGUR, N., s. 2.

katarak biyomedikal görüşün dışına çıkabilmektedir. İnsan genomunda ileri yaşta ortaya çıkacak kalıtsal bir bozukluğun belirleyicileri yerleşmişse, bu kişi kalıtsal hastalığın ortaya çıkacağı yaşa dek bedensel açıdan sağlıklı görünecektir; fakat genlerinde ileride ortaya çıkacak bir hastalığın imini taşımaktadır. Bu kişi, hastalık ortaya çıkıncaya dek sağlıklı yaşayabilir mi? Sosyal iyilik durumu ne demektir? Bu görüşün içine ister istemez ‘yaşamın niteliği’ kavramı da girer. Toplumda uyumlu, yararlı, üretici olma koşulları da girer. Hangi toplumda hangi tür ve üreticilik? Kitleleri yok etmek, savaş kışkırtmak, desteklemek için silah üretip satmak o toplum için yararlı, üretici bir etkinlik olabilir. Ama sağlıklıdır diyebilir miyiz? Burada sağlığın tanımına toplumsal değer yargıları girmektedir. Yaşamın niteliği nedir? Mesela, bütün ev işlerini karısına bırakan bir erkek yaşamından hoşnut, kendi kendisi ile barışık olabilir. Böyle bir kişi normal midir, anormal midir? Normal ruh sağlığının tanımını neye göre yapabiliriz? ”²⁹ Araştırmalara göre çoğunluğa uyan ve uçta olmayan kişi normaldir. Normali tanımlayabilmek için anormali tanımlamak gerekmektedir. Ve anormali tanımlamak daha kolaydır. Çünkü ruh sağlığı bozulan kişinin duygu, düşünce ve davranışları farklılaşır. Mesela farklılaşmalar, dengesizlikler ve aşırılıklar görülebilir. Bu normlardan bir bölümü evrensel olup diğer bölümü ise zamana ve toplumlara göre değişebilir. Aslında gerçek şudur ki her kişide bu davranışlar görülebilir. Fakat hasta sayılabilecek kişinin bu özelliklerin bazılarını taşıması gerekir. Bunların ruh bozuklukları olabilmesi için sürekli veya yenilenen nitelikte olması, kişinin verimli çalışmasını bozması, kişilerarası ilişkileri bozması beklenmektedir. Hastalıkları araştırıp tanımlarsak, sağlıklı olma koşullarını ve sınırlarını da belirlememiz daha olanaklı hale gelir³⁰.

B. Akıl Hastalıkları ile Ruhsal Bozuklukların Karşılaştırması

Akıl hastalıkları; akıl sakatlığı, akıl zayıflığı, delillik, akli zayıf bulunanlar, psikiyatrik bozukluklar, ruhsal bozukluklar, ruh hastalıkları vb. gibi terimlerle adlandırılmaktadır. Belirtelim ki hukuk, tıp vb. gibi değişik bilimlerde farklı adlandırmaları sonucunda herhangi bir terim birliğine varılamamıştır. 765 sayılı TCK’nın ilk şeklinde ruhi zaaf terimi kullanılmıştır. “Hastalığın ancak maluliyetin bir sebebi olacağı, maluliyet kavramının daha geniş olup; akıl hastalığının akli maluliyetin yalnız bir bölümünü meydana getirmesi sebebiyle akıl hastalığı yerine akli maluliyet ibaresinin kullanılmasının uygun olacağı belirtilmiştir”³¹. Her akıl hastalığı maluliyet sonucunu doğurmaz. Bu nedenle akli maluliyet, şifası olmayan akıl hastalıklarını ifade eder. Akıl zayıflığıysa zeka gerilikleri başta olmak üzere akıl hastalıklarının derecelerini belirtir³².

²⁹ ÖZTÜRK, M. Orhan/ ULUŞAHİN, N. Aylın, **Ruh Sağlığı ve Bozuklukları**, 14. Baskı, Ankara, Bayt Yayınları, 2016, s. 105, 108.

³⁰ ERİKSON, E. H., “Growth and Crisis of the ‘Healty Personality’”, Personality in Natura, Society and Culture, Ed. C. KLUCKHOHN/ H. A. MURRAY/ Alfred A. KNOPF, Newyork, 1953, s. 1, 31.

³¹ OSMAN, Mazhar, **Tababeti Ruhîye**, 3. Bası, Kader Basımevi, Fasikül II, İstanbul 1947, s. 101.

³² BAYINDIR, Sinan, **Türk Ceza Hukukunda Akıl Hastalığı**, 2. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, Ekim 2018, s. 45.

Ruhsal bozukluk kavramının tanımlanması için ilk olarak ruhsal sağlığın ne olduğunu tespit etmek şarttır. Ruh sağlığı, kişinin kendisiyle ve çevresiyle barış içinde olması ve uyum göstermesi olarak tanımlanabilir³³. Çünkü ruhsal bozukluklar tamamen akılla bağlantılı değildir, başka sebeplerden de ortaya çıkabilir³⁴. Ruhsal bozukluk psikiyatrik bir kavramdır. Daha çok kişisel bir hali öngörür. Psikiyatride her bir olayın kendine özgü yapısının ortaya konulması gayesi varken; Ceza hukukunda amacın akıl hastalığını sistematize etme gayesine yöneldiği görülür³⁵.

Kanunlarda genellikle “*akıl hastalığı*” kavramı kullanılmış ise de, bunun yerine başka terimlerin kullanılması gerektiğini açıklayanlar olmuştur. Günümüzde, Dünya Sağlık Örgütü’nün, psikolojik hastalıklar ile nörolojik hastalıklar şeklindeki ayrımı kaldırmış olmasından dolayı, akıl hastalığı yerine ruhsal bozukluk teriminin kullanılması gerektiği belirtilir³⁶.

II. COVID – 19 Hakkında Genel Bilgiler

A. Genel Açıklama

Tüm dünyayı hakimiyetine alan COVID-19 virüsünün ülkemizdeki ve dünyadaki etkileri, özellikle akıl sağlığı bakımından ve psikoloji ve sosyolojik açıdan net olarak gözlemlenebilmesi bakımından bir hayli mühimdir. COVID-19 ile ilgili hemen hemen her şey söylenilmiş fakat gelecek yıllarda olacak olan akıl hastalıkları ve psikolojik etkileri bilindiği üzere henüz tamamlanma sürecine gelmemiştir. Umarız ki bu süreç ülkemiz açısından en makul şekilde biter ve akıl sağlığı açısından gelecek günler ve seneler için kayıplar vermeyiz.

Dünya 2020 yılını Çin’den yayılan bir salgın haberi ile karşıladı. Çin’in Hubei eyaletinin Vuhan şehrinde etiyolojisi bilinmeyen pnömoni vakaları görüldüğü söylenildi. İlk olarak bu enfeksiyon yalnızca Çin’in bir bölgesindeydi. Diğer ülkelere gelme ihtimali uzak görülüyordu. Bu nedenle dünya stabil şekilde yaşantısına devam etmekteydi. Fakat 7 Ocak tarihinde bu hadiselerdeki faktörün önceleri insanlarda belirlenmemiş yeni bir koronavirüs (2019- nCoV) olduğu açıklandı. Sonraları ise bu hastalığın ismi COVID - 19 olarak tanımlandı. 30 Ocak 2020’de Dünya Sağlık Örgütü bu salgını halk sağlığı açısından acil durum olarak ilan etti. Bu virüs 11 Mart’ta ise Dünya’da Pandemi olarak ilan edildi. Yeni tip COVID – 19 vakası ülkemizde resmi olarak ilk defa 11 Mart 2020 tarihinde tespit

³³ ÖZTÜRK/ ULUŞAHİN, s. 145 vd.

³⁴ ÇAM, Olcay/ ENGİN, Esra, **Ruh Sağlığı ve Hastalıkları Hemşireliği**, 1. Bası, İstanbul Tıp Kitabevi, İstanbul, 2014, s. 5.

³⁵ BAYINDIR, s. 41.

³⁶ YİĞİT, Nuri, “TCK Genel Hükümler”, <http://www.cezabb.adalet.gov.tr/makale/130>, E.T.: 13.04.2020. Özkan, Mustafa/ HAKERİ, Hakan, “Ceza Hukuku ve Ruhsal Bozukluklar”, http://www.akader.net/KHUKA/2_98_ekim/ceza_hukuku_ve_ruhsal.htm, (s. 3, 4). E.T.: 13.04.2020.

edildi. Bunun sonrasında herkesin bildiği ve dahil olduğu tedbirler ve tatbikler süratli biçimde yaşantımıza dahil oldu. COVID - 19 hemen hemen tüm dünyada hayatı durdurdu ve belki dünya son zamanlarda ilk defa bu tarz bir salgına maruz kaldı. Dünyada olduğu gibi aynı şekilde ülkemizde de herkes evinde kalmaya devam etti. Salgının hızının azaltılması için tüm ülkenin kurallara uyması gerekmektedir. COVID-19 hakkında bilinmezlikler nedeniyle bu alanda inceleme ve araştırma yapmak amacıyla bu çalışmayı ele almaya çalıştık. Şuan için salgınla ilgili kesin veriler olmamakla birlikte özellikle tıp bilimin bize kısa sürede sunduğu araştırmalardan faydalandık³⁷.

1. COVID – 19 Nedir?

COVID – 19, yukarıda bahsini ettiğimiz ülke olan Çin Halk Cumhuriyeti’ndeki canlı hayvan pazarı olarak adlandırılan Huanan Deniz Ürünleri ve Canlı Hayvan Toptan Satış Pazarı’ndan (Huanan Seafood and Live Animal Market) çıktığı farz edilen bir hastalık idi. Kısa bir zaman diliminde epidemik bir hale geldi. Yapılan incelemelerde ise bu hastalığa yakalanan kişilerin birçoğunun bu pazarı ziyaret ettikleri ve bu pazar ile olan irtibatları belirlendi. Bu pazarda yarasa, dağ faresi, canlı kümes hayvanları, yılan vb. şeklinde yenilmesi pek uygun olmayan hayvanların satıldığı bilinmekteydi. İlk başlarda bu virüsün görüldüğü hastalardan 7 tanesinin durumu ciddiye, bir hasta yaşamını yitirmişti. Hemen hemen 9 gün içerisinde doktorlar, bilim insanları ve epidemiyolojistlerden meydana gelen profesyonel bir ekip; bulaşıcı patojenlerle ortaya çıkan Severe Acute Respiratory Syndrome SARS-CoV; 2002, Middle East Respiratory Syndrome MERS-CoV; 2012, influenza kuş gribi (H5N1 Avian Influenza) adı verilen binlerce insanı öldüren solunum yolları hastalıklarına etken olan virüsleri, gelişen bu yeni tablodan dışlayarak, farklı bir hastalığın ortaya çıktığını, bunun da yeni Corona virüs, COVID - 19 şeklinde tanımlandığını tüm dünyaya açıkladılar.³⁸ Hastalığın ilk başlardaki olgu sayıları hakkında değişik kaynaklarda farklı yorumlar vardır.³⁹

³⁷ ÇELİK, Gülfem E., “COVID – 19 Kitabı”, **Ankara Üniversitesi Tıp Fakültesi COVID-19**, s.1. Aynı şekilde bkz. SANCAK, Merve/ ÇÖL, Meltem, “Türkiye’de COVID-19 Pandemisinin Kronolojik Olarak İncelenmesi”, Bölüm 26, Ankara Üniversitesi Tıp Fakültesi COVID-19, s. 201. Ed. Osman MEMİKOĞLU, Volkan GENÇ. Halk Sağlığı Genel Müdürlüğü. “COVID-19 Nedir?” (Çevrimiçi) <https://hsgm.saglik.gov.tr/tr/COVID-19>, E.T.: 15.04.2020. WHO, “Coronavirus Disease (COVID19) Pandemic”, (Çevrimiçi) <https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019>, E.T.: 15.04.2020. Worldometer. Coronavirus Cases, (Çevrimiçi)<https://www.worldometers.info/coronavir us/coronavirus-cases/>, E.T.: 15.04.2020.

³⁸ ÜSTÜN, Çağatay/ ÖZÇİFTÇİ, Seçil, “COVID-19 Pandemisinin Sosyal Yaşam ve Etik Düzlem Üzerine Etkileri: Bir Değerlendirme Çalışması (Effects of COVID-19 Pandemic on Social Life and Ethical Plane: An Evaluation Study)”, *Anadolu Klin / Anatol Clin, Orijinal Araştırma / Original Research*, (Çevrimiçi)<https://dergipark.org.tr/en/pub/anoloklin/issue/53241/721864>, E.T.:15.04.2020. H., Lu/ CW., Stratton/ YW., Tang, Outbreak of Pneumonia of Unknown Etiology in Wuhan, China: The Mystery and The Miracle., *J Med Virol.* 2020; 92, pp. 401, 402.

³⁹ ZHAO S. / MUSA, SS. / LİN, Q. / RAN, J. / YANG, G. / WANG, W., “Estimating the Unreported Number of Novel Coronavirus (COVID-19) Cases in China in the First Half of January 2020: A Data-Driven Modelling Analysis of the Early”, *Outbreak. J. Clin. Med.* 2020; 9, pp. 388. ÜSTÜN/ ÖZÇİFTÇİ, s. 143.

Hastalık belirtisi olanlardan pek çoğunun hatta tümünün Çin vatandaşı olduğu bildirilmişti⁴⁰. 13 Mart 2020’de Dünya Sağlık Örgütü basın açıklamasında Genel Direktör Dr. Tedros Adhanom Ghebreyesus’un bu corona virüsün yayılım hızının kısıtlanması için söylediği “Nerede olduğunu bilmediğiniz bir virüsle savaşamazsınız. COVID - 19 yayılım zincirini kırmak için tespit edin, izole edin, test edin ve tedavi edin! Bulduğumuz ve tedavi ettiğimiz her olgu hastalığın yayılımını kısıtlayacak.” şeklindeki söz,⁴¹ hastalığın bundan sonraki gidişatı hakkında bize bilgi verici niteliktedir.

2. COVID – 19 ve Anksiyete

Anksiyete olarak bilinen kaygı, tehlikeli durumlarda, “vücuda meydan okumaya hazır olması gerektiğini haber veren” sinyal demektir⁴². COVID – 19’a bağlı olarak yaşanan zorlu sürecin meydana getirdiği stres belirtilerini önlemeyi ya da azaltmayı hedefleyen yöntemler, bilinenin tersine, bazı olumsuz duygulardan (korku, üzüntü, öfke vb.) kurtulmayı hedeflemez; aksine olarak olumsuz duyguları görmeye ve anlamaya çalışmakla başlar. Stres yönetiminde göz önüne alınması gereken fiziksel aktivite ve beslenmenin yanında, farklı gevşeme teknikleri de travmatik stresle başa çıkmada kullanılması tavsiye edilmekte olan ispata dayalı yöntemlerdir⁴³.

COVID - 19’un kontrol algısına yönelik bilimsel sonuçlar araştırıldığında buna katılanların en yüksek puan ortalamalarının kişisel kontrol boyutunda olduğu belirlenmiştir. Bilhassa sosyal medyada çoğunlukla gösterilen kişisel hijyen, sosyal mesafe ve el yıkama hassasiyetine yapılan vurgunun kişilerde bu farkındalığı oluşturduğu ifade edilebilir. Türkiye’de yapılan çalışmada⁴⁴, kişilerin bu pandemiye karşı aşırı derecede hassas olduğu, kayıtsız olamadığı, sosyal

⁴⁰ HUI DS./ AZHAR, EI. / MADANİ TA./ NTOUMİ, F./ KOCK, R./ DAR O./, “The Continuing COVID-19 Epidemic Threat Of Novel Coronaviruses to Global Health — The latest 2019 Novel Coronavirus Outbreak in Wuhan, China. International Journal of Infectious Diseases”, 91.2020, pp . 264, 266. “Yeni Koronavirüs, COVID-19 Nedir? ”, (Çevrimiçi) <https://www.yeditepe.edu.tr/tr/duyuru/yeni-koronavirus-COVID-19-nedir>, E.T.: 20.04.2020. TESİNİ, BL. Coronaviruses and Acute Respiratory Syndromes (COVID-19, MERS, and SARS) Coronaviruses and Acute Respiratory Syndromes (COVID-19, MERS, and SARS). (Çevrimiçi) <https://www.msmanuals.com/professional/infectious-diseases/respiratory-viruses/coronaviruses-and-acute-respiratory-syndromes-COVID-19-mers,-and-sars>, E.T.: 20.04.2020. ÜSTÜN/ ÖZÇİFTÇİ, s. 143.

⁴¹ “Koronavirüs Neden Hızlı Yayıldı? ”, (Çevrimiçi) <https://www.e-psikiyatri.com/koronavirus-neden-hizli-yayildi-corona-virusu>, E.T.: 21.04.2020. ÜSTÜN/ ÖZÇİFTÇİ, s. 143.

⁴² “Anksiyete Nedir? Anksiyete Belirtileri Nelerdir? ”, (Çevrimiçi) <https://www.memorial.com.tr/saglik-rehberleri/anksiyete-nedir-anksiyete-belirtileri-nelerdir/>, E.T.: 08.06.2020

⁴³ “Gerginlikle Başa Çıkmak İçin Uygulanabilecek Yöntemler”,(Çevrimiçi) <https://www.psikiyatri.org.tr/uploadFiles/2132020115258-gevsemebrosur.pdf>, E.T.: 21.04.2020.

⁴⁴ EKİZ, Tutku / İLİMAN, Ebrar / DÖNMEZ, Elif, “Bireylerin Sağlık Anksiyetesi Düzeyleri İle COVID-19 Salgını Kontrol Algısının Karşılaştırılması (Comparison of Health Anxiety Level and Control Perception of COVID - 19) ”, Usaysad Dergisi, (Araştırma makalesi), (Çevrimiçi) <https://dergipark.org.tr/en/pub/usaysad/issue/54067/729076>, E.T.:22.04.2020.

medya ve diğer medya kanallarından aldıkları bilgilere önem verdiği ve özellikle el hijyeni başta olmak üzere diğer temizlik ile ilgili kurallara ciddi şekilde yaklaştıkları belirlenmiştir. Diğer bir çalışma da yurt dışında yapılmıştır. Çalışmaya katılan kişilerin %28'inin ellerini normalden daha sık sabun ve suyla yıkadığı, %17'sinin kapı kolu gibi dokunma sıklığının daha yoğun olduğu yerleri dezenfekte etme oranının arttığı, %35'inin ise kalabalık yerlerden daha uzak durduğu belirtilmiştir. Hong Kong'ta yapılan incelemelerde⁴⁵ COVID - 19 salgınından korunmada en aktif usulün kişisel hijyen tatbikatını fazlalaştırmak olarak görülmektedir. Kişilerde bu çeşit pandemilerde kişisel hareket ve uygulamalarının ehemmiyetinin anlaşılmış olması olasıdır. Eş şekilde yapılan başka bir incelemede⁴⁶ Çin'de COVID - 19'un meydana gelmesinin halk arasında aşırı şekilde olumlu olmayan duygusal veya davranışsal tepkiler getirmediğini, bunun tersine daha az saldırganlık, daha az sigara içme gibi faydalar da sağladığı görülmüştür. Bu durumun özellikle Çin'de alınan aşırı önlemlerle alakalı olması olasıdır.

Fakat özellikle sigara ve diğer bağımlılıklar ve ayrıca diğer anksiyetelerle ilgili ülkemizde yapılan, henüz salgının pik olma seviyesinde dahi olmadığı bu erken dönemde, çok fazla çalışma bulunmamaktadır. Bağımlılıkların, ne şekilde olduğuna dair çalışmalar, sokağa çıkma yasağının olduğu, çalışmamızın yapıldığı bu zor dönem sürecinde dahi online anket ve çalışmalar yapıp araştırmalara devam edilecektir.

B. Gelecekteki Akıl Hastalıkları İhtimali ve COVID - 19 İlişkisi

COVID – 19 hayatımıza kısa bir süre önce girdiğinden beri, insanlarda akıl sağlığı problemi yaşandığı bir gerçek olmakla birlikte, şu an için hali hazırda ülkemizde herhangi bir kapsamlı araştırma yapılmış değildir. Fakat ileride olması muhtemel akıl hastalıkları olasılığına karşı ne gibi önlemler alabiliriz, bunu incelemek gerekmektedir. Dediğimiz gibi, şu an için bu erken dönem pandemide evde kalma yasağı ile birlikte insanlarımızda meydana gelen ruhsal bozukluklar için etkili başa çıkma yöntemlerini ele almak gerekmektedir. Öncelikle, kişiler ev ortamını sevmelidirler. Bunun bir tatil olmadığını, zorunluluk olduğunu idrak edip, ruhsal olarak çöküntüye uğramamaları gerekmektedir. Akıl sağlığı yerinde olan kişiler için en başta yapılması gereken budur. Diğer akıl hastalığı olan kişiler içinse, tıbbi yahut psikiyatrik araştırmaların da bir an önce yapıp, açıklığa kavuşturulması lazımdır. Biz de çalışmamızda yapılan araştırmaları inceleyip bu zorlu süreçte aktarmaya çalışacağız.

⁴⁵ EKİZ/ İLİMAN/ DÖNMEZ, s. 152.

⁴⁶ LI, J. B./ YANG, A./ DOU, K./ WANG, L. X./ ZHANG, M. C. and LİN, X., Chinese Public's Knowledge, Perceived Severity, and Perceived Controllability of The COVID-19 And Their Associations With Emotional And Behavioural Reactions, Social Participation and Precautionary Behaviour: A National Survey 2020, (Çevrimiçi)doi:10.31234/osf.io/5tmsh, E.T.: 21.04.2020. EKİZ/ İLİMAN/ DÖNMEZ, s. 152.

Salgın hastalıklar gibi toplumsal düzeyde korku uyandıran durumlar, depresif bozukluk⁴⁷ ve bipolar bozukluk⁴⁸ hastalık dönemlerini (depresif duygudurum veya mani/hipomani) tetikleme riski taşıyabilir⁴⁹. Anksiyete, depresyon, uykusuzluk veya travma sonrası stres bozukluğu semptomları olan hasta kişiler için basamaklı bakım, bakım sağlamada etkili ve elverişli bir görüş oluşturabilir⁵⁰. Bu görüşe göre, ruh sağlığı sorunlarını incelemek çok fazla önemlidir. Çünkü ev içi şiddet ve çocuk istismarı gibi, iki olumsuz eğilimin de zorunlu evde kalma yaşağında fazlalaşacağı öngörülen sürveyans da önemlidir. Düşük seviyeli semptomları olan bu akıl hastalarına, semptomları ve endişeleri ile ilgili kendilerine yardımcı olarak gerekli gereçler sağlanır ve ek veya kalıcı endişeleri varsa bir akıl sağlığı uzmanıyla konuşmaya hak kazanırlar. Bilhassa sağlık çalışanları grubunun, endişe, sıkıntı ve hastaların bakımı ile alakadar diğer duygu durumları açıklayabilecek ruh sağlığı uzmanlarına özel olan ve kişilerin isteğe bağlı erişimden faydalanmaları muhtemeldir. Orta ila şiddetli semptomları olan akıl hastaları içinse birincil bakım sağlayıcıları tarafından tedavi edilebilir yahut bu zorlu süreçte dahi bir akıl sağlığı uzmanı tarafından tedavisi istenebilir. Fakat bu tedavi yöntemlerinden olan psikiyatrik tedaviler şartlar elverdiği sürece yüz yüze değil bilgisayar veya telefonla sanal bir şekilde uygulanmalıdır⁵¹. Ses yahut sesli görüntülü aramalarla yapılan hasta tedavisi kısa mesajlardan ve e-postalardan çok daha fazla performanslı olabilir. Yüz yüze ziyaretler gerektiğinde kişisel koruyucu ekipmanlar aracılığıyla (örneğin, maskeler, koruyucu gözlükler, eldivenler vb.) olmalı ve ayrıca gruplar yerine kişilere özel olarak yapılmalıdır.

⁴⁷ “Depresif Bozukluk: Depresyon (çökkünlük) insanın duygudurum hallerinden biridir. Belirli bir dereceye kadar normal kabul edilebilecek bu ruh hali, süresi uzadıkça ve şiddeti arttıkça bir hastalık haline gelir. Ne zamandır olduğuna, çökkünlüğün derecesine ve başka ek belirtilerin varlığına göre, “major depresif bozukluk”, “minör depresif bozukluk”, “kısa depresif bozukluk” vd. gibi isimler alır. Ama hepsinin ortak noktası çökkün duygudurumun artık sağlıklı yaşam sürmeye izin vermemesidir.”, (Çevrimiçi) <http://www.ozanpazvantoglu.com/calisma-alanlarim/depresif-bozukluk>, E.T.:08.06.2020.

⁴⁸ “Bipolar bozukluk (iki uçlu duygudurum bozukluğu) bir diğer adıyla manik-depresif hastalık, kişinin duygudurumunda, enerjisinde ve sosyal aktiviteleri tamamlama yetisinde bozulmalara neden olan psikolojik hastalıktır.”, (Çevrimiçi) <https://www.memorial.com.tr/saglik-rehberleri/bipolar-nedir-bipolar-bozukluk-belirtileri-nelerdir/>, E.T.: 08.06.2020.

⁴⁹ “COVID - 19 Salgını ve Duygudurum Bozuklukları: Depresif Bozukluğu veya Bipolar Bozukluğu Olan Bireyler Ve Yakınları İçin Bilgilendirme”, (Çevrimiçi)<https://www.psikiyatri.org.tr/TPDDData/Uploads/files/DuygudurumCOVID-16042020.pdf>, E.T.: 23.04.2020.

⁵⁰ MURRAY, B Stein/ MD, MPH, “Coronavirus Disease 2019 (COVID-19): Psychiatric Issues, Section”, (Çevrimiçi) https://www.uptodate.com/contents/coronavirus-disease-2019-covid-19-psychiatricissues?search=covid%2019%20treatment&source=search_result&selectedTitle=5~150&usage_type=default&display_rank=5, E.T.: 23.04.2020.

⁵¹ MURRAY, B Stein/ MD, MPH, “Coronavirus Disease 2019 (COVID-19): Psychiatric Issues, Section”, https://www.uptodate.com/contents/coronavirus-disease-2019-covid-19-psychiatricissues?search=covid%2019%20treatment&source=search_result&selectedTitle=5~150&usage_type=default&display_rank=5, E.T.: 23.04.2020.

Psikiyatristlerden COVID - 19 için farmakoterapi⁵² alan hastalar için danışmaları istenebilir ve bu sebeplerle şuan kullanılan çeşitli ilaçlara aşına olmalıdırlar. Örneğin, hastaneye yatırılan COVID - 19 hastalarında (ve klinik çalışmalara tabi tutulan) sıklıkla kullanılan antimalaryal bir ilaç olan hidroksiklorokin , ruh hali ve anksiyete bozuklukları, uykusuzluk ve daha nadir olarak psikoz gibi psikiyatrik yan etkilerle alakalıdır. Psikiyatrik ilaçların diğer ilaçlarla spesifik etkileşimleri belirlenmelidir. COVID - 19 için değerlendirilen spesifik ilaçlar ayrı ayrı açıklanmaktadır. Genel halk içinde COVID - 19 iletim hızını yavaşlatması ve COVID - 19 vakalarının “eğrisini düzleştirilmesi” için yaygın olarak teşvik edilen fiziksel mesafelendirme, bazı kişiler, bilhassa yaşlılar da dahil olmak üzere yalnız yaşayanlar için daha fazla yalnızlığa neden olacaktır. Dijital teknolojiye faydalanabilecek bireyler için bu, sosyal bağlılık için bir köprü görevi görebilir ve teşvik edilmelidir⁵³. Fiziksel uzaklaşma bağlamında, yatan hastaların çoğu ailelerin ve arkadaşlarının ziyaretlerini kısıtlamıştır yahut bu zorlu süreçte askıya almıştır . Stres faktörlerinin ele alınması, potansiyel endişe ve sıkıntı kaynakları bazı içeriklere sahiptir⁵⁴. Karantinanın olumsuz psikolojik etkisini inceleyen çalışmalar mevcuttur⁵⁵.

COVID - 19 salgını sosyal izolasyon ve ruhsal sağlık hizmetlerine erişim çok azaldığı için intihar düşüncesi ve hareketine mahal verebilir. İntihar vakaları daha evvelki salgınlar esnasında karantinanın olumsuz bir tepkisi olarak açıklanmıştır. Orta ila şiddetli sıkıntı, anksiyete yahut depresyonu olan hastalar ise intihar düşünceleri ve davranışları açısından taranmak zorundadır. COVID - 19 olan ve psikiyatrik bozukluğu olan akıl hastaları ile telefon yahut bilgisayar aracılığıyla sosyal teması sürdürmenin yanı sıra fiziksel mesafeyi koruyan yüz yüze

⁵²“ Farmakoterapi; ilaçlarla tedavi anlamına gelmektedir”, (Çevrimiçi) <https://drcunceytunsal.com/terapi-cesitleri/farmakoterapi-ilac-tedavisi/>, E.T.: 08.06.2020.

⁵³ MURRAY, B Stein/ MD, MPH, “Coronavirus Disease 2019 (COVID-19): Psychiatric Issues, Section”, https://www.uptodate.com/contents/coronavirus-disease-2019-covid-19-psychiatric-issues?search=covid%2019%20treatment&source=search_result&selectedTitle=5~150&usage_type=e=default&display_rank=5, E.T.: 24.04.2020.

⁵⁴ “Kişisel koruyucu ekipmanlara erişim. Kendine maruz kalma ve enfeksiyon riski. Başkalarını enfeksiyona maruz bırakma riski. Teste erişim. COVID-19 hakkında güncel, doğru bilgilere erişim. Okul kapanışları sırasında çocuk bakım hizmetlerine erişim. Artan ve vergilendirme iş yükleri. Yetersiz kaynakların nasıl tahsis edileceğine karar verme, başkalarını yanlışlıkla tehlikeye atma ve başkalarının en iyi uygulamalara aykırı olduğunu düşündüğü klinik kararları uygulama gibi durumlardan kaynaklanan ahlaki ikilemler ve ahlaki yaralanma. Kontrol kaybı / güvenlik açığı. İş arkadaşlarından ve yöneticilerden destek alma ve kullanma. Hasta ölümleri”, (Çevrimiçi) <https://www.uptodate.com/contents/coronavirus-disease-2019-covid-19-psychiatric-illness>, E.T.: 24.04.2020.

⁵⁵ “Karantinanın amacını ve nasıl uygulanacağını açıklayın. Gönüllü karantina, zorunlu karantinadan daha az sıkıntı ile ilişkilidir. Karantinanın başkalarını güvende tutmanın özgecil yararını vurgulayın. Genel (örn. Gıda ve barınma) ve tıbbi malzemelerin (örn. Reçeteler, termometreler ve yüz maskeleri) alınmasını kolaylaştırın.”, (Çevrimiçi) <https://www.uptodate.com/contents/coronavirus-disease-2019-covid-19-psychiatric-illness>, E.T.: 24.04.2020.

görüşmeler için teşvik edilip telehealth⁵⁶ tedavi şekilleri uygulanmaya başlanmalıdır.

1. COVID – 19 ve Akıl Hastalığı Problemleri

COVID - 19 hastalığı salgını insanlar ve topluluklar için stres yaratabilir. Bir hastalık hakkındaki korku ve kaygı bunaltıcı olabilir ve yetişkinlerde ve çocuklarda güçlü duygulara neden olabilir.⁵⁷ COVID - 19 pandemisi bizim çalışmamızı hazırladığımız bu süreçte, uzun süre önce Çin Halk Cumhuriyeti'nde yayıldı. Ulusal Sağlık Komisyonu, COVID – 19'dan etkilenen kişiler için acil psikolojik kriz müdahalesine yönelik yönergeler yayınlamıştır⁵⁸. Çin'deki hastaneler ve üniversiteler, hastalar, aile üyeleri ve salgından etkilenen diğer kişiler için, akıl hastalığını önlemeye yönelik olarak ve psikolojik danışmanlık hizmetleri sunmak için çevrimiçi platformlar kurmuşlardır. Fakat bir kısım bilim insanları⁵⁹ COVID - 19 doğrulanmış hastaların, enfeksiyon şüphesi olan hastaların, karantinaya alınan aile üyelerinin ve sağlık çalışanlarının akıl sağlığı gereksinimlerinin kötü ele alındığını iddia etmektedir.

Çin'deki psikolojik müdahalelerin organizasyon ve yönetim modelleri iyileştirilmelidir. Batıdaki bazı ülkeler (örneğin, İngiltere ve ABD), halk sağlığı acil servisleri ile başa çıkmak için psikolojik kriz müdahaleleri için prosedürler oluşturmuştur. Çin'de de psikolojik kriz müdahaleleri üzerine teorik ve pratik araştırmalar nispeten yakın zamanda başlamıştır. 2004 yılında, Çin Hükümeti zihinsel sağlık girişimlerini güçlendirmeye yönelik yönergeler yayınladı⁶⁰. Bununla birlikte, psikolojik müdahale faaliyetlerinin organizasyonu ve yönetimi çeşitli problemlere sahiptir. COVID – 19'un patlak vermesi, Çin'de psikolojik müdahalenin sağlanmasında birçok sorun olduğunu göstermiştir. Ülkemiz içinse durum, çalışmamızın hazırlandığı bu süreç içerisinde daha da zor durumlar

⁵⁶ “Telehealth, sağlıkla ilgili hizmetlerin ve bilgilerin elektronik bilgi ve telekomünikasyon teknolojileri aracılığıyla dağıtılmasıdır. Uzun mesafeli hasta ve klinisyenle temas, bakım, tavsiye, hatırlatmalar, eğitim, müdahale, izleme ve uzaktan kabul olanağı sağlar.”, (Çevrimiçi)<https://g.co/kgs/HuorDr>, E.T.: 08.06.2020.

⁵⁷ “Koronavirüs Hastalığı Salgını Sırasında Ruh Sağlığı ve Stresle Baş Etme”, (Çevrimiçi) <https://www.psikiyatri.org.tr/2147/koronavirus-hastaligi-salgini-sirasinda-ruh-sagligi-ve-stresle-bas-etme>, E.T.: 25.04.2020.

⁵⁸ LI, Duan/ GANG, Zhu, “Psychological Interventions for People Affected by the COVID – 19 Epidemic”, Published: February 18, 2020, (Çevrimiçi)[https://www.thelancet.com/journals/lanpsy/article/PIIS2215-0366\(20\)30073-0/fulltext](https://www.thelancet.com/journals/lanpsy/article/PIIS2215-0366(20)30073-0/fulltext), E.T.: 26.04.2020. “Çin Ulusal Sağlık Komisyonu Yeni Koronavirüs Enfeksiyonları İçin Pnömoniye Acil Psikolojik Kriz Müdahalesi İçin Kılavuzlar Hakkında Bir Bildirim”, (Çevrimiçi) <http://www.nhc.gov.cn/xcs/zhengcwj/202001/6adc08b966594253b2b791be5c3b9467.shtml>, E.T.: 26.04.2020.

⁵⁹ XIANG, YT/ YANG, Y./ LI, W, “2019 Yeni Koronavirüs Salgını İçin Zamanında Akıl Sağlığı Bakımına Acilen İhtiyaç Vardır.”, Lancet Psikiyatrisi, 2020, (Çevrimiçi)[http://doi.org/10.1016/S2215-0366\(20\)30046-8](http://doi.org/10.1016/S2215-0366(20)30046-8), E.T.: 26.04.2020.

⁶⁰ “Çin Devlet Konseyi Akıl Sağlığı Çalışmaları İle İlgili Rehberliğin Daha Da Güçlendirilmesine İlişkin Bildirim”, Çin Devlet Konseyi Genel Müdürlüğü, Pekin 2004, (Çevrimiçi) http://www.gov.cn/gongbao/content/2004/content_62998.htm, E.T.: 13.02.2020.

getirmiştir. Evde kal çağrısına uyan vatandaşlarımız önceleri panik ile karşı karşıya gelmiş, birbirleri ile teması azaltmaya çalışmışlardır. Aniden gelen birbirinden uzak kalma düşüncesi vatandaşlarımızı derinden etkilemiştir. Bununla birlikte daha sonraları olan haftasonu sokağa çıkma yasakları ile bu süreç pekişmiştir. Vatandaşlarımız bu süreçte akıl sağlıklarını yerinde tutmak amacıyla ilk evrede herhangi bir önlem alamamıştır. Daha sonraları sosyal medya ve medya kanallarında açıklama yapan bilim insanları, insanların psikolojilerini nasıl yönetmeleri doğrultusunda bilgilendirmelerde bulunmuşlardır. Tabi ki 65 yaş üzeri ve 20 yaş altı vatandaşlarımız da sokağa çıkma yasağına maruz kalmışlardır. 20 yaş altı gençler için okullarda görüntülü ve sesli yayın yapan uzman psikologlar tarafından destek verilmekte ise de 65 yaş üzere ‘yaş almış’ vatandaşlarımız ise daha büyük yalnızlık ve panik içerisinde kalmışlarsa da devletimiz gereken tedbirleri alarak kaymakamlıklar nezdinde vefa hatları kurdurmuş ve vatandaşlarımız mağdur edilmeyip psikolojik destek alabilme yoluna ulaşmayı başarmışlardır. Çalışmamızı yazdığımız bu dönemde haftasonu sokağa çıkma yasağında 65 yaş üzeri ve 20 yaş altı vatandaşlar için saatlik yürüyüş izni verilmiş ve akıl sağlığı için önemli adımlar devletimiz tarafından atılmaya devam edilmiştir. Son olarak akıl hastalığı olan vatandaşlarımız için, Çin’i örnek alarak sesli ve uzaktan görüntülü arama yoluyla destek ve her halükarda en ağır akıl hastalarımız için önlem alınarak hastanelerde tedavi edilmeleri sağlanmaktadır. Çünkü ülkemizde hastanelerimiz açıktır ve akıl hastalığı ağır vatandaşlarımıza da sağlık hizmetlerini kesintisiz şekilde sunmaktadırlar. Bunun için Sağlık Bakanımız bu pandemi döneminde yoğun ve istikrarlı şekilde çalışarak, vatandaşlarımıza en iyi hizmeti sunmayı başarmıştır ve başarmaktadır.

2. COVID – 19’da Çin’deki Sanal Akıl Sağlığı Görevleri

COVID - 19 nedeniyle hızla artan sayıda teyit edilmiş vaka ve ölümün bir sonucu olarak, hem sağlık personeli hem de halk, kaygı, depresyon ve stres vb. hastalıklar da olmak üzere psikolojik sorunlar ile akıl sağlığı problemleri yaşamaktadır⁶¹. Çin Ulusal Sağlık Komisyonu, COVID - 19 salgını için acil psikolojik kriz müdahalesi ilkelerinin bildirilmesiyle başlayarak, daha sonra salgın hastalıklar için psikolojik yardım hatlarının oluşturulmasına ilişkin bildirim ve birkaç kılavuz belge yayınlamıştır⁶².

“Çevrimiçi psikolojik danışmanlık hizmetleri (örneğin, WeChat tabanlı kaynaklar), Çin’in tıp kurumlarında, üniversitelerde ve akademik alanda ruh sağlığı uzmanları tarafından yaygın olarak kurulmuştur. Depresyon, anksiyete ve

⁶¹ SHUAI, Liu/ LULU, Yang/ CHENXI, Zhang/ YU, – Tao Xiang/ ZHONGCHUN, Liu, “Online mental health services in China during the COVID – 19 Ourbreak”, (Çevrimiçi), [https://www.thelancet.com/journals/lanpsy/article/PIIS2215-0366\(20\)30077-8/fulltext](https://www.thelancet.com/journals/lanpsy/article/PIIS2215-0366(20)30077-8/fulltext), E.T.: 27.04.2020.

⁶² National Health Commission of China Guidelines for Psychological Assistance Hotlines During 2019-N Cov Pneumonia Epidemic. (in Chinese), (Çevrimiçi)<http://www.nhc.gov.cn/jkj/s3577/202002/f389f20cc1174b21b981ea2919beeb8b0.shtml>, E.T.: 28.04.2020.

uykusuzluk için çevrimiçi (örneğin WeChat'te) bilişsel davranışçı terapi de dahil olmak üzere çevrimiçi psikolojik kendi kendine yardım müdahale sistemleri de geliştirilmiştir. Ayrıca, salgın sırasında psikolojik krizlere müdahale olarak çeşitli yapay zeka (AI) programları kullanılmaya başlanmıştır. Örneğin, intihar riski altındaki bireyler AI programı Tree Holes Rescue tarafından tanınabilir⁶³.”

Çoğunlukla, COVID-19 pandemisinde önlem almak amacıyla kullanılan çevrimiçi akıl sağlığı hizmetleri, Çin halk acil müdahalelerinin geliştirilmesini kolaylaştırmakta ve sonunda acil müdahalelerin kalitesini ve etkinliğini arttırabilmektedir.

C. COVID - 19'un Sosyolojik ve Etik Boyutu

COVID - 19 hastalığının tüm dünyayı sararak bir tür pandemi haline gelmesinin sonrasında elbette ki sosyolojik, ekonomik ve politik değişikliklere rağmen, birçok ülkede beklenen olası ahlaki durumların ve neticelerin meydana geldiğini görmekteyiz. Bu nedenle çalışmamızın bu kısmında henüz sonuçları dahi oluşmayan sosyolojik olayları araştırmalarımız dahilinde açıklamaya çalışacağız.

İlk olarak, sosyal izolasyon durumuna bakacak olursak, sosyal izolasyon durumu, genellikle kişi ile toplum arasındaki temassızlığı ifade etmektedir. Sosyal izolasyon durumu her yaş grubunu etkilemektedir. Bunun sebebi ise bu pandemiden en fazla şekilde korunma durumudur. Bu sebeple COVID - 19 salgınının yayılma hızını yavaşlatmak gayesiyle ilk olarak Çin Hükümeti yetkililerinin ve ardından Dünya Sağlık Örgütü'nün bu konuda bazı açıklamaları olmuş ve bu doğrultuda alınması beklenen önlemler ülkeler tarafından uygulanmıştır⁶⁴.

Diğer bir önlemse COVID - 19 salgını sebebiyle sosyal mesafe koyma tedbirlerinin daha fazla yaygınlaştırılması ve özel olarak stoklanabilir mal üreten kurumların çalışanları için de geçerli olması durumunda değişik bir bakış açısı gerekecektir. Bu mertebede esas ilke ekonomik faaliyet hacminin mümkün olduğunca korunmasından çok katma değeri üretenlerin yaşamlarını idame ettirebilmelerinin sağlanması olacaktır. Sosyal izolasyonun yanında, maske ve dezenfektan kullanımının toplumda uygulanabilmesi için, bu malzemelerin ülke yönetimleri tarafından vatandaşlara ücretsiz dağıtılması önemli bir katkıdır. Bu anlamda, Türkiye'de alınan ek önlemler çerçevesinde, toplu halde bulunan alanlarda maske takılma zorunluluğunun getirilmesi sebebiyle, Sağlık Bakanlığı ile Ulaştırma ve Altyapı Bakanlığının denetiminde maske dağıtımının ücretsiz olacağını belirtmesi ve çalışmamızı yaptığımız şu dönem zarfında dağıtılması

⁶³ WANG, Y., “The Chinese Suicides Prevented by AI from Afar”, BBC World Service, Nov 9, 2019, (Çevrimiçi)<https://www.bbc.com/news/technology-50314819>, E.T.: 28.04.2020.

⁶⁴ World Health Organization, “Coronavirus Disease (COVID-19) Pandemic”, (Çevrimiçi) <https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019>, E.T.: 28.04.2020.

da etkin bir yaklaşımdır⁶⁵. Bu aşamadan sonra maskelerle ilgili yeni düzenlemeler de gelebilir. Bunun için henüz net bir açıklama yapılmış değildir. Bir başka mesele de etikdir. Kişiler sosyal izolasyona etik olarak uymak zorundadırlar. Hem kendilerini hem de diğer kişileri düşünmek sebebiyle bunu gerçekleştirmek mecburiyetindedirler. Bu da etik davranışın bir diğer şeklini oluşturmaktadır. Sadece kendimizi korumak değil, izolasyonla her bir kişiye karşı ahlaksal yükümlülüğümüzü yerine getirip, bilgilendirmek, bu yükümlülükleri yerine getirmeyenleri de gerekirse uygun bir dille uyarmak da kişilerin vazifesidir.

Diğer bir sosyolojik ve mühim olan etki ise karantina tedbirleridir. Bunun salgındaki diğer ismi ise seyahat özgürlüğüne getirilen yasaklamalardır. COVID - 19 salgınının pandemi haline gelmesi ile birlikte dünyadaki çoğu ülke sınırlarını diğer ülkelere kapatmışlardır. İşbu sebepten ötürü de seyahat etme özgürlüğü askıya alınmıştır. Salgının yayıldığına tespit edilmesi üzerine ülkeler seyahat kısıtlamaları uygulamaya başlamışlar, bu hastalığın seyahat eden kişiler vasıtasıyla ülkelere girişini engellemek için erken teşhis ve izolasyon önlemleri alınmıştır. Ülkemiz açısından bakacak olursak, bizde de yurtdışı seyahatlerine yasaklamalar getirilmiştir. Bu çalışmayı yaptığımız şu günlerde dahi halen bu uygulama geçerlidir. Ayrıca yurtdışından ayrı olarak şehirlerarası gidiş gelişler de (Örneğin, İstanbul, İzmir ve belirlenen diğer şehirler) kısıtlanmıştır. Umarız ki ileriki günler de salgının azalmasıyla birlikte bu yasaklar yavaşça ve bilinçli şekilde azalarak tamamen normalleşme sürecine geçilecektir. Tüm dünya ülkeleri dayanışma ve iş birliği sayesinde bu salgını ortak bir tehdit olarak görüp, hep beraber alınacak ortak kararlar doğrultusunda bu salgından kurtulmayı umut etmektedir. Dünya Sağlık Örgütü'nce yapılan açıklamada, uluslararası seyahat ve ticareti mühim şekilde etkileyen sağlık önlemlerini değerlendirebilmek için bu salgının gidişatını her zaman ve sıklıkla izlemenin ve mevcut alanlardaki kapasiteleri kontrol etmenin gerekli olduğu açıklanmıştır⁶⁶.

Son olarak ekonomi ile ilgili bu zorlu süreçte başka bir husus üzerinde durmak gerektiğini düşünüyoruz. Bu zorlu süreç içerisinde özellikle hizmet sektöründe birçok işletmenin kapandığı ya da faaliyet şeklini farklılaştırmaya başladığı gözlemlenmiştir. Örneğin dijitalleşmeye yönelmek gibi işlemlerin hızlandırılması gerekmektedir. Bu da devlet desteği sağlanarak daha hızlı ve etkin şekilde gerçekleştirilebilir. Türkiye'de bu sürecin akıbetinde işsiz kalacak olan her bir vatandaşın kapsamına alacak bir sosyal korunma henüz mevcut değildir. Kısa çalışma ödeneğinin kapsamını ve uygulamasını artırmak için açıklanan tedbirler iyi niyetli bir başlangıç oluşturmaktadır⁶⁷. Bu kapsamda, devletin, işsiz kalanların

⁶⁵ “Türkiye’de ücretsiz maske dağıtımını başladı. ”, (Çevrimiçi) <https://www.dw.com/tr/t%C3%BCrkiyede%C3%BCcretsizmaskeda%C4%9F%C4%B1t%C4%B1m%C4%B1-ba%C5%9Flad%C4%B1/a-53025684>, E.T.: 28.04.2020.

⁶⁶ “Report of the WHO-China Joint Mission on Coronavirus Disease 2019 (COVID-19)”, (Çevrimiçi) <https://www.who.int/docs/default-source/coronaviruse/who-china-joint-mission-oncovid-19-final-report.pdf>, E.T.: 28.04.2020.

⁶⁷ ÖZATAY, Fatih / SAK, Güven, “COVID-19’un Ekonomik Sonuçlarını Yönetebilmek İçin Ne Yapılabilir? ”, Türkiye Ekonomi Politikaları Araştırma Vakfı, Mart 2020, (Çevrimiçi)

normal zamanlarda elde ettikleri ücret gelirlerinin ve kapanan işyerlerinin sermaye kazançlarının mühim bölümünü üstlenmesi gerekebilecektir. Uygulama için daha ayrıntılı bir çalışmanın ivedilikle yapılması gerekmektedir ve devletimiz önemli adımlar atmaktadır. Vatandaşlarımızın mağdur olmaması için gereken tüm tedbirleri devletimiz kademeli olarak açıklamaya devam etmektedir. Devletimizin aldığı bu tedbirler sayesinde küresel salgına karşı gelmek ve başarıyla bu süreci atlattık ümit verici olacaktır.

SONUÇ

Bu çalışmada, öncelikle akıl hastalıklarının ve ruhsal bozuklukların tanımı yapıp birbiri arasındaki nüanslara yer verilip daha sonra da dünyayı ve ülkemizi derinden sarsan COVID – 19 salgınına açıklayıp, akıl hastalıkları ile ilgili yaşanan süreç ve gelecekteki ihtimallere yer verdik. Akıl hastalıklarının meydana gelişinin genetik faktörler gibi önceden olabileceği gibi sosyal etkenler sebebiyle sonradan da olacağı düşünülmektedir. Bunlara çalışmamızda yer verdik. Hatta tarihte akıl hastalıklarının cin çarpması şeytan çarpması gibi gerekçelerle bile açıklandığı geleneksel düşüncelerin bile olduğunu belirttik. Çalışmamızda akıl hastalıklarını açıklamakla birlikte ayrıca ruhsal bozukluk teriminin farklılığını ortaya koyup, farklı bilim dallarında terim birliği olmadığını da inceledik. Çalışmamızın diğer önemli bölümü ise COVID – 19 ile akıl hastalıklarının ihtimalleri bölümü olmuştur. Bilindiği üzere COVID - 19 pandemisi henüz tam olarak bilinmeyen evrensel etkileri ile devam ediyor. Tüm dünyada olduğu üzere Türkiye’de de bu pandemi ile mücadelede çok büyük önlemler alınmış durumdadır⁶⁸. Toplumda sosyal izolasyon, el hijyeni, maske kullanımı konuları esaslı yapılması gereken önlemler olarak sıralanmıştır. Pandemide esas olan, kişiler arası temasın azaltılması, yaygın olarak test uygulamak, bulunan vakaları izole etmek, temaslılarını da bulmak olmalıdır. Pandemi döneminde tedbirlerin ivedilikle alınması ve harfiyen uygulanabilmesi gerekmektedir. En mühim nokta ise, yeni vakaların meydana gelmesini önlemek olduğu için bulaşma araçlarının engellenmesi gerekir. Bu sebeple de toplu yaşam alanların tamamıyla kapatılması gerekmekte ve gıda, sağlık vb. gibi zorunlu sektörler haricinde tüm iş kolları kısıtlanmalı ve çalışanlara ekonomik güvenceler temin edilmelidir⁶⁹.

https://www.tepav.org.tr/tr/ekibimiz/s/89/Fatih+Ozatay_+Dr.,

(Çevrimiçi) https://www.tepav.org.tr/tr/ekibimiz/s/27/Guven+Sak_+Dr., E.T.: 29.04.2020.

⁶⁸ DİKMEN, A. Uğraş / KINA, H. M. / ÖZKAN, S. / İLHAN, M., “COVID-19 Epidemiyolojisi: Pandemiden Ne Öğrendik, Epidemiology of COVID-19: What We Learn From Pandemic”, J Biotechnol and Strategic Health Res. 2020 ;1 (Özel Sayı): s. 35, 36.

⁶⁹ SANCAK/ ÇÖL, s. 201. “2019-nCoV Sağlık Çalışanları Rehberi. Halk Sağlığı Genel Müdürlüğü”, (Çevrimiçi) https://hsgm.saglik.gov.tr/depo/haberler/ncov/2019-nCov_Hastal_Salk_alanlar_Rehberi.pdf5, E.T.: 29.04.2020. (Çevrimiçi) <https://www.aa.com.tr/tr/koronavirus/cind-engelen-yolcular-istanbulhavalimaninda-termal-kameralarlakontrol-edildi/17119056>,

E.T.:29.04.2020. (Çevrimiçi) <https://www.bbc.com/turkce/haberler-turkiye51340065>, E.T.: 29.04.2020. China Aljazeera News, “Coronavirus Spreads to More Countries: All the Latest Updates.”, (Çevrimiçi) <https://web.archive.org/web/202004220065434/>. Hürriyet Daily News,

Fakat alınan bu tedbirler içerisinde, akıl sağlığımızı koruyacak yahut akıl hastalıkları oluşması ihtimaline karşı neler yapacağımız, pandeminin ilk günlerinde haliyle herhangi bir bilgilendirme şeklinde yayınlanmamıştır. Daha sonra ilk kriz atlattılınca, gençler için okullarda sanal medya bağlantıları ile, yetişkinler ve 65 yaş üzeri yaşlı insanlarımız içinse yine sanal medya yahut TV aracılığıyla psikologlar vasıtasıyla bu süreci izleme gerçekleştirilmiştir. Ancak bu normal kişiler için etkili olmaktadır. Hali hazırda akıl hastalığı olan kişiler için durum daha da vahim olacağı için ne gibi tedbirler almamız gerektiğini, Çin örneği de vererek çalışmamızda açıklamaya çalıştık. Umarız ki daha iyi şekilde akıl sağlığımızı koruyarak, bu zorlu günleri devlet desteği ile atlatacağız. Bunun için gerekli öneriler mevcuttur. Bu önerileri sıralayacak olursak:

Öneriler:⁷⁰

- COVID - 19 hakkında doğru bilgileri paylaşarak mücadele etmek gerekmektedir. Herkesi damgalayıp, psikolojik açıdan hastalık ihtimaline yer verilmemesi gerekmektedir. Aksi takdirde gelecekte daha ağır akıl hastalıklarına sebep olunabilir.

- Herkes empati göstermeli ve destek verici davranışlarda bulunmalıdır. Kişileri dinlemek ve empati kurmak gerekmektedir.

- Yakınınızın duygudurum bozukluğu hakkında bilgi sahibi olarak, hastalık belirtilerini takip edip, tedavi sürecinde hastanın yanında olarak duygudurum bozukluğu olanlara yardım etmek gerekmektedir.

- Stres yükü azaltılmaya çalışılmalıdır. Stres, normal kişilerde bile duygudurum bozuklukları ya da ruhsal bir bozukluk hali, depresif veya manik hastalıklara, kısacası akıl hastalıklarına neden olabilir. İçinden geçtiğimiz bu zor dönemlerde toplumdaki diğer bireyler gibi, duygudurum bozukluğu olan bireylerin yahut akıl hastalıkları olan kişilerde daha fazla bozuklukların meydana gelmesine sebep olunduğu söylenebilir.

- Hastalık hali ile günlük değişen ruh hali arasındaki farkı ayırt etmeye çalışmak gerekmektedir. Ruhsal bozukluğu olan kişilerin ataklar arası dönemde de herkes gibi, neşe, öfke, endişe ya da mutsuzluk hissedebileceğini unutmayın, hastalık ile günlük değişen ruh hali arasındaki farkı ayırt etmeye çalışmak gereklidir. Bu hastalık belirtilerine karşı tetikte olunmalıdır.

- Pandemi süreci her ne kadar stres yükü aşırı ağır ve duygusal bir dönem olsa dahi aynı evin içindeki kişiler için birlikte kaliteli vakit geçirmek için fırsat yaratabilir, aynı evi paylaşmadığınız yakınlarınız için sosyal medya iletişim için

“Turkey stops all flights from China as part of coronavirus measures.”, (Çevrimiçi) <https://www.hurriyetdailynews.com/turkey-to-suspend-flights-from-china-until-end-of-month-151705>, E.T.: 30.04.2020.

⁷⁰ “COVID - 19 ve Ruh Sağlığı”, (Çevrimiçi) <https://www.psikiyatri.org.tr/menu/161/covid-19-ve-ruh-sagligi>, E.T.: 30.04.2020.

güzel bir araç olacaktır. Bu zorlu süreç, yakınları daha iyi tanıma ve daha sıkı ilişki kurma şansını yakalayabileceğiniz bir süreç olabilir. Bu hem süreci hem daha sağlıklı atlatmanızı hem de ileriye dönük daha sağlam bir ilişki kurmanızı, dolayısıyla bu süreçten güçlenerek çıkmanıza vesile olacaktır. Bu sebeple aynı evi paylaştığınız yakınlarınızla birlikte keyifli zaman geçirmeye özen gösterin. Akıl hastalığı yahut ruhsal bozuklukları olan yakınların da duygularını ve nasıl hissettiklerini her zaman sormak ve ona göre tıbbi şekilde yardımcı olmalarını sağlayacak sağlık kuruluşlarını bilgilendirmek icap eder.

Son olarak, COVID - 19 pandemisinin ülkemizde akıl hastalıkları ile ilgili seyri ve etkilerini daha iyi anlayabilmek için geniş çaplı bilimsel araştırmalar yapılması gerektiğini düşünüyoruz. Unutmamak gerekir ki; bu zorlu pandemi sürecinde fiziksel ve ruhsal sağlık bütündür. Akıl hastalıkları oluşmasına ihtimal vermemek için ve mevcut olan hastalıklarla başa çıkabilmek için tüm önlemlere uymak gerekmektedir.

KAYNAKÇA

APAYDIN, Cengiz, **Ceza Hukuku ve Adli Tıp Açısından Kusur Yeteneği**, Adil Yayınevi, Ankara, 2018.

AYKAN, Cevdet, **Akıl Sağlığı ve Hastalığı**, Ankara, 1969.

BAYINDIR, Sinan, **Türk Ceza Hukukunda Akıl Hastalığı**, 2. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, Ekim 2018.

BAYRAM, Ali, **Türk Ceza Hukukunda Akıl Hastalığı**, Abant İzzet Baysal Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Bolu, 2004.

BİRGEN, Nur, **Akıl Hastalıklarına Adli Tıp Açısından Bakış**, 10. Baskı, Adli Tıp, Bilimsel ve Teknik Yayınları Çeviri Vakfı, 1995.

ÇAM, Olcay/ ENGİN, Esra, **Ruh Sağlığı ve Hastalıkları Hemşireliği**, 1. Bası, İstanbul Tıp Kitabevi, İstanbul, 2014.

ÇELİK, Gülfem E., “COVID – 19 Kitabı”, **Ankara Üniversitesi Tıp Fakültesi COVID-19**, s.1.

DERBEDER, Fazıl, **Platon ve Aristoteles’te Ruh Beden Problemi ve Karşılaştırılması**, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Denizli: Pamukkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2007.

DİKMEN, A. Uğraş / KINA, H. M. / ÖZKAN, S. / İLHAN, M., “COVID-19 Epidemiyolojisi: Pandemiden Ne Öğrendik, Epidemiology of COVID-19: What We Learn From Pandemic”, J Biotechnol and Strategic Health Res. 2020 ;1 (Özel Sayı): s. 35, 36.

DOKUZ, Zati, **Adli Psikiyatri (Akıl Hastalıkları ve Toksikomani Mevzuatımız)**, İstanbul 1966.

EKİZ, Tutku / ILIMAN, Ebrar / DÖNMEZ, Elif, “Bireylerin Sağlık Anksiyetesi Düzeyleri İle COVID-19 Salgını Kontrol Algısının Karşılaştırılması (Comparison of Health Anxiety Level and Control Perception of COVID - 19) ”, *Usaysad Dergisi*, (Araştırma makalesi), (Çevrimiçi)<https://dergipark.org.tr/en/pub/usaysad/issue/54067/729076>, E.T.:22.04.2020.

EREM, Faruk, “Akıl Maluliyeti”, *Adalet Dergisi*, 1945, s. 1264.

ERİKSON, E. H., “Growth and Crisis of the ‘Healty Personality’”, *Personality in Natura, Society and Culture*, Ed. C. KLUCKHOHN/ H. A. MURRAY/ Alfred A. KNOPF, Newyork, 1953, s. 1, 31.

FOUCAULT, Michel, *Akıl Hastalığı ve Psikoloji*, (Çev.: Emre Beyoğlu), İstanbul, 2014.

H., Lu/ CW., Stratton/ YW., Tang, Outbreak of Pneumonia of Unknown Etiology in Wuhan, China: The Mystery and The Miracle., *J Med Virol.* 2020; 92, pp. 401, 402.

HAFIZOĞULLARI, Zeki, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Fail, İsnat Yeteneği, İsnat Yeteneğini Azaltan veya Kaldıran Nedenler”, (Çevrimiçi) www.baskent.edu.tr/~zekih/ogrenci/FAIL.doc, E.T.: 12.04.2020.

HAFIZOĞULLARI, Zeki/ ÖZEN, Muharrem, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, 2012.

HECTOR, Jada / KHEY, David, *Criminal Justice and Mental Health*, Chapter One, Mental Illness, Then and Now, Jada Hector New Orleans, LA, USA David Khey University of Louisiana Lafayette, Register, LA, USA, 2018.

HUİ DS./ AZHAR, EI. / MADANİ TA./ NTOUMİ, F./ KOCK, R./ DAR O./, “The Continuing COVID-19 Epidemic Threat Of Novel Coronaviruses to Global Health — The latest 2019 Novel Coronavirus Outbreak in Wuhan, China. *International Journal of Infectious Diseases*”, 91.2020, pp . 264, 266.

İÇEL, Kayıhan/ SOKULLU AKINCI, Füsün/ ÖZGENÇ, İzzet/ SÖZÜER, Adem/ MAHMUTOĞLU, F. Selami/ ÜNVER, Yener, *Suç Teorisi*, 2. Kitap, 2. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2000.

KOYUNCU, Erhan, “Türk Ceza Hukukunda Akıl Hastalarının Ceza Sorumluluğu”, Konya 2016, s. 56, 61, (Çevrimiçi) https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/TezGoster?key=Br_XTptK8CZ70f0JGX9xEnOq1Kto72X9Xl-15rshbYQlzgEr3J7pO8MAfHjP9uXU, E.T.: 10.04.2020.

LI, J. B./ YANG, A./ DOU, K./ WANG, L. X./ ZHANG, M. C. and LİN, X., Chinese Public’s Knowledge, Perceived Severity, and Perceived Controllability of The COVID-19 And Their Associations With Emotional And Behavioural

Reactions, Social Participation and Precautionary Behaviour: A National Survey 2020, (Çevrimiçi)doi:10.31234/osf.io/5tmsh, E.T.: 21.04.2020.

LI, Duan/ GANG, Zhu, “Psychological Interventions for People Affected by the COVID – 19 Epidemic”, Published: February 18, 2020, (Çevrimiçi)[https://www.thelancet.com/journals/lanpsy/article/PIIS2215-0366\(20\)30073-0/fulltext](https://www.thelancet.com/journals/lanpsy/article/PIIS2215-0366(20)30073-0/fulltext), E.T.: 26.04.2020.

MURRAY, B Stein/ MD, MPH, “Coronavirus Disease 2019 (COVID-19): Psychiatric Issues, Section”, https://www.uptodate.com/contents/coronavirus-disease-2019-covid-19-psychiatric-issues?search=covid%2019%20treatment&source=search_result&selectedTitle=5~150&usage_type=default&display_rank=5, E.T.: 23.04.2020.

OSMAN, Mazhar, **Tababeti Ruhiye**, 3. Bası, Kader Basımevi, Fasikül II, İstanbul 1947.

ÖNCÜ, F./ SERCAN, M./ GER, C./ BİLİCİ, R./ URAL, C./ UYGUR, N., “Sosyoekonomik Etmenlerin ve Sosyodemografik Özelliklerin Psikotik Olguların Suç İşlemesinde Etkisi”, **Türk Psikiyatri Dergisi**, 2006; 17(4): s. 2, (Çevrimiçi), <http://www.turkpsikiyatri.com/Data/UnpublishedArticles/sosyoekonomikEtmenlerin.pdf>; E.T.: 13.04.2020.

ÖZATAY, Fatih / SAK, Güven, “COVID-19’un Ekonomik Sonuçlarını Yönetebilmek İçin Ne Yapılabilir? ”, Türkiye Ekonomi Politikaları Araştırma Vakfı, Mart 2020, (Çevrimiçi) https://www.tepav.org.tr/tr/ekibimiz/s/89/Fatih+Ozatay_+Dr., (Çevrimiçi)https://www.tepav.org.tr/tr/ekibimiz/s/27/Guven+Sak_+Dr., E.T.: 29.04.2020.

ÖZGENÇ, İzzet/ ŞAHİN, Cumhur, **Uygulamalı Ceza Hukuku**, 3. Bası, Seçkin, Ankara, 2001.

ÖZTÜRK, M. Orhan/ ULUŞAHİN, N. Aylin, **Ruh Sağlığı ve Bozuklukları**, 14. Baskı, Ankara, Bayt Yayınları, 2016.

PLATON, **Timaios**, Çev: Erol Güney, Lütfi Ay, Milli Eğitim Basımevi, İstanbul, 2001.

SANCAK, Merve/ ÇÖL, Meltem, “Türkiye’de COVID-19 Pandemisinin Kronolojik Olarak İncelenmesi”, Bölüm 26, Ankara Üniversitesi Tıp Fakültesi COVID-19, s. 201. Ed. Osman MEMİKOĞLU, Volkan GENÇ.

SEÇKİN, O., **Son 6 Yılda E.Ü.T.F. Psikiyatri Kliniğine Gönderilmiş Kriminal Davranışlı Erişkin Olgular Üzerine Retrospektif Bir Çalışma (1981-1986)**, Yayınlanmamış Uzmanlık Tezi, 1987.

SHUAI, Liu/ LULU, Yang/ CHENXI, Zhang/ YU, – Tao Xiang/ ZHONGCHUN, Liu, “Online mental health services in China during the COVID – 19 Ourbreak”,

(Çevrimiçi), [https://www.thelancet.com/journals/lanpsy/article/PIIS2215-0366\(20\)30077-8/fulltext](https://www.thelancet.com/journals/lanpsy/article/PIIS2215-0366(20)30077-8/fulltext), E.T.: 27.04.2020.

SOYASLAN, Doğan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014.

TESİNİ, BL. Coronaviruses and Acute Respiratory Syndromes (COVID-19, MERS, and SARS) Coronaviruses and Acute Respiratory Syndromes (COVID-19, MERS, and SARS). (Çevrimiçi) <https://www.msmanuals.com/professional/infectious-diseases/respiratory-viruses/coronaviruses-and-acute-respiratory-syndromes-COVID-19,-mers,-and-sars>, E.T.: 20.04.2020.

TOPAKKAYA, Arslan, “Temaşa”, **Erciyes Üniversitesi Felsefe Bölümü Dergisi**, Cilt: 1, 2015, s. 29, 55.

TOROSLU, Nevzat/ TOROSLU, Haluk, **Ceza Hukuku Genel Kısım**, 25. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2018.

Türkiye Bilimler Akademisi (TÜBA): **Türkçe Bilim Terimleri Sözlüğü**, Ankara, 2011.

T. YÜCEL, Mustafa, “Akıl Hastalığı, Suç ve Cezai Sorumluluk”, **Adalet Dergisi**, 1972, s. 156.

T. YÜCEL, Mustafa, “Cezai Sorumluluk ve Akıl Hastası Suçlular”, **Adalet Dergisi**, 1987, s. 32.

ÜSTÜN, Çağatay/ ÖZÇİFTÇİ, Seçil, “COVID-19 Pandemisinin Sosyal Yaşam ve Etik Düzlem Üzerine Etkileri: Bir Değerlendirme Çalışması (Effects of COVID-19 Pandemic on Social Life and Ethical Plane: An Evaluation Study)”, *Anadolu Klin / Anatol Clin, Orijinal Araştırma / Original Research*, (Çevrimiçi)<https://dergipark.org.tr/en/pub/anadoluklin/issue/53241/721864>, E.T.:15.04.2020.

WANG, Y., “The Chinese Suicides Prevented by AI from Afar”, *BBC World Service*, Nov 9, 2019, (Çevrimiçi)<https://www.bbc.com/news/technology-50314819>, E.T.: 28.04.2020.

XIANG, YT/ YANG, Y./ LI, W, “2019 Yeni Koronavirüs Salgını İçin Zamanında Akıl Sağlığı Bakımına Acilen İhtiyaç Vardır. ”, *Lancet Psikiyatrisi*, 2020, (Çevrimiçi)[http://doi.org/10.1016/S2215-0366\(20\)30046-8](http://doi.org/10.1016/S2215-0366(20)30046-8), E.T.: 26.04.2020.

YİĞİT, Nuri, “TCK Genel Hükümler”, <http://www.cezabb.adalet.gov.tr/makale/130>, E.T.: 13.04.2020. Özkan, Mustafa/ HAKERİ, Hakan, “Ceza Hukuku ve Ruhsal Bozukluklar”, http://www.akader.net/KHUKA/2_98_ekim/ceza_hukuku_ve_ruhsal.htm, (s. 3, 4). E.T.: 13.04.2020.

YURDAKUL, Sabri, **Ruhsal Hastalıklar ve Başetme Yolları**, Nobel Tıp Kitabevi, İstanbul, 1999.

ZHAO S. / MUSA, SS. / LİN, Q. / RAN, J. / YANG, G. / WANG, W., “Estimating the Unreported Number of Novel Coronavirus (COVID-19) Cases in China in the First Half of January 2020: A Data-Driven Modelling Analysis of the Early”, *Outbreak. J. Clin. Med.* 2020; 9, pp. 388.

<https://www.aa.com.tr/tr/koronavirus/cind-en-gelen-yolcular-istanbulhavalimaninda-termal-kameralarlakontrol-edildi/17119056>, E.T.:29.04.2020.

<https://www.bbc.com/turkce/haberler-turkiye51340065>, E.T.: 29.04.2020.

www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/187.doc, E.T.: 12.04.2020.

<https://drcuneytunsal.com/terapi-cesitleri/farmakoterapi-ilac-tedavisi/>, E.T.: 08.06.2020.

<https://www.dw.com/tr/t%C3%BCrkiyede%C3%BCcretsizmaskeda%C4%9F%C4%B1t%C4%B1m%C4%B1-ba%C5%9Flad%C4%B1/a-53025684>, E.T.: 28.04.2020.

<https://www.e-psikiyatri.com/koronavirus-neden-hizli-yayildi-corona-virusu>, E.T.: 21.04.2020.

http://www.gov.cn/gongbao/content/2004/content_62998.htm, E.T.: 13.02.2020.

<https://g.co/kgs/HuorDr>, E.T.: 08.06.2020.

<https://hsgm.saglik.gov.tr/tr/COVID-19>, E.T.: 15.04.2020.

https://hsgm.saglik.gov.tr/depo/haberler/ncov/2019-nCov_Hastal_Salk_alanlar_Rehberi.pdf5, E.T.: 29.04.2020.

<https://www.hurriyetdailynews.com/turkey-to-suspend-flights-from-china-until-end-of-month-151705>, E.T.: 30.04.2020.

<https://www.memorial.com.tr/saglik-rehberleri/anksiyete-nedir-anksiyete-belirtileri-nelerdir/>, E.T.: 08.06.2020.

<https://www.memorial.com.tr/saglik-rehberleri/bipolar-nedir-bipolar-bozukluk-belirtileri-nelerdir/>, E.T.: 08.06.2020.

<http://www.nhc.gov.cn/xcs/zhengcwj/202001/6adc08b966594253b2b791be5c3b9467.shtml>, E.T.: 26.04.2020.

<http://www.nhc.gov.cn/jkj/s3577/202002/f389f20cc1174b21b981ea2919beb8b0.shtml>, E.T.: 28.04.2020.

<http://www.ozanpazvantoglu.com/calisma-alanlarim/depresif-bozukluk>,
E.T.:08.06.2020.

<https://www.psikiyatri.org.tr/uploadFiles/2132020115258-gevsemebrosur.pdf>,
E.T.: 21.04.2020.

<https://www.psikiyatri.org.tr/TPDDData/Uploads/files/DuygudurumCOVID-16042020.pdf>, E.T.: 23.04.2020.

<https://www.psikiyatri.org.tr/2147/koronavirus-hastaligi-salgini-sirasinda-ruh-sagligi-ve-stresle-bas-etme>, E.T.: 25.04.2020.

<https://www.psikiyatri.org.tr/menu/161/covid-19-ve-ruh-sagligi>, E.T.:
30.04.2020.

<http://www.tdk.gov.tr/>, E.T.: 05.04.2020.

<https://www.uptodate.com/contents/coronavirus-disease-2019-covid-19-psychiatric-illness>, E.T.: 24.04.2020.

<https://web.archive.org/web/20200220065434/>.

<https://www.who.int/docs/default-source/coronaviruse/who-china-joint-mission-oncovid-19-final-report.pdf>, E.T.: 28.04.2020.

<https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019>, E.T.:
15.04.2020.

<https://www.worldometers.info/coronavirus/coronavirus-cases/>, E.T.:
15.04.2020.

<https://www.yeditepe.edu.tr/tr/duyuru/yeni-koronavirus-COVID-19-nedir>, E.T.:
20.04.2020.

DİNİ EĞİTİM VE ÖĞRENİM HAKKI

Halit Serhan ERCİVELEK¹

ÖZET

Kronolojik süreçte, insan hakları bütünüünün erken dönemde oluşan kısmını teşkil eden klasik hak-hürriyetlerden olan din ve vicdan hürriyeti, kişinin iç dünyasında oluşan, ancak burada sınırlı kalmayıp hareket, tavır ve yaşam tarzını da şekillendirecek şekilde dış dünyasına yansıyan, bir hak-hürriyetler bütünüdür.

Bu bütün, hak sahibinin düşünce ve kanaat edinme faaliyetinin özel bir alana hasredilmiş şekli olan inanma faaliyetleri ile başlayıp, dış dünyasında, inançlarına uygun davranışlarda bulunma, uygun olmayan davranışlardan kaçınabilme serbestisi ile tamamlanan bir hürriyet alanı oluşturur. Din ve Vicdan hürriyetinin, tavır ve davranış boyutunda kişiye tanıdığı hürriyet alanlarından birisi de hem etken hem de edilgen olarak, inandığı dinin esaslarına göre eğitim ve öğretim faaliyetlerinde bulunabilmesidir. Bu hareket alanı literatüre; dini eğitim alma (edilgen boyut), dini eğitim verme (etken boyut) ve dini öğrenim (edilgen boyut), dini öğretim (etken boyut) hakkı olarak geçmiştir².

Bu makalemizde dini eğitim ve öğrenim hakkının kavramsal çerçevesi, unsurları ve bu hakka dair genel hukuk metinlerinde yer alan düzenlemeler incelenmiştir. Kavramsal çerçeve analiz edilirken tümden gelim metodolojisi ile hak- hürriyet, insan hakları, din ve vicdan hürriyeti ve bu hürriyetin unsurlarından olan dini eğitim ve öğrenim hakkının tanımı verilerek, unsurları analiz edilmiştir. Hukuki çerçeve başlığı altında uluslararası insan hakları hukukunun normatif kaynağını oluşturan genel insan hakları belgeleri ve kurallar kademelenmesi ilkesi uyarınca iç hukukun en üst metni olan 1982 Anayasasında dini eğitim ve öğrenim hakkının nasıl düzenlendiği, içtihatlar ışığında değerlendirilmeye çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler; *İnsan hakları, din ve vicdan hürriyeti, dini eğitim ve öğrenim hakkı, laiklik.*

¹ HSE Hukuk Bürosu-Kurucu Avukat, İstanbul Sabahattin Zaim Üniversitesi, Lisansüstü Eğitim Enstitüsü Kamu Hukuku Programı Bölümü Tezli Yüksek Lisans programı Öğrencisi, (ORCID: 0000-0002-6303-3008) serhanercivelek@gmail.com

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 24.10.2019

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 08.07.2020

² Terminolojik bir karışıklığa sebebiyet vermemek adına, *dini eğitim ve öğrenim hakkı* şeklinde genel bir ifade kullanılmış, gerekli yerlerde etken ve edilgen boyutlara dair açıklamalarda bulunulmuştur.

THE FREEDOM OF RELIGIOUS EDUCATION AND TEACHING

ABSTRACT

Freedom of religion and prayer is one of the fundamental rights. Organic structure of this freedom has two dimensions; Forum Internum which involves the inner freedom area of person and Forum Externum which involves the extrovert area of him. Protection area of Forum Externum includes the freedom of religious education and teaching also. In order to provide the protection of the freedom of religious education and teaching, it is codificated in universal and regional human rights acts and also by guidance of them in the constitutions of democratic states.

In this article, conceptual definition of freedom of religious education and teaching is examined under the chapter; conceptual framework, codification of the freedom is examined under the chapter; legal framework. In the conceptual framework the freedom is tried to examined by deduction method. Analyses flowed through from the path of human rights to freedom of religion and prayer and at the last, freedom of religious education and teaching.

The legal framework of the article includes codification of the freedom in the universal and regional human rights acts that Turkish Republic has been adhered, and Turkish Republic constitution.

Keywords; *Human rights, freedom of religion and prayer, freedom of religious education and teaching*

I. KAVRAMSAL ÇERÇEVE

A. İnsan Hakları

Hak kelime itibarıyla; doğruluk, doğru ve gerçek şey, bir kimseye ait şey, alacak demektir³. Hukuki ıstılahta ise; hukuk düzenin kişilere tanıdığı yasal yetki⁴, hukuk kuralları tarafından korunan menfaat⁵, bireyin korunmasını isteme konusunda yetkili sayıldığı, hukuken tanınmış menfaat, diğer bir ifade ile hukuk tarafından korunan ve bu korumadan yararlanması ferdin iradesine bırakılan menfaat, kanunların verdiği hakların bütünü anlamına gelir⁶. Bu tanımda kişilere hukuk düzeni tarafından tanınan bir irade alanı egemenliği ve hukuk tarafından korunan menfaat unsurları yer almaktadır⁷.

Hakkın, fonksiyonel manada iki temel unsuru vardır; Yetki ve Talep. Yetki; Hakkın özü bir şeyi yapabilme erkidir. Bu erk hak sahibinin irade alanını oluşturur

³ Mustafa Nihat Özön, *Osmanlıca Türkçe Sözlük*, 11 bs. (İstanbul: İnkılap Kitabevi, 2012), 279, Mehmet Bahattin Toven, *Yeni Türkçe Lügat*, 2 bs. (Ankara: Türk Dil Kurumu Yayınları, 2015), 249

⁴ Ahmet Mumucu ve Elif Küzeci, *İnsan Hakları ve Kamu Özgürlükleri*, 7 bs. (Ankara: Turhan Kitabevi, 2015), 17

⁵ Selahattin Bağdatlı, *Hukuk Sözlüğü*, (İstanbul: Derin Yayınları, 2015), 216.

⁶ Mustafa Nihat Özön, *Osmanlıca Türkçe Sözlük*, 333.

⁷ Halil Kalabalık, *İnsan Hakları Hukuku*, 5 bs. (Ankara: Seçkin Yayınları, 2017), 32.

görev ve sorumluluktan farklı olarak sahibine kullanıp kullanmama hususunda bir serbestlik tanır. Talep ise hak sahibine olumlu (istemde bulunma) veya olumsuz (kaçınma-dokunulmama) bir talepte bulunma yetkisi verir⁸.

“İnsan hakları”; insan olma nedeniyle doğuştan kazanılan, vazgeçilemez devredilemez, zaman aşımına uğramaz ve evrensel nitelikteki haklardır⁹. Bu haklar doğal hukuktan kaynaklanır, pozitif hukukun üstündedir ve etik-felsefi kaynağını tüm insanlara ait bir özellik olan insan onuru kavramından alır, tüm insanlar onur bakımından eşittir¹⁰ prensibinde kaynaklanan bu haklar, insanın sadece insan olması hasebiyle sahip olduğu haklardır ve en üstün ahlaki haklardır¹¹. İnsan haklarının insan onurundan kaynaklanması onları insan olma değerine bağlı olarak herkes için ve her yerde geçerli olan, özü itibarıyla bireylerin vazgeçemeyeceği, önceden devredemeyeceği yetkiler veren, toplumdaki diğer fertlere ve devlete saygı yönünde ahlaki sorumluluklar yükleyen, gerçekleştirilmesi ve korunması yönünde devlete hukuki yükümlülükler getiren haklar haline getirir.

B. Dinî eğitim ve Öğretim Hakkı

Din ve vicdan hürriyeti, kişinin iç dünyasından başlayan ve dış dünyasına doğru yayılıp genişleyen bir yapıya sahiptir, kişinin manevî dünyasında oluşan vicdanî özgürlüklerini kapsayan *Forum Internum*¹² ve inancını dışa vurmasını mümkün kılan *Forum Eksternum*¹³ olarak iki boyutlu bir nitelik taşır, bu iki boyutu havi bir tanımlama ile din ve vicdan özgürlüğü; kişinin bir inanca sahip olabilmesi ve bu inancını dışa vurabilmesidir¹⁴. *Forum Internum* ve *Forum Eksternum* ile çift boyutlu bir yapıda gelişen din ve vicdan hürriyeti temelde inanç ve ibadet hürriyeti şeklinde iki ana bloktan oluşmaktadır¹⁵.

Din geniş anlamıyla belli bir şekilde düzenlenmiş inanç ve onun belirlediği kabul edilen ibadet sisteminin bütünü olup, insanın kendisinden daha üstün bir güce ilişkin bağlılığı ve onunla ilişkisini kapsadığı, kurtuluşun ne olduğunu da içerecek şekilde, bireysel ve toplumsal yaşam hakkında cevaplar veren düşünce ve inanç sistemidir¹⁶. Etimolojik anlamda, Arapça *deyn* kökünden masdar veya isim olduğu kabul edilir. Din “âdet, durum; ceza, mükâfat; itaat” şeklinde başlıca üç anlamı içerir. Kur’ân-ı Kerîm’de din kelimesi zül, yönetme-yönetilme, itaat, hüküm, tapınma, tevhid, İslâm, şeriat, hudûd, âdet, ceza, hesap, millet

⁸ Mustafa Erdoğan, *Anayasal Demokrasi*, 8 bs. (Ankara: Siyasal Kitabevi, 2010), 141.

⁹ Halil Kalabalık, *İnsan Hakları Hukuku*, 36, 40, 41, Mustafa Erdoğan, *İnsan Hakları Teorisi ve Hukuku*, 6 bs. (Ankara: Hukuk Yayınları, 2018), 37, 38, Anıl Çeçen, *İnsan Hakları*, 4 bs. (Ankara: Seçkin Yayınları, 2015), 24 ve 27.

¹⁰ Oktay Uygun, *Kamu Hukuku İncelemeleri*, 2 bs. (İstanbul: On iki Levha Yayınları, 2013), 46.

¹¹ Abdurrahman Eren, *Türkiye’de İnsan Haklarının Korunması. Uluslararası Koruma Mekanizmaları ve Ulusal İnsan Hakları Kurumlarının Rolü*, (Ankara: Turhan Kitabevi, 2007), 21.

¹² Hürriyetin, kişinin iç dünyasındaki etki alanı.

¹³ Hürriyetin, kişinin dış dünyasındaki etki alanı.

¹⁴ Mustafa Erdoğan, *İnsan Hakları Teorisi ve Hukuku*, 201.

¹⁵ Saadet Yüksel, *Anayasa Yargısında İbadet Özgürlüğü*, 1 bs. (İstanbul: Alfa Yayınları, 2015), 41.

¹⁶ A.g.e, 29.

anlamalarında kullanılır. Din kavramının İslâmî kaynaklardaki anlamlarını şu şekilde gruplandırmak mümkündür: 1. Ceza (karşılık), 2. Üstün gelme, hâkimiyet, 3. İtaat, teslimiyet, hizmet, ibadet. 4. Âdet, yol, kanun, şeriat, millet, mezhep¹⁷.

Dinî bir inanç sistemi ve bu sistem uyarınca belirlenmiş hareket tarzları, insanların iç aleminden, düşünce ve duygular sisteminden kaynaklanan bir bütünü ifade eder. Dini inanç ve kanaatler, genel düşünme faaliyetinden daha özel bir nitelikte, kişinin inanç alemi, kozmik referanslı hisselerine dönük olup, düşünceden çok vicdanî kanaatleri olarak tanımlanırlar, bu niteliği sebebiyle din hürriyeti pek çok hukuki metinde vicdan hürriyeti ile birlikte düzenlenir.

Vicdan ile kastedilen din ve vicdan hürriyetinin kişinin iç alemine, duygu, düşünce boyutuna münhasır kısmı olan “*Forum Internum*dur”. Din ve vicdan hürriyetinin kişinin iç dünyasından başlayan ve dış dünyasına doğru yayılıp genişleyen mahiyette bir ontolojiye sahip olması hasebiyle, koruma-tanımlanma çerçevesi de bu alandan başlar. Bu minvalde din ve vicdan hürriyetinin ilk halkası kişinin vicdanını dilediği gibi şekillendirebilmesi ve bu vicdanî yapılanma ile herhangi bir inancı kabul edip etmemesi, herhangi bir dine girebilmesi, o dinden ayrılabilmesi ve hiçbir dine girmemesi hürriyettir. *Forum internum*’u oluşturan bu vicdanî serbestlik alanı, **i)** İnanmaya ve istekleri dışında bir inanca sahip olmaya zorlanamama, **ii)** dini inançları muvacehesinde veya onlara aykırı bir eylem yapmaya zorlanamama, **iii)** din değiştirmeye veya dinini terk etmeye zorlanamama, **iv)** inançlarını açıklamaya zorlanamama hürriyetleri ile donatılmıştır.¹⁸

Kişinin dış aleme dönük alanı ve bu alandaki davranış bütünü din ve vicdan hürriyetini ilgilendiren kısmını koruyan hürriyet alanı *forum eksternum*dur. Dini inançların gereklerini yerine getirebilme hürriyeti olarak tanımlanan bu alan, din ve vicdan hürriyetinin olmazsa olmaz unsurudur. *Forum eksternum*, kişinin gerek mahrem alanlarında gerekse de toplumsal ilişkilerinde dini inançlarının gerektirdiği gibi davranma özgürlüğünü garanti eder¹⁹, ibadet özgürlüğü olarak da tanımlanabilecek *forum eksternum* özel-dar anlamıyla bir dinin gerekliliklerinden olan ritüel, dua ve ayinlerin tek başına özel alanlarda veya topluluk içinde kamusal alanlarda bireysel ve toplu olarak gerçekleştirilmesi²⁰ daha genel-genişletici anlamıyla ise kişinin inandığı dinin gereklerine uygun davranabilme, yasakladıklarından kaçınabilme, dinini tebliğ edebilme ve dinî eğitim ve öğrenimini tedris edebilmek ve çocuklarına tedris ettirebilme hürriyeti olarak değerlendirilmelidir.

¹⁷ Günay Tümer, "DİN", TDV İslâm Ansiklopedisi, <https://islamansiklopedisi.org.tr/din#1-genel-olarak-din> (18.06.2020).

¹⁸ A.g.e, 43.

¹⁹ Mustafa Erdoğan, *İnsan Hakları Teorisi ve Hukuku*, 204.

²⁰ Saadet Yüksel, *Anayasa Yargısında İbadet Özgürlüğü*, 58.

Forum eksternumu, kişinin iç dünyasında oluşan inanç ve vicdanî kanaatleri ile benimsediği dini inancının kendisine vazettiği kanaatinde olduğu tüm davranış ve dışavurumlar kadar geniş kabul etmek gerekir. Bu geniş kabul *forum eksternumun* koruma alanını; **i)** Dini İnancının gereklerini yerine getirme – yasakladıklarından Kaçınma Hürriyeti, **ii)** Dini Tebliğ ve Telkin hürriyeti, **iii)** Dini Öğretim ve Eğitim hürriyeti²¹ olarak belirlenir.

Kişinin inandığı dine dair eğitim ve öğrenim hürriyeti din ve vicdan hürriyetinin *forum eksternumu* kapsamında kalan hak – hürriyetlerdendir. Eğitim ve öğretim farklı kavramlardır. Öğretim bir konuya dair genel ve ayrıntıları bilgilerin verildiği, didaktik olmaktan ziyade akademik nitelik taşıyan objektif bir faaliyettir. Eğitim ise didaktik yönü ağır basan, muhatabını dönüştürmeyi, eğitim konusunu içselleştirmesini hedefleyen sübjektif bir faaliyettir. Bu sübjektif niteliği ile eğitim; -önemi ileride anlatılacağı üzere- muhatabına belirli bir görüşü empoze etme amacı taşıyan, *endoktrinasyona* özellikle de *endoktrinasyonun* dini kavramlar alanında özel bir şekli olan dini telkin etme, muhatabı o dine inanmaya teşvik etme faaliyeti anlamına gelen *proselytisme* daha yatkın bir faaliyettir.

Dinî eğitim ve öğretim hakkı etken ve edilgen sükülerlerine göre şekillenen iki boyutlu bir haktır. Etken boyutu ile dinî eğitim ve öğretim verebilme, edilgen boyutu ile de eğitim ve öğrenim alabilme hakkını içerir. Etken sükülerinin devlet olduğu hallerde benimsenen laiklik anlayışına göre eğitim ve öğretim hakkı ciddi tartışmalara konu teşkil edecek potansiyele sahiptir. Sübjektif niteliği sebebiyle endoktrinasyona hatta proselytisme açık bir faaliyet olan dinî eğitimin devlet tarafından verilmesi resmi bir dini olmayan ve din-devlet ayrımını (sekülerizm) kurumsallaştıran laik devlet yapılanmalarında tartışmalara sebep olmuştur. Özellikle belirli bir dinin içeriğini, ibadet, ayin ve sair ritüellerine dönük eğitim faaliyetlerinin devlet tarafından zorunlu olarak verilmesi laik devletin dinlere karşı tarafsız olması ilkesine aykırı bir tutum olarak değerlendirilmiştir. Ancak bu aykırılığı laik devlet dine, dini her tür uygulamaya, eğitim, öğretim faaliyetine mesafeli bir kurumdur şeklinde algılayarak negatif anlamda genişletmek de doğru değildir, aslında tartışmanın kaynağı benimsenen laiklik anlayışının niteliği ile ilgilidir. Dine karşı denebilecek oranda mesafeli, dine müdahale edip devletin kontrolüne almaya çalışan Fransız tipi laiklik modeli, din ve devletin kesin, objektif ve tavırsız ayrılığını benimseyen (Separationist) ABD modeli²² veya devlet ve dinin karşılıklı anlaşması esasına dayalı (Cooperationist) Almanya modelinden²³ hangisinin benimsendiği devletlerin dinî eğitim ve öğretim hakkına yaklaşımını benimseyen en önemli etkidir.

Dini öğretim faaliyeti, *dinî eğitimden* farklı olarak, dini kavramların, din tarihine dair bilgilerin öğretildiği objektif ve entelektüel bir faaliyettir. Aşağıdaki bölümlerde de değinileceği üzere Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Avrupa

²¹ Mustafa Erdoğan, *İnsan Hakları Teorisi ve Hukuku*, 207, Halil Kalabalık, *İnsan Hakları Hukuku*, 498, 499.

²² Stephen V. Monsma ve J. Christopher Soper, *The Challenge Of Pluralism Church and State in Five Democracies*, 2 bs. (Maryland: Rowman and Littlefield Publishers, 2009), 15.

²³ A.g.e., 169.

İnsan Hakları Komisyonu içtihatlarına göre; bilgi ve kültür aktarımı içerikli dinî eğitim ve öğretimin devlet tarafından tedrisinde temel hak ve hürriyetler hukuku uyarınca yadırganacak bir durum yoktur. Zira devletin varlık amacı insanların kamu gücüyle karşılanabilecek nitelikteki ihtiyaçlarını karşılamak, temel hak ve hürriyetlerini tesis etmek, geliştirmek ve korumaktır, devletin vatandaşlarının kamusal bir ihtiyacı olan *dinî eğitimlerini*, talepleri doğrultusunda karşılaması yadırganmamalıdır. Tebaasının dini inançlarına göre gerekli ibadetlerini gerçekleştirebilmesi için gereken tedbirleri almak, düzenlemelerde bulunmak, personel istihdam etmek, laik de olsa bir devletin yapmasında mahsur olan değil bilakis yapmak ve karşılamakla mükellef olduğu hizmetlerdendir. Zira din ve vicdan hürriyeti; *forum internuma* dair devletlere koruma, *forum eksternuma* dair ise, gerekli imkanları temin etmek gibi pozitif mükellefiyetler yükler. Bu faaliyetleri, devletin dini bir faaliyeti olarak algılamak yerine mükellef olduğu bir kamu hizmetinin ifası olarak değerlendirmek daha doğru bir yaklaşımdır.

II. HUKUKİ ÇERÇEVE

A. Uluslararası Hukuk Belgelerinde *Dinî eğitim ve Öğrenim Hakkı*.

1. Birleşmiş Milletler Seviyesi

a. BM Şartı

Birleşmiş Milletler örgütünün kurucu belgesi olan BM Şartı Çok taraflı bir uluslararası antlaşma olması hasebiyle taraf devletleri bağlayan bir hukuki metindir.²⁴ Şart bir kurucu metin olduğu için içeriği daha ziyade BM örgütünün amaç ve görevleri, bu görevleri yerine getirecek organlar ve yetkileri gibi kurumsal ve organizasyona dair hükümlerden oluşmaktadır. Bu nedenle metinde dinî eğitim ve öğrenim hakkına dair bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak dinî eğitim ve öğrenim hakkının içinden neşet ettiği din ve vicdan hürriyetinin, kurulacak örgüt ve bu örgüt tarafından üretilecek hukuki belgelerde teminat altına alınacağına dair ipuçları bulunmaktadır.

Şartın, BM'nin amaç ve ilkelerini beyan eden 1. maddesinin 3. bendinde örgütün amaçlarından birinin, ekonomik, sosyal, kültürel ve insancıl nitelikteki uluslararası sorunları çözmede ve ırk, cinsiyet, dil ya da din ayrımı gözetmeksizin herkesin insan haklarına ve temel özgürlüklerine saygının geliştirilip güçlendirilmesinde uluslararası işbirliğini sağlamak olduğu belirtilmiş, Genel Kurulun görev yetkilerinin tadat edildiği 13 ncü maddesinde genel kurula; din ayrımı gözetmeksizin herkesin insan hakları ile temel özgürlüklerden yararlanmasını kolaylaştırmak için araştırmalar yapılmasına önayak olma ve bu amaçla tavsiyelerde bulunma görevi verilmiştir. 55. maddesinde ise; din ayrımı gözetmeksizin herkesin insan haklarına ve temel özgürlüklerine bütün dünyada etkin bir biçimde saygı gösterilmesinin kolaylaştırılacağı düzenlenmiştir. Tüm bu düzenlemelerde, bu şartın hükümleri altında oluşan BM hukuk düzeninde din ve

²⁴ Abdurrahman Eren, *Türkiye’de İnsan Haklarının Korunması*, 209.

vicdan özgürlüğünü güvence altına alacak düzenlemelerin yapılacağıın işareti verilmiştir.

b. İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi

Bildirge, insan haklarına evrensel bir boyut kazandırması ve böylece artık kendinden sonra daha etkin koruma mekanizmalarıyla donatılan sözleşmelere önyak olması hasebiyle önemli bir insan hakları belgesidir²⁵, bu metin BM tarafından daha sonra ihdas edilen insan hakları belgelerinin birçoğunun temeli olmakla beraber, bölgesel insan hakları kurum ve koruma mekanizmalarına da yol gösterici bir nitelik taşır. Bölgesel örgütler tarafından kabul edilen tüm temel insan hakları belgelerinin başlangıçlarında belgeye atıf vardır.²⁶

Bildirgenin 18. maddesinde din ve vicdan hürriyeti düzenlenmiştir. Buna göre; “Herkesin düşünce, vicdan ve din özgürlüğüne hakkı vardır. Bu hak, din veya topluca, açık olarak ya da özel biçimde öğrenim, uygulama, ibadet ve dinsel törenlerle açığa vurma özgürlüğünü içerir”. Bildirge bu içeriği ile din ve vicdan hürriyetini, dini inancını ibadet, dinsel törenler ile açığa vurma, dini inancının gereğini yaşama, dini inancına dair öğrenim alma özgürlüklerini güvence altına almaktadır.

Bildirgenin 26. maddesinin 3. bendine göre; ‘Çocuklara verilecek eğitimin türünü seçmek, öncelikle ana ve babanın hakkıdır’. Her ne kadar bu düzenleme genel olarak eğitim hakkını düzenleyen 26. madde altında yapılmış ise de içeriğindeki genellik sebebiyle ebeveynin çocuklarının dinî eğitim ve öğrenimi hakkında belirleyici olmasının önünü açmıştır. Bildirgenin dini öğrenim hakkına ilişkin önemli bir özelliği şudur ki; ilk defa bir uluslararası bağlayıcı hukuk metninde, öğrenim hakkının din ve vicdan özgürlüğünün *forum eksternumu* kapsamında olduğu kabul edilmiştir.

c. Medeni ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi

BM Genel Kurulunun 16 Aralık 1966 tarihli ve 2200 A (XXI) sayılı Kararıyla kabul edilmiş ve imzaya, onaya ve katılmaya açılmış, 23 Mart 1976 tarihinde yürürlüğe girmiş olan Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi insan hakları ve demokratikleşme konusunda evrensel normları belirleyen en önemli temel hukuk belgelerinden biridir²⁷.

Sözleşme, ilkesel kararları belirlemek ile birlikte somut, taraf devletleri bağlayıcı, onlara iç hukuklarını sözleşme hükümlerine göre tadil etme mükellefiyeti yükleyen hükümler içerir. Sözleşmenin iç hukukta bağlayıcılığını tanzim eden 2. maddesi uyarınca; Sözleşmeye taraf her devlet, bu Sözleşmede tanınan hakları ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasal veya diğer bir fikir, ulusal veya sosyal köken, mülkiyet, doğum veya diğer bir statü gibi herhangi bir nedenle

²⁵ Halil Kalabalık, *İnsan Hakları Hukuku*, 91.

²⁶ A.g.e., 90.

²⁷ A.g.e., 94.

ayrımcılık yapılmaksızın, kendi toprakları üzerinde bulunan ve egemenlik yetkisine tabi olan bütün bireyler için güvence altına almayı bu ve haklara saygı göstermeyi taahhüt eder. Sözleşmede tanınan hakları kendi mevzuatında veya uygulamasında henüz tanımamış olan *taraf devletler*, kendi anayasal usullerine ve bu Sözleşmenin hükümlerine uygun olarak, Sözleşmede tanınan hakları uygulamaya geçirmek için gerekli olan tedbirleri veya diğer önlemleri almayı taahhüt ederler. *Taraf devletler* Sözleşmede tanınan hakları veya özgürlükleri ihlal edilenlere, ihlal fiili resmi sıfatlarıyla hareket eden kişilerden başka kimseler tarafından işlense dahi, etkili bir hukuki yola başvurma hakkı sağlamak; bu tür bir hukuki yola başvurmak isteyen kişinin hakkının yetkili yargısal, idari ve yasama organları, veya Devletin hukuk sisteminin öngördüğü başka bir yetkili makamı tarafından karara başlanmasını sağlamak ve yargısal hukuki yollara başvurma imkanını geliştirmek, bu gibi hukuki yolların tanınması halinde, yetkili makamlar tarafından bu hukuki yolların işletilmesini sağlamak ile mükelleftirler.

Hürriyet, sözleşmenin 18. Maddesinde; ‘Düşünce, vicdan ve din özgürlüğü’ başlığı altında düzenlenmiştir;

Herkes düşünce, vicdan ve din özgürlüğü hakkına sahiptir. Bu hak, kendi tercihiyle bir dini kabul etme veya bir inanca sahip olma özgürlüğü ile tek başına veya başkalarıyla birlikte toplu bir biçimde, aleni veya özel olarak, dinini veya inancını ibadet, uygulama, öğretim şeklinde açığa vurma özgürlüğünü de içerir.

Bildirge ile paralel şekilde dini öğretimin *forum eksternum* kapsamında bir hak olduğu vurgulanmış, böylelikle dini öğretim hakkının din ve vicdan hürriyetinin ayrılmaz bir unsuru olduğu hukuki kesinlik kazanmıştır.

Sözleşme, İnsan Hakları Evrensel bildirgesinin bir adım daha ötesine geçerek ebeveynlerin ve vasilerin çocuklarına kendi inançlarına uygun biçimde dinî eğitim ve öğretim verilmesini talep etme haklarını tanımış ve bu hakka taraf devletlerin saygı göstereceklerini taahhüt ettiklerini beyan etmiştir (18. md., 4. bend). Madde lafzında hak sahibi ebeveyn ve vasilerin bu talebi kime yöneltebilecekleri daha doğrusu devlete yöneltip yöneltemeyecekleri konusunda bir sarahat yoktur ancak bu talebin taraf devletlere yöneltebileceği sözleşmenin hem lafzından hem de ruhundan kolaylıkla çıkarılabilir. Sözleşmenin 2. maddesinde *taraf devletler*, Sözleşmede tanınan hakları uygulamaya geçirmek için gerekli olan tedbirleri veya diğer önlemleri almayı taahhüt ederler bu taahhüdün kapsamına dinî eğitimin verilmesini temin etmek de girmektedir, bu mükellefiyet hakkın doğasından kaynaklanır zira, kimi haklar klasik haklar kategorisinde olmalarına rağmen hak sahiplerinin haklarını tam anlamıyla kullanabilmeleri için devletin olumlu bir şekilde müdahalesi ile kullanım imkanlarını temin ve kullanım esaslarını tesis edecek düzenlemelerde bulunmasına ihtiyaç vardır²⁸. Eğitim hakkı bu nevi haklardandır. *Dinî eğitim ve öğrenim hakkı* da eğitim hakkının genelinde olduğu gibi devletlere pozitif mükellefiyet yükleyen haklardandır.

²⁸ Fazıl Sağlam, *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü*, (Ankara: AÜSBF Yayınları, 1982), 20, 21.

2. Bölgesel Seviye

a. İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi

3 Eylül 1953'te yürürlüğe giren İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve İnsan Hakları Mahkemesi İç Tüzüğü, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi hukukunun normatif iki kaynağıdır.²⁹

Din ve vicdan özgürlüğü sözleşmenin 9. maddesinde, “Düşünce, Din ve Vicdan Özgürlüğü” başlığı altında, ilk fıkrada din ve vicdan hürriyeti forum internum ve forum eksternumu ile birlikte düzenlenmiş, ikinci fıkrasında ise hürriyetin sınırlanma rejimi belirlenmiştir. Sözleşme tek başına veya topluca, kamuya açık veya kapalı ibadet, öğretim, uygulama ve ayin yapmayı dini inancı açıklama özgürlüğü olarak tanımlar böylece, dini öğretim hakkı *forum eksternum* kapsamına alınmıştır. Sözleşmeye göre din ve vicdan özgürlüğü din veya inancını öğretme ve uygulama şeklinde açığa vurma özgürlüğünü de içerir. 9. madde düzenlemesine ek olarak; 1 No’lu ek protokolde eğitim hakkı başlığı altında ebeveynlere çocuklarına kendi dini inançlarına uygun eğitim ve öğretim verilmesini talep hakkı tanınmış ve taraf devletlere bu hakka saygı duymaları mükellefiyeti yüklenmiştir (Ek Protokol 1-2. madde). Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi dini inançları yaymak için yapılan tebliğ faaliyetlerini de din ve vicdan hürriyeti kapsamında kabul etmektedir³⁰.

Dinî eğitim ve öğretim hakkının din ve vicdan hürriyeti kapsamında önem arz eden değerlendirme, faaliyetin edilgen süjesi olan eğitim veya öğretim alacak kişi bakımından değerlendirilmesidir. Dinî eğitim ve öğretim hakkı, hakkın niteliği bakımından olumlu ve olumsuz olarak iki boyutludur, buna göre; Kişi dini inançlarına aykırı bir eğitimi almaya zorlanamayacağı gibi³¹ (olumsuz boyut-kaçınma hakkı) dininin gereklerini öğrenip uygulayabilmesi yönünde bir eğitim ve öğretim alma (olumlu boyut-talep yetkisi) hakkına da sahiptir³². Din-inanılan dinin içeriğine göre farklılık gösterse de- çoğu kez kişinin yaşamının tüm alanlarını kapsayan ve hatta yaşam sonrasına dair kabullerini de şekillendiren bir inanç sistemi oluşturur, örneğin; İslam hukuku uygulamasında din sadece iman ve ibadet esasları değil, hukuk da dahil olmak üzere ferdi, ticari, ailevi ve sosyal hayatın bütün yönlerini düzenleyen bir sistemdir³³. Dinin bu niteliği sebebiyle genellikle insanlar nesillerinin devamı olarak gördükleri çocuklarının da kendileri ile aynı dini benimsemeleri ve yaşamaları için gayret sarf ederler. Bu gayretin ilk ve en önemli ayağı dinî eğitim ve öğretimdir. Kişinin, çocuğunun kendisi ile aynı dini inanca sahip olup gereklerini ifa edebilmesi için dinî eğitim ve öğrenim

²⁹ Osman Doğru, *Anayasa ile Karşılaştırmalı Avrupa Sözleşmesi ve Mahkeme İç Tüzüğü*, 1 bs. (İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2016), V.

³⁰ Kokkinakis v. Greece, 25.5.1992 (Mustafa Erdoğan, İnsan Hakları Teorisi ve Hukuku, 205)

³¹ Saadet Yüksel, *Anayasa Yargısında İbadet Özgürlüğü*, 72, 73.

³² Halil Kalabalık, *İnsan Hakları Hukuku*, 499, 500.

³³ M. Akif Aydın, “Osmanlı Hukukunun Genel Yapısı” Osmanlı Devletinde Hukuk ve Adalet, 2 bs (İstanbul: Klasik Yayınları, 2017), 59

almasını talep etmesi ve hatta kendisinin bu eğitim-öğretimi vermesi din ve vicdan hürriyetinin bir unsuru olan *dini eğitim ve öğretim* hakkının ayrılmaz bir parçasıdır. Dinî eğitim ve öğretimi verecek süjenin kimliği yukarıda değindiğimiz endoktrinasyon meselesi bakımından önem taşır. Devletin *dini eğitim ve öğretimi* tüm vatandaşları için zorunlu tutması, eğitim faaliyeti içinde endoktrinasyon ve hatta belirli bir dini telkin edip tebliğ etme faaliyeti olan proseltiyism faaliyetlerinde bulunması bu eğitimin verildiği kişi tarafından insan hakları hukuku boyutunda muhtelif tartışmalara konu olabilecek potansiyele sahip bir uygulamadır.

Birleşmiş Milletler Medeni ve Sosyal Haklar Uluslararası Sözleşmesinin 18. maddesi, 4. bendi uyarınca; *taraf devletler*, anne-babalar ile mümkünse vasilerin kendi inançlarına uygun biçimde çocuklarına din ve ahlak eğitimi verilmesini isteme özgürlüğüne saygı göstermeyi taahhüt ederler. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi devletlerin göstereceği saygının sadece olumsuz – müdahalesiz- bir tavır ile ‘kabul etme’ değil olumlu – mükellefiyet yüklenmeyi de içerir bir mahiyet taşıdığını kabul etmektedir³⁴. Bu olumlu tavır, devlete *dini eğitim ve öğretim* tedrisatı için bazı mükellefiyetler yüklenmesini ve imkanlar hazırlamasını da içerir. Devletin eğitim ve öğretim faaliyeti cihetinde; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Ek Protokol 1, 2. Maddesinin devletlerin doğrudan veya dolaylı olarak, dini ve felsefi bilgiler içeren eğitim ve öğretimde bulunmasını engellemediğini hatta eğitim alan çocukların velilerine bu tip bir eğitim ve öğretimi reddetme hakkı tanımadığını kabul etmektedir³⁵. Burada aşılması gereken kırmızı çizgi, devlet eliyle gerçekleştirilecek eğitim ve öğretimin objektif ve çoğulcu bir yapıya sahip olması, buna karşın endoktrinasyon içerecek şekilde, belirli bir görüşü empoze edici, ebeveynlerin rızaları hilafına çocuklara dini veya felsefi görüşlerin dikte edilmesi niteliğine bürünmemesi gerektiğidir³⁶ aksi takdirde, BM Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesinin 18. Madde, 4. bendinde düzenlenen, ebeveynlerin çocuklarının kendi inançlarına uygun bir dinî eğitim ve öğretim almasını talep hakkına saygı gösterme mükellefiyeti ihlal edilmiş olacaktır. Başka bir ifade ile devlet, bu anlamdaki faaliyetlerini BM milletler Kişisel ve Sosyal haklar sözleşmesinin kendisine yüklediği ebeveynlerin çocuklarının eğitim ve öğretimi hakkına saygı mükellefiyeti kapsamında süjesi yine bireyler olarak karşılamalıdır. Avrupa İnsan Hakları Komisyonu da çocuklara okulda bilgi içerir mahiyette dinî eğitim ve öğretim verilmesinin sözleşme 9. maddeye aykırılık içermeyeceği görüşündedir³⁷. Mahkemeye göre içerik itibarıyla nesnel bilgi ve bulgular içeren, entelektüel mahiyette bilgilerin eleştirel ve çoğulcu biçimde aktarılmasını sağlayan *dini*

³⁴ Paul M. Taylor, *Freedom of Religion UN and European Human Rights Law and Practice*, (New York: Cambridge University Press, 2005), 166.

³⁵ Case of Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen v. Denmark Application no. 5095/71; 5920/72; 5926/72. Paragraf 53.

³⁶ Case of Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen v. Denmark Application no. 5095/71; 5920/72; 5926/72. Paragraf 53

³⁷ Paul M. Taylor, *Freedom of Religion UN and European Human Rights Law and Practice*, 170

öğretim dersleri belli bir inancın aşılması sonucunu doğurmayacağı için, bu tip bir öğretimin zorunlu olarak devlet okullarında ifa edilmesinde bir mahzur yoktur³⁸.

Komisyon, devlet tarafından verilen bilgi içerir mahiyetteki eğitim – öğretim ile endoktrinasyon niteliğindeki eğitim-öğretimi birbirinden ayırıp, endoktrinasyon faaliyetinin çocuğun din ve vicdan hürriyetine müdahale anlamına geleceğini ve kabul edilemeyeceğini belirtir³⁹. Buna karşın devlet dışında, özel gerçek-hükmi kişilerce ifa edilen dinî eğitim ve özellikle öğretim faaliyetlerinde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi faaliyetin kapsamını özgürlüğün tanımına uygun şekilde oldukça geniş yorumlamaktadır. Mahkemeye göre; özel gerçek-hükmi kişilerce ifa edilen *dini öğretim*, başkalarını öğretim yoluyla ikna ederek kendi dinine dahil etme faaliyetini de içerebilir. Sözleşme 9. madde ile düzenlenen *dini öğretim* hakkı, öğretimin içeriğinin ve uygulamasının bir başkasının öğretilen dine girmesini amaçlayacak içerikte olmasını da kapsar aksi takdirde din ve vicdan hürriyetinin önemli bir kısmını teşkil eden din değiştirebilme hakkı içi boş bir kavram haline gelir⁴⁰.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine göre ebeveynlerin çocuklarını eğitim hakkı ebeveynlere çocuklarına kendi inançlarını kültürlerini ve diğer değer yargılarını transfer etme hakkını, öğretim hakkı ise daha ziyade entelektüel gelişim için bilgi aktarımını içerir⁴¹. Mahkeme Ek protokol 1. madde 2. fıkrada düzenlenen çocuklarına eğitim ve öğretimde bulunabilme hakkını ebeveynler için bir temel bir hak olmakla beraber aynı zamanda bir görev olarak değerlendirir ve çocukların eğitim ve öğrenimini sağlamayı ebeveynin görev ve sorumluluklarından biri olarak kabul eder. Ek protokol madde 2 de güvence altına alınan saygı mükellefiyeti aynı zamanda dinin inanç ve felsefi düşünceleri de kapsar zira ebeveynin çocuklarının entelektüel gelişimlerini sağlama mükellefiyetleri onlara kendi inanç ve düşüncelerine uygun bir eğitim verebilme hakları ile doğrudan bağlantılıdır⁴².

B. 1982 Anayasa’ında Dinî eğitim ve Öğrenim Hakkı.

1. Tanım ve İçerik

Din ve Vicdan hürriyeti 1982 Anayasasının 24. maddesinde düzenlenmiştir. Hürriyetin olumlu yönü maddenin ilk ve ikinci fıkralarında yer alır. “Herkes, vicdanî dini inanç ve kanaat hürriyetine sahiptir, 14. madde hükümlerine aykırı olmamak şartıyla ibadet, dini ayin ve törenler serbesttir”. Hürriyetin olumsuz boyutu ise bir sonraki fıkrada; “kimse, ibadete, dini ayin ve törenlere katılmaya,

³⁸ Hande Seher Demir, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Türkiye’de Din ve Vicdan Özgürlüğü*, 1 bs. (Ankara: Adalet Yayınevi, 2011), 155.

³⁹ Angeleni v. Sweden App Nr: 10491/83

⁴⁰ Case of Kokkinakis v. Greece, Application no. 14307/88, pr. 31

⁴¹ Case of Campbell and Cosans v. The United Kingdom. *Application no. 7511/76; 7743/76*

⁴² Case of Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen v. Denmark *Application no. 5095/71; 5920/72; 5926/72*

dini inanç ve kanaatlerini açıklamaya zorlanmaz; dini inanç ve kanaatlerinden dolayı kınanamaz ve suçlanamaz” şeklinde düzenlenmiştir.

Buraya kadar ki tanımlamalarda din ve vicdan hürriyeti kapsamında *dinî eğitim ve öğretim* hakkının içeriği belirtilmemiştir. Aslında dinî eğitim ve öğrenim hakkının içeriği, unsurları ve güvenceleri anlamında 1982 Anayasası metni oldukça zayıftır, hakkın içeriği ve unsurlarına dair herhangi bir tanım yapılmamış, sadece hakkın kullanırken hangi düzenlemelere tabi olduğu, hangi sınırlamalara dikkat edilmesi gerektiği tadat edilmiştir (24. Madde, 3. fıkra) *dinî eğitim ve öğretim* hakkının tanımı yapılmaksızın doğrudan onun sınırlarının belirlenmesi kısıtlayıcı ve sınırlayıcı bir yaklaşım ortaya koymaktadır⁴³.

BM kişisel ve sosyal haklar sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde vücut bulan, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları komisyonu içtihatları ile yerleşen devletin ebeveynlerin çocuklarını dini ve felsefi inançlarına göre yetiştirebilme, bu doğrultuda eğitim ve öğretim verebilme hakkı, devletlerin bu hakka saygı duymaları gerekliliği hatta bu saygının kabullenme ve müdahale etmemenin de ötesine geçerek olumlu bir edim yüklenerek devlete bu alanda faaliyet ve düzenlemede bulunması gerekliliği kabulleri 1982 Anayasası metnine ne yazık ki girmemiş, devletin dinî eğitim ve öğretim hakkına ilişkin konumlanışı münferiden olumsuz bir tanımlama ile hakkın kötüye kullanılmasının önüne geçecek bir koruma ve denetim görevi olarak düzenlenmiştir⁴⁴.

Fıkranın son cümlesinde ilginç bir düzenleme yer alır. Buna göre; “devlet tarafından zorunlu ders olarak okutulacak olanların dışındaki din eğitim ve öğretimi ancak kişinin kendi isteğine, küçüklerin de kanuni temsilcisinin talebine bağlıdır” (24. madde 3.fıkra son cümle). Dinî eğitim ve öğrenim hakkı adı üstünde bir haktır ve tüm haklarda olduğu gibi hak sahibi süjeye dilediği zamanda kullanabileceği bir talep yetkisi ve koruma alanı özerkliği tanır⁴⁵. Bir hakkın kullanılmasının hak sahibinin talebine bağlı olduğunu -hem de Anayasa metni gibi bir üst- hukuk metninde belirtmek ile Anayasa koyucuların yapmak istedikleri, hak sahibi kişilerin dinî eğitim ve öğretim hakkının olumsuz boyutu yani dinî eğitim ve öğretim hakkını reddetme hakkını güvence altına almaktır. Böylelikle, kişilerin ve küçüklerin kanuni temsilcilerinin talebi olmaksızın dinî eğitim ve öğretim verilmesinin önüne geçilmek amaçlanmıştır. Hakkın olumsuz niteliğine - kaçınma hakkı- vurgu yapan bu düzenlemenin mefhumu muhalifinden kişilerin kendileri ve yetiştirilmelerinden mesul oldukları çocukları için dinî eğitim ve öğretim hakkına sahip oldukları sonucu çıkmaktadır. Anayasalar iç hukukta temel hak ve hürriyetlerin güvence altına alındığı en üst hukuki metinlerdir⁴⁶, günümüz Anayasacılık anlayışına göre, insan haklarının Anayasalarda düzenlenerek

⁴³ Mustafa Erdoğan, *Anayasa Hukuku*, 8 bs. (Ankara: Orion Kitabevi, 2014), 250.

⁴⁴ AYM E: 1997/62 – K:1998/52 Kt:16.9.1998

⁴⁵ Bkz. 6 no’lu dipnot.

⁴⁶ Kemal Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Esasları*, 3 bs. (Bursa: Ekin Yayınları, 2012), 51.

güvence altına alınması anayasacılığın önde gelen amaçlarından⁴⁷. Din ve vicdan hürriyetinin önemli bir kısmını oluşturan dinî eğitim ve öğretim hakkının Anayasada bu şekilde dolaylı ifadelerle değil de daha net, içeriği belirlenmiş şekilde düzenlenmesi modern anayasacılığın yukarıda belirtilen amaçlarına daha matuf bir düzenleme olurdu.

Anayasa koyucu, içerik itibarıyla entelektüel bilgi verme mahiyetine sahip dini öğretim faaliyetini ve dinler hakkında yansız, tanıtıcı bilgiler vermek, ahlaki değerleri benimsetmeyi amaçlayan din kültürü ve ahlak öğretimi derslerini ilk ve orta öğretim kurumlarında okutulan zorunlu dersler arasına almış, bunun dışındaki din eğitimi ve öğretimini ise, kişilerin kendi isteğine küçüklerin de kanuni temsilcisinin iznine bağlı tutmuştur⁴⁸. 1982 Anayasası bu sistematik ile endoktrinasyon ve polsterizm faaliyetlerini kapsamayacak şekilde⁴⁹, sadece entellektüel bilgi ve genel kültür aktarımı niteliğindeki dini öğretimini zorunlu dersler arasına alarak, tevhidi tedrisat yasası uyarınca faaliyet gösteren milli eğitim bakanlığı denetim ve idaresindeki ilk ve orta dereceli okullarda verilmesini kabul etmiştir. Bununla birlikte belirli bir dine dair uygulamaların öğretildiği, muhatabında dinin içselleştirilmesini hedefleyen endoktrinasyon mahiyetindeki bilgi aktarımının yapılacağı *dinî eğitim faaliyetinin* ise kişilerin isteği veya küçüklerin kanuni temsilcilerinin talebine bağlı olarak verilebilmesini kural altına almıştır.

2. Anayasa Mahkemesi İçtihatlarında Dinî eğitim ve öğrenim hakkı

Türkiye Cumhuriyeti devletinin laiklik anlayışı, devletin dini değerlere karşı laik değerlerden yana bir tavır aldığı, dine karşı olmasa da oldukça mesafeli olduğu, çoğu kere de müdahaleci tavır takındığı aşikardır⁵⁰. Türk Anayasa Hukuku uygulama alanında dinî eğitim ve öğretim hakkı hususlarında uygulamayı çerçeveleyen hatta yön veren temel değer laiklik ilkesidir. Endoktrinasyon ve polsterizm bile bu ilkenin ışığında değerlendirmiş, kişilere bir görüşü empoze veya dini tebliğ eden faaliyetleri kişinin din ve vicdan özgürlüğüne müdahale oluşturması hasebiyle değil, laikliğe aykırı olduğu gerekçesi ile reddedilmiş böylelikle laiklik ilkesini din ve vicdan özgürlüğü için bir ölçü norm olarak kabul edilmiştir.

Bu laiklik anlayışı neticesinde Anayasa mahkemesinin laiklik ilkesine verdiği anlam ve yüklediği içerik, mahkemenin genelde din ve vicdan hürriyetine özelde de dinî eğitim ve öğretim hakkına dair yaklaşımını belirleyen en temel kriterlerden olmuştur. Laik devleti dine karşı bir pozisyonda konumlandıran, laikliği dine müdahale edici bir devlet anlayışı olarak benimseyen Fransız tipi

⁴⁷ Hasan S. Vural, *Türkiye’de Din Özgürlüğüne İlişkin Anayasal Güvence*, 1 bs. (Ankara: Seçkin Yayınları Yayıncılık, 2013), 108.

⁴⁸ AYM E: 2005/16 – K:2009/16. Kt:08.10.2009

⁴⁹ Mustafa Erdoğan, *İnsan Hakları Teorisi ve Hukuku*, 208.

⁵⁰ Mustafa Erdoğan, *Anayasa Hukuku*, 252.

laiklik modeli⁵¹, 1982 Anayasasının erken döneminde mahkemenin laiklik ilkesi yorumunun temelini oluşturur. Mahkeme bu dönemdeki kararlarında temel hak ve özgürlükler ile laikliği yarıştırmış ve her defasında laikliği üstün tutarak adeta temel hak ve özgürlüklerin ancak laiklik ile uyuşması halinde korunabileceğini kabul etmiştir. Mahkemeye göre din ve vicdan hürriyeti ancak laiklik ile teminat altına alınabileceğinden laiklik ilkesine aykırı bir davranışın din ve vicdan hürriyeti korumasından faydalanması yerinde değildir⁵². Bu yaklaşımından da anlaşılacağı üzere mahkeme, laiklik ve din – vicdan hürriyetini karşılaştırıp laikliği din ve hürriyetinin adeta varlık şartı saydığı için bu ilkeye aykırı gördüğü bir alanda tercihini laiklik ilkesinden yana kullanarak, din ve vicdan hürriyetini - adeta-ihlal edilebilir tali bir hak olarak telakki etmiştir⁵³.

Mahkemenin laiklik ilkesine dair değerlendirmelerinin 19 yüzyıl Fransız tipi dine müdahaleci devlet anlayışından, din ve devletin ılımlı iş birliği anlayışını benimseyen Alman tipi laiklik anlayışına evrilmesiyle dinî eğitim ve öğretim hakkına ilişkin yaklaşımları da yumuşamaya başlamıştır. Bu dönem içtihatları ışığında mahkemeye göre; laiklik, devlete negatif ve pozitif yükümlülükler yüklemektedir. Negatif yükümlülük, devletin bir dini ya da inancı resmî olarak benimsememesini ve bireylerin din ve vicdan hürriyetine zorunlu nedenler olmadıkça müdahale etmemesini gerektirmektedir. Pozitif yükümlülük ise devletin, din ve vicdan hürriyetinin önündeki engelleri kaldırması, kişilerin inandıkları gibi yaşayabileceği uygun bir ortamı ve bunun için gerekli imkânları sağlaması ödevini beraberinde getirmektedir⁵⁴. Daha önceki dönemlerinde din ve vicdan hürriyetine ve ondan doğan dinî eğitim ve öğrenim hakkına, büyük oranda hakkın negatif boyutuyla, belirli bir dine sahip olmama özgürlüğü, dinî eğitim almama hürriyeti perspektiflerinden bakarak, kişinin din – vicdan hürriyeti ile bir diğer kişinin dine bağlı olmama, dinî eğitim almama özgürlüğünü yarıştırıp tercihini hürriyetin negatif yönünden yana kullanan ve böylelikle hürriyetin pozitif boyutunu baskılayan mahkeme⁵⁵ laik devletin dinler karşısında tarafsız olması ile toplumun dini ihtiyaçlarının karşılanması meselesini özgürlükçü bir yaklaşımla ayırmaya başlaması ile birlikte kararlarında daha özgürlükçü bir tutum belirlemeye başlamıştır. Mahkemeye göre; laik devlet, dinler karşısında tarafsız olmakla birlikte, toplumun dini ihtiyaçlarının karşılanması konusunda kayıtsız değildir. Laiklik ilkesi, doğup geliştiği Batı'da, dinin toplumsal ve kamusal alandan tamamen dışlanması sonucunu doğurmamış, dini ihtiyaçların karşılanmasına yönelik devlet politikalarını beraberinde getirmiştir. Devlet

⁵¹ Saadet Yüksel, *Anayasa Yargısında İbadet Özgürlüğü*, 153.

⁵² E: 1989/1-K: 1989/12 K.T.: 7.3.1989

⁵³ 'Lâiklikle vicdan özgürlüğü karıştırılarak dinsel giyinme özgürlüğü savunulamaz. Giyim konusu Türk Devrimi ve Atatürk İlkeleriyle sınırlıdır.' E: 1989/1-K: 1989/12 K.T.: 7.3.1989.

⁵⁴ E: 2012/65 – K:2012/128 Kt.20.09.2012.

⁵⁵ 'Belli biçimde giyinmek özgürlüğü, dinsel inancı aynı, ayrı olanlar ve olmayanlar arasında farklılık yaratmaktadır. Vicdan özgürlüğü, istediğine inanma hakkıdır. Lâiklikle vicdan özgürlüğü karıştırılarak dinsel giyinme özgürlüğü savunulamaz.' E: 1989/1 - K: 1989/12 - Kt: 7.3.1989.

okullarında ve özel okullarda öğrencilere *din eğitim ve öğretiminin* verilmesi bu politikaların başında gelmektedir⁵⁶.

Mahkeme ilginç ve bir o kadar da özgürlükçü bir yorumlama ile analitik çözümlene yaparak dinî eğitim ve öğretim hakkının kötüye kullanılmasının önüne geçmek için dinî eğitim ve öğretimi tekeline alan devletin bu hareketi ile bir tekel oluşturduğu, bu tekel pozisyonunun gereği olarak da bir kamusal ihtiyaç olan dinî eğitim ve öğretim ihtiyacının karşılanması için bir doğrudan laiklik ilkesinden kaynaklanan bir mükellefiyet üstlendiği görüşüne varmıştır.

Türkiye'de, 430 sayılı Tevhid-i Tedrisat Kanunu ile başlayan süreçte din eğitimi veren okulların devlet tarafından kurulması öngörülmüş ve bu alanda özel okulların açılması yasaklanmıştır. 5580 sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanunu'nun 3.maddesi uyarınca, 'din eğitimi-öğretimi yapan kurumların aynı veya benzeri özel öğretim kurumları açamaz.' Dolayısıyla, devlet bir taraftan din eğitimi-öğretimi yapan kurumların açılması, diğer taraftan da okullardaki din eğitimi ve öğretimine ilişkin zorunlu ve seçmeli dersleri belirleme konusunda tekel konumundadır. Bireylerin devlet kurumları dışında din eğitim ve öğretimi alabilecekleri kurumsal alternatiflerinin bulunmadığı gerçeği, laikliğin devlete yüklediği pozitif yükümlülüğü daha anlaşılır ve önemli hale getirmektedir⁵⁷. Anayasa koyucu, Anayasanın 14. maddesindeki kötüye kullanma yasağını pekiştirip içeriğini daha somut şekilde doldurabilmek için dini kültürü ve ahlak öğretiminin devletin gözetim ve denetimi altında yapılabileceğini düzenlemesi karşılığı belki de bir denge unsuru tesisi için devlete, ilk ve orta öğretimde zorunlu olarak din kültürü ve ahlak öğretimi tdrisi mükellefiyeti yüklemiştir⁵⁸.

SONUÇ

Dinî eğitim ve öğretim hakkı din ve vicdan hürriyetin forum eksternumu kapsamında olan temel hak ve hürriyetlerdendir bu niteliği ile insan haklarının tüm koruma şemsiyesinden faydalanan bir haktır. Dinî eğitim ve öğretim hakkı BM İnsan Hakları evrensel bildirgesi, BM Kişisel ve Sosyal Haklar bildirgesi, Avrupa İnsan Hakları sözleşmesinde düzenlenmiş böylelikle ulusal üstü insan hakları hukukunda düzenlemeler ile çerçevesi belirlenmiş bir hak niteliğine kavuşmuştur.

Dinî eğitim ve öğretim hakkı içinden neşet ettiği din ve vicdan hürriyeti gibi olumlu ve olumsuz iki boyuta sahiptir. Bu hak olumlu boyutu ile kişinin dini inancına uygun eğitim ve öğretim alma, bununla birlikte yetişmesinden sorumlu olduğu çocuklarına da kendi belirleyeceği din ve inanç esaslarına uygun eğitim ve öğretim verme – verdirme hakkını, olumsuz boyutu ile ise; inançlarına uygun olmayan eğitim ve öğretimi reddetme, çocuklarına da böyle bir eğitim verilmemesini talep etme yetkilerini içerir. Hakkın bir diğer boyutlanış şekli de

⁵⁶ E: 2012/65 – K:2012/128 Kt.20.09.2012

⁵⁷ E: 2012/65 – K:2012/128 Kt.20.09.2012

⁵⁸ Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, 17 bs. (Ankara: Yetkin Yayınları, 2017), 81.

eğitim ve öğretimin etken ve edilgen sjesine göredir. Yukarıda açıklanan pozitif – negatif boyutlanma daha ziyade eğitim-ğretim faaliyetinin edilgen (eğitim alan) sjesine ilişkindir. Bununla beraber eğitim-ğretim faaliyetinin etken (eğitimi veren) süjesi cihetinden bakıldığında bu süjenin devlet veya gerçek-tüzel kişi olmasında önemli farklılıklar ortaya çıkmaktadır.

Etken süjenin devlet olması halinde, dinî eğitim ve ğretim hakkının negatif boyutu kapsamında özellikle devlet eliyle zorunlu olarak verilen eğitim-öğretimin belirli bir dini empoze edici nitelik taşıması halinde buradaki zorunluluğun kişinin, hakkın negatif boyutundan kaynaklanan eğitim-ğretimi reddetme hakkını ihlal edip etmediği meselesi önemli bir tartışma alanı oluşturmaktadır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Türk Anayasa Mahkemesi bu iki alana ilişkin geliştirdikleri içtihatlarda bilgi içerir mahiyette, entelektüel kapsamda dini ğretim verilmesinin, bu minvalde içerik itibarıyla nesnel bilgi ve bulgular içeren, entelektüel mahiyette bilgilerin eleştirel ve çoğulcu biçimde aktarılmasını sağlayan dini ğretim derslerinin belli bir inancın aşılanması sonucunu doğurmayacağından dolayı zorunlu olarak devlet okullarında okutulmasında bir mahzuru olmadığı buna karşın, devlet eliyle gerçekleştirilecek eğitim ve öğretimin endoktrinasyon içerecek şekilde, belirli bir görüşü empoze edici, ebeveynlerin rızaları hilafına çocuklara dini veya felsefi görüşlerin dikte edilmesi niteliğinde olması halinde bunun kabul edilemeyeceğini belirlemişlerdir.

KAYNAKÇA

Aydın, M. Akif. “Osmanlı Hukukunun Genel Yapısı”, Osmanlı Devletinde Hukuk ve Adalet 2 bs, İstanbul: Klasik Yayınları, 2017.

Bağdatlı, Selahattin. *Hukuk Sözlüğü*, İstanbul: Derin Yayınları, 2015.

Çeçen, Anıl. *İnsan Hakları*, 4 bs. Ankara: Seçkin Yayınları, 2015.

Demir, Hande Seher. *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Türkiye’de Din ve Vicdan zgrlğ*, 1 bs. Ankara: Adalet Yayınevi, 2011.

Doğru, Osman. *Anayasa ile Karşılaştırmalı Avrupa Sözleşmesi ve Mahkeme İ Tüzüğü*, 1 bs. İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2016.

Erdoğan, Mustafa. *Anayasa Hukuku*, 8 bs. Ankara: Orion Kitabevi, 2014.

Erdoğan, Mustafa. *Anayasal Demokrasi*, 8 bs. Ankara: Siyasal Kitabevi, 2010.

Erdoğan, Mustafa. *İnsan Hakları Teorisi ve Hukuku*, 6 bs. Ankara: Hukuk Yayınları, 2018.

Eren, Abdurrahman. *Türkiye’de İnsan Haklarının Korunması. Uluslararası Koruma Mekanizmaları ve Ulusal İnsan Hakları Kurumlarının Rolü*, Ankara: Turhan Kitabevi, 2007.

Kalabalık, Halil. *İnsan Hakları Hukuku*, 5 bs. Ankara: Seçkin Yayınları, 2017.

Mumcu, Ahmet ve Elif KÜZECİ, *İnsan Hakları ve Kamu Özgürlükleri*, 7 bs. Ankara: Turhan Kitabevi, 2015.

Monsma V. Stephen ve Soper, J. Christopher. *The Challenge Of Pluralism Church and State in Five Democracies*, 2 bs. Maryland: Rowman and Littlefield Publishers, 2009

Özbudun, Ergun. *Türk Anayasa Hukuku*, 17 bs. Ankara: Yetkin Yayınları, 2017.

Özön, Mustafa Nihat. *Osmanlıca Türkçe Sözlük*, 11 bs. İstanbul: İnkılap Kitabevi, 2012.

Sağlam, Fazıl. *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü*, Ankara: AÜSBF Yayınları, 1982.

Taylor, M. Paul. *Freedom of Religion UN and European Human Rights Law and Practice*, New York: Cambridge University Press, 2005.

Toven, Mehmet Bahattin. *Yeni Türkçe Lügat*, 2 bs. Ankara: Türk Dil Kurumu Yayınları, 2015.

Uygun, Oktay. *Kamu Hukuku İncelemeleri*, 2 bs. İstanbul: On iki Levha Yayınları, 2013.

Yüksel, Saadet. *Anayasa Yargısında İbadet Özgürlüğü*. İstanbul: Alfa Yayınları, 2015.

Case of Campbell and Cosans v. The United Kingdom. Application no. 7511/76; 7743/76.

Case of Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen v. Denmark Application no. 5095/71; 5920/72; 5926/72.

Case of Kokkinakis v. Greece, Application no. 14307/88, pr. 31.

Angeleni v. Sweeden AppNr: 10491/83.

AYMK, E: 1989/1, K: 1989/12 K.t: 07.03.1989.

AYMK, E: 2005/16, K:2009/16. K.t: 08.10.2009.

AYMK, E: 2012/65, K:2012/128 K.t: 20.09.2012.

TARİHTE HUKUK EĞİTİMİ

Ramazan ARITÜRK¹

ÖZET

Adaleti tesis etmek ve bir hukuk devleti olmak için iyi bir yargı sistemine ve iyi yetişmiş hukukçulara ihtiyaç vardır. Bunun için de iyi bir hukuk eğitim sistemi gereklidir. Zira iyi bir hukuk eğitimi, iyi hukukçu yetiştirir, iyi hukukçu ise hukuk kurallarını doğru sorgular, doğru anlar ve doğru uygular. Toplumlar çok eski zamanlardan beri hukuk eğitimine önem vermiştir. Hukuk eğitimine verilen önem, hukuka verilen önem ile doğru orantılıdır. Ülkemizde son yıllarda hukuk fakülteleri ve öğrenci sayısında ciddi seviyede artış olması üzerine hukuk eğitimindeki niteliği arttırmak için birtakım düzenlemeler yapılmıştır. Ancak bu düzenlemelerin içerik ve yöntem itibariyle yeterli olduğunu söylemek mümkün değildir. İyi hukukçu nasıl yetiştirilir sorusunun cevabı aranırken evrensel ve milli tarihi mirasımızdan istifade edilmelidir. Hukuk eğitimi konusunda elimizde sistemli ve bütüncül bir tarihi veri bulunmasa da, sınırlı kaynaklarda yer alan hukuk ve eğitim sistemlerine ilişkin verilerin bir arada okunmasıyla belirli bir fikir edinilebilir.

Anahtar Kelimeler: *Hukuk eğitimi, tarihte hukuk fakültesi, tarihte hukuk meslekleri*

THE LAW EDUCATION IN THE HISTORY

ABSTRACT

A good judicial system and well-trained lawyers are needed to establish justice and rule of law. For this, a good legal education system is required. Because, a good law education raises good lawyers and a good lawyer questions, understands and applies the law in the most correct way. Societies have given importance to legal education since ancient times. The importance given to legal education is directly proportional to the importance given to law and justice. Due to the serious increase in the number of law schools and law students in our country, some arrangements have been made in recent years to increase the quality of law education. However, it is not possible to say that these arrangements are sufficient in terms of content and method. While seeking the answer to the question of how to raise a good lawyer, our universal and national historical heritage should be used. Although we do not have a systematic and

¹ Av. Dr., ORCID: 0000-0003-0898-2128, ramazan@elmadaghukuk.com

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 19.06.2020

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 28.07.2020

holistic historical data on legal education, a certain idea can be obtained by reading the data on legal and educational systems in limited resources together.

Keywords: *Legal education, law school in history, legal professions in history*

A. GİRİŞ

Hukuk, insan ilişkilerini düzenlemek amacıyla çıkarılan iyi, doğru ve ideal kuralları araştıran disiplindir². Toplum tarafından meydana getirilen devlet aygıtının temel amacı da hukuk kuralları vasıtasıyla kamu düzenini ve adaleti tesis etmektir. Günümüz hukuk sistemlerinde adaleti tesis etmenin vazgeçilmez bir koşulu hukuk devleti ilkesini hakim kılmaktır. Hukuk devleti, faaliyetlerinde hukuk kurallarına bağlı olan, vatandaşlarına hukukî güvenlik sağlayan devlet şeklinde tanımlanabilir³. Adaleti tesis etmek ve bir hukuk devleti olmak için ise iyi bir yargı sistemine ve iyi yetişmiş hukukçulara, iyi yetişmiş hukukçular için de iyi bir hukuk eğitime ihtiyaç vardır. Zira iyi bir hukuk eğitimi, iyi hukukçu yetiştirir, iyi hukukçu ise hukuk kurallarını doğru sorgular, doğru anlar ve doğru uygular. Böylece devlet; hukuk devleti vasfına, toplum ise huzur ve refaha kavuşur.

Toplumlar çok eski zamanlardan beri hukuk eğitime önem vermiştir. Hukuk eğitime verilen önem hukuka verilen önem ile doğru orantılıdır. İlk toplumlarda özellikle dini kuralların hâkim olduğu zamanlarda hukuk eğitimi, dini eğitim gibi değerlendirildiğinden hukuk kurallarının öğrenilmesi kutsal kabul edilmiş ve hukuk eğitime önem verilmiştir. Bir görüşe göre Almanya’da delil serbestisi ilkesinin kabul edilmesi ile birlikte hukuk eğitiminin özellikle önem kazandığı ifade edilmektedir⁴. Ortaçağ Almanya’sındaki düşünce daha çok modern hukuk eğitime verilen önemi ortaya koymak için örnek olarak verilebilir. Ancak genel hukuk eğitime verilen önem daha eski tarihlere dayanmaktadır. Hz. Musa ile gelen on emir ve bu hususta yapılan tebliğ ve tebliğcilerin yetiştirilmesi hukuk eğitime verilen önemi gösterdiği gibi Konfüçyüs, Aristoteles, Sokrates ve Platon gibi Antik dönem felsefecilerinin de öğrencilerine hukuk kurallarını öğretmesi de hukuk eğitime verilen önemi göstermektedir⁵.

² **Adnan Güriz**, Hukuk Başlangıcı, 19. Baskı, Ankara: Siyasal Kitabevi, 2019, s.30; Bir başka tanıma göre hukuk; “İçtimai hayat nizamının muhafaza ve idamesi için cemiyet azası sıfatıyla fertlerle fertler, veya cemiyetle -yani devletle- fertler, yahut muhtelif devletler arasındaki münasebetleri tanzim eden usul ve kaidelerdir.” Hukuk Sözlüğü, <http://www.sozluk.adalet.gov.tr/Harf/H?Sayfa=2>. (Erişim: 17.05.2020)

³ **Kemal Gözler**, Türk Anayasa Hukuku, Bursa, Ekin Kitabevi Yayınları, 2000, s. 170; Anayasa Mahkemesi de kavramı “yönetilenlere en güçlü, en etkin ve en kapsamlı biçimde hukuksal güvencenin sağlanması, tüm devlet organlarının eylem ve işlemlerinin hukuka uygun olması” şeklinde tanımlamaktadır. Anayasa Mahkemesi, 12 Kasım 1991 Tarih ve E.1991/7, K.1991/43 Sayılı Karar.

⁴ **Çiğdem Sert Çelik**, “Almanya’da Hukuk Eğitimi ve Stajyerlik”. TBB Dergisi, S. 54, 2004, ss. 339-346.

⁵ **Platon**, Sokrates’in Savunması, İş Bankası Kültür Yayınları, 2016.

Hukuk eğitiminin yeniden düşünülmesi ve tasarlanması gereken günümüzde, bu konudaki tarihi tecrübeden istifade edilmelidir. Modern hukuk eğitimini yeniden düşünürken yol gösterecek tarihi kaynaklar hem insanlığın ortak mirası olarak görülebilecek eski medeniyetlerde hem de Türk tarihinde aranmalıdır. Hukuk eğitimi konusunda elimizde sistemli ve bütüncül bir tarihi veri bulunmasa da, sınırlı kaynaklarda yer alan hukuk ve eğitim sistemlerine ilişkin verilerin bir arada okunmasıyla belirli bir fikir edinilebileceği kanaatindeyiz. Çalışmamızın ilk bölümünde eski medeniyetlerdeki hukuk sistemi ve hukuk eğitimine dair bilgiler aktaracak, akabinde ise Türk tarihinde hukuk ve eğitim konularını ele alacağız.

B. ESKİ MEDENİYETLERDE HUKUK EĞİTİMİ

1. Antik Yunan

Eski çağlardan beri devlet yönetimi konusunda geliştirilen bütün düşüncelerde, yazılan bütün yazılarda eğitim ve hukukun yeri ayrı bir öneme sahip olmuştur. Antik Yunan'da hukuk ayrı bir meslek veya bilim dalı olarak kabul edilmiş değildir. Antik Yunan'da site devletleri arasında hukuk birliğinden söz etmenin mümkün olmadığı ve her site devletinin kendine özgü yasaları veya düzenlemeleri olduğu, çıkan uyuşmazlıkları kendi düzeni içinde çözdüğü görülmektedir.

M.Ö. 5. yüzyıl ortalarına doğru mahkemelerin ortaya çıkması üzerine davaları kimlerin takip edeceği, savunmayı kimlerin ve nasıl yapılacağı konusunda tartışmalar başlamıştır. Sicilya'da, davalarda taraf olan kişilerin nasıl ikna edileceği, hangi usulle sürecin yürütülmesinin uygun olacağı ile ilgili davranış modelini açıklayan *Rhetorika Tekhne* adında bir kitap yazıldığı ve Atina'da bu öğretimin verilmesi içinde okul açıldığı ifade edilmektedir⁶. Eski Yunan'da hukuk akademisinde ki hocalar öğrencilerini hitabet, felsefe ve tarih bilgileri ile donattıklarından doğal olarak güçlü kimliğe sahip etkileyici hitabetleri olan hukukçular yetiştirmişlerdir.

Protagoras'a göre; Öğrencinin yetiştirilmesinde esas olan öğretmedir. Öğretmen tarafından verilmesi gereken en önemli ders *rhetorik*'tir. Bu dersin içeriği ise konuşma becerisi ve onu sonucu olan söz söyleme (*rhetorik*) sanatıdır. Söz söyleme (*rhetorik*) sanatı, insanın en büyük, en değerli kazanımı ve teknik özelliğidir. Bu özelliğe sahip olan kişiler her konu üzerine gerektiği gibi konuşmayı, en ümitsiz görünen şeyde bile başarıya ulaşmayı bu büyülü sanat vasıtasıyla elde etmiş olurlar⁷.

Eski Yunan da hitabet dersi bağımsız bir ders olmakla birlikte özellikle “adli hitabet” dersi çok önemli görünüyordu. Mahkemeler özel ve kamusal davalara bakar, usul gereğince tarafların savunma yapmaları beklenir, bunu yapamayanlara

⁶ Nuray Yıldız, “Eskiçağ'da Yunan-Roma Döneminde Hukuk Eğitim ve Öğretimi”, Anadolu Araştırmaları Dergisi, S. 12, 2010, s.119; Mustafa Atas/Süleyman Dost/Ömer Çelikkol, “Hukuk Öğretimine Yönelik Teorik-Pratik Sınıf (TEOPS) Sistemi Model Önerisi”, SDU International Journal of Educational Studies, S. 5 (1), 2018, s. 36.

⁷ Macit Gökberk, Felsefe Tarihi, İstanbul Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Yayınları, 1961, s.44.

bizde arzuhalcilere benzeyen “*logographos*”lar tarafından yazılı savunmaları hazırlanır, gerekli taktikler verildikten sonra mahkemede savunma yapılırdı⁸.

M.Ö. V. yüzyılda hukuk eğitimi sofistler tarafından, siyasal ve sosyal sınırlar gözetilerek verilmiştir. Bunlara göre bilginin teorik olmaktan çok, pratik olarak hayatta faydalı olması beklenirdi. Sofistlere göre ancak yetkin ve üstün insan erdemli olabilirdi. Bu durumda insan eğitilmeli, bunun doğal sonucunda da toplum bilgi toplumuna ulaşmalıydı. Güzel konuşmaları ile toplumu etkileyen sofistler aynı zamanda site devleti içindeki hukuk eğitimini de hitabet, tarih ve felsefe öğretimi çerçevesinde vermişler, halka yönelik veya mahkemelerde yapılan konuşmalarda heyecan oluşturan duyguları ve insan psikolojisini incelemişler, dil ve üslup ile güzel konuşma için doğru görülen fikirleri bulma düşüncesi üzerinde de çalışmışlardır⁹.

Daha sonraki dönemlerde Sokrates, Platon ve Aristoteles gibi filozoflar hukuk disiplini felsefenin alt bölümü olarak düşündüklerinden, ahlak dalı çerçevesinde aynı zamanda iyi bir vatandaş yetiştirme bağlamında konuyu ele almışlardır¹⁰.

Sokrates’in bu dönemlerde iyi, ahlaklı insanlar yetiştirme idesini öncelikle olduğu ve ders anlatımı tekniği olarak tümevarım (“*inductio*”) ile soru-cevap yöntemini kullandığı anlaşılmaktadır. Erdem ve mutluluğa ancak yüksek ahlak ile ulaşılabilceği düşüncesinden yola çıkan Sokrates, hukuk eğitimini ahlak ve genel olarak felsefe içerisinde vermeyi tercih etmiştir¹¹. Platon ise devlet ve kanunları öncelikle, hukuku da bu çerçevede ele alarak pratikte şekillenmesine çok önemli katkılar sağlamıştır. Ahlakı “toplumsal ahlak” olarak tanımlamış, toplumsal ahlaka sahip olan site devletinin “ideal devlet” olabileceği tezini savunmuş, sosyal hayatın “ahlak” ilkelerine uygun bir şekilde düzenlenmesi halinde kişilerin de mutlu olacaklarını ifade etmiştir¹².

Platon göre bilgelik, cesaret, ölçülü olma, olgunluk ve adalet devletin temelini oluşturan ana erdemlerdir. Platon bu ilkelerin ise ancak hukuka inanarak, özümseyerek bu idealin gerçekleşebileceğini savunur, Atina’da yer alan “*Akademia*”daki konferanslarında veya diyaloglarında felsefi bakış açısıyla ahlak ve siyaset konularını öğrencilerine ders olarak anlatırdı.¹³ Platon’dan sonra, onun öğrencisi olan Aristoteles (M.Ö.384-322), M.Ö.355’te Atina’da Lykaion’da bir okul kurarak burada ders vermiştir. Bu okulda verilen dersler felsefe ve mantık yanında pedagojik formasyonu da içeriyordu¹⁴.

⁸ Yıldız, s.119,

⁹ Gökberk, s. 44-46; Yıldız, s.120.

¹⁰ Yıldız, s.120, Atas/Dost/Çelikkol, s. 36.

¹¹ Yıldız, s.120; Atas/Dost/Çelikkol, s.36.

¹² Yıldız, s.120.

¹³ Yıldız, s. 121.

¹⁴ Yıldız, s. 121; Gökberk, s. 44-46.

2. Roma Devleti

Roma Devleti dönemine; hukuk alanındaki yaratıcılık ve pratiklik sayesinde Roma hukukunda büyük gelişmeler yaşanmıştır. Roma hukukunun gelişmesi ile toplumsal düzen sağlanmış, bu sayede de devletin temelleri güçlenmiştir. Roma hukuku M.Ö. I. yy'da gelişmeye başlamış, M.S.III yy'da gelişimini sürdürerek toplumsal düzeni sağlamış, bunun doğal sonucu olarak da Roma Devletinin temellerini güçlendirmiştir. Hukuk alanındaki bütün bu çalışmaların kaynağı olarak ünlü hukuk okulları açılarak sistemli bir hukuk biliminin doğması gösterilebilir. Eski Yunan'da bütün site devletleri bağımsız olarak kendi hukuklarını oluşturmuş ve aralarında hukuk birliği kuramamışken, Roma devleti ise bunun aksine hukuk birliğini sağlamayı başarmıştır. Helenistik dönemde doğan stoa felsefesi Roma Devleti'nin hukuk anlayışına yön vermiştir¹⁵.

Roma'nın üst sınıfından olan *patricji* ve *pleblerden*, *praetorluk* ve konsüllük gibi mevkilere gelmiş seçkin kişilerin hukukçu olarak görev alması, artan iş sözleşmeleri ve bundan doğan uyuşmazlıkların çoğalması hukuka olan ihtiyacı artırmıştır. Bunun doğal sonucu olarak daha fazla ihtiyaç duyulan ve tartışılan hukuk, bir bilim dalı olarak oluşmuştur. Aralarında ihtilaf olan tarafların müzakereleri, aralarındaki tartışmaları “dinleyici öğrenciler” (*auditores*) kavramını ve “hukuk dersi” (*docere*) kavramını doğurmuştur. Hâkimin önünde, usta hukukçuların yaptığı konuşları, sorulara verilen cevapları dinleyen gençler, bu hukukçunun fikirlerini, bilgi ve savunma tekniğini öğreniyorlardı. Bu hukukçu ile dinleyiciler arasında müzakereler yapılarak fikir alışverişi (*disputationes*) yapılarak bir anlamda usta çırak ilişkisi kuruluyordu¹⁶. Anayasaya dayalı demokrasinin hakim olduğu Cumhuriyet döneminde yasama faaliyeti de halk meclisince doğrudan yapılıyordu. Yargılama sırasında herkesin savunma hakkı olmakla birlikte, savunmanın kanunu iyi bilen hatip kişilerce yapılması tercih ediliyordu. Dolayısıyla bu savunmanın, halk meclisince kabul edilen yasalara göre hukuk adamlarınca yapılması gerekiyordu. Bunun için de hukuk adamlarının iyi yetişmesi gerekiyordu.

Roma'daki eğitim modelinde dönem sonundaki başarıya dayalı olarak alt sınıftan üst sınıfa doğru ilerleyen bir yöntem benimsenmiştir. Buna göre genel eğitimde ilkokulda (*schola*) temel bilgiler verildikten sonra, orta öğretime (*grammaticus*) devam ederdi. Orta öğretimde öğrencilerin 12 ila 17 yaş aralığında olduğu görülmektedir. Öğrenci bu dönemde aldığı dersler ile karşısındaki topluluğu ikna ve inandırmanın yanında, yüksek sesle konuşma, karşılıklı tartışma tekniğini de öğrenerek, politik nutuklar ve mahkeme savunmaları için gerekli donanımına sahip oluyordu. 17 yaşına gelen genç, daha orta öğretimin sonunda toplum karşısında düzgün konuşmayı, tartışmayı, müzakere etmeyi öğreniyordu. Başarı ile bitirilen orta öğretimin akabinde “*Rhetor okulu*”na giderdi¹⁷. Bu okulda okuyan öğrenci

¹⁵ Yıldız, s.123; Atas/Dost/Çelikkol, s.36.

¹⁶ Yıldız, s.123.

felsefe eğitimi de alarak, hatip olarak mezun olurdu. Roma toplumunda konuşma sanatını (*declamatio*) öğrenmiş olan vatandaş, iyi bir konuşmacı ve avukat olmaya hazırdı. Müstakbel hukukçuya bu güzel konuşma yeteneğini kazandıran eğitimin yanında, dava metodu gibi mesleki formasyon ve medeni hukuk bilgisi de veriliyordu¹⁸. Ancak, bu dönemde de hukuk ayrı bir bilim ve meslek olarak görülmemiştir. M.Ö. 3. yüzyıla kadar din adamları (*pontifeks*) hukuka gerek duyanlara hazır metinler vererek, uyuşmazlığı ilahî adalete göre çözerlerdi. Bu dönemden sonra *pontifeks*lerin görevini üst sınıflardan (*preatorluk* ve konsüllük görevi yapan) kişiler devralmışlardır. Böylece Roma’da hukuk biliminin temelleri atılmıştır. Ticari hayatın gelişmesine bağlı olarak hukuki uyuşmazlıklar artmış, artan hukuki uyuşmazlıklar nedeniyle yargılama faaliyetini ve vekillik görevini üstlenen soylu kişiler yetersiz kalmaya başlamış bunun sonucunda profesyonel hukukçulara duyulan ihtiyaç daha da belirginleşmiş, böylelikle tarihte hukuk öğretiminin temelleri de böylece atılmıştır¹⁹.

Cicero M.Ö.55 te yazmış olduğu “*De Oratore*” adlı eserinde mahkemede yapılacak olan savunmaların hazırlanmasını beş bölüme ayırmıştır. Birinci bölüm; Delillerin toplanması, İkinci bölüm; Elde edilen delillerin bir düzene sokulması, bu delillerin sunumunda önem derecesinin belirlenmesi, Üçüncü bölüm; Konuşma ve sunum için üslup ve ifade şeklinin belirlenmesi, iddiaların ve taleplerin güzel bir ifade ile süslenerek, davanın kazanılmasının sağlanması, Dördüncü bölüm; Dava konusunu ve delilleri hafızaya yerleştirilmesi, ezberlemeksizin akılda tutulması, Beşinci bölüm; Dava da savunmanın soylu ve güzel bir şekilde (*pronuntiatio*) yapılması. Cicero’ya göre hukukçunun amacı, üzerine aldığı davada kişinin masum olduğunu ispatlamaktır. Bunun için de mantık metotlarının iyi kullanılması, Sokrates ve Aristoteles’in mantık metotlarından yararlanılması gerekiyordu. Gerektiği zaman suçu başkasına atma, acındırma, dinleyicilerin ilgisini çekebilme, nefret ve sempati uyandırma, gerektiğinde suçu kabullenmiş görünme, hepsi de bazı ruh inceliklerini gerektiren konuşmalara bağlıydı.

Okutulan kitaplardan biri olan Platon’un “*Phaidros*” adlı eserinde hitabetin psikolojisi üzerinde durulmuştur²⁰. Bu dönemde günümüzdeki gibi psikoloji ayrı bir bilim dalı olarak disipline edilmemiş olsa da felsefe ve mantık dersleri içerisinde savunma yapan hukukçulara psikoloji eğitimi de verilmiştir. Konuşma metninin yazılması ve bunun sözle ifadesi olduğuna göre, mahkemede konuşan hukukçu, tıpkı hatip gibi, iyi kelime seçmeli ve cümle düzenine önem vermeliydi. Güzel konuşma ve yazma için, iyi bir dil bilgisi (*elocatio*) ve edebiyat eğitiminin yanında, “tiyatro, dram sanatı” da eğitimin bir parçası olarak verilmiştir. Bu

¹⁸ Yıldız, s.123-124

¹⁹ Yıldız, s.124-127; Atas/Dost/Çelikkol, s.35-52.

²⁰ Yıldız, s.125-126.

eğitime ek olarak sorunun iyi bir şekilde anlatılması (*narratio*) için anlatım teknikleri de öğretilmekteydi.²¹

Konuşma sanatında vücut hareketleri (*actio*), jest ve mimikler, ses hareketleri ve sesin tonu da önemli idi. O halde konuşmacı, tiyatro sanatçıları gibi, bu yönden de eğitiliyordu. Yetenekli ve geniş bilgi kazandırılmış olan hukukçuya bu mesleki bilgi ve deneyimler özellikle pratik yöntemlerle öğretiliyordu. Hukukçuların yetiştirilme biçimleri aynı dönemdeki doktorların klinik eğitimine benzetilmiştir. Cicero ya göre; “*Fikirleri ifade etmeden, onlara sahip olmak gerekirdi. Avukat, yargıçların önünde konuşmağa başlamadan önce, gözlem ve düşünme yöntemi ile konuyu iyice incelemeli*” idi²².

Cumhuriyet devri sonunda hukuk, bilim olarak ortaya çıkmaya başlamıştır. “*Tripertita*” adlı kitabında Sextus Aelius tarafından hukuk kavramları sistemleştirilmiş, bundan sonra da “kavramlar” belirlenerek eğitim (*instituere*) ve öğretim kültür haline getirilmiştir. Mahkeme kararlarından genel sonuçlar çıkarmak, hukuk bilimi için önemli sonuçlar doğurmuş bu bağlamda “hukuk çalışma metodu”nun oluşumunu sağlamıştır.²³ Roma hukukunun bilim dalı olmasında Eski Yunan bilim ve felsefesinde kullanılan “*dialektik*” metodunun çok önemli katkısı olmuştur. Halka açık dersler şeklinde verilen pratik eğitim şeklinde başlayan hukuk eğitimi, zamanla sistematik bir eğitim (*instituere*) şekline dönüşmüştür. Bu şekilde yayınlar ve okullar ile gelişen hukuk bilimi ve ona verilen önem, diğer bilimlerin yanında yerini almıştır. MS. I. yy’da “*bilim bir hazinedir, yetenek hiçbir zaman açıklıktan ölmez*” diyen Petronius’un bu sözleri, hukuk mesleği için de söylenmiştir²⁴.

Augustus’tan sonra, M.S. III. yy’a kadar, iki ayrı görüşü yansıtan iki hukuk ekolü ortaya çıkmıştır. Birisi Labeo’nun öğrencisi Proculus’un adını almış olan “*ProcuZiani*”, diğeri ise Capito’nun öğrencisi Sabinus’un adını taşıyan “*Sabiniani*” hukuk okulları kurulmuştur. Bu iki okul *consultativ* yani istişari tarzda eğitim yaparak hukukçu yetiştiriyorlardı. Bu iki okul hukuk bilimine çok değerli katkılar vermiş, gelişmesini sağlamış, ayrıca fikir akımlarının ilham kaynağı olmuştur.²⁵

Hukuk öğrenimi için zorunlu dersler ile bunların kitapları vardı²⁶. *Institutiones* ders kitaplarının en önemlisi idi. Bu kitaplar *İus civile*’nin preator hukuku kurumlarını sistematik olarak toplayan, özetleyen, açık ve basit bir şekilde öğrencilerin anlayacağı şekilde yazılan kitaplardı. Hukuk okullarında okutulan bu ders kitaplarına, beşinci yılda okutulan emirnameler de eklenmiştir. Bu okullarda hukuk çalışmaları yapabilmek için hazırlık olarak edebiyat, gramer, felsefe, Grekçe ve Latince ile *rhetorik* dersleri veriliyor, hukuk eğitimi ise beş yıl

²¹ Yıldız, s.126-127.

²² Yıldız, s.127.

²³ Yıldız, s.128.

²⁴ Yıldız, s.130.

²⁵ Yıldız, s.131.

²⁶ Yıldız, s.130-131

sürüyordu²⁷ Hoca okuyor, açıklıyor ve temel metinleri yorumluyordu. Belirli sınıflarda okutulacak konular ve kitaplar da belirlenmişti. İlk yıl yeni başlayanlarla *duponda*²⁸ İkinci sınıftaki öğrenciler “Emirnameciler veya *Edictales*” ve üçüncü sınıftakiler ise “*Papinianistae*” adını almışlardı. Dördüncü ve beşinci sınıf öğrencilerine ise “*Lytae*” deniyordu. Gündüz öğrendikleri dersler akşamları tekrar edilirdi. Hukuk okulu cumartesi öğleden sonra ve pazar günleri tatil edilirdi²⁹.

Roma döneminde hem doğuda hem de batıda kurulan hukuk okullarının hukuk biliminin gelişmesine büyük katkıları olmuştur. Doğuda birçok hukuk okulu kurulsa da dikkate değer olanlar Beyrut (*Berytus*), İskenderiye (*Alexandria*) ve en önemlisi de İstanbul'da “Constantinopolis'de” kurulandır³⁰. F. Fuchs'un verdiği bilgiye göre, genel eğitim veren bir okuldan (*skole Ton Romaion*) sonra hukuk okuluna (*skole Ton pragmatikon*) gidilir ve buradan avukat (*skolastikos*) olarak mezun olunurdu. Roma İmparatorluğunun başkentinin İstanbul olmasından sonra hukuk çalışmalarında büyük gelişmeler olmuş, önemli eserler yazılmış, hukuk biliminin sözlüğü yazılarak uzun yıllar kullanılmıştır. Hukuk yüksekokulunun bölümlerinin Beyazıt'taki *Forumda*, felsefe ve hukuk bölümlerinin ise Ayasofya bölgesinde yer aldığı şeklinde bilgiler mevcuttur³¹. Roma hukuku öğreten hocalardan biri olan Gaius'un (MS. 110-180) *Institutiones* adlı Roma özel hukukuna giriş niteliğindeki kitabı, ders kitabı olarak okutuluyordu. İmparator Iustinianus bu kitabı temel alarak, günün şartlarına uygun bir diğer *lustinianus* hazırlattı. Böylece imparator Iustinianus yüksekokuldaki hukuk bölümünü geliştirmiş, sözü edilen *Institutiones*'in dışında emirnameleri toplayan *Codec Iustiniani* (529), klasik bilimsel hukuk kitaplarındaki konuları içeren *Digesta* ve *Pandectae* (533) ile kendisinin çıkardığı emirnameleri toplayan *Novellae* adlı hukuk ve yasa kitaplarını da yayınlamıştır. *Digesta*'nın nasıl okunacağını gösteren *Omnem* adlı eser de bunlardan bir tanesidir. Bu eserler, Ortaçağ bitiminde *Corpus Iuris Civilis* halinde toplanarak, Roma hukuku için kaynaklarını ve güncel Avrupa hukukunun temellerini oluşturdu. Hukuk disiplinin gelişmesinde eğitim ve öğretim önemli bir rol üstlenmiştir. Bu ise İstanbul'daki hukuk yüksekokulunun varlığı ile gerçekleşebilmiştir, modern hukukun temelleri yaşadığımız bu topraklar üzerinde atılmıştır³².

3. Orta Çağda Kilise “Kanon” Hukuku

Hukuku eğitiminin Roma'da gösterdiği gelişmeler, genel olarak hukuk sisteminin Kilise hukukunun doğuşu ve gelişimiyle uğradığı radikal değişimden kaçınılmaz

²⁷ M.S. IV. yy'da Iustinianus'dan itibaren hukuk eğitimi beş yıl olmuştur.

²⁸ Hukuk okulunun henüz birinci sınıfında okuyan bilgisiz öğrencilere “beş para etmez” ve “iki paralıklar” demek olan bu deyim kullanılırdı. Yıldız, s.134.

²⁹ Yıldız, s.133-138.

³⁰ Yıldız, s.131-132.

³¹ Yıldız, s.133-137.

³² Yıldız, s.137-140.

olarak etkilenmiş, elde edilen kazanımlar duraksamaya ve kayba uğramaya başlamıştır. Hukuk eğitimi de benzer şekilde yara almıştır. Bu nedenle öncelikle kilise hukukunun ve devamında kilise hukuku dönemindeki hukuk eğitiminin incelenmesinde fayda görüyoruz.

Kilise hukuku, dini boyutu içerisinde beşeri toplumu tanzimle uğraşan hukuk dalı olarak tanımlanabilir. Bu yaklaşımın tam karşısında ise beşeri toplumu dünyevi “*profan*” boyutu içerisinde tanzim eden sivil hukuk yer almaktadır. ‘Kilise hukuku, laik devlet tarafından kilise ile ilgili hususları tanzim için konulan ve sivil hukukun alt dallarından biri olan "devlet kilise hukuku" ile karıştırılmamalıdır. İkincisinin diğer sivil hukuk dallarından herhangi bir farkı bulunmazken, ilki yani kilise veya kanon hukuku, Kilise'nin kendisini, ilişkilerini ve hayatı bizzat kendi otoriteleri tarafından anlaşıldığı şekliyle ifade ve tanzim eden hukuk dalıdır³³. Kilise hukukunun tarihi üç döneme ayrılabilir; a) Kilise'nin devletle işbirliği içerisinde onun bir parçası olarak hareket ettiği IV ile IX yüzyıllar arası Roma ve Frank imparatorluğu dönemi, b) X ve XV yüzyıllar arasında Kilise'nin güç kazandığı, Hristiyan âleminde yegâne güç ve iktidar sahibi olduğunu iddia ettiği, kilise hukukunun olgunlaştığı buna bağlı olarak tedvin edildiği, papalar ile krallar arasında iktidar olma çatışmalarının yaşandığı dönem, c) XVI yüzyıl ve sonrası Reform ve 1648 Westfalya anlaşması ve 1789 Fransız ihtilali ile Kilisenin otoritesinin zayıfladığı, devletin egemenliğine boyun eğdiği dönem³⁴.

Roma İmparatoru Konstantin MS 313 yılında, diğer dinlerle birlikte Hristiyanlığa da yasal statü kazandıran Milano Fermanı'nı kabul ederek İmparatorluk için önemli bir süreci başlatmıştır. Bu süreç, Hristiyanları devlet nezdinde meşru hale getirir de geleneksel pagan³⁵ Roma örf adet ve inançlarının değiştiği anlamına gelmemektedir. Roma İmparatoru Konstantin 325 yılında İznik Konsülü ile toplamış, bu toplantıda Hristiyanlığın resmi inancının Ortodoks olduğu, diğer Hristiyanlık inançlarının ise gayrimeşru olduğu, üzerinde anlaşma sağlanan inançlara göre *Nicaea* (İznik) Mezhebinin kabul edildiği ilan edilmiştir. MS 380 yılında İmparator Theodosius Selanik Fermanı'nı yayınlamış, İznik Hristiyanlığı Roma İmparatorluğu'nun resmî dini olarak kabul edilerek, *Nicaea* (İznik) Mezhebi dışındaki diğer mezhepleri kafir ilan edilmiş, mallarına el konulmuştur. Hristiyanlığın Roma İmparatorluğunun resmi dininin olmasından sonra Kilisenin önemi ve devlet üzerindeki etkisi giderek artmıştır. Bu süreçten sonra kilise devletin resmi birimi haline gelmiş, bunun sonucu olarak birtakım imtiyazlar elde etmiştir. Kilise bu önemli avantajı elde ettikten sonra nüfuzunu giderek artırmış

³³ **Tuncay Başoğlu**, “Hristiyan Hukuku”, İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi, S. 9, 2007, s.38

³⁴ **Başoğlu**, s.42

³⁵ Pagan: “*Putperestlik, çok tanrılı dinlerde tanrısal varlıkları sembolize eden, çeşitli figürlere tapınan, Latince pagandan (köylü, taşralı) türeyen paganizm ise Ortaçağ başlarından itibaren kilise tarafından Hristiyan olmayanlar, XVIII. yüzyıldan itibaren ise çok tanrılı dinî geleneklerdeki putperest olan...*”; “*Çok tanrıcı, payen.*” <https://sozluk.gov.tr/>.

bir süre sonra da yönetime ortak olma, imparatorun üstünde yer alma talebinde bulunmuştur³⁶.

Hıristiyanlık hukuku M.S. 8 yy'a kadar dogma ya da ahlaka ilişkin çalışmalara konu olmuş, vicdani sorumluluğun yalın hukuk kurallarından daha önemli olduğu vurgusu yapılmıştır. Devam süreçte ise Papalık Avrupa'da giderek gücünü artırmış, sosyal ve siyasal alanda daha da etkin olmuştur. Bunun doğal sonucu olarak Kilise kendi (Kanon) hukukunu oluşturma çabasına girmiştir. M.S. 9 yy'dan itibaren din adamlarına Kanon Hukuku'nu bilme zorunluğu getirilmiştir. Kanon hukukunun öğrenilmesi zorunluluğu bu alandaki çalışmaları kamçulamış, yapılan çalışmalara "*Theological Canonical*" adı verilmiş, ancak bu dönemde bu çalışmalar bağımsız bir alan olarak ise görülmemiştir. İlk kez, papalık tarafından verilen görev gereği Bologna Üniversitesi hocalarından Gratiani (ö. 1141) Kanon hukukunu bağımsız bir hukuk disiplini olarak ele almıştır. Gratiani, yaptığı çalışmalar sonucunda Kilise Hukuku'nu "*canons*", "*external teology*"³⁷ şeklinde iki ayrı başlık altında ele alarak teoloji ve hukuku birbirinden ayırmış, "Kanon Hukuku"nun doğmasına giden yolu açmıştır. Bu hukuk dalı ile ilgilenenler "kanonist", Hıristiyanlığın ibadet konuları ile ilgilenenler ise "teolog" olarak anılmaya başlanmıştır³⁸. Metz'in tarifine göre tabii veya pozitif hukuk ilahi hukuktan beslenmekte olup Kilise hukukunun kaynaklığını oluşturmaktadır. Tabii veya pozitif hukuk Kitab-ı Mukaddes'te yazılı olan hukuktur bunları kilisenin yazmasına gerek yoktur, Kilise ezelden beridir var olan bu değerleri kendi bünyesine katar ve bunların ihlaline karşı ceza müeyyidesi işletir. Kilise'de kuvvetler ayrılığı yoktur, yasama, yürütme ve yargı papanın şahsında toplanmıştır³⁹.

Papa Gregory VII (1073-1087) İtalya'daki arşivlerden Kilise'nin bağımsız olması gerektiğine ilişkin hukuki metinler bulmuş ve kilise hukukunun Justinian'ın Codex'inden bağımsız olması gerektiği inancı ile Kilise Hukuku Codex'i çalışması başlatmıştır. Bu amaca ulaşabilmek için arşivlerde bulunan dağınık hukuk metinlerini disipline etmesi ve düzene sokması için Bologna Üniversitesi hocalarından Gratian'ı görevlendirmiştir. Gratian yaptığı çalışmaları "*Corcordia Discordantium Canonum*" (Çelişen Kanunların Uyumunu) adlı çalışması ile kilise hukukunun *codex*'ini hazırlayarak papaya sunmuştur⁴⁰.

Papalık bu dönemlerde krallar üzerindeki baskıyı artırmış bu bağlamda dönemin ünlü Hıristiyan düşünürü St. Thomas'ın (1227-1274) dünyevi hükümdarın

³⁶ **Nedim Bahçekapılı**, "İslam ve Kilise Hukuku Açısından Aile ve Evlilik", Journal of Islamic Research, S.1, 2008, s. 29; **Yunus Kaymaz**, "Büyük Constantinus'un Hıristiyanlığı Meselesi", Sakarya Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, Cilt: XVI, S. 29, 2014, s. 216.

³⁷ *External forum*: Kilise hukukunun sahası, harici alan olarak görülen alan. Dâhili alan yani kişinin kalbi bu alana girmez, değil ahlakın ("*morality*") alanıdır.

³⁸ **Bahçekapılı**, s.43-44 ve 58

³⁹ **Tuncay Başoğlu**, "Hıristiyan Hukuku", İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi, Sayı.9, 2007, s.59

⁴⁰ **Bahçekapılı**, s.43.

Kilise'nin vassalı⁴¹ olduğunu, bu nedenle kilisenin dini otoritesine kayıtsız itaat etmesi gerektiği fikrini ileri sürerek papalığın iktidarını tahkim etmeye çalıştığı görülmektedir⁴². Papa Gregory IX (1227-1241) ve Innocent IV (1242-1254) artan oranda teokratik doktrini yücelterek güçlendirmiştir. Artan gücünü kullanan papalık, Gregory IX'a karşı gelen İmparator Frederic II'yi Lyon konsili kararıyla görevden alarak gücünün zirvesine ulaşmıştır. Bu şekilde Kral Frederic II'nin görevden alınması siyaset terminolojisinde "Hyerokrasi" olarak yerini almıştır. Kilise, yayınladığı kutsal birlik fermanında; *"Kilise başı İsa olan tek bir bedendir, bir bedende iki baş olmaz, dünyevi ve ruhani kılıçlar(güç) Kilise'ye verilmiştir, dünyevi kılıcı krallara, ruhban verdiği için dünyevi iktidar ruhani iktidara bağlıdır, dünyevi egemenler ebedi kurtuluşa ilişkin konularda papaya itaat etmek zorundadırlar, kurtuluşları için tüm insanların Roma'daki papaya tabi olmaları gereklidir"* tezini savunmuştur⁴³. Papalığın Gregory VII ile başlayan bu güçlü dönemi 14. yy'ın başına kadar sürmüş, Avrupa'da hem hukuken hem de fiilen devletler üstü bir konuma kavuşmuştur⁴⁴.

12. yüzyılın sonlarında Kanonist ve Teologlar kendi alanları ile ilgili çalışmayı tercih ederek hukuk ve günlük dini ritüeller konusundaki eğitim ve pratik çalışmaları birbirinden ayırmışlardır. Teologlar günlük ibadetler ile ilgili konularla ilgilenirken, Kanonistler ise evlilikle ve diğer hukuki konular üzerinde çalışma yapmışlardır. Kanonistler 1200 yılından sonra yaptıkları çalışmalarla Kilise'nin kurumsal yapısı ve işleyişi üzerinde yoğunlaşmışlardır. Kanon Hukuku 1292 den sonra hukuk hocaları tarafından bağımsız olarak sınıflarda okutulmuş 13. 14. yüzyılda manastırlarda Kanon Hukuku'nun tamamlayıcısı olan Roma hukukunun okunması yasaklanarak, Kilise Hukuku eğitimi bütünüyle skolastik anlayışa dönüşmüştür. Bu dönemden sonra bazı din adamları sorumluluk bölgelerinde kanun gücüne sahip olan kanon hukuku eğitimi almışlar, halkın önlerine getirdiği sosyal problemleri kilise hukukuna göre çözmüşler ve buna bağlı olarak hukuk bilgisine sahip olan din adamlarına daha çok itibar edilir olmuştur⁴⁵.

Kanon hukuku eğitimi 13. yüzyıla kadar mabetlerde ve manastırlarda 13. yüzyıldan sonra ise üniversitelerde verilmeye başlanmıştır. Gregory IX bazı üniversitelere 1231 yılında belli hak ve imtiyazlar vererek bu üniversiteleri papalığa bağlamış, kendisine bağlanan üniversiteler yolu ile de teokratik görüşlerini yaymıştır. Bu üniversiteler hukuk alanında yapılan bilimsel çalışmaları manastırlardan devralmışlardır. 1400'lü yıllara gelindiğinde Bologna (1088), Oxford (1200), Paris (1215), Roma (1245), Prague (1348), Vienna (1365)

⁴¹ Vassal: Ortaçağ Avrupa'sında soyluluk ve bağlılığa dayalı feodal yasalar gereği toprağı elinde bulunduran kişi veya başka bir ülkeye bağlı ülke.

⁴² Bahçekapılı, s.51-53

⁴³ Bahçekapılı, s. 54.

⁴⁴ Bahçekapılı, s. 54; Başoğlu, s.50

⁴⁵ Bahçekapılı, s. 55.

Cologne (1388) gibi papalık tarafından 44 civarında üniversite kurulduğu görülmektedir⁴⁶.

Papa Gregory IX, kilise hukukuna dair resmi bir düzenleme yapılması için Kanon Hukukçusu Raymond of Penafort'u (1180-1225) görevlendirmiştir. Bunun üzerine Raymond of Penafort Kanon hukukunu kodifike çalışmalarına başlamış, bu çalışmalar sırasında üç aşamalı bir usul takip etmiştir. İlk yaptığı çalışma ile yürürlükten kaldırılan kanunları belirlemiş, ikinci aşamada tekrarları çıkarmış, üçüncü aşamada ise gerekli gördüğü ilaveler ve değişiklikleri yaparak bir sistem oluşturmuştur. Bütün bu çalışmalar yapılırken, Penafort'un talebi üzerine Papa, çalışmanın bütünlüğünün sağlanması için istenen fermanları da yayınlamak üzere yürürlüğe koymuştur. Penafort yaptığı çalışmalarda Ekümenik konsil kararlarını, Kilise babalarının yazılarını, Cermen ve Roma hukukunu da kaynak olarak kullanmış kodifikasyon esnasında Justinyen'in *Codex*'inin yöntemi benimsemiştir. Penafort'un tamamladığı çalışma 1234 yılında, "*Decretals of Gregory IX*" adı ile Papalığın resmi emirnamesi olarak "*Rex pacificus*"ta yayınlanmıştır. Bu çalışma, Kanon Hukuku'nun Bologna ve Paris üniversitelerine gönderilen ilk resmi koleksiyonu olmuş, Papa diğer bütün koleksiyonları geçersiz ilan etmiş ve mahkemelerde sadece Penafort'un hazırladığı kodifikasyonun kullanılmasını istemiştir. Gratiani'nin Papa Gregory VII'un isteği ile yapmış olduğu çalışma olan "*Decretum Gratiani*" teorik olarak değerini korumuş, hukuk eğitiminde ve mahkemelerde başvuru kaynağı olarak kullanılmıştır. Papa Gregory IX Penafort, hazırlattığı koleksiyonun tamamlayıcısı olarak, ortaya çıkan yeni sorunların çözümü amacıyla 1298 yılında *Liber Sextus*, 1317'de *Clementinae* adıyla iki yeni çalışma yaptırmış, bunları bir fermanla yayınlamak üzere yürürlüğe sokmuştur⁴⁷.

1512 yılında John Chapuis yaptığı çalışma ile "*Corpus Iuris Canonici*" adıyla yayınladığı eserde kendi dönemine kadar yapılan bütün kodifikasyon çalışmalarını Justinyen'in *Codex*'inin yöntemini kullanarak bir araya getirmiştir. John Chapuis'un bu çalışması kilise hukukunun ilk kodu olarak bilinmektedir. 1917 yılına kadar *Corpus Iuris Canonici* Kilise'nin resmi yasa kitabı olarak yürürlükte kalmıştır.⁴⁸

C. TÜRK TARİHİNDE HUKUK VE HUKUK EĞİTİMİ

1. Genel Olarak

İslâmiyet'ten önceki Türk toplumlarının her birinin kendine has hukuk sistemi ve teşkilatı olduğu, kurulan ve sonra yıkılan devletlerin tecrübelerini tevarüs ettikleri⁴⁹, hüküm sürdükleri topraklarda yaşayan veya komşu kavimlerden sosyal

⁴⁶ Bahçekapılı, s. 54.

⁴⁷ Bahçekapılı, s. 55.

⁴⁸ Bahçekapılı, s. 55.

⁴⁹ Tevarüs etmek: "*Miras olarak birinden diğerine kalmak, aktarmak*". <https://sozluk.gov.tr/>

hayatta etkilendikleri, buna bağı olarak hukuk düzenlerinde günün şartlarına göre yenilenmeler yaptıkları elde olan sınırlı kaynaklar sayesinde bilinmektedir. Eski Türklerde hukuk eğitime ilişkin bilgimiz yok denecek kadar az olsa da, en azından bu devletlerdeki genel hukuk sisteminin bilinmesinin faydalı olacağı kanaatindeyiz.

Türklerin, özellikle kamu hukuku alanında, ilişki halinde buldukları toplulukların teşkilâtlarından etkilenmiş oldukları ve bu etkilenme sonucu kurumlarını yapılandırdıkları tespit edilmiştir. Fuad Köprülü'nün de ifade ettiği gibi; *“Devlet kurmak, âme müesseseleri yaratmak demek olduğuna göre, büyük Türk İmparatorluklarının kuvvetli teşkilât, yani sağlam hukukî müesseseler vücuda getirmiş olması pek tabiidir”*⁵⁰.

Türklerin İslam'ı kabulünden önce kurulan devletlerin hukuk yapıları ile ilgili bilgi kaynaklarımız son derece sınırlıdır. MÖ. 220'den önce yaşamış olan Türk devletlerinin günümüze kadar gelmiş yeterli yazılı kaynakları bulunmamakta, günümüze kadar ulaşabilmiş Çin kaynaklarında bazı bilgilere rastlanmaktadır⁵¹. Bununla birlikte, özellikle bu devletlerin yönetim biçimleri, devlet idaresinde görev alan kimselerin nitelikleri ve üstlenmiş oldukları yükümlülükler, suç işleyen kimseleri cezalandırma yöntemleri gibi günümüz hukukunda, kamu hukukunun ilgi alanları içinde yer alan pek çok ana başlık konusunda, kaba hatları ile değerlendirme yapabilecek verilere sahibiz. Yine aynı şekilde insanların evlenme tarzları, aile yapıları, kadının toplumsal statüsü, akrabalık türleri, çeşitli ticari nitelikli akitler vb. özel hukuk alanları içine giren konularda da oldukça kapsamlı bilgilere ulaşabilmekteyiz. Bütün bu veriler bize, göçebe kültürü içerisinde de kendine özgü bir hukuk ve teşkilatlanmanın var olduğunu göstermektedir. Türklerin İslâmiyet öncesindeki hukuklarının bilinmesi, İslâmiyet'in Türkler tarafından bir din ve aynı zamanda bir hukuk sistemi olarak kabul edildiği dönemlerle mukayese edilerek, ortaya çıkan sonuçların özellikle Osmanlı hukukuna yansımalarının açığa çıkartılması açısından da büyük önem taşımaktadır.

Bu döneme ilişkin elimizde bulunan en önemli kaynak hiç şüphesiz Göktürklerden kalma Orhun Abideleridir. Bu yazıtlar kamu hukuku açısından bize çeşitli bilgiler vermektedir. Buna göre; *“Kağanın her işini halk için yapıyor olmalıdır. Kağan, halkın iktisadi refahını sağlamak, savaşlar sonucunda halk için zaferler kazanmak”* vb. görevlere sahiptir. Sadece bu bilgi bile bize Göktürk devletinde çağına göre ileri seviyede gelişmiş bir devlet ve toplum ilişkisini ortaya koymaktadır⁵².

⁵⁰ **M. Fuad Köprülü**, “Ortazaman Türk Hukukî Müesseseleri. İslâm Amme Hukukundan Ayrı Bir Türk Amme Hukuku Yok Mudur?”, II. Türk Tarih Kongresi, İstanbul, 1943, s.386-393.

⁵¹ **Coşkun Üçok/Ahmet Mumcu/Gülnehal Bozkurt**, Türk Hukuk Tarihi, İstanbul, 1999, s. 11.

⁵² **İlhan Akbulut**, Türk Hukuk Tarihi, İstanbul 2018, s.49; **M.Akif Aydın**, Türk Hukuk Tarihi, İstanbul, 2019, s. 4-6.

Farklı zamanlarda, farklı bölgelerde, küçük büyük topluluklar ve devletler halinde yaşamış eski Türk topluluklarının kendilerine özgü hukuklarının var olduğu şüphesiz olmakla birlikte, bu hukuk sisteminin yapısı ve kanunları günümüzde olduğu gibi tespit edilebilmiş değildir. Söz konusu hukuk kurallarının din ve ahlâk kuralları ile bütünleşik, örf ve âdet olarak teamüller halinde yaşadığı ve kültür olarak devam ettiği anlaşılmaktadır. Sonraki dönemlerde kısmen yerleşik hayata geçen Türklerin yazılı hukuk kurallarının da olduğu görülmektedir. Bilinebilen en eski yazılı hukuk belgeleri Uygurlara ait olup yazılı kanun metinleri niteliğinde olmayıp, fertlerin kendi aralarında yaptıkları akitler ya da bireylerin devletle olan yazışma ve sözleşmeleri şeklindedir⁵³.

2. Hun Devleti

Hunlar Orta Asya'da yaşamış en eski Türk devletidir. Çin arşivlerindeki adı ise "*Hi'ung-nu*" olarak bilinmektedir. Çin kaynaklarının verilerine göre Hunlarda ileri seviyede askeri bir disiplinin ve hiyerarşinin başka bir deyişle nitelikli bir askeri bürokrasinin olduğu anlaşılmaktadır. Hunlarda cari olan kamu hukukuna göre yönetme ve devleti temsil yetkisi tek bir şahısta "Kağan"da toplanmıştır. İyi kanunlar yaparak ve yapılan bu kanunları adaletle uygulayarak halkını koruması Kağan'ın ilk sıradaki görevleri arasında sayılmıştır. Eski Türkler, bir devletin yapılan kanunlara sadık kalarak ayakta kalabileceğine inanmışlardır⁵⁴.

Eski Türklerde, yapılan kurultaylarda veya toplantılarda alınan kararların bir bütün olarak hâkim olunan bölgelerde bir düzen içinde uygulanmasını sağlamak, eksikleri görmek ve bir nizam sağlamak için ayrıca kurullar oluşturulmuş, süreçler bu şekilde takip edilmiştir. Çin kaynaklarına göre Hunlardan itibaren Türk devletlerinde, idareyi ve dış ilişkileri yönetmek için görevliler, bugünkü deyimle bakanların olduğu ifade edilmektedir⁵⁵.

Hunlarda kan gütmek âdeti olmayıp herhangi birisini öldüren bir kimse idam cezası; küçük suçlar araba tekerliği altında ezilme cezası, büyük suçlar ölüm cezası ile cezalandırılırdı. Araba tekerleği altında ezilme cezasından kastın "sopayla dövülmek" olduğunu tarif etmişlerdir. Hırsızlık suçunda ise bu suçu işleyen ile ailesi suçun faili olarak aynı derecede cezalandırılmıştır. Hunlar göçebe bir devlet yapısına sahip oldukları için kalıcı hapisaneler kurulmamış, bu nedenle de hapis cezası en fazla on gün olarak infaz edilebilmiştir⁵⁶. Hunlar tarafından kabul edilmiş uluslararası hukuk ilkeleri de bulunmaktadır. Hunlar savaştan önce karşı tarafla uzlaşmayı öncelmişlerdir. Hunların inancına göre, toplumlar arasındaki ilişkilerin barışa dayalı olması gerekir. Bunun için de elçilerin

⁵³ Akbulut, s. 49; Aydın, s. 6; Üçok/Mumcu/Bozkurt, s. 12.

⁵⁴ Abdülkadir Donuk, "Eski Türklerde Hükümdarın Vazifeleri ve Vasıfları", Türk Dünyası Araştırmaları, S. 17, Nisan 1982, s. 108 vd.

⁵⁵ Esra Yakut, "Eski Türklerde Hukuk". Anadolu Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Dergisi, S. 1, C. 3, 2002, s. 407.

⁵⁶ Üçok/Mumcu/Bozkurt, s.20.

diplomatik dokunulmazlığı ilkesini kabul etmiş ve buna uymakta tereddüt etmemişlerdir⁵⁷.

Hunlarda, özel hukukun da gelişmiş olduğu görülmektedir. Bunlardan aile hukuku en fazla göze çarpan hukuk dallarından birisidir. Hunlar gelişmiş bir ataerkil aile yapısı olduğu “levirat” kaidesinden anlaşılmaktadır. Buna göre, babaların ölümüyle oğulların üvey anneleri ile, büyük kardeşlerinin ölümüyle küçük kardeşlerin yengeleri ile, amcaların ölümüyle yeğenlerin yengeleri ile evlenmelerinin hukukî bir görev olduğu anlaşılmaktadır. Bu örfî hukukun sosyolojik, iktisadi ve inanç boyutunda sebepleri bulunmaktadır. Göçebe bir toplumun en güçlü tarafının sıkı aile ve akraba bağları olmasından dolayı ailelerin bölünmemesi, eşleri ölen kadınlar ile çocukların sefaletе düşmelerinin engellenmesi ve dış saldırılara karşı ailenin gücünün muhafaza edilmesi levirat kaidesinin başta gelen gerekçeleridir. Bu geleneğin yakın tarihe kadar -üvey anne hariç, çünkü İslam dini bunu yasaklamıştır- Anadolu’da devam ettiğini görmek mümkündür. Hunlarda erkeğin birden fazla kadınla evlenmesinin mümkün olduğu görülmektedir. İlk eşe verilen isim “Hatun”dur ilk eşten veya sonraki eşlerden doğan çocuklar sadece “Hatun”a “ana/anne” diyebilmektedirler. Hunlarda ilk eşten sonra ikinci bir kadının eve gelmesi “Kuma” olarak tarif edilmektedir. Bu geleneğin Türklere İslam’ı kabul etmelerinden sonra Araplardan değil, Hunlardan geldiği görülmektedir. Kuma, ilk eşten oldukça farklıdır. Kumanın aileye gelişi eş gibi değil, “hatunun” yani ilk eşin kız kardeşi tarzında olmuş, kendi doğurdukları çocukları bile annesine yani “Kuma”ya teyze diye hitap etmişlerdir. “Anne” unvanı sadece ilk eşin unvanı olarak kullanılmıştır. Hunlarda miras hukuku açısından dikkatimizi çeken en önemli nokta savaş sırasında, savaş meydanından ölen arkadaşının cesedini kurtaran kimseye, ölünün mallarının bırakılmasıdır⁵⁸.

3. Göktürk Devleti

Orta Asya'daki Büyük Hun devletinin dağılmasından sonra kurulan M.S. VI-VII yüzyıllar arası hüküm süren Türk devletine “Göktürk” adı verilmiştir. Türk adı ilk olarak Orhun yazıtlarında yer bulmuştur. “Türk” kelimesinin önceleri bir şahıs, sonra bir aile ve nihayet bir soy ismi olduğu anlaşılmaktadır. Türklerin sıradan bir kavim ya da bir topluluk değil, kağana itaat eden bir grup veya boylar olduğu görülmektedir. Türk sözünün kudret ve kuvvet ifade ettiği gibi, kanun ve nizamı olan bir millet anlamına geldiği de ileri sürülmektedir. Göktürklerde devletin başındaki kişi “Kağan” unvanıyla anılmıştır. Kağanların görevi, bozkır boylarını örgütleyip bir arada tutmaktır. Kağanların bu görevlerinin dışında yüksek rütbeli memurları atamak, halkı refaha götürmek, ülkesini büyütme, ordularını sevk ve idare etmek dışarıda ve içeride kamu güvenliğini sağlamak şeklinde görevleri bulunmaktadır⁵⁹.

⁵⁷ Yakut, s. 408.

⁵⁸ Üçok/Mumcu/Bozkurt, s. 20-28; Akbulut, s. 49-53; Aydın, s. 6.

⁵⁹ Yakut, s. 407; Üçok/Mumcu/Bozkurt, s. 18-20.

Türklerde hâkimiyet anlayışında “bir omuzda iki baş olmaz” inancı hakim olduğundan Türk Kamu hukuku hükümlerinin paylaşılmasını istemez, aksine coğrafyanın şartları ve sosyolojik sebeplerle katı bir merkezîyetçi anlayışı tercih eder. Ebu’l Gazi Bahadır Han, Türklerin Şeceresi adlı eserinde, Türklerin töre (yasa) koyma, adalet anlayışı, hakan seçme ve sözleşme yapma (biat) gibi konularda kısa bilgi verir. Buna göre; “*Han bir olsa İl⁶⁰ düzene girer iki olursa İl bozulur. Evvelki geçmiş bilgililer demişler ki, bir kına iki kılıç sığmaz ve bir kadını iki erkek alıp oturamaz ve bir yurda iki töre sığmaz.*”⁶¹. Orhun Abidelerine göre Göktürklerde, devleti oluşturan üç önemli unsur vardır: Birincisi, bilgili, cesur ve doğru bir liderdir. İkincisi, bilgili ve cesur buyruk; hem üst kademe yöneticilerinin bilgili olması, hem bilgece emirler ve adalet bulunmasıdır. Üçüncüsü, töre, genel ahlak kuralları ve toplumsal düzen, sosyal ve siyasi hukuktur. Devletin bekası için de iki şart gerekmektedir; halkın refahı ve devletin zenginliği ile Beylerle milletin uyumu, aynı ahlaki değerlerle donanmak, aynı hedefe yönelmesi⁶².

Bu dönem Türk topluluklarında bodun/halk hukuk ile donatılmış sosyal ilişki düzeni bulunduğu anlaşılmaktadır. Eski Türklerin “Köni” adını verdiği adliye teşkilâtı Göktürklerde önemli gelişme göstermiştir. Bu teşkilât, hükümdarın başkanlığındaki yüksek devlet mahkemesi (“Yargı”) ile kağan adına örfi hukuku uygulamakla görevli “Yargan”lar⁶³ ve bunların yanlarındaki kişilerden oluşmuştur. Eski Türklerde “Töre” adı verilen örfi hukukun üç kaynağı vardır. Bunlardan birincisi, halktır. Halkın örf ve adetlerinden çıkan hukuka ‘Yusun’ adı verilmiştir. İkincisi, kurultay yani beylerin kararlarıdır. Üçüncüsü ise kağandır. Yani kağanın yasama çalışmaları sonucunda meydana gelen kurallardır⁶⁴.

Göktürklerde ceza hukuku, özel intikam alanından uzaklaştırılmış, cezalar devlet adına ve kamu yararları göz önünde tutularak verilmiş ve uygulanmıştır. Ancak bazen cezanın, suçluya değil, suçlunun yakınlarına uygulandığı görülmüştür. Bu şekildeki uygulamalarda oğullar, kızlar ve karılar, aile başkanının doğrudan doğruya velâyeti altında olduklarından onlara ceza uygulanması, aile başkanına uygulanmış gibi değerlendirilmiştir. Suçlar iki kısma ayrılmıştır. Bunlardan birincisi, büyük suçlardır ve cezası idamdır. Çin kaynaklarına göre, Göktürklerde isyan, adam öldürme, evli kadına tecavüz etme, bağlı atı çalma, ikinci defa hırsızlık yapma büyük suçlardan sayılır ve idam ile cezalandırılır. Cezayı vermek ve infaz etmek hakkı devlete aittir. İkinci tip suçlar, hafif suçlar olarak kabul edilmekte olup cezası genellikle mali tazminat olarak görülmektedir. Örneğin adam dövme veya yaralama suçları, cezanın ağırlığına göre canlı hayvan vererek tazmin edilmektedir. Hırsızlıkta verilecek ceza ise, çalınan eşyanın değerinin veya

⁶⁰ İl: Orta Asya Türk kültüründe il "devlet" anlamına gelmektedir. Türk İli kavramına sıklıkla rastlanır, İl Türk Devleti anlamına gelir.

⁶¹ **Ömer Dinçer**, *Siyasetnameleri Yeniden Okumak*, İstanbul, 2019, s. 192.

⁶² **Dinçer**, s. 194-195.

⁶³ Yargan: “1. Yararlı, faydalı, güvenilir, yakın 2. Koruyucu, muhafazakâr 3. Mahkeme, Yüksek mahkeme.” <https://www.turkceindirilisi.com/sozluk/yargan-s174699.html>. (Erişim: 29.03.2020)

⁶⁴ **Aydın**, s. 10-13; **Akbulut**, s. 47-54.

sayısının on katının ödenmesidir. Bazı hafif suçlarda kısa süreli hapis cezalarının yanında tazminat ödenmesidir. Genç bir kızı taciz eden kimse mağdurla derhal evlenmesi zorunluluğu vardır. Bir kimsenin gözünü kör eden fail, kızını, eşini veya sahibi olduğu malları mağdura vermek zorundaydı⁶⁵.

Göktürklerde aile "oğuş" adı ile bilinmektedir ve toplumun merkezinde yer alır. Aile yapısına ilişkin ilk kaynak Orhun abideleridir. Buna göre kağanlar "hatun" adı verilen eşleriyle birlikte tahta çıkmakta, kağan öldüğü zaman çocukların velâyet hakkı da annelerine geçmektedir. Örneğin Kutluk Kağan'ın ölümünden sonra eşi Bilge Hatun oğullarının velisi olmuştur. Devlet yönetimi içerisinde hatunlar devlet meclislerine katılarak, söz sahibi olmuşlardır. M.S 725 yılında Çin'den gelen elçiyi karşılayan heyet arasında Bilge Kağan'ın karısı Po-fu Hatun'un protokolde yer alması örnek olarak gösterilebilir⁶⁶. Göktürkler'de de coğrafyanın şartları ve geleneğin şartları gereğince Kardeşlerin veya amcaların vefatında eşlerini alma zorunluluğunu ifade eden "levirat kaidesi" bulunmaktadır.

Orhun yazıtlarında 14 yerde "kul" deyimini geçmektedir. Kul kelimesinin anlamı, çeşitli nedenlerle siyasî haklarını kaybeden ve bazı medeni haklar yönünden yasaklara uğrayan "düşkün olarak ilan edilen" kimseler olarak tarif edilmektedir. Göktürklerde kağanın, topraklar üzerinde bütünüyle tasarruf hakkı vardı. Kağanlar, toprağı diledikleri boylara bölüştürüp bu topraklarda yaşamalarını sağlıyordu. Miras hukukunda en küçük oğul bu toprağın varisi olur diğerleri ise taşınabilir malları aralarında taksim ederlerdi⁶⁷. Mirasla ilgili bu uygulamanın da yakın tarihlere kadar Anadolu'da cari olduğu bilinmektedir.

4. Uygur Devleti

Göktürk Devletinin M.S. 745 yılında sona ermesiyle birlikte Uygur Devletinin tarih sahnesine çıktığını görmekteyiz. Göktürklerin Hunlardan aldıkları devlet yönetim pratiğini, Uygurlar da Göktürklerden tevarüs etmişlerdir. Uygurlar, yönetim ve organizasyon bilgisinin yanında örf ve âdet ile hukuk sistemi konusunda Göktürkleri örnek almışlardır. Doğu Türkistan'da ele geçirilmiş olan "Kutadgu Bilig" adlı eser genel anlamda Türk tarihi, özel anlamda Türk hukuk tarihi açısından önemli bir yere sahiptir. "Siyasetnâme" veya "saadet verici bilgi" anlamlarına gelen bu eser Balasagun'lu Yusuf adındaki şair tarafından, Kaşgar'da ilk Müslüman Türk devletini kuran Süleyman Arslan Hakan'ın oğlu Tavgaç Uluğ Buğra Han'a sunulmak üzere, 1069 yılında kaleme alınmıştır⁶⁸. Eser, bir devletin nasıl inkişaf edeceği, nasıl ayakta kalacağı ve hangi şartlarda zayıflayıp ortadan kalkacağı konularını işlemektedir. Devleti yöneten Han'ın halka ve halkın da Han'a karşı hakları ve sorumlulukları ile halkın itaatli olması için hanın tabasına

⁶⁵ Üçok/Mumcu/Bozkurt, s. 20-25; Akbulut, s. 49-53; Aydın, s. 4-6; Yakut, s. 410-418.

⁶⁶ Akbulut, s. 52.

⁶⁷ Osman Turan, "Türk Dünya Nizâmının Millî İslâmî ve İnsânî Esasları", Türk Cihân Hâkimiyeti Mefkûresi Tarihi, İstanbul, 2003, s. 97-143; Üçok/Mumcu/Bozkurt, s. 25-28, Akbulut, s. 53; Aydın, s. 6.

⁶⁸ Reşit Rahmeti Arat, "Kutadgu Bilig", TDV İslâm Ansiklopedisi, 26. Cilt, 2002, s. 478-480.

karşı nasıl davranması gerektiği, askeri düzen ve savaş taktikleri anlatılmıştır. Elde edilen tarihi Uygur belgelerinde çoğunlukla borç alıp verme, alım-satım, kiralama, rehin, vakıf işlemlerine ilişkin belgeler bulunmaktadır. Ayrıca vasiyetname şeklinde düzenlenmiş olan belgeler de bulunmaktadır⁶⁹.

Uygur Devletinde bütün idare işleri başkent olarak kabul edilen Karabalasagun'da görüşülmüştür. Kağanlar divanları burada toplamış ve imparatorluğun siyasi kararları burada alınmıştır. Kutadgu Bilig'den anlaşılacağı üzere, Uygur devlet örgütünün içinde çeşitli unvanlarla anılan üst düzey memurlar bulunmaktadır. Bunlar; Uluğ Hacib (Büyük Vezir), Sübaşçı (Başkomutan), Kapık Başlar Er (Saray Bakanı), Bitikçi (Kağanın Baş Yazmanı, Dışişleri ve Adalet Bakanı), Ağıcı (Hazinedar) ve Yalvaçlardır (Elçiler). Ayrıca Tapukçu adı verilen ikinci sınıf memurların da bulunduğu görülmektedir. Kutadgu Bilig'de göreve getirilen kişilerin hangi vasıflara sahip olmaları gerektiği konusunda geniş bilgiler yer almaktadır. Kutadgu Bilig'de beyliğin temelini doğruluk ve adalet olduğu, hâkimiyetin esasının da adalet olduğu üzerinde durulmaktadır. Kutadgu Bilig'in verdiği bilgileri teyit eden, dilekçe ve mahkeme ilâmları gibi yazılı belgelere ulaşılması Uygurlarda yargı teşkilatının sahip olduğu düzen açısından önemli bir fikir vermekte ve hukuk tarihimiz açısından büyük önem arz etmektedir⁷⁰.

Elde edilen belgelerden Uygurların hem gerçek hem de tüzel kişileri kabul ettikleri anlaşılmaktadır. Uygurların vakıf tüzel kişiliği konusunda bilgi sahibi oldukları, konu ile ilgili belgelerden anlaşılmaktadır. Uygurlarda kan hısımlığı evlenmeye engeldir. Evlenmenin şartları arasında buluşa ermek ve tarafların anne, babasının onayının da alınması yer almaktadır. Uygurlar, evlâtlık kurumunu kabul ederek evlât edinmeyi bir akit olarak kabul etmişlerdir. Evlat edinen, babalık görevlerini yerine getirmediği durumlarda akde aykırılıktan dolayı evlatlık ilişkisi sona erebilmektedir. Evlât edinenin vefatı halinde evlatlık, babalığına mirasçı olabilmektedir. Uygurlarda miras hukuku da son derece gelişmiş olup iki çeşit varislik vardır; kanunî ve vasiyetname sonucunda varislik söz konusudur. Ölen erkeğin eşine mirastan düşen miktar 1/4 olup, kalan kısım ise çocuklar arasında eşit paylaştırılmaktadır. Baba evinin ise tek mirasçısı küçük oğuldur. Bu geleneğin yakın zamanda Anadolu'da da cari olduğu görülmektedir.

Uygur hukuk düzeninde belirli usuller takip edilerek akitlerde önce icabı yapanın adı yazılmış, buna çoğu kez yapılan işlemin sebebi de eklenmiş, bu işlemlerden sonra da icabı kabul edenin adı yazılarak iki tarafın hak ve edimlerinin kendilerine düşen borçlarının ifa edildiğini bildiren sözler, varsa şartları ve tanıkların adlarının yazıldığı tekâmül etmiş, sözleşmeler bu usullere göre tanzim edilmiştir. Uygurlar, başta karz (ödünç), satım, kira ve hizmet sözleşmesi olmak gibi birçok akit türleri kullanmışlar, borç alıp verme belgelerinde, temerrüde düşen ya da borç alan kişinin gâip olması veya ölmesi durumunda borç veren kişinin zor durumda kalmaması için, borcun nasıl ve kimler tarafından ödenmesi gerektiğini

⁶⁹ Üçok/Mumcu/Bozkurt, s. 29; Yakut, s. 428.

⁷⁰ Yakut, s. 420-421.

düzenlemişlerdir. Uygurların hukukî belgeleri arasında dikkat çeken bir diğer tür de kira akitleridir. Gerek tarla, gerek hayvan kiralama akitlerinde mülkiyetin kesin bir biçimde malikte kaldığı ve kiracıya sadece zilyetliğin devredildiği anlaşılmaktadır. Uygur hukukunda, "birzün" denilen taşınmaz satış akdi görülmüş, satış yaparken şahıslar sadece kendi mülkiyetlerinde olan taşınmazların satışını yapabilmıştır. Buradan anlaşılacağı üzere Uygurlar mülkiyet hakkını en geniş şekilde tanımışlardır. Ayrıca rehin kurma, gayrimenkullerin rehine konu olabilmesi gibi düzenlemeler de bulunmaktadır⁷¹.

5. Selçuklu Devleti

a. Hukuk Sistemi

Uygur devletinin sona ermesinden sonra birçok Türk devleti kurulmuştur. Bunların en önemlilerinden birisi de müslüman olmuş Türklerin kurmuş olduğu Selçuklu Devletidir. Selçuklu Devleti de diğer Türk devletlerinde olduğu gibi kendisinden önceki Türk devletlerinin sosyal, kültürel, askeri ve yönetim tecrübesini doğal olarak tevarüs etmiştir.

Tuğrul Bey döneminden itibaren Büyük Selçuklu imparatorluğunun devlet teşkilâtı düzenli bir hale getirilmiştir. Bunun sağlanabilmesinde geçmiş dönemlerdeki Türk Devletlerinden tevarüs edilen tecrübelerin yanında, Türk beylerinde kuvvetli bir biçimde görülen hâkimiyet telakkisi ve devlet teşkilâtı geleneklerinin önemli bir rolü vardır. Yönetim erkinin tartışmasız sahibi hükümdardır. Siyasetname adlı eserinde Nizâmülmülk⁷², Tanrı'nın her yüzyılda insanlar arasından padişahlık vasıflarıyla benzer bir kişiyi seçtiğini, halkının barış içerisinde yaşatması sorumluluğunun bu hükümdara ait olduğunu ifade eder. Bu düşünceden hareketle hükümdarın iktidar gücünü doğrudan doğruya Tanrıdan

⁷¹ Üçok/Mumcu/Bozkurt, s. 32-39; Yakut, s. 423-426.

⁷² "Asıl adı, Ebu Ali Kıvâmiüddin Gıyâsüddeve Şemsülmille Hasan bin Ali bin İshak et-Tûsî olan vezir Nizâmülmülk 10 Şubat 1018'de Horasan'ın Tûs şehrine bağlı Râdkân köyünde doğdu. Babası, eğitimiyle yakından ilgilenmiş ve 11-12 yaşlarından itibaren Kur'an-ı Kerim'i ezberlediği gibi, Şâfiî hukuku ve hadis alanlarında eğitim almıştır. Horasan'ın Selçukluların eline geçmesiyle babasıyla birlikte Selçukluların hizmetine girdiler. İlk önce Melik Alp Arslan'ın vezirinin idare hizmetlerinde bulundu, daha sonra Çağrı Bey'in yanına Merv'e gitti, burada ilgi ve yakınlık gördü. 1060-63 yılları arasında Horasan'ı idare etti. Alp Arslan'ı rakiplerine karşı taht mücadelesinde desteklemesi, Alp Arslan'ın dikkatini çekmesini sağladı ve 7 Aralık 1063'te vezir tayin edildi. Alp Arslan'ın Malazgirt Savaşı hariç tüm seferlerine katılmış ve savaşların kazanılmasında önemli rol oynamıştır. Ayrıca Melikşah'ın da Selçuklu tahtına geçmesinde büyük pay sahibidir. Uzun süren vezirliği sırasında devlet yönetimine tam anlamıyla hakim olması bazı devlet adamlarını rahatsız etti ve onun görevden alınması için Sultan Melikşah'a telkinde bulundular. Bu şikâyetler sonuçsuz kalmıştır. Nizâmülmülk bir Hasan Sabbahın fedaisi tarafından Nihâvend yakınlarında 14 Ekim 1092'de öldürüldü. Nizâmülmülk'ün İslâm kültür ve medeniyeti ve özellikle devlet teşkilâtı hakkında bilgi veren çok önemli bir eseri bulunmaktadır. Siyaset-nâme (Siyerü'l-mulûk) adlı eseri Farsça kaleme almıştır ve pek çok dile çevrildiği gibi M. Şerif Çavdaroğlu, M. Altay Köymen ve Nurettin Bayburtluğil tarafından üç ayrı Türkçe tercümesi vardır." Suat Kaymak, "Selçukluların Eğitim Kurumları: Nizamiye Medreseleri", Tarih ve Medeniyet Dergisi, S. 24, Mart 2013.

aldığı ve onun adına ülkeyi idare ettiği düşüncesine sahip bulunduğu görülmektedir. Türk töresine göre hükümdarlar Tanrı bağı, yani “kut” yoluyla yeryüzündeki tebaalarını idare etmektedirler. Bu geleneğe göre Selçuklu hükümdarlarının yaptıkları görevler kendilerine Tanrı tarafından tevdi edilmiştir. Sultan Alparslan’a göre Tanrı, kendisine verdiği görev gereği insanlar arasındaki düzeni sağlamak ve dünya işlerinin de gereğini yapmaktadır. Hükümdarın ağzından çıkan sözlerin, emirlerin, fermanların kanun hükmünde kuvveti vardı. Hükümdar danışma meclisleri (toy) kurar ve burada günlük konular müzakere edilir, kararlar alınır, fakat alınan kararlar istisari mahiyette olduğundan Hükümdarı bağlamamaktaydı⁷³.

Selçuklu Devletinde adliye teşkilâtı, örfî ve şer‘î olmak üzere ikiye ayrılmıştır. Kadılar Şer‘î yargı sistemindeki dava türü olan başta evlenme, boşanma, nafaka, miras, alacak davalarına bakar, yetimlerin, akıl hastalarının, erkek akrabası olmayan kadınların vasiliklerini yürütür, katib-i adil (noter) vazifesi görür, camileri ve bunlara ait tesisleri, vakıfları yönetir, vakfiyeleri tanzim ederdi. Kadılar ilim sahibi ahlaklı kişiler arasından seçilirdi. Rüşvet gibi kötü yollara tevessül etmemeleri için yaptıkları görev, buldukları makam ve ihtiyaçları dikkate alınarak uygun maaş verilirdi. Sultan bizzat baş kadıyı (kādilkudât) tayin ederdi. Anadolu Selçuklularında Konya kadısı başkadı (kādilkudât) olarak görev yapardı. Zulme ve haksızlığa uğrayan kişilerin, malları gasbedilen tüccarların, yüksek rütbeli memur ve kumandanlardan şikâyeti olan halkın davalarına (örfî davalara) Dîvân-ı Mezâlîm denilen mahkeme, bakardı. Dîvân-ı Mezâlîm’in en önemli özelliği hüküm verme yetkisinin münhasıran hükümdara ait olmasıdır. Büyük Selçuklular’dan itibaren sultanlar haftada iki gün bu mahkemeye başkanlık ederek bizzat yargılamanın içerisinde bulunmuşlardır. Devletin topraklarının genişlemesi ile Sultanlar doğal olarak yetki devri yaparak, Dîvân-ı Mezâlîm başkanlığına vezir, hanedan mensupları ve kadıları vekil olarak tayin etmiş, devletin en üst yöneticileri yargılamanın içerisinde olmasını devletin geleceği açısından önemli görmüşlerdir⁷⁴.

b. Türk-İslam Eğitim Geleneğinin Merkezi Olarak Medreseler

Türklerin İslam’ı kabul etmesiyle birlikte İslam inancının getirdiği kurallar ve hayat pratiği de Türk medeniyetinin bir parçası olmuştur. Selçuk Devletinin tevarüs ettiği tarihi tecrübe ve İslam’ın getirdiği kurallar ve kültürün karışımından yeni bir medeniyet anlayışı doğmuştur. Bundan olsa gerekir ki Selçukluların tarih sahnesine çıkmasından sonra gerek askeri alanda, gerek eğitim, gerekse kültür alanlarında İslam Dünyasının merkezinde hep Türkler var olagelmiştir. Selçuklu ile somutlaşan bu yeni nesil medeniyet inşasının en önemli yapı taşının hiç şüphesiz medreseler olduğu görülmektedir. Bu dönemde Türk ve İslam dünyasının o zaman kadar görmediği kadar eğitim, kültür ve sanat faaliyetleri ve

⁷³ **Erdoğan Merçil**, “Selçuklularda Devlet Teşkilatı”, TDV İslam Ansiklopedisi, C. 36, 2009, s.389-391

⁷⁴ **Merçil**, s. 390.

bu faaliyetlerin yapıldığı mekânlar olan medrese ve kütüphanelerin inşa edildiği görülmektedir. Hukuk eğitimini yeniden düşünmek için mutlaka ayrıntılı şekilde ele alınması gereken ve aşağıda ortaya koyacağımız ülkemizde hukuk eğitimi reformu önerilerimizin bir kısmına dayanak teşkil eden medreseleri etrafıca ele almak ve bu müesseselerdeki eğitim mantığını aktarmak istiyoruz.

Medrese; “ders” kökünden gelen “okumak, anlamak, öğrenmek ve ezberlemek için tekrarlamak, İslam dini kurallarına uygun bilimlerin okutulduğu yer, fakülte” anlamına gelmektedir⁷⁵. Sâmi dillerinde ortak kullanılan “ders” kelimesinin türetilmesinden Tevrat’ın okutulduğu binalara *beytülmidrâs* adı verilmiştir. İslam’ın ilk dönemlerinde de Medine’de bu tür eğitim kurumunun olduğu bilinmektedir. İslam’ın ilk döneminde Medine’de Kur’an öğrenimin yapıldığı ev *dârülkurrâ* olarak bilinmekte ve bu evin, medreselerin doğuşunun temellerini attığı ileri sürülmektedir. Bununla birlikte Medine’de inşa edilen Mescid-i Nebevî ve mescidin bir kısmında bulunan “*Suffe*” de içinde eğitim ve öğretim yapıldığından erken dönem medresenin ilk modeli olarak kabul edilmektedir.

İslam’ın ilk dönemlerinde medrese olarak inşa edilen eğitim kurumlarının kim tarafından ve ne zaman inşa edildiği tam olarak bilinmemektedir. Ancak Medrese ve zaviyelerin⁷⁶ Türkleri etkileyerek İslam’ı kabul etmelerinde önemli rol oynadığı bilinen bir gerçektir. İlk medreselerin, Budist olan bazı Türk boylarının mektepleri olan “viharalar” dan etkilenerek Belh ve Buhara’da Müslüman olmuş Türkler tarafından inşa edildiği düşünülmektedir. Buhara adının da buradan geldiği iddia edilmiştir. İbn Kesîr ise 383 (993) yılı olayları arasında Bahâüddeve zamanında, Bağdat’ın batısındaki Kerh’te kurduğu *Dârülilmin Fukaha*’nın ilk medrese olduğunu, Nizâmiye medreselerinden çok önce bu medresenin kurulduğunu bildirir⁷⁷.

Türkler Anadolu’ya gelişinden itibaren birçok medrese yapmış özellikle Anadolu Selçukluları bir şehri fethettiklerinde ilk iş olarak orada cami, medrese, zâviye inşa etmiş; tüccar, din adamı ve göçebe Türk nüfusunun buralara yerleşmesine yardımcı olmuşlardır. Selçuklular ve sonrasında kurulan Beylikler devrinde Anadolu’da inşa edilen, önemli bir kısmı günümüze kadar gelen 139 civarında medrese bulunmaktadır.⁷⁸

Türk İslam tarihinde “fırsat eşitliği” sağlayan Nizamiye medreselerinin eğitim tarihimizde önemli bir yeri vardır. Nizamiye Medreselerinden önce bugünkü anlamdaki yükseköğrenim, yalnızca mali durumu çok üst düzey olan ailelerin

⁷⁵ TDK Sözlük tanımına göre medrese; “İslam ülkelerinde, genellikle İslam dini kurallarına uygun bilimlerin okutulduğu yer; Fakülte” demektir. <https://sozluk.gov.tr/>

⁷⁶ “Zaviye, bir şeyhin yönetiminde tasavvuf eğitiminin verildiği mekân, tekke.” **Mustafa Kara**, “Tekke”, TDV İslam Ansiklopedisi, 40. Cilt, 2011, s. 370-379.

⁷⁷ **Nebi Bozkurt**, “Medrese”, TDV İslam Ansiklopedisi, C. 28, 2003, s.323-327; **Mehmet Birekul**, “Anadolu Selçuklu Devletinde Eğitim Ve Konya Medreseleri”, Mecmua Uluslararası Sosyal Bilimler Dergisi, S. 5, 2018, s. 85-88, **Abdülkerim Özaydın**, “Nizamiye Medresesi”, TDV İslam Ansiklopedisi, C. 33, 2007, s.188-191.

⁷⁸ **Turan**, s. 85-88; **Kaymak**, s. 388; **Özaydın**, s.188-191.

ulaşabileceği, bir olanak olarak görülmüştür. Nizâmülmülk, devlet eliyle medreseleri yatılı ve burslu bir eğitim kuruluşu haline getirmiş, öğretimde imkân ve fırsat eşitliğini sağlayarak sıradan insanların bilgiye ulaşmasını sağlamıştır. Nizamiye medreseleri organizasyon ve müfredatıyla medreseler tarihini derinden etkilemiştir. Nizamiye medreselerinden öncekiler özel kuruluşlar olduğu halde, Nizamiye medreseleri devlet himayesindeki birer kamu müessesesi olarak ortaya çıkmıştır. Daha önce kurulan medreselerin siyasi veya sosyal bir amacının olmadığı, fakat Nizamiye medreselerinin eğitim ve öğretim amacının yanı sıra dini ve siyasi bir hedefinin de olduğu görülmektedir. Nizamiye Medreselerinden sonra Irak'ta, İran'da, Suriye'de ve Mısır'da kurulan birçok medrese, her birinin siyasi veya dini hedeflerine göre belirlenen bir çalışma programı takip etmişlerdir. Bağdat'taki Nizamiye Medresesini Endülüslü gezgin İbn Battuta 1327'de ziyaret etmiş ve medresenin güzelliğinin darbimesel (atasözü) haline geldiğini ifade etmiştir⁷⁹.

Bağdat'taki Nizâmiye Medresesi'nden önce Nîşâbur başta olmak üzere Doğu İslâm dünyasında otuzdan fazla medresenin kurulduğu belirtilmektedir. Medrese denilince daha çok, Alparslan'ın ve ardından oğlu Melikşah'ın veziri olan Nizâmülmülk tarafından devletin birliği ve güvenliği amacıyla Ehl-i sünnet akidesini güçlendirmek ve devletin ihtiyaç duyduğu görevlileri yetiştirmek için Nîşâbur, Merv, Herat, Belh, Basra, İsfahan, Âmül, Musul, Cizre, Rey ve bilhassa Bağdat'ta açılan Nizâmiye medreseleri akla gelmektedir. Nizâmiye medreselerinin başta gelen özelliği hoca ve talebelerin barınacağı odalarının bulunmasıdır. Bağdat'ta açılan Nizâmiye Medresesi, hoca ve öğrencilere mahsus odalar, dershaneler, mescit, kütüphane, yatakhane, yemekhane, hamam gibi bölümlerden oluşan bir külliye niteliğindedir.

Nizamiye medreselerinde dersler, hafta boyunca sabahtan yatsı vaktine kadar devam eder, ders saatleri, mevsimlere, dersin niteliğine ve hocaların ilmi derecesine göre değişirdi. Eğitim dili Arapça olan bu medreselerde görev alan eğitim kadrosu, medresenin büyüklüğüne ve okutulan derslere göre değişmekte, eğitim süresi ve müfredat ile ilgili genel bir düzenlemede bulunmamaktaydı. Yirmi yaşını aşkın olanlar öğrenci olarak kabul edilmekte olup eğitim süresi genellikle dört yıldır. Burada öğrenim gören öğrencilerin ileri seviyede olanlarına *müntehi* (mezun derecesine gelmiş), orta seviyede bulunanlarına *mutavassıt* (orta derecede) , yeni başlayanlarına *mübtedî* (yeni talebe) deniyordu. Medresede eğitimini tamamlayanlara *icâzet* (diploma) verilir, belli bir sürede istenen başarıyı gösteremeyen öğrencinin ilişiği kesilirdi.

Ders işleme yöntemi genel hatlarıyla ezber, tekrar, müzakere ve not tutma şeklindedir. Sonraki dönemlerde ilgili dalda yazılmış en ünlü eserler ders kitabı olarak okutulmuş, bu eserlerin öğrenci tarafından ezberlenmesi istenmiştir. Medresede okutulan başlıca dersler Kur'an ve Kur'an ilimleri, Hadis, Şafîî fıkhı ve Şafîî fıkıh usulü (İslam Hukuku Metodolojisi), Eşari Kelamı, Arap edebiyatı,

⁷⁹ Kaymak, s. 388; Bozkurt, s. 323-327; Birekul, s. 85-88.

Arapça grameri, Vaaz (hitabet), Riyaziye (matematik) ve Ferâiz (İslam miras hukuku) dersleridir. Medreselerde okutulan mantık, felsefe ve akli bilgileri içeren dersler batı dünyasını etkilemiş, konulara ilgi duyan Hristiyanlar buralardan aldıkları bilgileri Avrupa'ya taşımış bu sayede İbn Rüşd'ün düşünceleri Müslüman Doğu'dan çok Hristiyan Batı'yı etkilemiştir. Avrupa'da doğan *Averroisme* (İbn Rüşdcülük) cereyanı kilise tahakkümü ve skolastik düşünceyi tartışılır hale getirmiş, Rönesans ve reformların önünün açılmasına katkı sağlamıştır.

Nizâmiye Medresesi'ne müderris (öğretim üyesi) olarak tayin edilen hocalara siyah cübbe giydirilir, sarık ve şal hediye edilirdi. Görevinden ayrılan müderris görevden ayrıldığıının ilanı için cübbe ve sarığını medreseye iade etmek zorundaydı. Bugün ülkemizdeki bazı eğitim kurumlarında ki görev değişiminin benzer usulle olması Nizamiye Medreselerinin etkisinin devamı olarak düşünülebilir⁸⁰.

İran'da özellikle Selçuklular döneminde kurulan medreseler 13. yüzyılda Moğol saldırılarından büyük zarar görmüş, İlhanlı Devleti düzeni sağladıktan sonra yıkılan medreseler yeniden ihya edilmiştir. Timur devrinde de İran'da önemli medreseler kurulduğu görülmektedir. Yemen'de Eyyubiler ve Osmanlılar zamanında toplamda 193 adet medrese inşa edildiği tarihi kayıtlarda görülmektedir. Medreseler varlıklarını sultanların, nüfuzlu devlet adamlarının ve zenginlerin himayesinde kurulan vakıfların gelirleriyle sürdürmüştür. Nizâmiye medreselerinin yönetimi Nizâmülmülk ile ailesi tarafından yapılmış, medreselere kitaplar, arazi ve dükkânlar vakfedilerek yaşatılması sağlanmıştır.⁸¹

Büyük Selçuklu Devleti'nin dağılmasının ardından sonra oluşan devletler onların izini takip etmiştir. Nizâmülmülk'ün ideali ve düşüncesinin devamı olarak Nüreddin Mahmud Zengî ve Selâhaddîn-i Eyyûbî Yukarı Mezopotamya, Suriye ve Mısır'da gerçekleştirmiş, böylece medrese sistemi doğudan batıya doğru yayılmıştır. Nüreddin Mahmud Zengî eğitime büyük önem vererek medreseleri Suriye'nin bütün şehir ve köylerine kadar yaydığı görülmektedir.⁸²

6. Osmanlı Devleti

a. Genel Olarak

Osmanlı Devleti'nde ülke içerisinde yaşayan her topluluk kendi hukukunu uygulamakta serbest bırakılmıştır. Hukuki çoğulculuğun (pluralizm) hakim olduğu ülkede hukuk birliğinden söz etmek mümkün değildir. Osmanlı Devleti Müslüman tebaa için “şer’i hukuk” ve “örfi hukuk” olmak üzere olmak üzere iki farklı hukuk disiplini uygulamıştır. Şer’i hukuk; Kur’an, sünnet, icma ve kıyasa dayanan bir hukuk disiplini olarak ortaya çıkmıştır. Örfi hukuk ise şer’i hukukun

⁸⁰ Birekul, s. 85-88; Özaydın, s.188-191; Kaymak, s. 389; Bozkurt, s.323-327.

⁸¹ Özaydın, s. 390.

⁸² Birekul, s. 87-88; Özaydın, s. 191.

dışında olan, şer’i hukuka aykırı düşmeyen vergi ve günlük işler için padişahın koyduğu kurallardan, “kanunnamelerden” oluşmaktaydı.

Osmanlı Devleti sınırları içinde Tanzimat’a kadar yalnızca hukuk eğitimi veren bir medrese ya da okul bulunmadığı görülmektedir⁸³. Medreseden mezun olanlar kadılık, din görevliliği veya devlet kademesinde başka değişik makamlarda görev yapabilmekteydi. Medreselerde müderrisler tarafından verilen eğitim kapsamında bir uyuşmazlığın fıkıh ilmine göre nasıl çözümleneceği yönünde dersler verilmiştir. Ders kitabı olarak da tanınmış âlimler tarafından kaleme alınmış fıkıh kitapları kullanılmaktaydı⁸⁴. Eğitim belirli kademelere ayrılmıştı. İlk kademeyi bitirenler küçük kazalara kadı olarak atanır, ikinci kademeyi tamamlayanlar ise kazaskerlik ve şeyhülislâmlık makamına kadar yükselebilirlerdi⁸⁵. Kadılık mesleğine kabul için, medresede eğitim görmek, sınavlardan başarılı olmak ve müderrislerden icazet almak gerekirdi⁸⁶. Örfi hukuk medreselerin müfredatında bulunmadığından doğal olarak kadı adayları bu alanda eğitim almazlardı. Osmanlı Hukukunda temyiz mercii olmadığından kadıların verdiği kararlar kesin hüküm doğurur, şikâyet üzerine Anadolu ve Rumeli Kazaskerlerince verilen kararlar incelenir gerekiyorsa düzeltilirdi. Kadılar bağımsız olup hiçbir kurum ve kişiden emir ve talimat almazlar, atandığı yerde iki yıldan fazla görevde kalmaz görev süresinin sonunda merkezden başka bir başka yere atanırlardı. Mahkemelere başvurmak harca tabi olup, harç bedelleri kanunnameler ile belirlenmişti. Kadılar aldıkları maaşlarının yanı sıra, kendi mahkemelerine ödenen harçlardan da belli oranda gelir elde ederdi⁸⁷.

Osmanlı’nın erken dönemlerinde hukuk eğitimi medreselerde diğer dersler arasında verilmekte iken Tanzimat döneminde devletin hukuk ve eğitim alanında geçirdiği köklü dönüşüm sonucunda hukuk okulu/fakültesi kurulmuştur. Bu nedenle Osmanlı’da hukuk eğitimi temelinde klasik dönem ve Tanzimat dönemi şeklinde ikiye ayırarak incelemek gerekir. Klasik dönemi ele alırken yine önemine binaen Osmanlı medrese müessesinin üzerinde ayrıntılı olarak duracağız.

b. Klasik Dönemde Hukuk Eğitimi: Osmanlı Medreseleri

Osmanlı Devleti diğer Türk devletlerinde olduğu gibi; devlet yönetiminden askeri sisteme, eğitimden adalete kadar birçok kurumun birikimini doğal olarak Selçuklulardan tevarüs etmiştir. Osmanlıların Selçuklulardan örnek aldıkları eğitim modellemesinin temelini medrese sistemi oluşturmaktadır. Osmanlılar medreseyi içselleştirirken, yöntemin ve eğitimin devamlılığı için eğitim modelinde, usullerde ve mimari tarzda gerekli yeni düzenlemeler de yapmıştır.

⁸³ Coşkun Üçok, “Türkiye’de Hukuk Eğitimi ve Araştırmaları”, Selçuk Ün. Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 2, s. 2, 1989, s. 11-13; Ataş/Dost/Çelikkol, s. 35-52.

⁸⁴ Üçok, s. 12; Ataş/Dost/Çelikkol, s. 35-52.

⁸⁵ Üçok, s. 13.

⁸⁶ İlber Ortaylı, Hukuk ve İdare Adamı Olarak Osmanlı Devleti’nde Kadı, İstanbul, 2017, s.14; Ataş/Dost/Çelikkol, s. 39.

⁸⁷ Ortaylı, s. 15-25; Ataş/Dost/Çelikkol, s. 40.

Medreseler, cami ve mescitlerin yanında dini bilgilerin öğretildiği eğitim kurumları olarak teşekkül etmiş, zamanla hem İslam âleminde hem de dünya medeniyet tarihinde sistematik şekil ve metotla öğretim yapan kurumlar haline gelmiştir. Yukarıda ifade ettiğimiz üzere eğitim tarihimiz açısından sistematik anlamda eğitime geçişimiz Büyük Selçuklu veziri ve önemli bir siyaset adamı olan Nizamülmülk'ün 1057 yılında Bağdat'ta kurduğu Nizamiye Medreseleri ile başlamıştır diyebiliriz⁸⁸. Planı, teşkilatı ve müfredatıyla Nizamiye Medreseleri dünya eğitim kurumlarına ilham kaynağı olmuştur. Büyük Selçuklu Devleti'nden Osmanlı İmparatorluğu'na birçok Müslüman devlet ve toplumda ilmiye mensupları ve devletin üst düzey yöneticilerinin yetiştirilmesinde Medreseler önemli rol üstlenmişlerdir.⁸⁹

Osmanlıda medreselerin müfredatı on iki basamaklı bir programa sahip olup eğitim süresi yirmi yılı bulmaktaydı. Mezun olanlar kadılık, müftülük, müderrislik, cami hizmetleri ve kâtiplik gibi değişik alanlarda görev alırlardı. Müderris olmanın şartı üstün başarı göstermekti. Osmanlı'daki erken dönemdeki eğitim kurumları incelendiğinde amaca ve ihtiyaca yönelik disiplinli bir ilköğretimden sonra, günümüz yükseköğrenime eşdeğer nitelikte eğitim kalitesine sahip oldukları görülmektedir. Osmanlı'daki eğitim kurumları arasında *sıbyan mektebi*, *medrese*, *darulkurra*, *iptidai*, *idadi*, *rüştiye*, *darülfünun*, *darüşşafaka*, *darülmalumat* ve *mekteb-i aşireti hümayun* gibi halka yönelik eğitim kurumları yanında *Enderun*, *Acemi Oğlanlar Ocağı*, *Mülkiye Mektebi*, *Darülmarif*, *Mektebi Osmani* ve *Lisan Mektebi* gibi memur yetiştirmek amacıyla kurulan eğitim kurumları da bulunmaktadır⁹⁰.

Osmanlılar döneminde medreselerin fizikî şartları, mimari özellikleri, ders programı ve misyonu önemli değişim ve gelişim göstermiştir. Selçuklular döneminde görülen eksiklikler tamamlanarak eğitim kademelere ayrılarak ilköğrenimden yüksek eğitime giden bir sistem oluşturulmaya çalışılmıştır. Buna göre; sıbyan mektebinden sonra gidilen, orta, lise, yüksekokul ve üniversite eğitimine benzer kademelerin yer aldığı ve sadece Müslümanların devam edebildiği bir eğitim kurumuna dönüşmüştür.

Orhan Gazi 1331 tarihinde ilk medreseyi İznik te kurmuştur. Bursa'nın fethinden kısa bir süre sonra da Manastır Medresesi olarak da bilinen Orhan Gazi Medresesi'ni ve giderlerini karşılamak için bir de vakıf kurularak eğitimin devamlılığı sağlanmıştır. Daha sonraki dönemlerde beyler ve padişahlar tarafından Bursa'da yirmiden fazla medrese kurulmuş ve Bursa eğitim merkezi haline gelmiştir. 1361'de Edirne'nin fethiyle medrese tarihinde yeni bir safha açılmış, Çelebi Mehmet devrinde iki, II. Murad döneminde dokuz medrese inşa

⁸⁸ **Recai Doğan**, "Osmanlı Eğitim Kurumları ve Eğitimde İlk Yenileşme Hareketlerinin Batılılaşma Açısından Tahlili", Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, C. 37, S. 1, 1997, s. 408-420; **Özaydın**, s. 188-191.

⁸⁹ **Doğan** s. 420; **Bozkurt**, s. 327.

⁹⁰ **Doğan** s. 420; **Uğur Eskier**, "Osmanlı Devletinde Eğitim Kurumları", Makaleler, <https://www.makaleler.com/osmanli-devletinde-egitim-kurumlari>, (Erişim: 07.04.2020).

edilerek eğitime başlamıştır. Özellikle Dârülhadis Medresesi, 1470 yılında İstanbul'daki *Sahn-ı Semân* medreseleri inşa edilip açılıncaya kadar en üst eğitim veren medrese olarak faaliyet göstermiştir. 1326-1451 yılları arasında, on biri Orhan Bey, sekizi I. Murad, yirmisi I. Bayezid, yedisi I. Mehmet, otuz yedisi II. Murad zamanında inşa edilmiş elli üçü Anadolu'da, yirmi dokuzu Rumeli'de ve ikisi Kudüs'te toplam seksen dört medresenin eğitim vermektedir⁹¹.

İstanbul'u fethiyle başlayan yeni dönemde ilk medrese 1459'da Eyüpsultan'da inşa edilerek eğitime başlamıştır. 1470 yılında ise Fâtih Külliyesi içerisinde sekiz medreseden oluşan *Sahn-ı Semân* (sekiz avlu ve sekiz tetimme) Medresesi inşa edilip eğitime başlamıştır. Fatih Sultan Mehmet'in kurduğu *Sahn-ı Seman* medreselerinde; hukuk, ilahiyat ve edebiyat dersleri verilmekteydi. Bu medreselerin özgün konumu, mimarisi, ders müfredatı ve ayrıca giderlerini karşılamak için kurulan vakıf göz önüne alındığında bunlar yükseköğretim seviyesinin de ötesinde adeta bir enstitü mahiyetindeydi. Devam eden süreçte İstanbul, Edirne, Amasya gibi illerde yeni medreseler inşa edilmiştir. Bir asır sonra 1550-1557 de inşa edilen Süleymaniye Külliyesi; *Medrese-İ Evvel, Sâni*,⁹² *Sâlis*⁹³ ve *Râbi*⁹⁴ isimleriyle dört medrese, bir tıp medresesi ve *Dârüşşifâ* ile *Dârülhadis*'ten oluşuyordu. Süleymaniye Medresesinde fen ve tıp ilminin öğretildiği bilinmektedir. Bu medreseler Osmanlı döneminde eğitimin zirvesini yakalamıştır. Bu dönemdeki medrese sistemi, dereceler, dersler, bütçe kaynakları, yönetim ve organizasyon alanlarına önemli gelişmelere öncülük etmiştir.

Osmanlı'da yeni fethedilen yerleşim birimlerine medrese inşa etmek de yerleşmiş bir âdetti. Osmanlı idaresine giren yerlerde medrese teşkili sadece eğitim amacına değil, İslâm dini ve kültürünün yaygınlaşması ile fethedilen topraklarda yaşayan değişik etnisitelere mensup ahalinin İslam Kültür ve medeniyetini benimsemesi amaçlarına yönelikti. Bu amaçla; Bulgaristan'da 142 medrese, 273 mektep, Yunanistan'da 182 medrese, 315 mektep, dağılan Yugoslavya'da 223 medrese, 1134 mektep ve Arnavutluk'ta yirmi sekiz medrese, 121 mektep olmak üzere toplam 575 medrese ve 1843 mektebin eğitim faaliyeti yaptığı görülmektedir. 20.yy başlarına kadar İstanbul'da ve Anadolu'da da yüzlerce medrese ve mektebin inşa edildiği görülmektedir. Anadolu'yu gezen yabancı seyyahlar kitaplarında medreselerden övgüyle söz ederler örneğin Perrot, 1861'de Amasya'ya gelmiş buradaki medrese ve eğitim hayatını gördüğünde bu kenti Oxford'a benzetmiştir⁹⁵.

Medresenin müfredatında hem dini ilimler hem de sosyal ve teknik ilimler okutulmuştur. Dini ve sosyal bilimlerin içerisinde fıkıh, yani hukuk biliminin de eğitimde önemli bir yeri vardı. Medresede okutulan dersler arasında matematik,

⁹¹ Mehmet İpşirli, Medrese, TDV İslam Ansiklopedisi, S.327-332

⁹² *Sâni*:1)İkinci,San'atkâr, her işini san'atla yapan,herşeyi sanatlı yaratan Allah.

⁹³ *Salis*; Üçüncü.

⁹⁴ *Râbi*;Dördüncü

⁹⁵ Mehmet İpşirli, Medrese, TDV İslam Ansiklopedisi, C. 28, 2003, s. 327-332.

hitabet, mantık, kelâm, Arap dili ve edebiyatı, tefsir, hadis ve fıkıh (hukuk) ve benzeri dersler mevcuttu. Eğitim yöntemi takrir, tartışma, soru-cevap şeklindeydi. 1728-1741 yıllarında Fransız büyükelçisi olan Marquis de Villeneuve, hükümeti adına medrese eğitimi ve mahiyeti hakkında Osmanlı İdaresinden bilgi istemiş, bunun üzerine Reîsülküttâb⁹⁶ Mustafa Efendi tarafından bir rapor hazırlanmıştır. Bu raporda; Osmanlı medreselerinde sınıfın değil, dersin geçildiği, her dersin başlangıç, orta ve ileri seviyelerde ele alındığı, işlenen her ders için en az üç kitabın okutulduğu ve öğrencilerin ders hazırladıkları bilgileri ile derslerin işleniş tarzı ve hoca-öğrenci ilişkisi hakkında açıklamalar yer almaktadır. Dersler sabah ve ikinci namazı sonrası olmak üzere iki devre olarak okutulur, haftanın beş günü ders yapılır, salı ve cuma günleri tatil olurdu. Medresedeki ders geçme usulüne göre, bilinen kitapların yerleşik teamüllere göre sırayla okunması ve başarılı olunması ile öğrencinin hangi konu ve kitapları nereye kadar okunduysa elindeki *temessüke* (deftere) düzenli bir şekilde müderris tarafından işlenirdi. Başka bir müderris *temessüksüz*⁹⁷ bir talebeyi kabul etmez, her dersin ve kitabının alt seviyeden basamak basamak yukarıya doğru sırayla okunmasıyla eğitim tamamlanırdı. Bu sistemde eğitiminin ana omurgası müderris olup, talebelerin hangi medresede okuduğu değil hangi hocalardan ders hangi dersi aldığı önemli olduğundan *icâzetnâmelerde* (diplomalarda) hocaların adları ile aldıkları dersler özellikle vurgulanırdı. Medrese eğitimine dört-beş yıl devam devam eden öğrenci, üçer dörder ay kalarak her müderristen beş altı ders alırdı. Buradan geçtikten sonra semaniye medresesine geçiş yapar, bir yıl daha eğitim alır, daha sonra padişah medreselerine girebilirdi. 25 ila 30 yaşları arasında *mülâzım* yani müderris yardımcısı olarak medresede kalır veya kadı olarak tayin edilirdi. Osmanlının eğitim sisteminin ana yapısını oluşturan medrese özellikle 16.y.y ortalarında kendi içinde sosyal ve ekonomik sebeplerle bazı değişimlere uğramış, müderrislik, müftülük, kadılık unvanları arasında uyum sağlanarak müderrislikten kadılığa, kadılıktan müderrisliğe geçişler yaşanmıştır.⁹⁸

Osmanlı Devleti'nin kuruluşundan yükseliş dönemine kadar bilimin ve gelişmenin merkezinde bulunan medrese, zamanla değişime ayak uyduramayarak kısır çekişmelere kurban olmuş, toplumun ve devletin ihtiyaçlarına cevap veremeyen hantal bir yapı haline dönüşmüştür. Medreselerin kalitesi 16. yüzyıldan itibaren düşüşe geçerek, beklentilerin gerisine düşmüştür. Yükseliş dönemi sonrasında İmparatorluk içerisinde ve dışarısında imparatorluk aleyhine gelişen olgular nedeniyle sıkıntıya giren Osmanlı Devleti, askeri, iktisadi ve eğitim alanında alternatif çözüm yolları ararken medrese kendisine düşen görevi tam olarak anlayamadığından, yenilenme ve değişim sürecinin mevsimini

⁹⁶ “Reîsülküttâplık müessesesi bürokrasi içerisinde ifa ettiği görevlerin niteliği sebebiyle bazı özelliklere sahip memuriyetlerden biridir. XVIII. yüzyılda devletin artan diplomasi faaliyetlerine paralel biçimde Dışişleri bürokrasisi Reîsülküttâplığın başlıca meşguliyet alanını oluşturdu.” **Recep Ahışalı**, “Reîsülküttâp”, TDV İslam Ansiklopedisi, C. 34, 2007, s. 547.

⁹⁷ Temessük; Antlaşma, sulhname vb.nde iki tarafça alınıp verilen mühürlü kâğıt. Yetki belgesi, tasarruf vesikası.

⁹⁸ İpşirli, s. 328.

kaçırmış ve gözden düşmüştür. Medrese; 18.yy da *Mühendishâne-i Bahrî-i Hümayun* ve *Mühendishâne-i Berrî-i Hümayun*'un kurulmasıyla birlikte teknik eğitim ve öğrenimden, 19.yy'ın başında tıbbiyenin kurulmasıyla tıp eğitiminden, mülkiyenin kurulmasıyla da fikrî ve idarî anlamdaki eğitim ve öğretim alanlardan uzaklaşmıştır. Medrese daha sonraki dönemlerde klasik mahkemeler yerine *nizâmiye* mahkemelerinin kurulması ve hukuk mekteplerinin açılmasıyla birlikte büyük ölçüde hukuk eğitimi ve yargı alanından çıkarak sadece dini eğitim veren bir konuma gelmiştir. Osmanlı Devleti'nin son zamanlarında ilmiye sınıfına verilen önemin azalması ve medreselerin kudretlerini giderek kaybetmeleri üzerine bilhassa Sultan İkinci Abdülhamid devrinde meslekî öğrenim için mektepler açılmaya başlanmıştır. Hukuk öğrenimi bakımından, modern usulde şer'î hâkim yetiştirmek üzere 1853-1854 yılında İstanbul'da *Muallimhâne-yi Nüvvâb* adıyla bir mektep açılmış, bu mektep 1885 yılında da *Mekteb-i Nüvvâb*, 1908 yılında da *Medresetü'l-Kudât* adını almış ancak istenen sonuç elde edilememiştir⁹⁹. II. Abdülhamid döneminden sonra Mustafa Hayri ve Şeyhülislâm Mûsâ Kâzım zamanında medreselerin reformu için bir komisyon kurulmuş çeşitli nizamnameler hazırlanarak geleneksel yapısından farklı, okul tarzında yeni program uygulanmaya başlanırsa da 1. Dünya Savaşı'nın da etkisiyle tam olarak istenen amaca ulaşılammıştır. Medreselerin reformu için 20.y.y'ın başlarında *Beyânülhak*, *Sırât-ı Müstakîm* ve *Sebilürreşâd* gibi devrin muhafazakâr dergilerinde çözüm önerileri getirilmiş ise de, 3 Mart 1924 tarihli Tevhîd-i Tedrîsat Kanunu ile önce Milli Eğitim Bakanlığına devredilmiş, kanunun yürürlüğe girmesinden on üç gün sonra “medrese” sistemi kapatılmıştır. Böylelikle, M.S. 1067 yılında Selçuklu veziri Nizamülmülk tarafından eğitim kurumu olarak sistemleştirilen ve tarihimiz de çok önemli bir yeri olan medrese kurumu 1924 yılında resmen sona ermiştir¹⁰⁰.

c. Tanzimat Döneminde Hukuk ve Eğitim

1859 yılında etkin olan Avrupa devletleri Osmanlı Devleti'ne adli sistemde reform yapması telkinlerinde bulunarak, yargılamaların aleni yapılmasını, mahkemelerde uygulanacak kuralların azınlıklar da dâhil bütün tebaanın kabul edeceği şekilde hazırlanmasını ve buna uygun yasal düzenlemelerin yapılmasını, bütün bunların yanında din ve milliyet ayrımı yapılmaksızın öğrenci kabul edecek hukuk okulu açılmasını istediler. Osmanlı Devleti'nde Tanzimat ile başlayan değişim süreci doğal olarak hukuk sistemi ve hukuk eğitiminde de köklü değişiklikler yapılması ile sonuçlandı. Bu yenilikleri, kanunlaştırma ve adliye sistemindeki yapısal değişim olarak ifade edebiliriz.

Tanzimat'la beraber Avrupa'dan kanunların iktibas edilmesiyle birlikte yargı teşkilatı ikiye ayrılmıştır. Bir yanda uyuşmazlıkları şer'î hükümlere göre karara bağlayan klasik şer'î mahkemeler varlıklarını devam ettirirken diğer yanda iktibas

⁹⁹ Ekrem Buğra Ekinci, “Konya Hukuk Mektebi ve Osmanlılarda Hukuk Öğrenimi”, Tarih ve Medeniyet Dergisi, S: 58, Ocak 1999, s. 50-52.

¹⁰⁰ İpşirli, s. 332.

edilen kanunlara tabi olan hukuki uyuşmazlıkları karara bağlayan nizamiye mahkemeleri kurulmuştur. Tanzimat ile birlikte medreselerde şer'î hukuk derslerinin yanında, iktibas edilen yasaları konu eden hukuk dersleri de müfredata dâhil edilmiş ancak medreselerde verilen hukuk öğretimi beklenen sonucu verememiştir¹⁰¹.

i. Mekteb-i Hukuk-ı Sultani

Osmanlı yargı teşkilatına yeni giren batılı usuldeki Nizamiye Mahkemelerinde yargılamayı yapacak yetişmiş hâkim ve yardımcı personele duyulan ihtiyaç hukuk mekteplerinin doğuşuna sebep olmuştur. 1859 tarihinde Galatasaray Lisesi içerisinde Üniversite tarzındaki ilk hukuk mektebi kurulmuştur. Bir süre sonra, 2 Temmuz 1870 tarihinde Adliye Nezareti tarafından, nizamiye mahkemeleri için gerekli personelin yetiştirilmesi, gerekli kanunlarla hukuk usul ve kurallarının öğretilmesi amacıyla *Kavanin ve Nizamât Dershanesi* açılmış, hukuk okulunun ilk adımını teşkil eden bu dershaneden mezun olanlar da istenen başarıyı gösterememişlerdir. Osmanlı Devleti'nde Yükseköğretim seviyesinde kurulan ilk hukuk okulu 1874 yılında kurulan *Mekteb-i Hukuk-ı Sultanidir*, 1874 yılında dönemin Maarif Nazırı Safveti Paşa, *Mekteb-i Sultani*'nin müdürü Sava Paşa'ya hukuk mektebinin de kurulması için talimat niteliğinde mektup göndermiştir. Bu mektupta Maarif Nazırı Safveti Paşa'nın ifade ettiğine göre; “*Daha önceki dönemler Mekteb-i Sultani müfredatında Mecelle, Roma Hukuku ve Milletler Hukuku gibi dersler okutulduğunu, şimdi bu derslerin orta tedrisattan ayrılarak mektep dâhilinde, mezun olmuş diplomalı talebelere tahsis edilmek üzere bir hukuk mektebi kurulması gereklidir...*”¹⁰². Hukuk Okulu bu mektup üzerine kurulmuştur. Okulun kurulma gerekçesi; “*halkın davalarına bakılması ve hukukun korunması için mükellef kişilerin yetiştirilmesi ve burayı tamamlayanların Adliye Nezareti'nce çeşitli memuriyet ve hizmetlerde istihdam edilmesi*”¹⁰³ olarak belirtilmiştir.

Mekteb-i Sultani bünyesinde kurulan hukuk okulunun eğitim ve müfredat şartları da belirlenmişti. Hukuk mektebine kabul edilen öğrencinin adı, yaşı, ikametgâhı, memleketi deftere kaydedilir ve öğrenci olduğuna dair kendisine belge verilir. Okuldaki derslere dışarıdan katılmak mümkündü. Katılan öğrencilerin kaydı yapılmakla beraber devam mecburiyetleri yoktu, fakat devam eden öğrencilere dönem sonunda eğitim gördüklerini belirten tasdikname verilir. Devamlı

¹⁰¹ **Nuran Koyuncu**, “Hukuk Mektebinin Doğuşu”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XVI, Y. 2012, s. 180.

¹⁰² **Ekmelddin İhsanoğlu**, “Darülfünun: Osmanlı Devleti'nde XIX. Yüzyılda Kurulan Yüksek Öğretim Müessesesi”, TDV İslam Ansiklopedisi, C. 8, 1993, s. 521-525; **Adnan Şişman**, Galatasaray Mekteb-i Sultanisi'nin Kuruluşu ve İlk Eğitim Yılları (1868 – 1871), Edebiyat Fakültesi Basımevi, 1989, s. 45; **Koyuncu**, s. 169; **Ali Adem Yörük**, Mekteb-i Hukuk'un Kuruluşu ve Faaliyetleri (1878-1900), Yüksek Lisans Tezi, Marmara Ün. Türkiyat Araştırmaları Enstitüsü Türk Tarihi Anabilim Dalı, İstanbul 2008, s. 76; **Aydın**, s. 415-424, **Fethi Gedikli**, “İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ne Zaman Kuruldu?”, İÜHF C. LXIX, S.1, 2011, s. 91-104.

¹⁰³ **Koyuncu**, s. 169.

öğrenci olarak kabul edilenler, derslere devam etmek, öğretmenler tarafından yöneltilen soruları cevaplandırmak, senede dört defa belirli dönemlerde idareye başvurarak “*anskripsiyon*” olarak ifade olunan kayıt belgesini almak ve dönem sonu sınavları ile bitirme sınavlarında sözlü ve yazılıdan başarılı olmak zorundaydı. Bütün bu sınavlardan başarılı olanlara “*doktora*” unvanı veriliyordu. Derslerin başlamasından önce yoklama alınır, gelmeyen öğrenciler yok yazılırdı. Derse katılan öğrenciler ise sorulan sorulara verecekleri cevaplara göre sözlü notu alırdı. Öğretmenler, öğrenciler hakkında ayrıca kanaat notu verir ve bütün notlar idareye dönem sonunda teslim edilirdi. Dönem içerisinde ahlaklı davranan ve istenen başarıyı gösterip *anskripsiyon*larını alanlar yılsonu sınavlara girebilirlerdi. Yılsonu sınavları yazılı ve sözlü olmak üzere iki bölümden ibaretti. Müdür ve öğretmenler yazılı sınavı geçenlere sözlü sınav yaparlardı. Yazılı sınavdan başarılı olamayanlar üç ay sonra yeniden sınava alınırlardı. Eğitim süresi sonunda yapılan sınavlarda başarılı olanlar bir konu üzerine tez hazırlar, Maarif Nezaret temsilcileri, müdür ve öğretmenlerinden oluşan komisyonda savunma yapar, başarılı oldukları takdirde doktor unvanı alırlardı. Doktor unvanını alanlar Nizamiye Mahkemelerinde hâkim olarak görev yapabilirlerdi. Doktora sınavında başarılı olamayan veya bitirme tezini vermeyenlere daha kolay bir sınav yapılır bunlara “*lisansiyé*” diploması verilirdi. Bu diplomaya sahip olanlar dava vekilliği (avukatlık) yapabilirlerdi.

Mekteb-i Sultani bünyesinde kurulan Hukuk Okulunun eğitim süresi dört yıldır. 1880 yılında Hukuk okulundan, biri Rum, biri Müslüman ve beşi de Ermeni olmak üzere toplam yedi kişi mezun olmuştur. 1881 yılında ise hukuk okulundan *lisansiyé* diploması alan altı öğrenci arasında Müslüman öğrenci bulunmuyordu. Mezun olanlar pratik bilgilerini geliştirmeleri amacıyla, çeşitli mahkemelerde staj yaparlardı. *Mekteb-i Sultani Hukuk Okulu*'nun müfredatında görülen dersler ise; Fıkıh (İslâm hukuku), Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye (Medeni hukuk), Usûl-i Fıkıh (Fıkıh usulü), Hukuk-u Umumiye (Hukuka giriş ve hukuk tarihi), Kavanin ve Nizam-ı Devlet-i Aliyye (Osmanlı Devleti'nin kanun ve nizamları), Roma Kavanini (Roma Hukuku), Kanun-ı Ticaret (Ticaret Hukuku), Usûl-i Muhakeme (Muhakeme Usulü), Kanun-ı Ceza ve Usûl-ı İstintak (Ceza Hukuku ve Ceza Muhakeme Usulü Hukuku), Kavanin-i Bahriye (Deniz Ticaret Hukuku), Hukuk-ı Düvel ve Milel (Devletlerarası ve Milletlerarası Hukuk), Muahedat (Sözleşmeler Hukuku), Servet-i milel veya iktisat (Ekonomi-Politik) dersleri okutuluyordu.

ii. Mekteb-i Hukuk-ı Şahane

1874 yılında kurulan *Mekteb-i Hukuk-ı Sultani*'den sonra, 1880 yılında *Adliye Nezareti*'ne bağlı olarak *Mekteb-i Hukuk-ı Şahane* kurulmuştur. 1881 yılında *Mekteb-i Hukuk-ı Sultani*, *Mekteb-i Hukuk-ı Şahane* ile birleşmiştir. 1886 yılında *Maarif Nezaretine* devredilmiş, 1900 yılında *Dârülfünun*'a bağlanarak Hukuk Fakültesi adını almıştır. *Dârülfünun* (İstanbul Üniversitesi) Hukuk Fakültesi zaman zaman eğitim ve öğretime değişik sebeplerle ara vermiş olsa da günümüze kadar varlığını korumayı başarmıştır.

Mekteb-i Hukuk-ı Şahane'nin kuruluş amacı Adalet Nezaretine bağlı adli ve siyasi kanunların ve devletin hukuka ilişkin usul ve düzenlemelerinin eğitimidir. 1878 yılında hukuk okulunun nizamnamesi padişah II.Abdülhamit Han tarafından onaylanarak resmen kuruluşu gerçekleşmiştir. Ancak 1880 tarihinde açılışı yapılarak 1880-1882 eğitim ve öğretimin yılında faaliyete geçebilmiştir. Adliye Nazırı Ahmet Cevdet Paşa açılış için verdiği ilk derste; “*Efendilerim, ilm-i hukukun lüzum ve faidesi ve bizim buna ne mertebe muhtaç olduğumuz mâlûm ve müsellemdir. Dersaadette (İstanbul’da) bir hukuk mektebi küşadı (açılması) arzu olunuyordu. Divan-ı Ahkâmı Adliyenin teşkilinde bunun bir mertebe daha ehemmiyeti arttı... Efendiler, tahsil edeceğiniz ilmin kadri pek büyüktür. Biliyorsunuz ki hesap ve hendese ve kimya gibi ulum-u akliyeyi tâlim için peygamberler gelmedi ama kavanin-i şer’iyeyi telkin ve tebliği için peygamberler geldi. Bu babta başka delil iradına hâcet görmem*”¹⁰⁴ ifadesiyle hukuk eğitimine vermiş olduğu önemi vurgulamıştır.

Mekteb-i Hukuk-ı Şahane'nin eğitim süresi üç yıl ve gündüzlü olarak belirlenmiş, mezun olanların adliye teşkilatı içinde veya bakanlıktaki hukuk işleri için istihdam edilecekleri açıklanmıştır. Müfredatta belirlenen dersler; Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye (Madeni hukuk), Arazi Kanunu, Tapu ve Emlak Nizamnameleri, Ceza Hukuku, Ticaret Beriye ve Bahriye Kanunları (Kara ve Deniz Ticareti Hukuku), Usulü Muhakeme Hukukiyesi ve Cezaiyyesi Kanunları (Ceza Usul), Usulü Tanzim Alam İlmi Hukuku Milel, Muamelatı Ecnebiyeye Mûteallik Uhud ve Nizamat ve Mukavelat ve Fransızca olarak belirlendi. Mektepteki eğitim dili ise Osmanlıca idi. Hukuk okuluna öğrenci kabul edilmesinin de şartları vardı. Buna göre öğrenci kaydı için; 18 yaşını bitirmiş Osmanlı vatandaşı olmak, Osmanlıca lisanını yazılı ve sözlü olarak iyi bilmek, hitabet yeteneğine sahip olmak, Arapça, mantık, coğrafya ve muhasebe eğitimi almış olmak, Osmanlı tarihi ve geleneğini bilmek, iyi ahlaklı düzgün insan olduğuna ilişkin muteber iki kişinin kefaletini sunmak şarttı. Öğrenci kabul sınavlarının öğretmenlerden oluşan sınav heyeti huzurunda tarafsız bir usulle, hakkaniyete uygun olarak, her yıl belirlen zamanda yapılması öngörülmüştü. Kabul edilenlerin isminin sınav heyetinin tutanağı ile tespit edilmesi ve öğrenci defterine kaydedilmesi ve bunlara okula kaydolduklarına ilişkin mühürlü bir belge verilmesi ile kayıt süreci tamamlanıyordu¹⁰⁵.

Her gün yoklama alınır, özürsüz ve kesintisiz olarak sekiz gün gelmeyen öğrenci okulu bırakmış sayılırdı. Öğrencilere her sınıfta yılsonu sınavları ve üçüncü yılı tamamlayanlara da ayrı bir mezuniyet sınavı yapılmaktaydı. Sınıf geçme sınavları öğretmenler ve müdürden oluşan sınav kurulu tarafından, mezuniyet sınavları ise Adliye Nezareti’nden gelen konusunda uzman üç kişinin de katılımıyla açık olarak yapılırdı. Her sınıfın yılsonu sınavı sadece o dönem görülen derslerden yapılır, yalnızca derse devam edenler sınava alınırdı. Alt sınıftan geçemedikçe üst

¹⁰⁴ Koyuncu, s. 176; Aydın, s. 293.

¹⁰⁵ İhsanoğlu, s. 521-525; Şişman, s. 23; Koyuncu, s. 3; Atas/Dost/Çelikkol, s. 48; Aydın, s. 423.

sınıftan ders almak mümkün değildi. Üçüncü yıl dönem sınavını veren öğrenci, 1. ve 2. yılın derslerinden yeniden sınava girer bu sınavdan başarılı olması halinde mezuniyet için yazılı sınava girmeye hak kazanırdı. Bu sınav mezuniyete esas teşkil eder ve hukuki bir meselenin açıklanması ve kanun hükümlerinin uygulanması üzerine tez hazırlanması şeklinde yapılırdı. Yapılan tez sınav heyeti tarafından değerlendirilir, uygun görülenler okul müdürü tarafından mülakata tabi tutulurdu. Mülakatta başarılı olanlara mezuniyet diploması verilirdi. Sınavlarda başarı derecesi olarak üç kademe belirlenmişti. En başarılı olanlara “*alüyül âla*”, iyi seviyede başarılı olanlara “*âla*”, orta seviyede başarılı olanlara ise “*karibül âla*” derecesi verilirdi. Sınavda bu dereceleri alamayanlar mezun edilmez, sınıf tekrarı yaparlardı. Tez yazmayanlar veya tezi yeterli görülmeyenlere ise hukuk mektebinde okuduğu yıllara ilişkin okul müdürünün imzası ve mührü olan *şahadetname* (sertifika) verilirdi. Mezun olanlar nizamiye mahkemelerinde bir yıl stajer üye olarak çalıştıktan sonra *Dersaadet* (İstanbul) veya vilayet mahkemelerinde hâkim olarak çalışabilirlerdi¹⁰⁶. Üç yıl eğitim gördükten sonra mezun olma başarısını gösteremeyip hukuk eğitimi gördüğüne ilişkin sertifika alanlar belli bir süre mahkeme kalemlerinde kalem memuru veya *mümeyyiz* (yardımcı) olarak çalışırlardı¹⁰⁷.

Hukuk mektebi Adliye Nezareti'ne bağlı olarak uzun yıllar eğitime devam ettikten sonra 1886 yılında malvarlığı ve gelirleriyle birlikte Maarif Nezareti'nin idaresine devredilmiş, 1909 yılında Hukuk Mektebi *Darülfünuna* (İstanbul Üniversitesi) bağlanması ile İstanbul Hukuk Fakültesi adını almıştır. 1907 yılından önce İstanbul dışında başkaca bir hukuk okulu bulunmuyordu. Bu okulun devletin ihtiyacını karşılamadığı anlaşılması üzerine 10 Eylül 1907 yılında Selânik, Bağdat, Beyrut ve Konya'da birer hukuk mektebi açılmasına karar verilmiştir. Konya'da açılacak olan okula Mevlânâ dergâhı yakınındaki Çelebi Konağı tahsis edilerek eğitime başlamıştır¹⁰⁸. Okulun açılışı 1 Mart 1908 cumartesi günü Konya vilâyet erkânının da iştirakiyle yapılmıştır. Okulun eğitim süresi yine üç yıl olup lise mezunları öğrenci olarak kabul edilmiştir. Hukuk okulu Konya'da on bir yıl eğitim verebilmiş bu dönemde 134 öğrenci mezun olmuştur. Selânik ve Beyrut'un düşman tarafından işgal edilmesiyle buradaki öğrencilerin ve öğretmenlerinin bir bölümü İstanbul'a bir bölümü de Konya'daki hukuk okullarına alınmıştır. Konya'daki okul 1. Dünya Savaşından sonra 15 Mart 1919 tarihinde kapanmıştır. Bu dönemde toplamda 55 öğrencinin olduğu görülmektedir. Konya Hukuk Mektebi'nde ders veren hocaların bir kısmı müderris (profesör) unvanı taşıyan birçoğu batı ve doğu dillerine hâkim olan iyi eğitilmiş hocalar olduğu görülmektedir¹⁰⁹.

¹⁰⁶ Ekrem Buğra Ekinci, Osmanlı Mahkemeleri, İstanbul, 2017, s. 234-240; Gedikli, s. 101.

¹⁰⁷ Koyuncu, s. 102; İhsanoğlu, s. 523.

¹⁰⁸ Ekinci, Konya Hukuk Mektebi ve Osmanlılarda Hukuk Öğrenimi, s. 50-52; Atas/Dost/Çelikkol, s. 48.

¹⁰⁹ Koyuncu, s. 99; Ekinci, Konya Hukuk Mektebi ve Osmanlılarda Hukuk Öğrenimi, s. 50-52; İhsanoğlu, s. 523; Şişman, s. 23-26.

D. TÜRKİYE CUMHURİYETİ'NİN İLK YILLARINDA HUKUK ÖĞRETİMİ

Cumhuriyetin kurulması ile birlikte hukuk alanında da radikal değişimler olmuş, Tevhid-i Tedrisat Kanunu'nun kabulü ile eğitim tek çatı altında toplanmış, *şer'i* mahkemeler kaldırılmış, Nizamiye Mahkemeleri yerini bugünkü anlamda adli mahkemelere bırakmıştır. Cumhuriyetin ilan edildiği yıllarda hukuk eğitimi sadece İstanbul'da *Darülfünun* Hukuk Fakültesi'nde yapılmaktaydı. *Darülfünun* Hukuk Fakültesi hukuk alanında yapılması planlanan değişimleri desteklemediği için, 23 Şubat 1925 yılında *Adliye Vekâletine* (Adalet Bakanlığı) bağlı olarak hâkim ve savcı yetiştirmek üzere Ankara'da Adliye Hukuk Mektebi (Ankara Hukuk Fakültesi) kurulmuştur. Ankara Hukuk Fakültesi, kurulduğu yıl on bir akademisyen, üç yüz öğrenci ile öğrenim hayatına başlamıştır.

Ankara Hukuk Fakültesi'nde öğrencilerin derse devam mecburiyeti vardı, ders geçme notu yüksek olduğundan öğrenciler gününün büyük bir çoğunluğunu kütüphaneler de çalışarak geçirmekteydiler. Eğitim metodu olarak genel anlamda klasik takrir yöntemi takip edilmiş, bazı hocalar ise öğrencilerin ders anlatması (seminer) yöntemini tercih etmişlerdir¹¹⁰. Cumhuriyet'in ilk yıllarında Adalet Bakanlığı'na bağlı olarak kurulan bu okulun adı 1927 yılında Hukuk Fakültesi olarak değiştirilmiş 1941 yılına kadar Adalet Bakanlığı'na bağlı olan fakülte, 1946 yılında Ankara Üniversitesi bünyesine alınmıştır¹¹¹.

31.05.1933 tarih ve 2252 sayılı kanun ile “İstanbul Darülfünununun kapatılarak Maarif Vekâletince yeni bir üniversite kurulmasına” karar verilmiştir. 2252 sayılı kanunun ikinci maddesinde yer alan “Maarif Vekilliği 1 Ağustos 1933 tarihinden itibaren İstanbul'da ‘İstanbul Üniversitesi’ adı ile yeni bir müessese kurmağa memurdur. (...)” hükmü gereğince bir gün sonra İstanbul Üniversitesi kurulmuştur. Her ne kadar ilgili kanunla İstanbul Darülfünunu'nun ilga edildiği ifade ediliyorsa da, yapılan düzenleme, isim değişikliği ve bazı öğretim üyelerinin üniversite ile ilişkisinin kesilmesinden ibarettir¹¹². Akademik camia 2252 sayılı kanun ile yapılan düzenlemeyi başından itibaren “1933 Üniversite Reformu” olarak adlandırmışlardır. Çünkü bu değişimden sonra da İstanbul Darülfünunu Hukuk Fakültesi aynı binada, hemen hemen aynı öğretim üyeleri ve aynı öğrenciler ile faaliyetini sürdürmüştür. Daha sonra Avrupa'dan gelen Alman hocalarla akademik kadrosunu zenginleştirmiştir. Bu değişim ve dönüşüm

¹¹⁰ Meral Öztoprak Sağır, Güncel Gelişmeler Işığında Türkiye'de Hukuk Eğitimi, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2010, s. 42-43.

¹¹¹ Üçok, s. 11-16.

¹¹² Gedikli, s. 91-104.

sürecinde siyasi iradenin hoşuna gitmeyen 14 öğretim üyesinin ataması yapılmayarak¹¹³ üniversiteden uzaklaştırılması ile süreç tamamlanmıştır¹¹⁴.

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesinin bugün sürdürdüğü hukuk eğitiminin esası, 1874’de açılan *Mekteb-i Hukuk-ı Sultani*’nin takip ettiği öğrenim yöntemine dayanmakta, Fakülte geçmişin mirasını tevarüs ederek devam ettirmektedir. *Mekteb-i Hukuk-ı Sultani* 1874-1875 döneminde öğrenime başladığından İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesinin kuruluşu yılı 1874 olarak kabul edilmektedir. Bu itibarla tarihimizde ilk hukuk *şahadetnamesi* (doktorası) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi tarafından verilmiştir¹¹⁵.

1970 yılına kadar Türkiye’de sadece İstanbul ve Ankara Üniversitesinde hukuk fakültesi bulunmakta iken, 1970’ten itibaren İzmir Dokuz Eylül, Diyarbakır Fırat, İstanbul Marmara Üniversitesinde ve Konya Selçuk Üniversitesinde açılan fakültelerle sayı artmıştır. Bu fakültelerde her yıl ikişer sömestre olmak üzere dört yıllık bir öğrenim süresi planlanmış, pozitif hukukun yanında Roma Hukuku, Türk Hukuk Tarihi, Hukuk Sosyolojisi ve Felsefesi, Kamu Hukuku gibi derslerde verilmiştir¹¹⁶. Bugün itibarıyla ülkemizde aktif eğitim faaliyeti olan 84 adet hukuk fakültesi bulunmaktadır¹¹⁷.

KAYNAKÇA

Ahışhalı, Recep. “Reisülküttap”, TDV İslam Ansiklopedisi, C. 34, 2007.

Akbulut, İlhan. Türk Hukuk Tarihi, İstanbul 2018.

Arat, Reşit Rahmeti. “Kutadgu Bilig”, TDV İslâm Ansiklopedisi, 26. Cilt, 2002.

Ataş, Mustafa / Dost, Süleyman / Çelikkol, Ömer. “Hukuk Öğretimine Yönelik Teorik-Pratik Sınıf (TEOPS) Sistemi Model Önerisi”, SDU International Journal of Educational Studies, S. 5 (1), 2018.

Aydın, M.Akif. Türk Hukuk Tarihi, İstanbul, 2019.

Bahçekapılı, Nedim. “İslam ve Kilise Hukuku Açısından Aile ve Evlilik”, Journal of Islamic Research, S.1, 2008, s. 29.

Başoğlu, Tuncay. “Hristiyan Hukuku”, İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi, S. 9, 2007.

¹¹³ Hukuk fakültesinde görevine son verilenler; Hacı Adil Bey, Abdurrahman Münip Bey, Cevdet Ferit Bey, Muslihiddin Adil Bey, Aynizade Tahsin Bey, Mustafa Zühtü Bey, Münir Bey, Ağaoğlu Ahmet Bey, Kenan Ömer Bey, Ahmet Reşit Bey, Cevat Abdürrahim Bey, Ahmet Mithat Bey, Abdullah Vehbi Bey, Memduh Bey, Kemalettin Bey (Doç.) Muhlis Ethem Bey (Doç.).

¹¹⁴ **Gedikli**, s. 93.

¹¹⁵ **Gedikli**, s. 94.

¹¹⁶ **Üçok**, s. 105.

¹¹⁷ <https://yokatlas.yok.gov.tr/netler-tablo.php?b=10094>.

Birekul, Mehmet. “Anadolu Selçuklu Devletinde Eğitim Ve Konya Medreseleri”, Mecmua Uluslararası Sosyal Bilimler Dergisi, S. 5, 2018.

Bozkurt, Nebi. “Medrese”, TDV İslam Ansiklopedisi, C. 28, 2003.

Dinçer, Ömer. Siyasetnameleri Yeniden Okumak, İstanbul, 2019.

Doğan, Recai. “Osmanlı Eğitim Kurumları ve Eğitimde İlk Yenileşme Hareketlerinin Batılılaşma Açısından Tahlili”, Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, C. 37, S. 1, 1997.

Donuk, Abdülkadir. "Eski Türklerde Hükümdarın Vazifeleri ve Vasıfları", Türk Dünyası Araştırmaları, S. 17, Nisan 1982.

Ekinci, Ekrem Buğra, Osmanlı Mahkemeleri, İstanbul, 2017.

Ekinci, Ekrem Buğra. “Konya Hukuk Mektebi ve Osmanlılarda Hukuk Öğrenimi”, Tarih ve Medeniyet Dergisi, S: 58, Ocak 1999.

Eskier, Uğur. “Osmanlı Devletinde Eğitim Kurumları”, Makaleler, <https://www.makaleler.com/osmanli-devletinde-egitim-kurumlari>, (Erişim: 07.04.2020).

Gedikli, Fethi. “İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ne Zaman Kuruldu?”, İÜHFM C. LXIX, S.1, 2011.

Gökberk, Macit. Felsefe Tarihi, İstanbul Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Yayınları, 1961.

Gözler, Kemal. Türk Anayasa Hukuku, Bursa: Ekin Kitabevi Yayınları, 2000.

Güriz, Adnan. Hukuk Başlangıcı, 19. Baskı, Ankara: Siyasal Kitabevi, 2019.

İhsanoğlu, Ekmeleddin. “Darülfünun: Osmanlı Devleti’nde XIX. Yüzyılda Kurulan Yüksek Öğretim Müessesesi”, TDV İslam Ansiklopedisi, C. 8, 1993.

İpşirli, Mehmet. Medrese, TDV İslam Ansiklopedisi, C. 28, 2003.

Kara, Mustafa. “Tekke”, TDV İslam Ansiklopedisi, 40. Cilt, 2011.

Kaymak, Suat. “Selçukluların Eğitim Kurumları: Nizamiye Medreseleri”, Tarih ve Medeniyet Dergisi, S. 24, Mart 2013.

Kaymaz, Yunus. “Büyük Constantinus’un Hristiyanlığı Meselesi”, Sakarya Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, Cilt: XVI, S. 29, 2014.

Koyuncu, Nuran. “Hukuk Mektebinin Doğuşu”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XVI, Y. 2012.

Köprülü, M. Fuad. “Ortazaman Türk Hukukî Müesseseleri. İslâm Amme Hukukundan Ayrı Bir Türk Amme Hukuku Yok Mudur?”, II. Türk Tarih Kongresi, İstanbul, 1943.

Merçil, Erdoğan. “Selçuklularda Devlet Teşkilatı”, TDV İslam Ansiklopedisi, C. 36, 2009.

Ortaylı, İlber. Hukuk ve İdare Adamı Olarak Osmanlı Devleti’nde Kadı, İstanbul, 2017.

Özaydın, Abdülkerim. “Nizamiye Medresesi”, TDV İslam Ansiklopedisi, C. 33, 2007.

Öztoprak Sağır, Meral. Güncel Gelişmeler Işığında Türkiye’de Hukuk Eğitimi, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2010.

Platon, Sokrates’in Savunması, İş Bankası Kültür Yayınları, 2016.

Şişman, Adnan. Galatasaray Mekteb-i Sultanisi'nin Kuruluşu ve İlk Eğitim Yılları (1868 – 1871), Edebiyat Fakültesi Basımevi, 1989.

Turan, Osman. “Türk Dünya Nizâmının Millî İslâmî ve İnsânî Esasları”, Türk Cihân Hâkimiyeti Mefkûresi Tarihi, İstanbul, 2003.

Üçok, Coşkun / Mumcu, Ahmet / Bozkurt, Gülnihal. Türk Hukuk Tarihi, İstanbul, 1999.

Üçok, Coşkun. “Türkiye’de Hukuk Eğitimi ve Araştırmaları”, Selçuk Ün. Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 2, s. 2, 1989.

Yakut, Esra. “Eski Türklerde Hukuk”. Anadolu Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Dergisi, S. 1, C. 3, 2002.

Yıldız, Nuray. “Eskiçağ’da Yunan-Roma Döneminde Hukuk Eğitim ve Öğretimi”, Anadolu Araştırmaları Dergisi, S. 12, 2010.

Yörük, Ali Adem. Mekteb-i Hukuk’un Kuruluşu ve Faaliyetleri (1878-1900), Yüksek Lisans Tezi, Marmara Ün. Türkiyat Araştırmaları Enstitüsü Türk Tarihi Anabilim Dalı, İstanbul 2008.

HAKSIZ REKABET HALİ OLARAK DÜRÜSTLÜK KURALINA AYKIRI GENEL İŞLEM KOŞULU KULLANMAK

Fatma SUBAŞI¹

ÖZET

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda haksız rekabet, m. 54 ile 63 arasında düzenlenmiştir. TTK m. 54 haksız rekabete ilişkin temel ilkeyi düzenlerken, m. 55 de başlıca haksız rekabet hallerini belirtmektedir. Haksız rekabet hallerinden birisi de TTK m. 55/1-f'de, "dürüstlük kuralına aykırı işlem şartı kullanmak" fiili olarak düzenlenmiştir. Genel işlem koşullarına ilişkin TTK'da yer alan düzenlemenin yanı sıra Türk Borçlar Kanunu'nda da düzenleme bulunmaktadır. Bu makalemizde ilk olarak genel işlem koşullarına ilişkin genel nitelikteki hükümleri içeren TBK m. 20-25 açıklanarak, genel işlem koşullarının denetimine ilişkin hususlar incelenmiştir. Bu kısımda TBK hükümlerinin tacirler açısından da uygulanıp uygulanmayacağı konusu, basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğünü dikkate alarak çözümlenmiştir. Çalışmamızda ikinci olarak TTK açısından genel işlem koşulunun hangi durumda haksız rekabet oluşturacağı ve bu doğrultuda, "dürüstlük kuralına aykırı işlem şartı kullanmak" fiilinin söz konusu olması için gerekli unsurlar incelenmiştir. TTK m. 55/1-f'de, dürüstlük kuralına aykırılığın tespitinde yararlanılacak örnek kriterler de gösterilmiştir. Son olarak da bu çalışmamızda dürüstlük kuralına aykırı işlem şartı kullanmak fiili, TBK ve TTK'daki düzenlemeler bakımından bir bütün olarak değerlendirilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Türk Ticaret Kanunu, Haksız Rekabet, Genel İşlem Koşulları

THE USE OF GENERAL CONTRACT TERMS AGAINST GOOD FAITH AS AN UNFAIR COMPETITION

ABSTRACT

Unfair competition provisions are set forth under articles 53-63 of the Turkish Commercial Code ("TCC") numbered 6102. While the purpose and general principle of unfair competition law are laid down in article 54 of the TCC, article 55 of the TCC also provides a non-exhaustive list of the unfair commercial acts or practices. One of these examples is the use of general

¹ Avukat, Yüksek Lisans Öğrencisi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye. Eposta: fatmasubasi@outlook.com (ORCID: 0000-0003-0971-9209)

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 22.08.2020

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 10.09.2020

contract terms violating the concept of good faith, which is regulated under article 55/1-f of the TCC. In addition to TCC, there is also a regulation in the Turkish Code of Obligations (“TCO”) numbered 6098. Articles 20-25 of the TCO regulate the general contract conditions. Firstly this study examines critically examines the general contract conditions in terms of the law of obligations. Then, it moves to analyse the Article 55/1-f of the TCC which sets a criterion in determining whether a general contract conditions is against good faith. Lastly this article aims to make a normative assessment by taking into account the both Articles 20-25 of the TCO and the Article 55/1-f of the TCC.

Keywords: *Turkish Commercial Code, Unfair Competition, General Terms and Conditions*

GİRİŞ

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu ile haksız rekabet hukuku alanında önemli değişiklikler gerçekleştirilmiştir. Bu değişikliklerden biri de TTK m. 55/1-f’de, “dürüstlük kuralına aykırı işlem şartı (koşulu) kullanmak” fiilinin, haksız rekabet teşkil edeceğinin kabul edilmiş olmasıdır.

Kanun koyucu haksız rekabete ilişkin hükümler öngörmek suretiyle pazarda, tüm katılanların menfaatine dürüst ve bozulmamış bir rekabet ortamının teminini amaçlamıştır. TTK m. 55/1-f’de yer alan düzenlemenin temel amacı da iktisadi hayatta yapılan/uygulanan/kullanılan sözleşmeler bakımından bir zorunluluk halini alan genel işlem şartı (koşulu) kullanımının haksız rekabet kapsamında etkisinin denetlenmesidir.

Çalışmamızın içeriğine dâhil olan “genel işlem şartları (koşulu)” müessesesi hem TTK’da hem de TBK’da düzenlenmiş bir kurumdur. Türk Ticaret Kanunu m. 55/1-f hükmünde işlem şartı olarak ifade edilirken, TBK m. 20- 25 hükümlerinde “genel işlem koşulları” terimi tercih edilmiştir. TBK ve TTK hükümlerinde aynı kurum için kullanılan terimlerdeki bu farklılığın esasa yönelik bir etkisi bulunmamaktadır. Genel işlem koşullarına ilişkin genel bir düzenleme olan TBK’da tercih edilen isimlendirme ve uygulamada bu şekilde kullanılmasından ötürü biz de çalışmamızda “genel işlem koşulu” terimini kullanacağız.

Çalışmamızda genel işlem koşulları ve haksız rekabete ilişkin genel açıklamaların yapılmasının ardından, TTK m. 55/1-f’de düzenlenen genel işlem koşulu kullanımının haksız rekabet oluşturmaya hususu incelenecektir.

I. GENEL İŞLEM KOŞULLARINA İLİŞKİN GENEL AÇIKLAMALAR

Genel işlem koşulları; düzenleyenin, bir sözleşme yapılırken ileride çok sayıdaki benzer sözleşmede kullanmak amacıyla önceden, tek başına hazırlayarak karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümleridir².

Genel işlem koşulları, sözleşme hükümlerindedir. Bu koşulların yer aldığı sözleşmeler doktrinde, “tip sözleşme”, “formüler sözleşme”, “kitle sözleşme”, “standart sözleşme”, “katılnmalı (iltihaki) sözleşme” gibi farklı isimlerle ifade edilmektedir³.

Çok sayıda kişi ile sözleşme yapan kişi ve kuruluşların, her bir sözleşmenin kuruluşunda, kurulacak sözleşme koşullarının karşı tarafla görüşülmesinin sebep olacağı zaman kaybı, sözleşmelerde yer alması gereken hükümlerin unutulma olasılığı yahut doğru biçimde düzenlenemeyeceği tehlikesinin varlığı, genel işlem koşullarının kullanılmasını gerektirmektedir⁴.

² TBK m. 20. Doktrinde ise “tarafardan birinin, ileride çok sayıda benzer sözleşmede kullanmak üzere önceden tek yanlı olarak soyut ve genel biçimde hazırlayıp düzenleyerek sözleşmenin yapılması sırasında diğer tarafa sunduğu standart sözleşme hükümleri” şeklinde tanımlanmaktadır. Bkz. Selahattin Sulhi Tekinay/Sermet Akman/Haluk Burcuoğlu/Atilla Altop, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Filiz Kitabevi, 7.Baskı, İstanbul 1993, s. 156; Fikret Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Yetkin Yayınları, 24. Baskı, Ankara 2019, s. 227; Ahmet M. Kılıçoğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Turhan Kitabevi, 23.Baskı, Ankara 2019, s. 168; Murat Aydoğdu, **Genel İşlem Koşulları Şerhi**, Adalet Yayınevi, Ankara 2018, s. 71; Hüseyin Hatemi/Emre Gökyayla, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, 4.Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017, s. 63; Safa Reisoğlu, **Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Beta Yayınları, 23.Baskı, İstanbul 2012, s. 71; Ayşe Havutçu, **Açık İçerik Denetimi Yoluyla Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması**, Güncel Yayınevi, İzmir 2003, s. 74; Yeşim Atamer, **Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi**, Beta Yayınevi, 2.Baskı, İstanbul 2001, s. 61.

³ Eren, **a.g.e.**, s. 232; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 155; Osman Gökhan Antalya, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C.1, Seçkin Yayıncılık, İstanbul 2019, s. 472; Aydoğdu, **Genel İşlem Koşulları**, s. 7; Erol Cansel/Çağlar Özel, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 2.Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017, s. 129; Atilla Altop, “Türk Borçlar Kanunu Tasarısındaki Genel İşlem Koşulları Düzenlemesi”, **Prof. Dr. Ergon A. Çetingil ve Prof. Dr. Rayegan Kender’e 50. Birlikte Çalışma Yılı Armağanı**, Çizgi Basım Yayım, İstanbul 2007, s. 254.

⁴ Eren, **a.g.e.**, s. 228; Aydoğdu, **Genel İşlem Koşulları**, s. 32; Necip Kocayusufoğlu, **Borçlar Hukuku–Genel Bölüm**, C.1, 7.Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2017, s. 228; Ayhan Bakır, **Türk Haksız Rekabet Hukukunda Dürüstlük Kurallına Aykırı Genel İşlem Şartları Kullanımı ve Yaptırımı**, Yetkin Yayınları, Ankara 2016, s. 20; Cansel/Özel, **a.g.e.**, s. 130; Âdem Yelmen, **Türk Borçlar Kanunu’na Göre Genel İşlem Şartları**, Yetkin Yayınları, Ankara 2014, s. 63; Osman Açıkgoz, **Tüketicinin Korunması Çerçevesinde Mobil Haberleşme Abonelik**

Genel işlem koşullarına ilişkin TBK, TKHK ve TTK olmak üzere 3 farklı kanunda düzenlemeler mevcuttur.

A. Türk Borçlar Kanunu ile Getirilen Düzenleme

Hukukumuzda genel işlem koşullarına ilişkin genel nitelikli hükümler Türk Borçlar Kanunu'nda "Genel İşlem Koşulları" başlığıyla m. 20-25'de yer almaktadır. Diğer kanunlarda bulunan düzenlemelerden farklı olarak, genel işlem koşullarının denetimine ilişkin hususlar düzenlenmiştir.

TBK m. 20'de genel işlem koşulları "...bir sözleşme yapılırken düzenleyenin, ileride çok sayıdaki benzer sözleşmede kullanmak amacıyla, önceden, tek başına hazırlayarak karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümleri" şeklinde tanımlanmıştır⁵. Bu tanıma göre genel işlem koşullarının varlığından bahsedilebilmesi için: (i) Bir sözleşmenin koşullarını oluşturması, (ii) Sözleşmenin kurulmasından önce ve tek taraflı olarak düzenlenmiş olması, (iii) Birden fazla sözleşme ilişkisinde kullanılmak amacıyla düzenlenmiş olmaları ve (iv) Kullanan tarafından değiştirme fırsatı verilmeden sözleşmenin karşı tarafına sunulması aranmaktadır⁶. Bir sözleşme hükmünün, sözleşme metninde veya ekinde yer alması, kapsamı, yazı türü ve şekli ise genel işlem koşulu olarak nitelendirilmesinde önem taşımaz.

Genel işlem koşulları, tartışılmaya ve değiştirilmeye açık değildir. Çoğu zaman, sözleşmenin diğer tarafına, müzakere hakkı dahi verilmez. Bünyesinde iki seçenek olarak "evet" ve "hayır" bulunur, karşı tarafa "evet ama" gibi bir seçenek sunulmamaktadır⁷.

Sözleşmesinde Genel İşlem Koşulları, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2013, s. 210; Mustafa Sencer Kara, "Genel İşlem Şartlarına İlişkin Haksız Rekabet Hükümleri", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.17, S.1-2, 2013, s. 724; Havutçu, **GİŞ**, s. 2.

⁵ Bu tanımın doktrinadaki eleştirileri için bkz. Altop, **a.g.m.**, s. 257; Aydoğdu, **Genel İşlem Koşulları**, s. 49; Nihat Yavuz, **6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi**, C.1, Adalet Yayınevi, 2.Baskı, Ankara 2015, s. 270; Mehmet Akçaal, "Borçlar Kanununun Genel İşlem Koşullarına Dair Hükümleri Hakkında Bir İnceleme", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, s. 53; Umut Yeniocak, "Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre Genel İşlem Koşullarının Yargısal Denetimi", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S.107, 2013, s. 78-80.

⁶ Eren, **a.g.e.**, s. 231-233; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 168-170; Antalya, **a.g.e.**, s. 490 vd.; Aydoğdu, **Genel İşlem Koşulları**, s. 73; Bakır, **a.g.e.**, s. 27-36; Yeşim Atamer, "Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi – TKHK M. 6 ve TTK M. 55, F.1, (f) ile Karşılaştırmalı Olarak", **Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu 8 Nisan 2011**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, s. 12-19; Reisoğlu, **Türk Borçlar Hukuku**, s. 71-72; Havutçu, **GİŞ**, s. 74-90.

⁷ Türk Borçlar Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/499), TBMM Dönem: 23, Yasama Yılı: 2, S. Sayısı: 321.

Bazı kişiler veya kurumlar önceden hazırlanan standart sözleşme metinleri üzerinde şekli değişiklikler yaparak, münferit bireysel sözleşme hazırlanmış gibi davranabilmektedir. Ancak TBK m. 20/2 “*Aynı amaçla düzenlenen sözleşmelerin metinlerinin özdeş olmaması, bu sözleşmelerin içerdiği hükümlerin, genel işlem koşulu sayılmasını engellemez*” cümlesiyle bu durumun önüne geçmektedir.

TBK m. 20/3 uyarınca, genel işlem koşulları içeren sözleşmeye veya ayrı bir sözleşmeye konulan bu koşulların her birinin tartışılarak kabul edildiğine ilişkin kayıtlar, tek başına, onları genel işlem koşulu olmaktan çıkarmayacaktır. Dolayısıyla gerçekten tartışılarak kabul edilen sözleşme koşulları söz konusu olursa ilgili sözleşme hükümleri, genel işlem koşulu niteliğini kaybedecektir⁸.

TBK’da bulunan hükümler uyarınca genel işlem koşullarına ilişkin denetim 3 aşamalı olarak gerçekleştirilmektedir.

1. Yürürlük Denetimi

Genel işlem koşulu olan sözleşme koşullarının varlığı, denetimde “ön mesele” teşkil edecektir⁹. Genel işlem koşulları hakkında ilk denetim aşaması olarak yürürlük denetimi de koşulların sözleşme içeriği olup olmadığını tespit eder.

Yürürlük denetimi aşaması; somut olay bağlamında, kişinin, genel işlem koşulu kullanıldığını bilmesinin ne zaman mümkün olacağı sorusuna cevap aramaktadır¹⁰. Bu durumun tespitinde ise dürüstlük kuralı yol gösterici olacaktır. Kişinin, düzenleyenin genel işlem koşulu kullandığından haberi yoksa ve buna dayanarak tarafların irade uyuşmasının genel işlem koşulunu kapsamadığı sonucuna varılabiliyorsa, artık diğer denetim aşamalarına geçmeye gerek kalmayacaktır.

TBK m. 21/1 uyarınca, “*Karşı tarafın menfaatine aykırı genel işlem koşullarının sözleşme kapsamına girmesi, sözleşmenin yapılması sırasında düzenleyenin karşı tarafa, bu koşulların varlığı hakkında açıkça bilgi verip, bunların içeriğini öğrenme imkânı sağlamasına ve karşı tarafın da bu koşulları kabul etmesine bağlıdır. Aksi takdirde genel işlem koşulları yazılmamış sayılır.*” Hüküm yürürlük denetimine ilişkin olmasına rağmen içerik denetimine ilişkin “karşı

⁸ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 157-158; Aydoğdu, **Genel İşlem Koşulları**, s. 167; Ali Haydar Yağcıoğlu, “Yeni İsviçre Haksız Rekabet Kanunu’nda Genel İşlem Koşullarının Açık İçerik Denetimi (UWG Art.8)”, Prof.Dr. Aydın Zevkliler’e Armağan, Cilt III, **Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi**, Cilt 8, Özel Sayı-2013, s. 3069; Reisoğlu, **Türk Borçlar Hukuku**, s. 73; Baki İlkay Engin, “Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi”, **6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu ve Yargıtay Kararları Işığında Faktoring Sempozyumu**, 25-27 Kasım 2011- Antalya, s. 62.

⁹ Eren, **a.g.e.**, s. 241; Antalya, **a.g.e.**, s. 489; Aydoğdu, **Genel İşlem Koşulları**, s. 72.

¹⁰ Aydoğdu, **Genel İşlem Koşulları**, s. 157-160; Atamer, **Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi**, s. 27.

tarafın menfaatine aykırı olma” halinden bahsetmektedir. Ancak yürürlük denetimi aşamasında hâkim, koşulun karşı tarafın menfaatine olup olmadığını incelemeyeceği için taraflar arasındaki dengenin bozulup bozulmadığını dikkate almaz¹¹. Dolayısıyla düzenleyenin sözleşmenin yapılması sırasında karşı tarafa, bu koşulların varlığı hakkında açıkça bilgi vermesi, bunların içeriğini öğrenme olanağını sağlaması ve sözleşmenin karşı tarafının da koşulları kabul etmesi gerekmektedir¹². Bu koşulların içeriği hakkında karşı tarafa bilgi verme yükümlülüğü ise söz konusu değildir, öğrenme imkânı sağlaması yeterli olmaktadır¹³. Bu unsurları taşımayan genel işlem koşulları, yazılmamış sayılacaktır. İlgili unsurların gerçekleştirilmesine dair ispat yükü de düzenleyen üzerinde olacaktır.

Söz konusu unsurları taşıyor olsa bile TBK m. 21/2’ye göre, sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı olan genel işlem koşulları da yazılmamış sayılır. Bu kapsamda bulunabilecek koşullar, sözleşmeyle ilgisi bulunmayan şaşırtıcı veya olağan dışı hükümlerdir. Müşterinin asli edim yükümlülüğünü ağırlaştırıcı yahut önemli ölçüde değiştiren ve böylece sözleşmenin niteliğinin değişmesine yol açacak şartlar bu çerçevede değerlendirilebilir¹⁴.

¹¹ Aydoğdu, **Genel İşlem Koşulları**, s. 158; Yelmen, **a.g.e.**, s. 82; Atamer, **Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi**, s. 28; Ayşe Havutçu, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun Genel İşlem Şartlarına İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, **İzmir Barosu Dergisi**, Nisan 2011, s. s. 38. Karşı tarafın menfaatine aykırı genel işlem koşulları olmasını arayan görüş için bkz. M. Kemal Oğuzman/Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C.1, Vedat Kitapçılık, 16.Baskı, İstanbul 2018, s. 165; Eren, **a.g.e.**, s. 234; Füsün Nomer Ertan, **Haksız Rekabet Hukuku**, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2016, s. 358; Engin, **a.g.e.**, s. 63.

¹² Eren, **a.g.e.**, s. 234; Antalya, **a.g.e.**, s. 497; Aydoğdu, **Genel İşlem Koşulları**, s. 157; Hatemi/ Gökyayla, **a.g.e.**, s. 64-65; Bakır, **a.g.e.**, s. 23; Cansel/Özel, **a.g.e.**, s. 134; Akçaal, **a.g.m.**, s. 56; Havutçu, **TBK Değerlendirme**, s. 38; Reisoğlu, **Türk Borçlar Hukuku**, s. 75; Engin, **a.g.e.**, s. 63.

¹³ Eren, **a.g.e.**, s. 234; Aydoğdu, **Genel İşlem Koşulları**, s. 169; Sevilay Uzunallı, “Genel İşlem Şartlarının Haksız Rekabet Hükümleriyle Denetlenmesi”, **İÜHFİM**, C.71, S.2, 2013, s. 403; Atamer, **Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi**, s. 28. Sözleşmede yer alan karşı tarafın koşulun içeriği hakkında açıkça bilgilendirilmesi gerektiğini savunan aksi görüş için bkz. Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 164. Ayrıca müşterilerin bilgilendirilmesi ve bu bilgilendirme sonucunda müşterinin maddelerin içeriğini öğrendiğinin, banka tarafından ispat edilmesini arayan görüş için bkz. Safa Reisoğlu, “Banka Uygulamaları Açısından Yeni Borçlar Kanununun Genel İşlem Koşulları ve Eleştirisi”, **Bankacılar Dergisi**, S. 77, 2011, s. 112.; Engin, **a.g.e.**, s. 64.

¹⁴ Aydoğdu, **Genel İşlem Koşulları**, s. 194; Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, s. 237; Şevket Günay Bigat /Ensar Lokmanoğlu, “Genel İşlem Şartları Açısından Şaşırtıcı, Sürpriz, Beklenmeyen, Haksız, Adil Olmayan ve Çok Anlamalı Koşullar”, **İstanbul Barosu Dergisi**, C.83, S.6, İstanbul 2009, s. 3151.

Burada yazılmamış sayılma ile ifade edilenin, hangi tür yaptırım olduğu konusunda doktrinde birçok farklı görüş ileri sürülmüştür¹⁵.

TBK m. 22 uyarınca yazılmamış sayılma, sadece ilgili genel işlem koşulu için geçerlidir. Sözleşmenin diğer şartları geçerliliğini koruyacaktır. Bu durumda düzenleyen, yazılmamış sayılan koşullar olmasaydı diğer hükümlerle sözleşmeyi yapmayacak olduğu savunmasını da ileri süremez.

2. Yorum Denetimi

Genel işlem koşulunun; sözleşme içeriğine dahil olduğu sonucuna varılabiliyorsa, koşulun yorum yoluyla denetlenmesi mümkündür.

TBK m. 23 uyarınca; genel işlem koşullarında yer alan bir hüküm, açık ve anlaşılır değilse veya birden çok anlama geliyorsa, düzenleyenin aleyhine ve karşı tarafın lehine yorumlanır. Bu sebeple genel işlem koşullarında yer alan hükmün yorumlanması ihtiyacı ortaya çıktığında tercih yapılırken, muhtemel yorumlar arasında düzenleyen aleyhine ve karşı tarafın lehine olan sonuç benimsenmektedir¹⁶.

3. İçerik Denetimi

Genel işlem koşulları sözleşme içeriği kabul edilmiş ve yorum yoluyla da kullanan aleyhine anlamlandırılmadığında, bu sözleşme koşullarının hâkim tarafından incelenmesi ve bazı durumlarda da hükümsüz sayılması gerekebilecektir. Bu denetimi gerçekleştirebilecek aşama da içerik denetimidir.

Genel işlem koşullarının içerik olarak denetimi ve bunun sonucunda geçersiz olacağı TBK m. 25'te düzenlenmiştir. Bu hükme göre "*Genel işlem koşullarına, dürüstlük kurallarına aykırı olarak, karşı tarafın aleyhine veya onun durumunu*

¹⁵ Yok hükmünde olduğunu savunan görüş için bkz. Oğuzman/ Öz, **a.g.e.**, s. 165; Eren, **a.g.e.**, s. 235; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 172; Nomer Ertan, **a.g.e.**, s. 360; Akçaal, **a.g.m.**, s. 56-57; Uzunallı, **a.g.m.**, s. 403. Kesin hükümsüzlük anlamında olmayan, sözleşme kapsamına dahil olmadığını savunan görüş için bkz. Yavuz, **a.g.e.**, s. 275; Engin, **a.g.e.**, s. 65; Atamer, **Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi**, s. 30-31; Altop, **a.g.m.**, s. 259. İkili ayırım yaparak yokluk ve kısmi kesin hükümsüzlük söz konusu olabileceğini savunan görüş için bkz. Aydoğdu, **Genel İşlem Koşulları**, s. 141; Murat Aydoğdu, **Türk Borçlar Hukuku'nda Genel İşlem Koşullarının ve Tüketici Hukuku'nda Haksız Şartların Denetimi**, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2014, s. 75 vd. Kısmi kesin hükümsüzlük olduğunu savunan görüş için bkz. Hatemi/ Gökyayla, **a.g.e.**, s. 66; Havutçu, **GİŞ**, s. 144-145. Kesin hükümsüzlükten daha ağır bir yaptırım söz konusu olduğunu savunan görüş için bkz. Antalya, **a.g.e.**, s. 505; Yeniocak, **a.g.m.**, s. 86. Kendisine özgü bir yaptırım türü olduğunu savunan görüş için bkz. Yelmen, **a.g.e.**, s. 105-106.

¹⁶ Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 167; Eren, **a.g.e.**, s. 236; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 162; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 175; Aydoğdu, **Genel İşlem Koşulları**, s. 230; Hatemi/ Gökyayla, **a.g.e.**, s. 65; Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, s. 238; Bakır, **a.g.e.**, s. 24; Akçaal, **a.g.m.**, s. 59; Yağcıoğlu, **a.g.m.**, s. 3060; Engin, **a.g.e.**, s. 65; Havutçu, **GİŞ**, s. 151-152.

ağırlaştırıcı nitelikte hükümler konulamaz.” Karşı taraf aleyhine olma, dürüstlük kuralına aykırı bir biçimde onun aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırma şeklinde gerçekleşmektedir. Böylece içerik denetiminin objektif unsuru dürüstlük kuralına aykırılık iken, sübjektif unsuru da karşı taraf aleyhinde dengesizliğe neden olmasıdır¹⁷.

Bu düzenleme ile ahlâka aykırılık derecesine varmasa bile, dürüstlüğe aykırı olarak nitelendirilen davranışların, genel işlem koşulları alanında da önlenmesi amaçlanmıştır¹⁸. Genel işlem koşulunun hükümsüz sayılması için dürüstlük kuralına ters düşecek ölçüde karşı tarafın menfaatine aykırı olması gerekmektedir.

Hükümde içerik denetimine dair temel kıstas dürüstlük kuralı olsa da dürüstlük kuralına aykırılığın tespitinde kullanılacak kriter veya örneklere yer verilmemiştir. Bu sebeple dürüstlük kuralına aykırı genel işlem koşullarının tespitinde değiştirme yasağı, TKHK m. 5’e dayanılarak çıkarılan Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik Ek’inde bulunan haksız şart örnekleri, saydamlık kuralı, TTK m. 55/1-f’de öngörülen kriterlerden faydalanılması mümkündür.

a. Dürüstlük Kuralına Aykırılığın Tespitindeki Ölütler

(1) TTK m. 55/1-f

TBK m. 25 bakımından dürüstlük kuralına aykırılık tespit edilirken, TTK m. 55/1-f bendinin (1) ve (2) alt bentlerinde gösterilen kriterlerden faydalanılması mümkündür¹⁹. Bu sebeple taraflar arasındaki sözleşmeye uygulanacak olan kanuni düzenlemelerden önemli ölçüde ayrılan veya sözleşmenin niteliğine önemli ölçüde aykırı hak ve borç dağılımı öngören genel işlem koşulları, dürüstlük kuralına aykırı olarak değerlendirilebilir.

(2) Saydamlık Kuralı

¹⁷ Aydoğdu, **Genel İşlem Koşulları**, s. 266

¹⁸ Türk Borçlar Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/499), TBMM Dönem: 23, Yasama Yılı: 2, S. Sayısı: 321.

¹⁹ Eren, **a.g.e.**, s. 245; Hüseyin Ülgen/Mehmet Helvacı/Arslan Kaya/Fusun Nomer Ertan, **Ticari İşletme Hukuku**, Vedat Kitapçılık, 6.Baskı, İstanbul 2019, s. 600; Reha Poroy/Hamdî Yasaman, **Ticari İşletme Hukuku**, Vedat Kitapçılık, 18.Baskı, İstanbul 2019, s. 463; Nomer Ertan, **a.g.e.**, s. 365; Abdüssamet Yılmaz, **Haksız Rekabet Hukukunda Genel İşlem Şartı Kullanımı**, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2015, s. 55; Yağcıoğlu, **a.g.m.**, dn. 14 ve s. 3087; Uzunallı, **a.g.m.**, s. 411-412; Atamer, **Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi**, s. 43. Haksız rekabetle ilgili kuralın uygulama alanının farklı olmasından ötürü bu kritere dayanılmaması gerektiğini savunan görüş için bkz. Aydoğdu, **Genel İşlem Koşulları**, s. 269; Aydoğdu, **Genel İşlem Koşullarının ve Haksız Şartların Denetimi**, s. 124-125.

Taraflar arasındaki dengenin bozulması sonucunda dürüstlük kuralına aykırı durumun meydana gelmesi, sözleşme hükümlerinin yazılma şekliyle ilgili de olabilecektir. Saydamlık kuralı uyarınca, sözleşme hükümlerini tek taraflı olarak belirleyen kişinin, bunları, karşı taraf için açık ve anlaşılır bir içerik taşıyacak şekilde düzenleme yükümlülüğü vardır²⁰. Örneğin, müşterinin haklarının neler olduğu sözleşmenin çok farklı yerlerinde ve anlaşılmayacak şekilde bulunuyorsa, müşterinin haklarını kullanması engellendiğinden bu şekilde düzenlenen genel işlem koşullarının dürüstlük kuralına aykırı olduğu ileri sürülebilecektir²¹.

Bu kural, TKHK m. 5/6'da “Sözleşme şartlarının yazılı olması hâlinde, tüketicinin anlayabileceği açık ve anlaşılır bir dilin kullanılmış olması gerekir” şeklinde belirtilmektedir. Benzer bir düzenleme TBK hükümleri arasında yer almasa da TBK m. 25'deki boşluğun doldurulmasında bu düzenlemeden yararlanılması mümkün olacaktır.

(3) Değişirme Yasağı

TBK m. 24 ile kanun koyucu bir genel işlem koşulu tipi için özel düzenlemeye yer vermiştir. Bu hüküm uyarınca, genel işlem koşullarının bulunduğu bir sözleşmede veya ayrı bir sözleşmede yer alan ve düzenleyene tek yanlı olarak, karşı taraf aleyhine genel işlem koşulları içeren sözleşmenin bir hükmünü değiştirme ya da yeni düzenleme getirme yetkisi veren kayıtlar yazılmamış sayılacaktır.

Genel işlem koşullarının, düzenleyen tarafından tek yanlı ve önceden hazırlanmış olması, düzenleyene tek yanlı olarak değiştirme hakkı verildiği anlamına gelmez. Uygulamada bu konuda düzenleyene ayrıca yetki verilmesiyle karşılaşılmaktadır, bu şekilde yetki saklı tutulsa bile kanun hükmüyle yazılmamış sayılacağı öngörülmüştür. Nitekim hükmün gerekçesinde de bu hususta özel düzenleme yapılmasına sebep olarak, uygulamada bu tip hükümlere çok fazla yer veriliyor oluşu gösterilmiştir.

Bu tip genel işlem koşullarının yazılmamış sayılması sonucuyla ifade edilmek istenen, içerik denetimi söz konusu olduğu için TBK m. 27 gereğince kesin hükümsüzlük halidir²².

Hükmün lafzı ve gerekçesi doğrultusunda, bu tip kayıtların doğrudan kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi olması gerekmektedir. Ancak Tüketici

²⁰ Poroy /Yasaman, **a.g.e.**, s. 459; Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, s. 234; Yavuz, **a.g.e.**, s. 281; Atamer, **Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi**, s. 48.

²¹ Nomer Ertan, **a.g.e.**, s. 364.

²² Aydoğdu, **Genel İşlem Koşulları**, s. 250; Nomer Ertan, **a.g.e.**, s. 362; Aydoğdu, **Genel İşlem Koşullarının ve Haksız Şartların Denetimi**, s. 77; Atamer, **Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi**, s. 59. Burada yokluk yaptırımı uygulanması gerektiğini savunan görüş için bkz. Eren, **a.g.e.**, s. 236; Akçaal, **a.g.m.**, s. 61.

Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik Ek’i listesindeki 1/h bendinde bahsettiğimiz husus “Sözleşmeyi düzenleyen sözleşme şartlarını, sözleşmede belirtilen haklı bir sebep olmaksızın tek taraflı olarak değiştirmesine imkân veren şartlar” şeklinde ifade edilerek, haksız şart olarak kabul edilmektedir. Yönetmelikte daha esnek davranılarak, sözleşmede önceden belirlenmesi şartıyla önemli sebep varlığında kişinin, sözleşme değişikliği yapmasına dair izin verilmiştir. Bu sebeple doktrinde de ifade edilen, TBK m. 24’ün TBK m. 25 ile yorumlanması ve her somut olayda değiştirme yasağının dürüstlük kuralına aykırılık oluşturup oluşturmadığının incelenmesi, bunun sonucunda kesin hükümsüzlüğe karar verilmesine dair bir düzenlemenin, amaca daha uygun olacağı kanaatindeyiz²³.

(4) Tüketici Hukuku Düzenlemeleri

Genel işlem koşullarına dair dürüstlük kuralına aykırılık tespit edilirken, TKHK m. 5’den ve TKHK m. 5’e dayanılarak çıkarılan Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik Ek’inde bulunan haksız şart örneklerinden faydalanılabilmesi de mümkündür²⁴. Haksız şartların birden fazla sözleşmede kullanılma amacıyla hazırlanması zorunluluğu yoktur. Bu sebeple haksız şartlar çoğu zaman genel işlem koşulu olarak karşımıza çıksa da haksız şartlar ve genel işlem koşulları aynı anlama gelmemektedir.

Yönetmelik Ek’inde haksız şart olarak ifade edilen hususlardan biri olarak, “Yükümlülüklerini yerine getirmeyen tüketicinin, orantısız biçimde yüksek bir tazminat ödemesini gerektiren şartları” örnek gösterebiliriz. Bu şekilde Yönetmelik’te somut biçimde haksız şart durumları örnek olarak gösterilmektedir²⁵.

(5) İçerik Denetiminin Sonucu

TTK m. 25’te belirtilen durumlara ilişkin bir koşulun sözleşme içeriğine dâhil olması durumunda, emredici hukuk kuralının ihlal edilmesi sebebiyle koşul, kesin hükümsüz olacaktır²⁶. Burada söz konusu olan kısmi geçersizlik olup,

²³ Aydoğdu, **Genel İşlem Koşulları**, s. 253; Nomer Ertan, **a.g.e.**, s. 363; Engin, **a.g.e.**, s. 66.

²⁴ Eren, **a.g.e.**, s. 247; Yılmaz, **a.g.e.**, s. 54; Nomer Ertan, **a.g.e.**, s. 364; Yağcıoğlu, **a.g.m.**, s. 3086; Atamer, **Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi**, s. 43; Havutçu, **TBK Değerlendirme**, s. 45.

²⁵ Yönetmelik’te örnek gösterilen haksız şart durumlarından bazıları şu şekildedir: (i) Sözleşmeyi düzenleyen yükümlülüklerini yerine getirmemesine rağmen tüketicinin bütün yükümlülüklerini yerine getirmesini zorunlu kılan şartlar, (ii) Tüketicinin, sözleşmenin kurulmasından önce fiilen bilgi sahibi olamayacağı sözleşme şartlarını, geri dönülemez bir şekilde kabul ettiğini öngören şartlar, (iii) Sözleşmeyi düzenleyen sözleşme şartlarını, sözleşmede belirtilen haklı bir sebep olmaksızın tek taraflı olarak değiştirmesine imkan veren şartlar.

²⁶ Eren, **a.g.e.**, s. 249; Aydoğdu, **Genel İşlem Koşulları**, s. 280; Cansel/Özel, **a.g.e.**, s. 136; Nomer Ertan, **a.g.e.**, s. 361; Yelmen, **a.g.e.**, s. 157; Akçaal, **a.g.m.**, s. 62; Yeniocak,

sözleşmenin kapsamına dâhil edilen hükümlerden, genel işlem koşullarına konulması yasak olanlar dışındakiler, geçerliliklerini koruyacaktır²⁷.

TBK m. 27/2 uyarınca, sözleşmenin içerdiği hükümlerden bir kısmının hükümsüz olması, diğerlerinin geçerliliğini etkilemez. Ancak, bu hükümler olmaksızın sözleşmenin yapılmayacağı açıkça anlaşılırsa, sözleşmenin tamamı kesin olarak hükümsüz olur.

Genel işlem koşullarının yürürlük denetiminde, TBK m. 27/2'ye göre sözleşmenin yapılmayacağına dair bir savunma yapılamayacağı kanun maddesinde belirtilmiştir. Nitekim TKHK m. 5/2'de de sözleşmeyi düzenleyen, kesin olarak hükümsüz sayılan şartlar olmasaydı diğer hükümlerle sözleşmeyi yapmayacak olduğunu ileri süremeyeceği belirtilmiştir. Buna karşılık içerik denetimi bakımından uygulanma hususunda ise TBK'da bir açıklık bulunmamaktadır.

Sadece kendi lehine sözleşmeye dâhil ettiği bir koşulun batıl sayılması halinde genel işlem koşulu kullananın, bu koşul olmaksızın sözleşme ile bağlı olmak istemediğini ileri sürmesi ihtimali yüksek derecede mevcuttur²⁸. Dolayısıyla TBK m. 27/2'nin içerik denetimine uygulanmasının kabulü halinde, sözleşmenin batıl şartlar olmaksızın ayakta kalması mümkün olmayacaktır. Ayrıca kanun koyucu m. 24 ve m. 25'in gerekçelerinde, kesin hükümsüzlük halinde m. 27/2'nin ikinci cümlesinin uygulanmayacağını ifade etmiştir²⁹. Bu sebepler doğrultusunda, genel işlem koşullarını düzenleyen kişi, TBK m. 25 uyarınca kesin hükümsüz olan genel işlem koşulu olmasaydı, TBK m. 27/2 çerçevesinde sözleşmenin hiç yapılmayacak olmasına dair savunma ileri sürememelidir³⁰.

b. TBK Hükümlerinin Tacire Uygulanıp Uygulanmayacağı

(1) Genel Olarak

TBK'nın 20-25.maddeleri arasında genel işlem koşullarının kişi bakımından uygulama alanı ile ilgili özel bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Taraflarını,

a.g.m., s. 94; Atamer, **Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi**, s. 61; Havutçu, **TBK Değerlendirme**, s. 45; Reisoğlu, **Türk Borçlar Hukuku**, s. 78.

²⁷ Eren, **a.g.e.**, s. 249; Haluk N. Nomer, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 17.Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2020, s. 85; Aydoğdu, **Genel İşlem Koşulları**, s. 280; Cansel/Özel, **a.g.e.**, s. 136; Aydoğdu, **Genel İşlem Koşullarının ve Haksız Şartların Denetimi**, s. 133; Akçaal, **a.g.m.**, s. 62; Yelmen, **a.g.e.**, s. 157; Reisoğlu, **Türk Borçlar Hukuku**, s. 78.

²⁸ Aydoğdu, **Genel İşlem Koşulları**, s. 280; Atamer, **Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi**, s. 62.

²⁹ Türk Borçlar Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/499), TBMM Dönem: 23, Yasama Yılı: 2, S. Sayısı: 321.

³⁰ Eren, **a.g.e.**, s. 251; Nomer, **a.g.e.**, s. 84; Aydoğdu, **Genel İşlem Koşulları**, s. 283; Nomer Ertan, **a.g.e.**, s. 366; Yavuz, **a.g.e.**, s. 284; Atamer, **Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi**, s. 62; Havutçu, **TBK Değerlendirme**, s. 45.

basiretli iki tacirin oluşturduğu bir sözleşmede; sözleşme hükümlerinin belirlenmesinde hiçbir söz hakkı olmayan tüketicinin ihtiyaç duyduğu korumaya gerek olmayacaktır³¹. Buna karşılık, bir tacirin her zaman sözleşme koşullarını müzakere olanağına sahip olduğu veya teklif edilen genel işlem koşullarını değiştirme imkânının bulunduğu da söz edilemez³². Dolayısıyla tacirler arası işlemlerde genel işlem koşulu kullanılması halinde, tüketicilere kıyasla daha az rastlanmasına karşın, bazı durumlarda sözleşmeye müdahale edilme ihtiyacı olacaktır. Örneğin, ekonomik açıdan güçlü konumda olan bankadan işletmesine kredi alan bir tacir lehine genel işlem koşulları ile ilgili denetim hükümleri uygulanabilmelidir³³. Birçok sözleşmede (standart sözleşmelerde) de tacirlerin sözleşme hükümlerini müzakere etme olanağı yoktur. Örneğin abonelik sözleşmesinin (telefon, elektrik, su, internet gibi) tarafı tacir de olsa standart sözleşme söz konusu olacağı için tacirin korunma ihtiyacı mevcut olacaktır. Bu nedenle de doktrinde bu hususta farklı görüşler ileri sürülmüştür.

Doktrindeki çoğunluk görüşü, TBK hükümlerinin tacir olan/olmayan ayrımı yapmaksızın herkese uygulanabilir olduğunu savunmaktadır³⁴. Bu şekilde düzenleyen tarafın tacir olması önemsenmeksizin, küçük ve orta ölçekli işletmelerin, daha büyük ölçekli işletme sahipleriyle akdettiği sözleşmelerdeki genel işlem koşulları denetimden faydalanabilecektir. Bu görüş sadece tüketici standart sözleşmelerini herkese uygulanmadan ayrı tutarak, onlara önce TKHK ve ilgili yönetmeliğin uygulanması, orada hüküm bulunmayan durumlarda ise niteliğine aykırı düşmedikçe TBK hükümlerinin uygulanacağını savunur³⁵.

³¹ Aydoğdu, **Genel İşlem Koşulları**, s. 54; Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, s. 228; Yeşim Atamer, “Genel İşlem Koşulu mu Bireysel Pazarlıkla Kurulan Sözleşme mi? Tüketici ve Tacir İşlemleri Açısından Karşılaştırmalı Olarak Başvurabilecek Değerlendirme Kriterleri”, **Yeni Türk Borçlar Kanunu ve Yeni Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu Makaleler**, Tebliğler, Çiğdem Kırcı (ed.), İstanbul 2013, s. 121 vd.; Engin, **a.g.e.**, s. 60; Havutçu, **TBK Değerlendirme**, s. 32.

³² Poroy /Yasaman, **a.g.e.**, s. 462; Aydoğdu, **Genel İşlem Koşulları**, s. 53; Yılmaz, **a.g.e.**, s. 142; Kara, **a.g.m.**, s. 727; Atamer, **Genel İşlem Koşulu mu Bireysel Pazarlıkla Kurulan Sözleşme mi?** s. 126.

³³ Aydoğdu, **Genel İşlem Koşulları**, s. 53.

³⁴ Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 162; Eren, **a.g.e.**, s. 230; Nomer Ertan (Ülgen), **a.g.e.**, s. 599; Poroy /Yasaman, **a.g.e.**, s. 463; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 171; Aydoğdu, **Genel İşlem Koşulları**, s. 48; Yılmaz, **a.g.e.**, s. 142; Akçaal, **a.g.m.**, s. 52; Murat Aydoğdu, “6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda Düzenlenen Genel İşlem Koşullarının Kişi Bakımından Uygulama Alanı”, Prof. Dr. Aydın Zevkliler’e Armağan, Cilt I, **Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi**, C.8, Özel Sayı-2013, s. 597-600; Engin, **a.g.e.**, s. 60; Havutçu, **TBK Değerlendirme**, s. 32; Altop, **a.g.m.**, s. 256.

³⁵ Aydoğdu, **Genel İşlem Koşulları**, s. 52; Engin, **a.g.e.**, s. 60.

Aksi bir görüş, TBK hükümlerinin tacirler arası işlemler olan ticari sözleşmelere uygulanmayacağını, bu durumda sadece TTK m. 55/1-f hükmünün uygulanabileceğini savunmaktadır³⁶.

Bir başka görüş de ticari sözleşmeler bakımından TTK m. 55/1-f hükmünün TBK hükümleri karşısında özel hüküm teşkil edeceği için öncelikle uygulanmasının gerektiğini, boşluk bulunduğu durumlarda ise TBK hükümlerinin uygulanacağını savunmaktadır³⁷.

TBK'nın genel işlem koşullarına ilişkin hükümlerinin, tacirler bakımından da uygulama kabiliyetine sahip olması, asıl olarak yürürlük denetimi aşamasında eleştirilere sebebiyet vermektedir. Tacirler arasındaki işlemlerde genel işlem koşullarına dair gerekli korumanın içerik denetimi ile sağlanabileceği, yürürlük denetiminin uygulanması halinde, ticari hızı olumsuz etkileyecek sonuçlara sebebiyet verebileceği, buna ise gerek olmadığı dile getirilmektedir³⁸. Yürürlük denetimine ilişkin eleştiri doğrultusunda, sözleşme konusunun değer yüksekliği kıstas kabul edilerek, belirli eşik değeri aşan sözleşmelerde genel işlem koşulunun bireysel sözleşmeye dönüşebileceği, bunun sonucunda TBK'da öngörülen denetim hükümlerinin uygulanmaması yönünde bir düzenleme getirilmesi çözüm olarak önerilmektedir³⁹. Bu kabulün istisnası ise taraflar arasındaki ekonomik bir bağımlılık ilişkisi sebebiyle genel işlem koşullarının pazarlık konusu edilememiş olmasıdır⁴⁰.

Kanaatimizce TBK'nın 20-25.maddelerinin tacirler arasındaki ticari sözleşmeler açısından uygulanmayacağı kesin bir şekilde belirtilemeyecektir. Nitekim TBK, kural olarak herkese uygulanan hükümleri ihtiva ettiğinden, tacirlere uygulanmayacak hükümler özel olarak belirtilmiştir⁴¹. Genel işlem koşuluna ilişkin hükümlerde ise böyle bir düzenleme söz konusu olmadığından ötürü, direkt olarak uygulanmayacağı sonucuna varmak isabetli olmayacaktır. Ayrıca Türk Ticaret Kanunu, özel bir Kanun olup, tacirler hakkında uygulanacak hükümleri içermesinin yanında, TTK'da hüküm olmayan hallerde TBK hükümlerinin genel hüküm olarak uygulanması gerektiği Türk Ticaret Kanunu'nda (m. 1/1) açıkça düzenlenmiştir. TTK m. 55/1-f hükmü, tacirler arasındaki genel işlem koşullarının tanımı, unsurları ve denetimi amacıyla

³⁶ Antalya, **a.g.e.**, s. 483-486. Eleştirisi için bkz. Aydoğdu, **Genel İşlem Koşullarının ve Haksız Şartların Denetimi**, s. 165; Aydoğdu, **Kişi Bakımından Uygulama Alanı**, s. 601-602; Atamer, **Genel İşlem Koşulu mu Bireysel Pazarlıkla Kurulan Sözleşme mi?** s. 103, dn.2; Uzunallı, **a.g.m.**, s. 406, dn.111.

³⁷ Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 162.

³⁸ Atamer, **Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi**, s. 35.

³⁹ Atamer, **Genel İşlem Koşulu mu Bireysel Pazarlıkla Kurulan Sözleşme mi?** s. 131 vd.

⁴⁰ Nomer Ertan, **a.g.e.**, s. 368.

⁴¹ Örneğin, taksitle satışlarda TBK 272'de; kira sözleşmesinde 6217 sayılı Kanunun geçici 2. maddesinde (8 yıl süreyle) tacirlere uygulanmayacak hükümler özel olarak sayılmıştı.

düzenlenmemiş olup, sadece genel işlem koşulu içeren hangi sözleşmelerin TTK anlamında haksız rekabet oluşturacağına ilişkindir. Bu sebeple TTK, genel işlem koşullarıyla ilgili doğrudan bir düzenleme ve borçlar hukuku anlamında yaptırım (yokluk, kesin hükümsüzlük gibi) içermediği için m. 55/1-f, özel bir hükümdür. Bundan dolayı TBK m. 20-25 hükümleri ticari sözleşmeler bakımından da genel hüküm olarak uygulanmalıdır.

(2) Basiretli İş Adamı Gibi Davranma İlkesinin Getirdiği Sınırlamalar⁴²

TTK m. 18/2 uyarınca, her tacirin, ticaretine ait bütün faaliyetlerinde basiretli bir iş adamı gibi hareket etmesi gerekir. TBK hükümlerinin tacirlere uygulanıp uygulanmayacağı belirlenirken bu ilke çerçevesinde bir inceleme yapılması da gerekmektedir.

(i) Yürürlük Denetimi Bakımından

Basiretli bir iş adamı gibi davranması gereken tacirin, her zaman tecrübeli ve tedbirli olması esastır, kanun koyucu tacirin tecrübesiz veya acemi olabileceğini kabul etmemiştir. Bu sebeple tacirin sözleşme imzalarken, içerisinde genel işlem koşulu bulunup bulunmadığına dikkat etmesi ve metni dikkatle incelemesi gerekmektedir. Dolayısıyla tacirin ticari işletmesiyle ilgili imzaladığı sözleşmede, genel işlem koşulu bulunduğunu bilmediği veya fark etmediği yahut genel işlem koşullarını okumadığı savunması tacir tarafından ileri sürülemeyecektir⁴³.

Böylece tacirin, bu ilke gereğince, TBK m. 21 kapsamında yapacağı “sözleşmenin yapılması sırasında düzenleyenin genel işlem koşullarının varlığı hakkında kendisine bilgi vermediği” ve “genel işlem koşulları arasında sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı olan hükümler bulunduğu” savunma iddiaları dinlenmez.

Buna karşılık yürürlük denetimi bakımından tacir, ispat yükü kendisinde olmak üzere, “kendisi talep ettiği halde sözleşmenin yapılması sırasında düzenleyenin genel işlem koşullarının içeriğini öğrenme imkânı sağlamadığı” savunmasını ileri sürebilir⁴⁴.

(ii) Yorum ve İçerik Denetimleri Bakımından

Basiretli bir iş adamı gibi davranma ilkesi, tacirin zor durumda bulunmasına dair ihtimali engellemeyecektir. Uygulamada da tacirlerin zor durumda kaldıkları için kendi aleyhlerinde olan genel işlem koşullarını kabul ettiklerine rastlanmaktadır. Dolayısıyla tacirlerin her durumda genel işlem koşulları

⁴² Tacirlerin genel işlem koşuluna ilişkin denetim taleplerinin, basiretli iş adamı olarak hareket etme yükümlülüğüne aykırılık oluşturmayacağını savunan görüş için bkz. Poroy /Yasaman, **a.g.e.**, s. 463, Kara, **a.g.m.**, s. 728.

⁴³ Nomer Ertan, **a.g.e.**, s. 372; Yılmaz, **a.g.e.**, s. 52.

⁴⁴ Nomer Ertan, **a.g.e.**, s. 373.

hakkında pazarlık etme imkânı bulunmamaktadır⁴⁵. Bu durumlarda tacirin yorum ve içerik denetimi bakımından korunma ihtiyacı vardır.

Bir tacirin ticari işletmesiyle ilgili bir sözleşmeyi imzalaması halinde, açık ve anlaşılır olmayan veya birden çok anlama gelen genel işlem koşulları düzenleyenin aleyhine ve tacirin lehine yorumlanmalıdır.

Aynı şekilde tacirin ticari işletmesiyle ilgili bir sözleşmeyi imzalaması halinde, TBK m. 25 çerçevesinde içerik denetimine dair inceleme yapılmalı ve dürüstlük kurallarına aykırı olarak tacirin aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikteki genel işlem koşulları kesin hükümsüz sayılmalıdır. Ayrıca TBK m. 24 uyarınca değiştirme yasağı burada da söz konusu olmalıdır.

B. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ile Getirilen Düzenleme

Hukumumuzda genel işlem koşullarına dair ilk düzenleme, 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a, 4822 sayılı Kanun ile eklenen 6. madde ve bu madde uyarınca çıkarılan "Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik"tir.

2014'te yürürlüğe giren 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da da "Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar" 5. maddede düzenlenmiştir. 4077 sayılı Kanun'daki hüküm ile 6502 sayılı Kanun'daki hüküm temel olarak birbirinden farklı değildir.

6502 sayılı TKHK'da haksız şart "*tüketiciyle müzakere edilmeden sözleşmeye dâhil edilen ve tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde dürüstlük kuralına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olan sözleşme şartları*" şeklinde tanımlanmıştır. Hükümden açıkça anlaşıldığı üzere, TKHK kapsamındaki haksız şart için, genel işlem koşullarından farklı olarak, birden fazla sözleşme ilişkisinde kullanılmak amacıyla düzenlenmiş olması aranmamaktadır.

6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ile Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik⁴⁶ de tüketici açısından dengesizliğe yol açan haksız şartları göstermektedir.

Haksız şart kavramına genel işlem koşulu olan yahut olmayan sözleşme hükümleri dahil olabileceği için, TKHK'da yer alan "haksız şart" genel işlem koşulundan daha geniş bir kavramdır⁴⁷. Dolayısıyla TBK m. 20 anlamında denetime tâbi sayılan her genel işlem koşuluna ilişkin hüküm, TKHK m. 5

⁴⁵ Aydoğdu, **Genel İşlem Koşulları**, s. 53; Nomer Ertan, **a.g.e.**, s. 374; Yılmaz, **a.g.e.**, s. 52.

⁴⁶ RG. T. 17.6.2014 – S. 29033.

⁴⁷ Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 169; Nomer Ertan (Ülgen), **a.g.e.**, s. 599; Poroy /Yasaman, **a.g.e.**, s. 461; Akçaal, **a.g.m.**, s. 51-52; Açıkgöz, **a.g.e.**, s. 303; Atamer, **Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi**, s. 19-20.

uyarınca da denetlenebilirken, TKHK m. 5 uyarınca denetlenebilecek her hüküm, TBK m. 20 çerçevesinde denetlenemez.

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 5.maddesi, uygulama alanı itibariyle sadece tüketicilere karşı kullanılan haksız şartların/genel işlem koşullarının denetlenmesine yönelik olduğundan, bir tarafın tüketici olmadığı sözleşmelerde haksız şartların/genel işlem koşullarının denetimi bu düzenlemenin kapsamı dışındadır.

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 5. maddesinin, Türk Borçlar Kanunu'ndaki genel işlem koşullarına ilişkin 20-25. maddelere göre, özel hüküm oluşturduğu kabul edilmelidir. Bu nedenle, tüketici sözleşmesinde kullanılan genel işlem koşulları öncelikle Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 5. maddesine tabi olacak, ancak burada hüküm bulunmayan hallerde Türk Borçlar Kanunu'nun 20-25. madde hükümlerinin uygulanması mümkün olabilecektir⁴⁸.

C. Türk Ticaret Kanunu ile Getirilen Düzenleme

Dürüstlük kuralına aykırı genel işlem koşulu kullanmak, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda haksız rekabet halleri arasında düzenlenmiştir. TTK'da genel işlem koşullarının yürürlük veya içerik ya da yorum denetimine ilişkin bir düzenleme değil, genel işlem koşullarına ilişkin haksız rekabetin hangi hallerde söz konusu olacağına dair bir düzenleme mevcuttur.

Haksız rekabet hükümleri, genel işlem koşullarının dürüstlük kuralına aykırı kullanılmasını, sözleşme adaleti çerçevesinde bir yaptırıma tabi tutmamaktadır. Genel işlem koşullarının haksız rekabete ilişkin hükümlerde düzenlenmesinin sebebi, bunların dürüstlük kuralına aykırı olarak kullanılmalarının rekabeti bozucu etkileri olacağı ve dolayısıyla pazara katılan kişilerin menfaatlerini etkileyebileceği düşüncesidir. Diğer tarafta ise TBK sözleşme özgürlüğünü ve taraflar arasında bozulan menfaat dengesini tekrardan sağlama amacına yönelmektedir⁴⁹.

II. HAKSIZ REKABETE İLİŞKİN GENEL AÇIKLAMALAR

Hızlı bir ekonomik gelişmeyle birlikte başlayan ve rakipleri bertaraf etmek amacıyla yürütülen rekabet için anlayışın, 1930'lu yıllarda değişmeye başlamasıyla haksız rekabetin sadece rakipleri değil, aynı zamanda piyasalarda rol alan diğer ilgilileri de koruyucu nitelikte olduğu kabul edilmiştir⁵⁰. Haksız

⁴⁸ Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 162; Nomer Ertan (Ülgen), **a.g.e.**, s. 599; Nomer Ertan, **a.g.e.**, s. 353; Yılmaz, **a.g.e.**, s. 138; Yağcıoğlu, **a.g.m.**, s. 3073; Engin, **a.g.e.**, s. 59; Havutçu, **TBK Değerlendirme**, s. 31. Yarışan hakların söz konusu olması sebebiyle hak sahibinin, istediği kanundan yararlanabileceğini savunan görüş için bkz. Antalya, **a.g.e.**, s. 483.

⁴⁹ Antalya, **a.g.e.**, s. 474; Yılmaz, **a.g.e.**, s. 70.

⁵⁰ Nomer Ertan (Ülgen), **a.g.e.**, s. 555; Sabih Arkan, **Ticari İşletme Hukuku**, 25.Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2019, s. 345; Poroy /Yasaman,

rekabete ilişkin hükümler ile kanun koyucu, ticari hayatın gerektirdiği dürüstlüğü ve ticari ahlaki hâkim kılmayı amaçlayarak, piyasa katılımcılarının rekabet ederken tabi olacakları kuralları belirlemektedir⁵¹.

TTK m. 54/1 hükmü uyarınca, “*Haksız rekabete ilişkin bu Kısım hükümlerinin amacı, bütün katılanların menfaatine, dürüst ve bozulmamış rekabetin sağlanmasıdır.*” Haksız rekabet hukuku ile korunması amaçlanan, piyasaya katılan herkesin ve toplumun, işleyen bir rekabetin ayakta tutulmasından dolayı sağlayacağı menfaatlerdir⁵². “Bütün katılanlar” ifadesi de rekabet hukukunun ünlü üçlüsü olan ekonomi, tüketici ve kamuyu içermektedir⁵³. Bu doğrultuda TTK’daki haksız rekabete ilişkin düzenlemelerinin amacı; rakiplerin, müşterilerin dolayısıyla da tüketicilerin, meslek ve kamu çıkarlarını korumaktır.

Amaç gereğince rekabet eylemi, sadece dürüstlük ölçütüne göre değil, bu eylemin işleyen rekabet sistemine uygun sonuçları olup olmadığına göre de değerlendirilecektir⁵⁴. Kanun’un gerekçesi doğrultusunda, dürüst rekabet; dürüstlük kurallarına, centilmenliğe uygun olarak, saf ve hukuka uygun rekabeti ifade eder. Bozulmamış rekabet ise, güven duyulan hilesiz rekabettir⁵⁵.

TTK m. 54/2 uyarınca haksız rekabet, “*Rakipler arasında veya tedarik edenlerle müşteriler arasındaki ilişkileri etkileyen aldatıcı veya dürüstlük kuralına diğer şekillerdeki aykırı davranışlar ile ticari uygulamalar haksız ve hukuka aykırıdır*” şeklinde tanımlanmaktadır. Bu doğrultuda haksız rekabetin söz konusu olabilmesi için “dürüst davranma kuralı” önemli bir işlev arz etmektedir. Ayrıca haksız rekabetin oluşabilmesi için, haksız rekabet fiilini işleyen kişinin kusurlu

a.g.e., s. 373; Bakır, **a.g.e.**, s. 38; Nomer Ertan, **a.g.e.**, s. 85-86; Sabih Arkan, “Haksız Rekabet-Gelişmeler-Sorunlar”, **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, C.22, S.4, Aralık 2004, s. 5.

⁵¹ Nomer Ertan (Ülgen), **a.g.e.**, s. 547; Arkan, **a.g.e.**, s. 345; Poroy /Yasaman, **a.g.e.**, s. 378; Nomer Ertan, **a.g.e.**, s. 3; Engin Erdil, **Haksız Rekabet Hukuku**, Vedat Yayıncılık, İstanbul 2012, s. 20.

⁵² Nomer Ertan (Ülgen), **a.g.e.**, s. 556; Arkan, **a.g.e.**, s. 352; Poroy /Yasaman, **a.g.e.**, s. 377; Nomer Ertan, **a.g.e.**, s. 82; Sami Karahan, **Ticari İşletme Hukuku**, 27. Baskı, Konya, Mimoza Yayınları, 2015, s. 221; Kara, **a.g.m.**, s. 730; Şirin Güven, “6102 sayılı TTK’nun Haksız Rekabete Dair Düzenlemelerinin Amacı ve Koruduğu Menfaatler Çerçevesinde Dürüst ve Bozulmamış Rekabet Kavramı”, **MÜHF Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C.18, S.2, 2012, s. 175.

⁵³ Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/324), TBMM Dönem: 23, Yasama Yılı: 2, S. Sayısı: 96.

⁵⁴ Nomer Ertan (Ülgen), **a.g.e.**, s. 562; Arkan, **a.g.e.**, s. 353; Poroy /Yasaman, **a.g.e.**, s. 387; Uzunallı, **a.g.m.**, s. 1.

⁵⁵ Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/324), TBMM Dönem: 23, Yasama Yılı: 2, S. Sayısı: 96.

olmasına gerek bulunmamaktadır. Failin kusurlu olup olmaması, sadece haksız rekabet sonucunda açılacak davaların belirlenmesi açısından önem taşır⁵⁶.

TTK haksız rekabet hakkında genel bir tanımın yanı sıra m. 55/1'de haksız rekabet olarak kabul edilen başlıca halleri saymıştır. TTK m. 55'in lafzından da anlaşılabilirliği üzere bu hükümde sayılan durumlar örnek niteliğinde olup sınırlı sayıda değildir. Bu sebeple TTK m. 55'te sayılmadığı halde, TTK m. 54/2 hükmündeki genel ilkedan hareketle başka haksız rekabet eylemlerinin mevcut olması mümkündür. Burada dikkat edilmesi gereken husus, TTK m. 55'te sayılan durumlardan birinin kapsamına giren davranış söz konusu olduğunda genel hükme göre bir inceleme yapılmasına gerek olmaması, bu davranışın doğrudan haksız rekabete yol açtığı hususunun kabul edilmesidir⁵⁷. TTK m. 55'te sayılan örnek durumlardan birisi de “dürüstlük kuralına aykırı işlem (şartı) koşulu kullanmak”tır.

III. BİR HAKSIZ REKABET HALİ: DÜRÜSTLÜK KURALINA AYKIRI GENEL İŞLEM KOŞULU KULLANMAK

Dürüstlük kuralına aykırı genel işlem koşulu kullanılması, kanun koyucu tarafından piyasayı etkileyebilecek davranışlardan biri olarak görülmüş ve genel işlem koşullarının kullanılması, dürüst ve bozulmamış rekabete zarar vereceği düşüncesi ile bir haksız rekabet hali olarak nitelendirilmiştir. Bu tür genel işlem koşullarını kullanan kişi, kullanmayan rakiplerine göre rekabet yarışında haksız bir şekilde avantaj sağlayabilmektedir.

Dürüstlük kuralına aykırı genel işlem koşulu kullanmanın haksız rekabet oluşturduğunu ifade eden TTK m. 55/1-f hükmü şu şekilde kaleme alınmıştır:

“f) Dürüstlük kuralına aykırı işlem şartları⁵⁸ kullanmak. Özellikle yanıltıcı bir şekilde diğer taraf aleyhine;

1. Doğrudan veya yorum yoluyla uygulanacak kanuni düzenlemeden önemli ölçüde ayrılan veya

⁵⁶ Nomer Ertan (Ülgen), **a.g.e.**, s. 566; Arkan, **a.g.e.**, s. 353; Ali Bozer/Celal Göle, **Ticari İşletme Hukuku**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 5.Baskı, Ankara 2018, s. 214; Bakır, **a.g.e.**, s. 53; Hayrettin Çağlar/Rıza Ayhan, **Ticari İşletme Hukuku-Genel Esaslar**, Yetkin Yayınları, 10.Baskı, Ankara 2017, s. 384; Nomer Ertan, **a.g.e.**, s. 122; Karahan, **a.g.e.**, s. 223; Erdil, **a.g.e.**, s. 38.

⁵⁷ Arkan, **a.g.e.**, s. 354; Nomer Ertan (Ülgen), **a.g.e.**, s. 559; Nomer Ertan, **a.g.e.**, s. 97-98; Erdil, **a.g.e.**, s. 56. TTK md.55'te sayılan örnekler için söz konusu fiilin TTK md.54'te ifade edilen genel tanıma uygun olup olmadığının da araştırılması gerektiğini belirten aksi görüş için bkz. Poroy/Yasaman, **a.g.e.**, s. 389-393; Karahan, **a.g.e.**, s. 224; Yılmaz, **a.g.e.**, s. 26.

⁵⁸ Giriş kısmında da ifade ettiğimiz üzere, TTK m. 55/1-f'de genel işlem koşulu kastedilmiştir.

2. Sözleşmenin niteliğine önemli ölçüde aykırı haklar ve borçlar dağılımını öngören, önceden yazılmış genel işlem şartlarını kullananlar dürüstlüğe aykırı davranmış olur.”

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunundaki bu hükmün kaynağı, 1986 tarihli İsviçre Haksız Rekabete İlişkin Federal Kanun’un eski 8. maddesidir⁵⁹. İsviçre’de 2011 yılında yapılan kanun değişikliği ile madde değiştirilmiş, ancak Türk kanun koyucu TTK m. 55/1-f’de bir değişiklik yapmamıştır.

TTK m. 55/1-f’nin mehzaz hükmü olan İsviçre Haksız Rekabete İlişkin Federal Kanun’un eski 8. maddesi şu şekildedir:

“Özellikle, önceden yazılmış ve diğer taraf aleyhine yanılıcı bir şekilde

a. Doğrudan veya yorum yoluyla uygulanacak kanuni düzenlemeden önemli ölçüde ayrılan veya

b. Sözleşmenin niteliğine önemli ölçüde aykırı haklar ve borçlar dağılımını öngören

genel işlem koşulları kullanan”

Bu maddenin yeni şekli ise şu şekildedir:

“Dürüstlük kurallarına aykırı bir şekilde tüketiciler aleyhine önemli ölçüde ve haksızca sözleşmesel hak ve borçlar arasında dengesizlik öngören genel işlem koşulları kullanılması”⁶⁰

Hükümde yapılan bu değişiklik sonucunda “yanılııcılık” koşulundan vazgeçilmiş ve sadece tüketiciler aleyhine genel işlem koşulu kullanımı halinde denetim söz konusu olmaktadır. Ayrıca değişiklikle genel işlem koşulunun haksız olup olmadığı değerlendirilmesinde yasal düzenlemeden önemli şekilde ayrılma kriteri de kaldırılmıştır. “Kanuni düzenleme” ya da “sözleşmenin niteliği” gibi tartışmalı ifadeler yerine konuya uyumlu olarak “sözleşmedeki hak ve borçlar” ifadesinin kullanması doktrinde isabetli bulunmaktadır⁶¹. İsviçre’de borçlar kanununda genel işlem koşullarını düzenleyen genel bir hüküm bulunmaması ve genel işlem koşullarını düzenleyen tek hükmün haksız rekabet kanunundaki özel hüküm olması sebepleriyle, hükümdeki değişikliklerin sonucunda İsviçre hukukunda genel işlem koşullarının etkin, açık ve soyut içerik denetiminin⁶² yolu açılmıştır⁶³.

⁵⁹ Nomer Ertan (Ülgen), **a.g.e.**, s. 598; Nomer Ertan, **a.g.e.**, s. 348; Kara, **a.g.m.**, s. 730.

⁶⁰ İlgili madde çevirileri için bkz. Nomer Ertan, **a.g.e.**, s. 349.

⁶¹ Yılmaz, **a.g.e.**, s. 93.

⁶² Soyut içerik denetimi, genel işlem koşullarının somut sözleşme ilişkisi mevcut olmaksızın yargısal denetimini ifade eder.

⁶³ Yağcıoğlu, **a.g.m.**, s. 3088-3089; Uzunallı, **a.g.m.**, s. 391.

Genel işlem koşulları için TBK ile düzenlenen hukuki korumadan, sadece sözleşmenin karşı tarafı konumunda olan kişi faydalanarak dava açabilecektir. Genel işlem koşullarının haksız rekabet hali olarak düzenlenmesinin sonucunda ise üçüncü kişilere de imkân tanınarak, taraflar dışındaki kişilerin de dava açabilmesi mümkün hale getirilmektedir. Örneğin, bankaların tüketicilerle/tacirlerle yaptıkları kredi sözleşmelerinde dürüstlük kuralına aykırı hüküm bulunması durumunda tüketici derneği yahut bankalar birliği de dava açabilecektir. Ayrıca haksız rekabet düzenlemesi sonucunda açılacak dava türleri de farklılaşmaktadır.

Genel işlem koşulu kullanımı, tek başına hukuka aykırılık meydana getiren bir durum oluşturmayacaktır. Genel işlem koşulu kullanımının haksız rekabet teşkil edebilmesi, bu koşulların dürüstlük kuralına aykırı olmaları şartına bağlıdır. Böylece düzenlemede “dürüstlük kuralı” temel rol üstlenmiştir. Bu sebeple TTK m. 55/1-f'nin uygulanabilmesi için ilk olarak genel işlem koşulunun kullanılmış olması, sonrasında bu genel işlem koşulunun dürüstlük kuralına aykırılık teşkil etmesi gerekmektedir.

A. Genel İşlem Koşulu Kullanımı

TTK m. 55/1-f hükmü kapsamında bir denetim yapılabilmesi için ilk olarak bir genel işlem koşulunun kullanılmış olması gerekmektedir. Sözleşmede yer alan hükümlerin genel işlem koşulu teşkil edip etmediklerinin tespiti; TTK m. 55/1-f'de genel işlem koşullarına dair özel bir tanıma yer verilmemesi sebebiyle, genel işlem koşullarının temel düzenleme yeri olan TBK m. 20 hükmünden yararlanılmak suretiyle yapılacaktır⁶⁴.

Bir sözleşme hükmünün genel işlem koşulu olarak nitelendirilebilmesi için söz konusu hükmün kaç sözleşmenin içeriğini oluşturduğunun bir önemi bulunmamaktadır⁶⁵. Kanunda açıkça önemli olan hususun, ileride çok sayıdaki benzer sözleşmede kullanmak amacı olduğu belirtilmiştir.

Sözleşmede yer alan hükmün genel işlem koşulu olduğu tespit edildikten sonra, TTK m. 55/1-f'de geçen “kullanım” ifadesinin ne anlama geldiği hususunda bir inceleme yapılması gerekmektedir.

Doktrinde bir görüş “kullanım” ifadesini geniş yorumlayarak; genel işlem koşullarını içeren sözleşmenin kurulmuş olmasının şart olmadığını, sözleşme yapmak amacıyla teklifte bulunmanın da haksız rekabetin oluşması bakımından yeterli kabul edilmesi gerektiğini belirtmektedir⁶⁶. Ancak genel işlem koşullarının sadece hazırlanmış ve basılmış olması bu kapsamda kullanım olarak

⁶⁴ Nomer Ertan (Ülgen), **a.g.e.**, s. 598; Poroy /Yasaman, **a.g.e.**, s. 458; Çağlar/Ayhan, **a.g.e.**, s. 398 ve dn.543; Yılmaz, **a.g.e.**, s. 74; Kara, **a.g.m.**, s. 731.

⁶⁵ Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 163; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 156; Antalya, **a.g.e.**, s. 492; Reisoğlu, **Türk Borçlar Hukuku**, s. 72.

⁶⁶ Yılmaz, **a.g.e.**, s. 76-77; Uzunallı, **a.g.m.**, s. 406.

değerlendirilemeyecektir, sözleşme yapılması amacıyla karşı tarafa sunulması gerekir. Geniş yorumlanması, haksız rekabet hükmüyle dürüstlüğe aykırı genel işlem koşullarına karşı önleyici koruma sağlayacaktır. Bu görüş uyarınca sözleşme müzakereleri sırasında genel işlem koşullarının kullanımı dahi haksız rekabet teşkil edebilecektir.

Doktrindeki ikinci görüş ise, genel işlem koşullarının kullanımı için bunların karşı tarafa teklif edilmesinin yeterli olmadığını, sözleşmenin kurulmasından önceki aşamada gerçekleştirilen hazırlık çalışmalarının bu kapsamda değerlendirilemeyeceğini ileri sürmektedir⁶⁷. Bu görüş uyarınca, genel işlem koşullarının kullanımından bahsedebilmek için sözleşmenin kurulması ve geçerli olması zorunluluk arz etmektedir. Görüş temellendirilirken; haksız rekabet hukukunun önleyici koruma sağlamayı konu edinmediği, haksız rekabet hukukunun ancak rekabet ortamının etkilendiği durumda devreye gireceği, genel işlem koşulu kullanıldığında rekabet ortamının etkilenmesi ve rekabet hakkının dürüstlüğe aykırı kullanılmasının ancak sözleşme ilişkisinin kurulması ile mümkün olacağı gerekçelerine dayanılmaktadır⁶⁸.

Kullanım ibaresinin, sözleşme öncesi görüşmeleri de kapsayacak şekilde geniş yorumlanması hükmün sınırlarını genişletecektir. Haksız rekabet hükümleri ile korunmak istenen menfaat ise “dürüst ve bozulmamış rekabet” olarak belirtilmiştir. Bir tacirin sözleşme ilişkisini kuramamış olsa da dürüstlük kuralına aykırı işlem şartları kullanması, bunları karşı tarafa sunması dürüst rekabet ortamının bozulması tehlikesini doğurabileceği için geniş yorum tercih edilmesi gerektiği düşünülebilir. Burada önem arz eden husus ise haksız rekabet hukukunun devreye girebilmesi için rekabet ortamının etkilenmesi gerekliliğidir, bu sebeple de önleyici koruma sağlama amacına sahip olduğu söylenemez. Ayrıca sözleşme müzakereleri sırasında haksız rekabetin kabul edilmesi, sözleşme kurulmadığı için TBK uyarınca denetimi de engelleyerek, geçerliliği bile olmayan koşulların haksız rekabet oluşturmasına sebebiyet verebilecektir. Bütün bu sebepler doğrultusunda, genel işlem koşullarının haksız rekabet oluşturması için sözleşmenin kurulmuş olması gerektiğini savunan ikinci görüşe katılmaktayız.

B. Genel İşlem Koşulunun Dürüstlük Kuralına Aykırı Olması

Kullanılan genel işlem koşulu nedeniyle bir haksız rekabetin söz konusu olabilmesi için ikinci şart, sözleşmedeki genel işlem koşulunun dürüstlük kuralına aykırı kullanılmasıdır.

Haksız rekabetin oluşabilmesi için sözleşmede bulunan tüm genel işlem koşullarının dürüstlük kuralına aykırı olması gerekmez, sadece birinin dürüstlük kuralına aykırılığı dahi haksız rekabetin gerçekleşmesi için yeterlidir.

⁶⁷ Poroy/Yasaman, **a.g.e.**, s. 464; Nomer Ertan (Ülgen), **a.g.e.**, s. 601; Nomer Ertan, **a.g.e.**, s. 376; Bakır, **a.g.e.**, s. 63; Kara, **a.g.m.**, s. 732; Yağcıoğlu, **a.g.m.**, s. 3069.

⁶⁸ Nomer Ertan, **a.g.e.**, s. 376.

Kanun koyucu genel işlem koşullarının denetiminde dürüstlük kuralını merkeze yerleştirmiştir. Gerek TBK m. 25'deki içerik denetiminde, gerekse TTK m. 55/1-f'deki haksız rekabet halinde, genel işlem koşullarının hukuka aykırılığını tespit etmek için başvuru kurum "dürüstlük kuralı"dır. Bu sebeple TBK m. 25 kapsamında yapılan denetim neticesinde dürüstlük kuralına aykırılığı ve dolayısıyla kesin hükümsüz olduğu tespit edilen bir genel işlem koşulu kullanılması, yine dürüstlük kuralına aykırılık nedeniyle haksız rekabet de oluşturacaktır⁶⁹.

Hukuka uygun ve bozulmamış rekabet ortamında, tüm katılanlar, piyasada taraf olan herkesin dürüst davranma kuralına göre hareket edeceğine güvenir ve güvenme hakkına da sahiptir. Dürüstlük kuralının ihlali, bu duyulan güvene de aykırılık teşkil ederek haksız rekabete neden olur⁷⁰.

Dürüstlük kuralına ilişkin hukukumuzdaki temel düzenleme, TMK m. 2 ile getirilmiştir. TMK m. 2'ye göre herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır. Dürüstlük kuralının temelinde güven düşüncesi bulunmaktadır⁷¹. İçerikleri kanun koyucu tarafından net bir şekilde ortaya konulmayan bu kurallar, değişken, belirsiz ve bireylerin dışında oluşan genel hükümlerdir⁷². Dürüstlük kuralı, kişiden, dürüst, makul ve yaptığı eylemin sonucunu bilebilen ortalama zekaya sahip bir kimsenin benzer olaylardaki davranışı gibi hareket etmesinin beklendiğini ifade eder⁷³.

TTK m. 55/1-f hükmünde "dürüstlük kuralına aykırı işlem şartı kullanmak" haksız rekabet hali olarak gösterilirken, dürüstlük kuralına aykırılığın tespitinde yararlanılacak ana kriterler de ilgili maddenin 1 ve 2.bentlerinde gösterilmiştir. Hüküm sınırlayıcı bir sayım yapmadığı için bu örnek kriterler dışında da dürüstlük kuralına aykırı olmasıyla haksız rekabet oluşmasına sebebiyet veren genel işlem koşulları söz konusu olabilecektir. Bu tespit yapılırken TKHK, TBK ve ilgili Yargıtay uygulamasından⁷⁴ ve Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız

⁶⁹ Nomer Ertan, **a.g.e.**, s. 378-379; Uzunallı, **a.g.m.**, s. 410.

⁷⁰ Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/324), TBMM Dönem: 23, Yasama Yılı: 2, S. Sayısı: 96.

⁷¹ Seyfullah Edis, **Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, 6. Baskı, Ankara 1997, s. 290.

⁷² Derya Ateş, "Sözleşme Özgürlüğü Yönünden Dürüstlük Kuralları", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S.72, 2007, s. 91.

⁷³ Kemal Oğuzman/Nami Barlas, **Medeni Hukuk**, Vedat Kitapçılık, 25.Baskı, İstanbul 2019, s. 266; Edis, **a.g.e.**, s. 291; Kemal Oğuzman, "Dürüstlük Kuralına Başvurma Konusunda Bazı Yargıtay Kararlarının Eleştirilmesi", **Prof. Dr. Yaşar Karayalçın'a 65. Yaş Armağanı**, İş Bankası Kültür Yayınları, Ankara 1988, s. 407.

⁷⁴ İlgili Yargıtay kararları için bkz. Aydoğdu, **Genel İşlem Koşullarının ve Haksız Şartların Denetimi**, s. 284 vd.

Şartlar Hakkında Yönetmelik Ek'inde belirtilen örnek durumlardan faydalanılması doğru sonuçlar oluşmasına yardımcı olacaktır⁷⁵.

Örnek düzenlemeler kapsamında dürüstlük kuralına aykırı bir genel işlem koşulunun oluşabilmesi için koşulun önceden tek taraflı olarak hazırlanmış olması ve diğer taraf aleyhine düzenleme içermesi gerekmektedir. Bu iki unsur oluşuktan sonra ayrıca “doğrudan veya yorum yoluyla uygulanacak kanuni düzenlemeden önemli ölçüde ayrılan” veya “sözleşmenin niteliğine önemli ölçüde aykırı haklar ve borçlar dağılımını öngören” durumlarından biri gerçekleşmelidir.

1. Önceden Yazılmış Olma

TTK m. 55/1-f’de belirtilen “önceden yazılmış olma” ile ifade edilen, genel işlem koşulunu kullanan kişinin sözleşmenin kurulmasından önce genel işlem koşulunun içeriğini tek başına belirlemiş olmasıdır. Sözleşme müzakereleri sırasında tarafların içeriği birlikte belirlemeleri halinde önceden yazılmış olma şartı gerçekleşmeyecektir.

TBK m. 20 uyarınca genel işlem koşulunun varlığı, ilgili hükmün önceden ve tek taraflı düzenlenmesi şartına bağlanmasına rağmen; TTK m. 55/1-f’de önceden yazılmış olma unsuru tekrar edilmektedir. İlgili şartın TTK’daki tekrarı, doktrinde gereksiz bulunmakta ve haklı eleştirilere tabi tutulmaktadır⁷⁶.

2. Diğer Taraf Aleyhine Olma

TTK m. 55/1-f’de, haksız rekabete örnek durumlar açıklanırken, “diğer taraf aleyhine” olma, zorunlu bir unsur olarak kabul edilmiştir. Diğer taraf ile ifade edilmek istenen, genel işlem koşulunu hazırlayan ve kullanan kişi değil, sözleşme ilişkisinin karşı tarafıdır. Karşı tarafın sözleşme hükümlerinin değiştirilmesi yönünde pazarlık etme gücü bulunmadığı için kanun koyucu tarafından bu şekilde korunmak istenmiştir. Dolayısıyla genel işlem koşulu hazırlayan ve kullanan kişi aleyhine, karşı tarafın ise lehine olan genel işlem koşulu söz konusu olduğunda haksız rekabet oluşmayacaktır.

Bir genel işlem koşulunun taraflardan biri aleyhine olup olmadığının tespiti yapılırken sözleşmenin bütününün dikkate alınması gerekmektedir⁷⁷. Nitekim TKHK’da da haksız şartlar bakımından sözleşmenin tüm hükümlerinin dikkate alınması gerektiği m. 5/6’da açıkça belirtilmektedir. Hükme göre, “Bir sözleşme şartının haksızlığı; sözleşme konusu olan mal veya hizmetin niteliği, sözleşmenin kuruluşunda var olan şartlar ve sözleşmenin diğer hükümleri veya haksız şartın ilgili olduğu diğer bir sözleşmenin hükümleri dikkate alınmak suretiyle sözleşmenin kuruluş anına göre belirlenir.”

⁷⁵ Nomer Ertan (Ülgen), **a.g.e.**, s. 602; Nomer Ertan, **a.g.e.**, s. 388.

⁷⁶ Nomer Ertan, **a.g.e.**, s. 381-382.; Yılmaz, **a.g.e.**, s. 73; Kara, **a.g.m.**, s. 734.

⁷⁷ Kara, **a.g.m.**, s. 736; Atamer, **Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi**, s. 52.

3. Yanıltıcı Olma

TTK'nın 55/1-f hükmünde “özellikle yanıltıcı bir şekilde diğer taraf aleyhine” önceden yazılmış genel işlem koşullarını kullananların dürüstlüğe aykırı davranmış olacağı belirtilmiştir.

Yanıltıcı olma durumu, genel işlem koşulunun karışık veya birden fazla anlam taşıyacak şekilde düzenlenmesi, gizlenmesi ya da belirsiz olması gibi hallerde ortaya çıkabilir⁷⁸. Bu şekilde karşı taraf aleyhine bir kullanım olduğu halde kişide, genel işlem koşulunun onun lehine veya her iki tarafın menfaatleri dengelediği yönünde izlenim yaratılarak yanlış bir kaniya varmasına sebep olmaktadır⁷⁹.

Hüküm kapsamında dürüstlüğe aykırı genel işlem koşullarının, sözleşmenin diğer tarafını objektif olarak yanıltmaya uygun olması aranmaktadır. Burada genel işlem koşullarını kullanan tarafın yanıltma kastının olması veya karşı tarafın fiilen yanıltılmış olması zorunluluk teşkil etmemektedir⁸⁰. Genel işlem koşullarının içeriğinin karşı tarafı yanıltmaya uygun olması yeterlidir.

Öte yandan genel işlem koşullarını kullanan tarafın, karşı tarafı sözleşmeyi akdetme hususunda yanıltması da hüküm kapsamı dışındadır.

Kanunda verilen örnekler çerçevesinde dürüstlük kuralına aykırı genel işlem koşulu kullanımının, haksız rekabet oluşturabilmesi için yanıltıcılık unsurunun zorunlu olup olmadığı konusunda doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır.

Bir görüş, TTK m. 55/1-f çerçevesinde haksız rekabet oluşturabilecek genel işlem koşulunun aynı zamanda yanıltıcı nitelikte olmasının aranacağını savunarak, zorunlu bir unsur olarak kabul etmiştir⁸¹. Buna göre, yanıltıcı olmayan fakat dürüstlük kurallarına aykırı olarak karşı tarafın aleyhine hükümler içeren genel işlem koşulları kullanılması, ancak TTK m. 54/2 gereğince haksız rekabet olarak kabul edilebilecektir.

Aksi görüş ise, hükmün lafzını da dikkate alarak, yanıltıcılık unsurunun, haksız rekabetin oluşumunda zorunlu unsur olmadığını savunmaktadır⁸².

⁷⁸ Bakır, **a.g.e.**, s. 79; Uzunallı, **a.g.m.**, s. 409; Kara, **a.g.m.**, s. 735; Yağcıoğlu, **a.g.m.**, s. 3063.

⁷⁹ Nomer Ertan, **a.g.e.**, s. 382.

⁸⁰ Nomer Ertan, **a.g.e.**, s. 382; Yılmaz, **a.g.e.**, s. 94; Uzunallı, **a.g.m.**, s. 409; Kara, **a.g.m.**, s. 734.

⁸¹ Uzunallı, **a.g.m.**, s. 409-411; Erdil, **a.g.e.**, s. 285. Sadece örnek durumlar için zorunlu kabul eden görüş için bkz. Kara, **a.g.m.**, s. 735.

⁸² Nomer Ertan (Ülgen), **a.g.e.**, s. 602; Poroy/Yasaman, **a.g.e.**, s. 463; Nomer Ertan, **a.g.e.**, s. 383; Yılmaz, **a.g.e.**, s. 99; Atamer, **Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi**, s. 67-69. Dürüstlük kuralına aykırılığın bir görünümü olarak örnek mahiyetinde sevk edildiğini kabul eden yazar için bkz. Atamer, **Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi**,

Kanaatimizce, kanun koyucu hükmün ilk cümlesine “dürüstlük kuralına aykırı işlem şartı kullanmak” şeklinde başlayarak, aslında haksız rekabet teşkil eden durumu açıkça belirtmiştir. Hükmün devamı dürüstlük kuralına aykırılığın hangi hallerde gerçekleşeceğine ilişkin örnek kriterlerden ibarettir. Ayrıca, kanun koyucu “özellikle” kelimesini kullandığı için yanıtıcı olsun yahut olmasın (1) ve (2) numaralı bentlerdeki hallerin meydana gelmesi durumunda, dürüstlüğe aykırılığın gerçekleştiğinin kabulü daha makul olmaktadır. Bu bakımdan yanıtıcılığın ayrı bir unsur olarak değil, dürüstlük kuralına aykırılığın bir görünümü olarak tanımlanmasının daha isabetli olacağı kanaatindeyiz.

TTK m. 55/1-f, mehaz hükmü olan İsviçre Haksız Rekabete Karşı Federal Kanun m. 8’den yanıtıcılık unsurunun zorunlu olması açısından ayrılmaktadır. Kanun hükmü değişmeden önce⁸³ İsviçre Federal Mahkemesi verdiği kararlarında, hükümde belirtilen (a) ya da (b) bentlerinde yazılı olan hallerin gerçekleşmesinin yanında genel işlem koşullarının yanıtıcı nitelik taşımalarını da arayarak, yanıtıcılık unsurunu haksız rekabetin varlığı açısından zorunlu bir unsur olarak kabul etmekteydi⁸⁴.

4. Kanuni Düzenlemeden Önemli Ölçüde Ayrılma

TTK m. 55/1-f-1’de verilen örnek çerçevesinde, doğrudan veya yorum yoluyla uygulanacak kanuni düzenlemeden önemli ölçüde ayrılan genel işlem koşullarının kullanılması, dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edecektir.

TTK m. 55/1-f-1 hükmündeki kanuni düzenleme ifadesi sadece kanun hükümleri ile sınırlı olarak anlaşılmalıdır. Burada kanuni düzenleme ile her hukuki düzenleme kastedilmektedir⁸⁵. Bu kapsama, emredici veya düzenleyici kanun hükümleri dışında ticari teamüller de dâhil olmak üzere örf ve âdet hukuku ile yargı içtihatları ile oluşmuş ilkeler dâhildir.

Doğrudan uygulanacak kanuni düzenlemeler, emredici hukuk kurallarıdır. Bu sebeple doğrudan uygulanacak kanuni düzenlemelerden ayrılan sözleşme hükümleri, TBK m. 27 gereğince emredici kurallara aykırı olduğu için zaten hükümsüzdür. TTK m. 55/1-f-1 hükmüyle ise sözleşme hukuku gereğince zaten

s. 67-69; Yılmaz, **a.g.e.**, s. 99. Dürüstlük kuralına aykırılığı pekiştirdiğini kabul eden yazar için ise bkz. Nomer Ertan, **a.g.e.**, s. 383.

⁸³ Hükmün eski ve yeni halinin karşılaştırması için bkz. yukarıda III. Başlık.

⁸⁴ Bu yöndeki kararlar için bkz. Yılmaz, **a.g.e.**, s. 95, dn.331. Yanıtıcılık unsurunun, haksız rekabetin varlığı açısından zorunlu unsur olarak kabul edilmesi, hükmün uygulanmasını neredeyse imkânsız hale getirerek uygulamada çok az yararlanılmasına neden olmuştur. (Kara, **a.g.m.**, s. 735)

⁸⁵ Arkan, **a.g.e.**, s. 361; Nomer Ertan, **a.g.e.**, s. 386; Uzunallı, **a.g.m.**, s. 408. Kanuni düzenleme ifadesini daha dar yorumlayarak sadece maddi ve şekli anlamda yasa niteliği taşıyan hukuki düzenlemelerin dahil olacağını savunan görüş için bkz. Karahan, **a.g.e.**, s. 253; Yılmaz, **a.g.e.**, s. 81; Kara, **a.g.m.**, s. 737; Atamer, **Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi**, s. 44-45.

hükümsüz olan sözleşme hükmü, aynı zamanda haksız rekabete ilişkin hükümlerde öngörülen yaptırımlara da tabi tutulabilmektedir⁸⁶.

Kanunda düzenlenmiş olan bir sözleşmeye ilişkin hükümler elbette doğrudan uygulanır. Ancak bu sözleşmelere ilişkin kanundaki hükümlerde boşluk varsa ya da kanunda düzenlenmeyen bir sözleşme söz konusuysa, ilgili diğer tipik sözleşmeye ilişkin kanun hükümlerinin yorum yoluyla uygulanması söz konusu olur. Böylece yorum yoluyla uygulanacak kanuni düzenleme ibaresi hükmün kapsamına, isimsiz sözleşmelerin de alındığını göstermektedir⁸⁷.

Kanun koyucu denetim ölçütlerinden her türlü sapmayı bir dürüstlük kuralına aykırılık olarak nitelememiş, sapmanın önemli ölçüde olması gerektiğini de ifade etmiştir. İrade özgürlüğünü korumak ve hukuk güvenliğini sarsmamak adına, belli bir sınıra kadar kanun hükümlerinden sapılması dürüstlük kuralına aykırılık oluşturmaz⁸⁸.

Bir sapmanın ne zaman önemli ölçüde olacağı belirlenirken sapılan denetim normunun içeriği ve korunacak hukuki değerler belirleyici olacaktır. Her kanuni düzenlemeden sapmanın aynı etkiye sahip olmayacağı kabul edilmesi gereken bir husustur. Korunacak hukuki değerlerin önemi arttıkça, ilgili normdan sapmanın da ölçüsüz sayılma ihtimali de artacaktır⁸⁹.

Taraflar arasındaki sözleşmede kullanılan genel işlem koşulları, emredici kurallara aykırı unsurları içermekteyse bunların önemli ölçüde aykırı oldukları kabul edilir⁹⁰. Genel işlem koşullarının diğer kanuni düzenlemelere aykırı olmasında ise hukuki düzenden önemli ölçüde farklılaşması belirlenirken, taraflar arasındaki hak ve borçlar dengesinin hissedilir biçimde sınırlandırılmış olması incelenmektedir⁹¹.

5. Sözleşmenin Niteliğine Önemli Ölçüde Aykırı Haklar ve Borçlar Dağılımı Öngörme

TTK m. 55/1-f'de örnek gösterilen ikinci kriter, genel işlem koşullarının, sözleşmenin niteliğine önemli ölçüde aykırı haklar ve borçlar dağılımını öngörmesidir. Sözleşmenin niteliğine aykırılık ifadesi, yapılması amaçlanan sözleşme ile doğrudan ilişkili olmayan olağandışı ve şaşırtıcı hükümleri belirtmeyi amaçlamaktadır⁹².

⁸⁶ Bakır, **a.g.e.**, s. 82; Yılmaz, **a.g.e.**, s. 85; Uzunallı, **a.g.m.**, s. 407; Kara, **a.g.m.**, s. 737.

⁸⁷ Arkan, **a.g.e.**, s. 361; Yılmaz, **a.g.e.**, s. 83.

⁸⁸ Yılmaz, **a.g.e.**, s. 58; Atamer, **Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi**, s. 50.

⁸⁹ Yılmaz, **a.g.e.**, s. 90; Atamer, **Genel İşlem Şartları**, s. 213.

⁹⁰ Bakır, **a.g.e.**, s. 83; Kara, **a.g.m.**, s. 738.

⁹¹ Nomer Ertan, **a.g.e.**, s. 387.

⁹² Arkan, **a.g.e.**, s. 361; Bakır, **a.g.e.**, s. 87.

Kanunda düzenlenmiş sözleşmeler bakımından, kanuni düzenlemeden önemli ölçüde ayrılma kriteri öncelikle uygulama alanı bulacağı için bu kriter, kanunda düzenlenmemiş sözleşme tipleri bakımından önem taşımaktadır⁹³.

Sözleşmede kullanılan genel işlem koşullarının veya münferit bir genel işlem koşulunun sözleşmenin niteliğinden önemli şekilde ayrılıp ayrılmadığının belirlenmesinde prensip olarak sözleşmedeki tüm hak ve yükümlülüklerin genel dağılımı dikkate alınmalıdır. Burada iki tarafın da sözleşme ile güttükleri amaç, özellikle sözleşmenin ekonomik amacı ve koruma beklentileri, işlemin konusu ve türü, sözleşmenin ani veya sürekli edimli olması, tek tarafa veya iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olması, dürüstlük kuralı uyarınca ilgili müşteri çevresinin haklı kabul edilebilecek beklentileri gibi özellikler dikkate alınarak sözleşmenin niteliğinden kaynaklanan en adil hak ve borç dağılımı tespit edilecektir⁹⁴.

Burada da sözleşmenin niteliğine önemli şekilde aykırı haklar ve borçlar dağılımı, karşı taraf aleyhine söz konusu olmalıdır. Genel işlem koşullarını hazırlayan taraf aleyhine haklar ve borçlar dağılımı olması halinde, dürüstlük kuralına aykırılık ve dolayısıyla haksız rekabet söz konusu olmaz⁹⁵.

C. TTK m. 55/1-f'nin Değerlendirilmesi

Kanun Gerekeç'sinde TTK m. 55/1-f için "*Hüküm yeni olup, genel işlem şartlarını hukukumuzda ilk defa düzen altına almaktadır*" ifadesine yer verilmiştir⁹⁶. Bu ifade, TBK'da yer alan genel işlem koşullarına ilişkin genel hükümlerin TTK ile aynı zamanda hazırlanmış olması ve TBK'nın, TBMM'de TTK'dan iki gün önce kabul edilmiş olması sebepleriyle haklı olarak eleştirilmektedir⁹⁷.

Dürüstlük kuralına aykırı genel işlem koşullarının, haksız rekabet halleri arasında düzenlenmiş olması da doktrinde bazı yazarlar tarafından eleştirilirken⁹⁸, bazı yazarlar tarafından da gerekli görülmektedir⁹⁹.

TTK m. 55/1-f'nin isabetli bir düzenleme olmadığı görüşü, genel işlem koşullarının piyasadaki rekabet ortamını etkilemediği varsayımı ile savunulmaktadır¹⁰⁰.

⁹³ Bakır, **a.g.e.**, s. 88; Karahan, **a.g.e.**, s. 254 ve dn.1; Atamer, **Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi**, s. 45.

⁹⁴ Atamer, **Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi**, s. 46; Kara, **a.g.m.**, s. 739.

⁹⁵ Nomer Ertan, **a.g.e.**, s. 388.

⁹⁶ Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/324), TBMM Dönem: 23, Yasama Yılı: 2, S. Sayısı: 96.

⁹⁷ Nomer Ertan, **a.g.e.**, s. 389; Atamer, **Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi**, s. 10.

⁹⁸ Nomer Ertan (Ülgen), **a.g.e.**, s. 601; Arkan, **a.g.e.**, s. 361; Nomer Ertan, **a.g.e.**, s. 389; Atamer, **Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi**, s. 68-70.

⁹⁹ Yılmaz, **a.g.e.**, s. 58-60; Uzunallı, **a.g.m.**, s. 387 vd.

TTK m. 55/1-f'yi gerekli bulan aksi görüş ise, bu düzenlemeyle birlikte haksız rekabet hukukunun artık sadece rekabete yönelik pazar davranışını değil, sözleşmenin diğer tarafı karşısındaki davranışı da düzenleyeceği ve böylece haksız rekabet hukuku alanının genişlediğini savunmaktadır¹⁰¹. Kanun Gerekeçe'sinde de belirtildiği üzere, haksız rekabet hükümlerinin amacı, hukuka uygun ve bozulmamış rekabetin sağlanmasıdır¹⁰². Dolayısıyla TTK m. 55/1-f hükmü de rekabeti etkileyebilecek bir davranışının engellenmesini amaçlayarak, haksız rekabet hukuku alanını genişletmemektedir. Bu görüşün diğer bir gerekçesi de sözleşme kurulurken veya kurulmasından sonra müşterilerin irade özgürlüğünün korunmasının, rakibin de korunmasına yol açarak bozulmamış rekabeti sağlayacak olmasıdır¹⁰³. Uygulamada ise müşterilerin tercihlerini, genel işlem koşullarının onlar için iyi ya da kötü olması şekillendirmeyecektir¹⁰⁴. Kişilerin tercihlerini oluşturan temel kriter fiyat ve kalite dengesi olacağı için, genel işlem koşulları sözleşme tarafı olmayan kişileri etkilemeyecektir. Bu sebeple iki kişi arasında akdedilen sözleşmenin, sözleşme taraflarından olmayan piyasa katılımcılarını etkileyerek, rekabet ortamını etkileyecek bir durum yaratmayacağı kanaatindeyiz.

İsviçre haksız rekabet hukukunun yeni düzenlemesi (8. madde) de hükmü sadece tüketicilerle yapılan sözleşmelerle sınırlayarak, tek başına dürüstlük kuralına aykırı genel işlem koşulu kullanılmasını haksız rekabet oluşturulabilmesi için yeterli görmemektedir.

TTK m. 55/1-f ile ilgili eleştirilere sebebiyet veren başka bir husus da hükmün içerik denetimine ait bir husus olan dürüstlük kuralına aykırılığın tespit edilmesini arayarak, adeta içerik denetimi şeklinde yazılmasıdır¹⁰⁵. Genel işlem koşullarının içerik denetimine ilişkin hususların temel düzenleme yeri ise TTK değil, TBK'dır. Genel işlem koşulları sözleşme içerisinde yer alan hükümlerdir, sözleşmede bulunan hükümlerin hukuka aykırılığını tespit eden ve bunların yaptırımını belirleyen ise borçlar hukukudur. Dolayısıyla genel işlem koşullarına ilişkin denetimi düzenleyen bir hükmün TTK yerine, TBK'da bulunması gerekmektedir. Genel işlem koşullarına ilişkin TTK'da bulunacak bir hükmün, denetimi düzenlememesi gerektiği kanaatindeyiz.

Doktrinde TTK m. 55/1-f'nin "*Türk Borçlar Kanunu uyarınca yazılmamış sayılan veya kesin hükümsüz kabul edilen genel işlem koşulları ile Tüketicinin*

¹⁰⁰ Nomer Ertan, **a.g.e.**, s. 390-392.

¹⁰¹ Uzunallı, **a.g.m.**, s. 387.

¹⁰² Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/324), TBMM Dönem: 23, Yasama Yılı: 2, S. Sayısı: 96.

¹⁰³ Uzunallı, **a.g.m.**, s. 388.

¹⁰⁴ Nomer Ertan, **a.g.e.**, s. 391; Yağcıoğlu, **a.g.m.**, 3068; Uzunallı, **a.g.m.**, s. 389; Atamer, **Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi**, s. 68.

¹⁰⁵ Nomer Ertan (Ülgen), **a.g.e.**, s. 601; Nomer Ertan, **a.g.e.**, s. 389; Atamer, **Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi**, s. 43.

Korunması Hakkında Kanun uyarınca kesin hükümsüz kabul edilen haksız şartlar kullanmak” şeklinde düzenlemesi önerilmektedir¹⁰⁶. Genel işlem koşulu kullanımının haksız rekabet hukuku için rekabeti etkileyebilecek bir durum yaratmayacağını düşünüyor olsak bile hükmün düzenlenmesi gerektiği durumda, bu şekilde bir düzenlemeyle, bahsettiğimiz sorunlar çözümlenebilecektir.

SONUÇ

Genel işlem koşuluna ilişkin TBK, TKHK ve TTK olarak 3 farklı kanunda düzenlemeler bulunmaktadır. 6102 sayılı Ticaret Kanunu m. 55/1-f’de dürüstlük kuralına aykırı genel işlem koşulu kullanımı, haksız rekabet oluşturan durumlardan biri olarak düzenlenmiştir.

TTK’da yer alan bu hüküm, genel işlem şartlarına ilişkin bir yürürlük veya içerik ya da yorum denetimi değil, bir haksız rekabet hali düzenlemiştir. Genel işlem koşuluna ilişkin TBK’da bulunan hükümler ise koşulların yürürlük, yorum ve içerik denetimlerine ilişkin temel düzenlemelerdir. Farklı hususları düzenlemeleri sebebiyle genel işlem koşulunun yazılmamış sayılma veya hükümsüzlüğü sonucu için TBK’ya başvurulmasının yanı sıra haksız rekabete dayalı talepler için de TTK’ya başvurulabilecektir.

TTK m. 55/1-f hükmünün uygulanmasında, tüketici, tacir, tacir olmayan ayrımı söz konusu değildir. Haksız rekabet dolayısıyla zarar görmüş veya zarar görme tehlikesi altındaki rakip ve müşteriler gibi, mesleki ve ekonomik birlikler de bu hükümlerden yararlanabilecektir.

TTK m. 55/1-f’de düzenlenen haksız rekabet halinin meydana gelebilmesi için ilk olarak genel işlem koşulunun kullanılmış olması, daha sonra ise bu genel işlem koşulunun dürüstlük kuralına aykırılık teşkil etmesi gerekmektedir. Dürüstlük kuralı, bir eylemin haksız rekabet niteliği taşıyıp taşımadığının tespitinde belirleyicidir.

Haksız rekabet hukukunun önleyici koruma amacı olmadığı için haksız rekabet oluşumunun koşullarından biri olan genel işlem koşulunun kullanılmış kabul edilmesi, sözleşmenin kurulmuş olması halinde mümkün olacaktır.

Genel işlem koşulunun dürüstlük kuralına aykırı olup olmadığının tespitinde ise hüküm, yararlanılabilecek kriterler belirtmiştir. TTK m. 55/1-f’de belirtilen (a) ve (b) bentlerindeki örnek düzenlemeler için kullanılan “özellikle” ifadesinden, hükmün alt bentlerinde sayılan kriterlerin kuralın bir parçası olmadıkları ve bunların dışında dürüstlük kuralına aykırı genel işlem koşulu olabileceği anlaşılmaktadır.

Örnek düzenlemeler kapsamında dürüstlük kuralına aykırı bir genel işlem koşulunun oluşabilmesi için koşulun önceden tek taraflı olarak hazırlanmış olması ve diğer taraf aleyhine düzenleme içermesi gerekmektedir. Bu iki unsur

¹⁰⁶ Nomer Ertan (Ülgen), **a.g.e.**, s. 603; Nomer Ertan, **a.g.e.**, s. 392.

oluştuktan sonra ayrıca (1)kanuni düzenlemeden önemli ölçüde ayrılan veya (2)sözleşmenin niteliğine önemli ölçüde aykırı haklar ve borçlar dağılımını öngören genel işlem koşulları, dürüstlük kuralına aykırı olacaklar ve bunların kullanımı haksız rekabet teşkil edecektir.

Yanılııcılık unsuru hususunda doktrinde farklı görüşler söz konusu olsa da hükmün lafzını dikkate alarak, özellikle ifadesi kullanılmasıyla hükmün amacının zorunlu bir unsur belirtmek olmadığı kanaatindeyiz. Bu sebeple dürüstlük kuralına aykırılık için yanılııcılık zorunlu bir unsur olmasa da varlığı durumunda, dürüstlük kuralına aykırılık oluşturan durumu pekiştirebilecektir.

TTK m. 55/1-f ile ilgili değerlendirmede öncelikle belirtilmesi gereken, bu hükmün genel işlem koşullarına ilişkin içerik denetimi barındırması ve içerik denetimine ilişkin hususların TBK'da bulunması gerekliliğidir. Bunun yanı sıra, iki kişi arasında akdedilen sözleşmede genel işlem koşulu bulunsa dahi, sözleşme taraflarından olmayan piyasa katılımcılarını etkileyerek, rekabet ortamını etkileyecek bir sonuç yaratmayacaktır. Bu sebeple de haksız rekabet hükümleri arasında böyle bir düzenlemenin isabetli olmadığı düşüncesindeyiz. Yine de böyle bir düzenleme yapılmak istenirse, hükmün, "*Türk Borçlar Kanunu uyarınca yazılmamış sayılan veya kesin hükümsüz kabul edilen genel işlem koşulları ile Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun uyarınca kesin hükümsüz kabul edilen haksız şartlar kullanmak*" şeklinde düzenlenmesi isabetli bir tercih olacaktır.

KAYNAKÇA

Açıkğöz, Osman: Tüketicinin Korunması Çerçevesinde Mobil Haberleşme Abonelik Sözleşmesinde Genel İşlem Koşulları, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2013.

Akçaal, Mehmet: “Borçlar Kanununun Genel İşlem Koşullarına Dair Hükümleri Hakkında Bir İnceleme”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.18, S.1, 2014.

Altop, Atilla: “Türk Borçlar Kanunu Tasarısındaki Genel İşlem Koşulları Düzenlemesi”, Prof. Dr. Ergon A. Çetingil ve Prof. Dr. Rayegan Kender’e 50. Birlikte Çalışma Yılı Armağanı, Çizgi Basım Yayım, İstanbul 2007, s. 254-260.

Erdil, Engin: Haksız Rekabet Hukuku, Vedat Yayıncılık, İstanbul 2012.

Eren, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yayınları, 24. Baskı, Ankara 2019.

Hatemi, Hüseyin/ Gökyayla, Emre: Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 4.Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2017.

Havutçu, Ayşe: Açık İçerik Denetimi Yoluyla Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması, Güncel Yayınevi, İzmir 2003. [GİŞ]

Havutçu, Ayşe: “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun Genel İşlem Şartlarına İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, İzmir Barosu Dergisi, Nisan 2011, s. 29-46. [TBK Değerlendirme]

Güven, Şirin: 6102 sayılı TTK’nun Haksız Rekabete Dair Düzenlemelerinin Amacı ve Koruduğu Menfaatler Çerçevesinde Dürüst ve Bozulmamış Rekabet Kavramı, Yeni Türk Ticaret Kanunu’nu Beklerken, MÜHF Hukuk Araştırmaları Dergisi, C.18, S.2, 2012, s. 175-187.

Kara, Mustafa Sencer: “Genel İşlem Şartlarına İlişkin Haksız Rekabet Hükümleri”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.17, S.1-2, 2013.

Karahan, Sami: Ticari İşletme Hukuku, Mimoza Yayınevi, 27.Baskı, Konya 2015.

Kılıçoğlu, Ahmet M.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Turhan Kitabevi, 23. Baskı, Ankara 2019.

Kocayusufpaşaoğlu, Necip: Borçlar Hukuku–Genel Bölüm, C.1, 7.Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2017.

Nomer, Haluk N.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Beta Yayıncılık, 17.Baskı, İstanbul 2020.

Nomer Ertan, Füsün: Haksız Rekabet Hukuku, İstanbul, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2016.

Oğuzman, M. Kemal: “Dürüstlük Kuralına Başvurma Konusunda Bazı Yargıtay Kararlarının Eleştirilmesi”, Prof. Dr. Yaşar Karayalçın’a 65. Yaş Armağanı, İş Bankası Kültür Yayınları, Ankara 1988, s. 407-415.

Oğuzman, M. Kemal/Barlas, Nami: Medeni Hukuk, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2019.

Oğuzman, M. Kemal/Öz, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 1, Vedat Kitapçılık, 16.Baskı, İstanbul 2018.

Poroy, Reha/Yasaman, Hamdi: Ticari İşletme Hukuku, Vedat Kitapçılık, 18.Baskı, İstanbul 2019.

Reisoğlu, Safa:“Banka Uygulamaları Açısından Yeni Borçlar Kanunu’nun Genel İşlem Koşulları ve Eleştirisi”, Bankacılar Dergisi, S.77, 2011, s. 108-117.

Reisoğlu, Safa:Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Beta Yayınları, 23.Baskı, İstanbul 2012. [Türk Borçlar Hukuku]

Tekinay, Selahattin Sulhi/Akman, Sermet/Burcuoğlu, Haluk/Altop, Atilla: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Filiz Kitabevi, 7.Baskı, İstanbul 1993.

Uzunallı, Sevilay: “Genel İşlem Şartlarının Haksız Rekabet Hükümleriyle Denetlenmesi”, İÜHFİM, 2013, [C.71, S.2](#), s. 383-420.

Ülgen, Hüseyin/ Helvacı, Mehmet/ Kaya, Arslan/ Nomer Ertan, Füsün: Ticari İşletme Hukuku, Vedat Kitapçılık, 6. Baskı, İstanbul 2019.

Yağcıoğlu, Ali Haydar: “Yeni İsviçre Haksız Rekabet Kanunu’nda Genel İşlem Koşullarının Açık İçerik Denetimi (UWG Art. 8)”, Prof.Dr. Aydın Zevkliler’e Armağan, Cilt III, Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi, Cilt 8, Özel Sayı-2013, s. 3057-3098.

Yavuz, Nihat: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi, C.1, Adalet Yayınevi, 2.Baskı, Ankara 2015.

Yeniocak, Umut: “Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre Genel İşlem Koşullarının Yargısal Denetimi”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S.107, 2013, s. 75- 96.

Yelmen, Âdem: Türk Borçlar Kanunu’na Göre Genel İşlem Şartları, Yetkin Yayınları, Ankara 2014.

Yılmaz, Abdüssamet: Haksız Rekabet Hukukunda Genel İşlem Şartı Kullanımı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2015.

Oğuzman, M. Kemal: “Dürüstlük Kuralına Başvurma Konusunda Bazı Yargıtay Kararlarının Eleştirilmesi”, **Prof. Dr. Yaşar Karayalçın’a 65. Yaş Armağanı**, İş Bankası Kültür Yayınları, Ankara 1988, s. 407-415.

Oğuzman, M. Kemal/Barlas, Nami: **Medeni Hukuk**, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2019.

Oğuzman, M. Kemal/Öz, Turgut: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Cilt 1, Vedat Kitapçılık, 16.Baskı, İstanbul 2018.

Poroy, Reha/Yasaman, Hamdi: **Ticari İşletme Hukuku**, Vedat Kitapçılık, 18.Baskı, İstanbul 2019.

Reisoğlu, Safa:“Banka Uygulamaları Açısından Yeni Borçlar Kanunu’nun Genel İşlem Koşulları ve Eleştirisi”, **Bankacılar Dergisi**, S.77, 2011, s. 108-117.

Reisoğlu, Safa:**Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Beta Yayınları, 23.Baskı, İstanbul 2012. [Türk Borçlar Hukuku]

Tekinay, Selahattin Sulhi/Akman, Sermet/Burcuoğlu, Haluk/Altop, Atilla: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Filiz Kitabevi, 7.Baskı, İstanbul 1993.

Uzunallı, Sevilay: “Genel İşlem Şartlarının Haksız Rekabet Hükümleriyle Denetlenmesi”, **İÜHFİM**, 2013, C.71, S.2, s. 383-420.

Ülgen, Hüseyin/ Helvacı, Mehmet/ Kaya, Arslan/ Nomer Ertan, Füsün: **Ticari İşletme Hukuku**, Vedat Kitapçılık, 6. Baskı, İstanbul 2019.

Yağcıoğlu, Ali Haydar: “Yeni İsviçre Haksız Rekabet Kanunu’nda Genel İşlem Koşullarının Açık İçerik Denetimi (UWG Art. 8)”, Prof.Dr. Aydın Zevkliler’e Armağan, Cilt III, **Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi**, Cilt 8, Özel Sayı-2013, s. 3057-3098.

Yavuz, Nihat: **6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi**, C.1, Adalet Yayınevi, 2.Baskı, Ankara 2015.

Yeniocak, Umut: “Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre Genel İşlem Koşullarının Yargısal Denetimi”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S.107, 2013, s. 75- 96.

Yelmen, Âdem: **Türk Borçlar Kanunu’na Göre Genel İşlem Şartları**, Yetkin Yayınları, Ankara 2014.

Yılmaz, Abdüssamet: **Haksız Rekabet Hukukunda Genel İşlem Şartı Kullanımı**, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2015.

TOPLU İŞ UYUŞMAZLIKLARINDA YÜKSEK HAKEM KURULU KARARLARI

Sabahattin YÜREKLİ¹

ÖZET

Çalışmamıza konu olan müessesede, tarafların hakeme gitme konusunda önceden hiçbir rıza ve taahhütleri bulunmamasına rağmen kanunda öngörülen durumlarda zorunlu olarak bir tarafın müracaatı ile uyuşmazlık hakem olarak Yüksek Hakem Kuruluna götürülmektedir. Normal hakem müessesesi taraflar arasında mevcut bir hak uyuşmazlığını çözer ve bu durum kazai bir fonksiyon taşır. Hâlbuki toplu iş uyuşmazlıklarında zorunlu hakemde, hakem taraflar arasındaki menfaat uyuşmazlığını yeni kurallar koyarak çözümlenerek bir nevi yasama fonksiyonu icra etmektedir.

Anahtar Kelimeler: Tahkim, Toplu İş Uyuşmazlıkları, Yüksek Hakem Kurulu, Grev Yasakları, Arabulucu, Grev Ertelemesi.

LABOR DISPUTE-DISAGREEMENTS

IN THE HIGH BOARD OF ARBITRATION DECISIONS

ABSTRACT

In the institution that is the subject of our study, although the parties have no prior consent and commitment to go to the arbitrator, in cases stipulated in the law, the dispute is necessarily taken to the Supreme Arbitration Board with the application of one party. The regular arbitral institution resolves an existing dispute between the parties and this carries a judicial function. However, in the application of compulsory arbitration in collective labor disputes, the arbitrator performs the legislative function by resolving the conflict of interests between the parties by setting new rules.

Keywords: Arbitration, Collective Business Disputes, High Arbitral Tribunal, Strike Bans, Mediator, Strike Postponement.

¹ Prof. Dr., Bursa Uludağ Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı, (ORCID: 0000-0002-4637-0547), sayurekli@hotmail.com

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 11.05.2020

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 22.06.2020

I. GENEL OLARAK

İşçi ve işverenler, Anayasa'nın 53/1. maddesine göre karşılıklı olarak ekonomik ve sosyal durumlarını ve çalışma şartlarını düzenlemek amacıyla toplu iş sözleşmesi yapma hakkına sahiptirler. Toplu iş sözleşmesi yapılma sürecinde toplu iş uyuşmazlığı çıkması, işçi sendikası ile işveren sendikaları veya sendika üyesi olmayan işveren arasında meydana gelen ve topluluk hukukunu ilgilendiren bir durumdur. Toplu iş uyuşmazlıkları, toplu iş sözleşmesinin yapılması sırasında veya sözleşmenin yapılmasından sonra ortaya çıkabilir. Toplu iş uyuşmazlığının mücadeleci veya barışçı yollarla çözülmesi mümkündür.²

Toplu iş uyuşmazlıklarının çözümünde kural, grev ve lokavta başvurmak ise de, barışçı çözüm yolları ile uyuşmazlığın çözülmesi de mümkündür. Bu yolla taraflar aralarındaki uyuşmazlığı seçecekleri kişi ya da kişiler tarafından çözülmesi konusunda anlaşabilme hakkına sahiptirler.³ Hukukumuzda barışçı çözüm yolları arabuluculuk, özel tahkim ve zorunlu tahkim olarak düzenlenmiştir.⁴ Genel anlamıyla tahkim, tarafların uyuşmazlıklarını kendi istekleriyle bir kişiye ya da kurula götürdükleri ve bu kişi veya kurulun kararına peşinen uymayı kabul ettikleri barışçı bir yoldur.⁵ Tahkimde hukuki uyuşmazlık kanun ve sözleşme hükümlerine göre çözülmektedir. Toplu menfaat uyuşmazlıklarındaki tahkimde ise, toplu iş uyuşmazlıkları hakem aracılığıyla çözülerek, hakemin kendisine göre hukuk kuralları koyması söz konusudur.⁶

Tahkim müessesesi tarafların aralarındaki uyuşmazlıklarını gidermek için başvurabildikleri ihtiyari bir yol almakla beraber, Anayasa ve Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nda zorunlu tahkime yer verilmiştir. Zorunlu (yasal) tahkime tarafların arzu ve iradelerine bakılmaksızın bir kanun hükmü gereği zorunlu olarak gidilmektedir.⁷ Bu yolla toplu iş uyuşmazlıklarının çözümünde taraflara grev veya lokavta başvurma olanağı tanınmamış, grev ve

² Kenan Tunçomağ/ Tankut Centel, İş Hukukunun Esasları, İstanbul 2013, 415; Cevdet İlhan Günay, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, Ankara 2013, 441.

³ Can Tuncay/Burcu Savaş Kutsal, Toplu İş Hukuku, İstanbul 2019, 395.

⁴ "Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu barışçı yollar arasında arabuluculuktan başka tahkimi de öngörmüştür", Ünal Narmanlıoğlu, İş Hukuku II Toplu İş İlişkileri, İzmir 2001, 501; Tuncay/Kutsal, 395.

⁵ Narmanlıoğlu, 501; "Bu yöntem toplu iş uyuşmazlığının bir hakem tarafından çözülmesini ve toplu iş sözleşmesinin hakemin kararıyla oluşmasını anlatır", Ercan Akyiğit, Toplu İş Hukuku, Ankara 2015, 716.

⁶ Kenan Tunçomağ/Tankut Centel, İş Hukukunun Esasları, İstanbul 2016, 424; A. Murat Demircioğlu/Tankut Centel/Hasan Ali Kaplan, İş Hukuku, İstanbul 2019, 319.

⁷ Tuncay/Kutsal, 395; "Kanun, kanuni (zorunlu) hakem faaliyetini yürütmek üzere Yüksek Hakem Kurulunu tesis etmiştir", Halit Kemal Elbir, İş Hukuku, İstanbul 1987, 268; Ferit H. Saymen, Türk İş hukuku, İstanbul 1954, 357; Demircioğlu/Centel/Kaplan, 319; M. Kemal Oğuzman, Hukuki Yönden İşçi-İşveren İlişkileri, Temel Bilgiler Cilt 1, Toplu İlişkiler, İstanbul 1978, 100.

lokavt yasaklanmıştır.⁸ Taraflar sadece kanunda gösterilen durumlarda zorunlu olarak tahkime gidebilirler ki,⁹ yasal zorunluluklar nedeniyle tahkim kaçınılmaz hale gelmektedir.¹⁰ O halde zorunlu tahkim, ancak kanun ile belirtilen sınırlı durumlarda ve sadece grev yasağının söz konusu olduğu hallerde başvurulması gereken bir yoldur.¹¹ Dolayısıyla uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden biri olan zorunlu tahkim, kanunda düzenlenen sınırlı durumlarda başvurulacak bir yoldur.

Zorunlu tahkim; taraf iradelerine bakılmaksızın kanuni düzenlemeler gereğince gidilen, esasları Anayasa m.54/4 ve Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu m.51, m.54-57’de düzenlenen, “*Yüksek Hakem Kurulu’nun*” hakem sıfatıyla görevli olduğu bir çözüm yöntemidir.¹² Anayasal bir kurum olan Yüksek Hakem Kurulu¹³ Anayasa m.54/4’de; grev ve lokavtın yasaklandığı hâllerde veya ertelendiği durumlarda ertelemenin sonunda, uyuşmazlığın Yüksek Hakem Kurulu tarafından çözüleceği, uyuşmazlığın her safhasında tarafların da anlaşarak Yüksek Hakem Kuruluna başvurabileceği, Yüksek Hakem Kurulunun kararlarının kesin ve toplu iş sözleşmesi hükmünde olduğu ve Yüksek Hakem Kurulunun kuruluş ve görevlerinin kanunla düzenleneceği şeklinde düzenlenmiştir. Aynı esaslar 6356 Sayılı Kanunda da benimsenerek, zorunlu tahkimi yürütmeye yetkili organ olarak Yüksek Hakem Kurulu kabul edilmiştir.

Yasal tahkimin yanında, Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu m.52’de tarafların, anlaşmaları halinde toplu hak veya çıkar uyuşmazlıklarının her safhasında özel hakeme de başvurabilme imkânı sağlanmıştır.

II. YÜKSEK HAKEM KURULUNUN KURULUŞU VE ÇALIŞMA ESASLARI

1. Genel Olarak

Anayasa’nın 54. maddesi¹⁴ ve 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu uyarınca zorunlu tahkim faaliyetini yürüten yegâne organ Yüksek

⁸ “Diğer bir ifadeyle kanunun toplu iş mücadelesi araçlarına başvurma izni vermediği durumlarda toplu iş uyuşmazlıkları zorunlu (resmi) tahkim yoluyla çözümlenir”, Tuncay/Kutsal, 395.

⁹ Nuri Çelik/Nurşen Caniklioğlu/Talat Canbolat, İş Hukuku Dersleri, İstanbul 2019, 1025.

¹⁰ “Bu nedenle zorunlu tahkime ancak akut ulusal kriz halinde, kamu hizmetlerinde veya kesintiye uğraması halinde halkın tamamının ya da bir kısmının yaşam ve sağlığının tehlikeye düşeceği hizmetlerde gidilebilir”, Tuncay/Kutsal, 396.

¹¹ Y22.HD., T. 15.07.2014, E. 2014/16453, K. 2014/22444, Çalışma ve Toplum, 2014/4, 452.

¹² “Tek yasal ve zorunlu tahkim yolu Yüksek Hakem Kuruludur”, Ergun İnce, Toplu İş Hukuku, İstanbul 1983, 194; “O halde Türkiye’de zorunlu hakemlik, yasayla öngörülmüş resmi bir kuruluş olan Yüksek Hakem Kurulu’nca yerine getirilir.”, Akyiğit, 723.

¹³ YHGK., T. 22.11.2017, E. 2015/9-2170, K. 2017/1426, Kazancı.

¹⁴ “Türkiye Büyük Millet Meclisine verilen ve red edilen bir önergeyle Anayasa’nın 54. maddesinin kaldırılması istenmiştir. Yapılan tartışmalarda Yüksek Hakem Kurulunun 12 Eylül’le getirilen bir kurum olduğu, sendikal hak ve özgürlüklerin bu yolla geri alındığı vurgulandıktan sonra şu sözlere yer verilmiştir. Şimdi; bir şeyin daha altını çizelim. Yiğidi öldür hakkını yeme demek gerekir. ... Yüksek Hakem Kurulu işçileri korumaya çalışıyor ama antidemokratik yapısı

Hakem Kurulu'dur. Anayasanın 54. maddesine göre; “*Grev ve lokavtın yasaklandığı hallerde veya ertelendiği durumlarda ertelemenin sonunda, uyuşmazlık Yüksek Hakem Kurulunca çözülür. Uyuşmazlığın her safhasında taraflar da anlaşarak Yüksek Hakem Kuruluna başvurabilir. Yüksek Hakem Kurulunun kararları kesindir ve toplu iş sözleşmesi hükmündedir. Yüksek hakem kurulunun kuruluş ve görevleri kanunla düzenlenir*” (AY.m.54/5, m.54/6).

Anayasanın anılan hükmü uyarınca Yüksek Hakem Kurulunun kuruluş ve görevleri SenTİSK.m.54-56'da düzenlenmiştir. Ayrıca, SenTİSK.m.57'de, Yüksek Hakem Kurulunun çalışma usul ve esasları; Yüksek Hakem Kurulunun başkan ve üyeleri ile Kurulda görevlendirilecek uzman ve raportörlere ödenecek tazminatlar; bilirkişi ve tanıklara verilecek ücretler ve toplu çıkar uyuşmazlıklarında özel hakem incelemesinde uygulanacak usul hükümleri; arabulucuların nitelikleri, seçimi, ücretleri ve görevlendirilmeleri Maliye Bakanlığının görüşü alınarak Bakanlıkça çıkarılacak bir yönetmelikle düzenlenir.

2. Kuruluşu

Yüksek Hakem Kurulunun nasıl kurulacağı SenTİSK.m.54'de düzenlenmiştir. Hükme göre; Yüksek Hakem Kurulu, Yargıtay'ın bu Kanundan doğan uyuşmazlıklara bakmakla görevli dairelerinin başkanları arasından başkanlık süresi en fazla olanın başkanlığında;

a) Cumhurbaşkanınca, bakanlıklar bünyesi dışında, işçi veya işveren kuruluşları ile hiçbir şekilde bağlantısı bulunmayan ve siyasi parti organlarında görevli olmayan, ekonomi, işletme, sosyal politika veya iş hukuku konularında bilgi ve tecrübe sahibi olanlar arasından seçilecek bir üye,

b) Üniversitelerin iş ve sosyal güvenlik hukuku anabilim dalı öğretim üyeleri arasından Yükseköğretim Kurulunca seçilecek bir üye,

c) Bakanlık Çalışma Genel Müdürü,

ç) İşçi sendikaları konfederasyonlarından kendisine mensup işçi sayısı en yüksek olan konfederasyonca seçilecek iki üye,

d) İşverenler adına en çok işveren mensubu olan işveren sendikaları konfederasyonunca biri kamu işverenlerinden olmak üzere seçilecek iki üyeden, oluşur. Ancak uyuşmazlık konusunun tarafı olan sendikanın bağlı bulunduğu işçi konfederasyonunun farklı olması hâlinde, bağlı bulunduğu konfederasyonun seçeceği bir üye, uyuşmazlık konusunun tarafı olan sendikanın bağlı bulunduğu bir başka işveren sendikaları konfederasyonu bulunması hâlinde de sendikanın bağlı bulunduğu konfederasyonun seçeceği bir üye, ikinci üyenin yerine Kurul

değişmiş değil.”, Bkz. Mustafa Kılıçoğlu, 6356 Sayılı Sendikalar Ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu Yorumu, Ankara 2013, 326.

üyeyi olarak toplantıya katılır. Seçimle gelen üyeler, iki yıl için seçilir ve yeniden seçilmeleri mümkündür. İşçi ve işverenler adına seçilecek üyelere 6'ncı maddedeki kurucular için öngörülen şartlar aranır. Seçimle gelen her bir üye için aynı şekilde ikişer yedek üye seçilir. Kurul Başkanlığı için birinci ve ikinci yedekler, Yargıtay Hukuk Genel Kurulunca hukuk daireleri başkanları arasından seçilir. Yüksek Hakem Kuruluna katılacak üyelerin seçilmesi, her seçim döneminden üç ay önce Bakanlıkça ilgili makam ve kuruluşlardan istenir (SenTİSK.m.54).

3. Yönetim yapısı

Yüksek Hakem Kurulunun yazışma ve uzmanlık hizmetlerini yürütmek üzere Yüksek Hakem Kurulu Başkanlığına bağlı olarak bir genel sekreterlik kurulur. Genel sekreter başkanın teklifi üzerine genel usullere göre atanır (SenTİSK.m.55/1).

Yüksek Hakem Kurulunun talebi üzerine Cumhurbaşkanlığınca yeteri kadar raportör ve uzman atanır veya görevlendirilir. Ancak, işçi veya işveren kuruluşlarında çalışmakta olanlar, raportör veya uzman olarak görevlendirilemez (SenTİSK.m.55/2).

4. Kurulun Toplanması ve Kararlar

Toplu İş Sözleşmesinde Arbulucuya ve Hakeme Başvurma Yönetmeliği'nin¹⁵ 21. maddesine göre; "Kurulda işçi ve işveren temsilcileri olarak en çok işçi ve işveren mensubu olan konfederasyonlarca seçilecek ikişer üye yer alır. İşveren temsilcilerinden biri, en çok işveren mensubu olan işveren sendikaları konfederasyonunun seçeceği kamu işverenidir. Ancak uyuşmazlık konusunun tarafı olan sendikanın bağlı bulunduğu işçi veya işveren sendikaları konfederasyonlarının en çok üyeye sahip konfederasyondan farklı olması halinde, sendikanın bağlı bulunduğu konfederasyonun seçeceği bir üye, ikinci üyenin yerine Kurul üyesi olarak toplantıya katılır."

Kurul Başkanı, başvuruların alındığı günden başlayarak altı iş günü içinde toplanmak üzere Genel Sekreterden Kurulu toplantıya çağırmasını ister. (TİSAHB. Yönetmeliği m.21/2).

Yüksek Hakem Kurulu başvuru dilekçesinin alındığı günden başlayarak altı iş günü içinde başkan ve en az beş üyenin katılımı ile toplanır.¹⁶ Mazeretli veya izinli olan asıl başkan veya üyenin yerini aynı gruptan yedek başkan veya yedek üyelere biri alır (SenTİSK.m.56/1).

¹⁵ Resmî Gazete Tarihi: 07.12.2013, Resmî Gazete Sayısı: 28844

¹⁶ "Başka bir anlatımla toplantı nisabı altıdır. Başkan ve beş üye mazeretli veya izinli olan başkan veya üyenin yerini yedek başkan veya yedek üyelere biri alır. Önceki kanun zamanında düzenleme daha isabetli idi. İlk fıkrada ... üyelerin tamamının katılması ile toplanır sözcük dizimi ile başlaması gerekir idi. Kamu görevi ile ilgili önce kural konur sonra istisnai durumlara yer verilir", Kılıçoğlu, 329.

Yüksek Hakem Kurulu, uyuşmazlığı dosya üzerinde inceler. Gerekli görüldüğü durumlarda taraflar ve ilgililerden uyuşmazlıkla ilgili her türlü bilgi ve belgeyi isteyebilir. Taraflar ve diğer bütün ilgililer, Yüksek Hakem Kurulunun istediği bilgi ve belgeyi vermekle yükümlüdür. Yüksek Hakem Kurulu, görüşlerini öğrenmek istediği kişileri çağırıp dinler veya bunların görüşlerini yazı ile bildirmelerini ister. Bunlar hakkında 6100 sayılı Kanunun tanıklara ve bilirkişilere ilişkin hükümleri uygulanır. Taraflar da, bilgilendirmek amacıyla Kurulda dinlenmelerini isteyebilir, bilgi ve belge sunabilir (SenTİSK.m.56/2). Yüksek Hakem Kurulu toplantıya katılanların çoğunluğu ile karar verir. Oyların eşitliği hâlinde başkanın bulunduğu taraf çoğunluğu sağlar (SenTİSK.m.56/3). Bu madde gereğince yapılacak ödemeleri karşılamak üzere gerekli ödenek Bakanlık bütçesine konulur (SenTİSK.m.56/4).

5. Karar verme süresi

Toplu İş Sözleşmesinde Arabulucuya ve Hakeme Başvurma Yönetmeliği'nin 22. maddesine göre; kurul, teşmile ilişkin görüş bildirme dışındaki işlerde, yapacağı ilk toplantı gününden başlayarak en geç iki ay içinde kesin kararını verir.

6. Kararlarda Yer Alacak Hususlar

Kurul kararları ve varsa muhalefet görüşleri gerekçeli olarak yazılır. Kararlarda; Kurul Başkanıyla üyelerin adı, soyadı ve imzası, kararın tarih ve numarası, başvuruda bulunanlar ve başvuru nedeni, uyuşmazlığın tarafları ile uyuşmazlığın olduğu işyerinin unvan ve adresi yer alır (TİSAHB. Yönetmeliği m.23).

7. Karar Verilirken Göz Önünde Tutulacak Hususlar

Yüksek Hakem Kurulu menfaat uyuşmazlıklarında kanuni hakem olarak karar verirken, serbest pazarlık sisteminin yürürlükte olduğunu, tarafların çağrı, görüşme ve tarafsız arabuluculuk aşamasından sonra kendisine başvurduğunu her zaman anlayabileceklerini göz önünde bulunduracak, sadece tarafların karşılıklı menfaatlerini dengeleyerek karar verecektir.¹⁷ Nitekim Toplu İş Sözleşmesinde Arabulucuya Ve Hakeme Başvurma Yönetmeliği'nin 20. maddesinde, *“ilk inceleme sonunda, Kurulca başvurunun esastan incelenmesine karar verilirse, belirlenen süre içinde işletmenin ve ülkenin içinde bulunduğu ekonomik durum, geçinme endeksleri, fiilen ödenmekte olan ücretler, benzeri işyerlerindeki ücretler, diğer çalışma koşulları ve gelir unsurları, Kurulca karara bağlanan emsal kararlar ile belirlenmiş prensip kararları gibi hususlardan gerekli görülenleri içeren esas rapor, uzman ve raportörlerce hazırlanır”* yüksek hakem kurulunun karar verirken belirli esaslara göre hareket etmesi düzenlenmiştir. O halde, Yüksek Hakem Kurulunun örneğin; geçmiş dönemde olduğu gibi ücret artışlarında genelde belli bir oranı prensip maddesi kabul etmesi veya belli işkolunda eşit işe eşit ücret uygulaması, ülkenin genel

¹⁷ Seza Reisoğlu, 2822 sayılı Toplu İş sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu Şerhi, Ankara 1986, 405.

ekonomik durumunu göz önüne alarak işverenin verebileceğinin altında ücret tespit etmesi mümkün değildir. Ancak, toplu iş sözleşmelerinin büyük çoğunluğunun Yüksek Hakem Kuruluna gelmemesi nedeniyle, Yüksek Hakem Kurulu sadece kendisine gelen sözleşmelerde taraflar dışındaki kıstasları uygulaması, örneğin; grev yasağına tabi olan ve olmayan işyerlerinde çalışan işçiler açısından en azından büyük haksızlıklar oluşturabilecektir.¹⁸

Yüksek Hakem Kurulu karar verirken, SenTSİK.m.46/3’de belirtilen; “Çağrıyla yapan taraf, toplu görüşmede ileri süreceği tekliflerin bütününe çağrı süresi içinde karşı tarafa vermek zorundadır. Ancak, tarafların toplu görüşme gereği ileri sürecekleri tekliflerde değişiklik yapma hakları saklıdır” hükmü gereğince çağrıda bulunan tarafın çağrı ile birlikte vermek zorunda olduğu toplu iş sözleşmesi metnini esas alacak, çağrıda bulunanın talep etmediği bir hakkı, kendisine tek taraflı olarak tanıyamayacak veya talebin üzerine çıkamayacaktır.¹⁹ Yüksek Hakem Kurulu toplu iş sözleşmesi taraflarının anlaşmaları maddeleri aynen bağittığı sözleşmeye geçirecektir. Bunun tek istisnası SenTİSK.m.33/5’de belirtilen toplu iş sözleşmesine konulamayacak hükümlerdir ve varsa bunlar sözleşmeden çıkarılacaktır. Yüksek Hakem Kurulu sadece anlaşmaya varılmayan konularda teklif edilen sözleşme maddelerine göre kararını verecektir. Kurul anlaşmaya varılmayan konularda karar verirken, mutlaka teklif ve karşı tekliflerle bağlı olmayacak tarafların ilk defa Kurulda ortaya attıkları çözümleri de göz önünde tutabilecektir.²⁰

Yüksek Hakem Kurulu işverenin varsa karşı tekliflerinin altında karar verme yetkisine sahip değildir. Bunun aksinin düşünülmesi Yüksek Hakem Kurulunun taraf görüşlerini yaklaştırma görevine ters düşer. Yüksek Hakem Kurulu işverenin karşı tekliflerinin, işçi sendikasıyla kabul edilseydi, bu konuların Yüksek Hakem Kuruluna intikal etmeyeceğini her zaman göz önünde bulundurmaya zorundadır. Buna karşılık Yüksek Hakem Kurulu konuları kendi içinde bir bütün sayması, işverenin karşı tekliflerini bir bütün içinde değerlendirip gerekirse dengeyi kuracak şekilde değiştirmesi mümkün olacaktır.²¹

III. YÜKSEK HAKEM KURULUNA BAŞVURU KOŞULLARI

Toplu iş ilişkilerinde ortaya çıkan menfaat uyuşmazlıklarında, Yüksek Hakem Kuruluna başvuru yapılabilmesi için aşağıda sayılan koşulların gerçekleşmesi gerekmektedir.

¹⁸ Reisoğlu, 405, 406.

¹⁹ Reisoğlu, 406.

²⁰ Reisoğlu, 407.

²¹ Reisoğlu, 407.

1. Grev ve Lokavtın Yasaklanması, Ertelenmesi veya Grev Oylamasında Grevin Reddedilmesi Durumlarında

a. Grev ve Lokavtın Yasaklanmış Olduğu Durumlarda

Anayasanın 54. maddesinin üçüncü fıkrasında, grev ve lokavtın yasaklanabileceği hallerin kanunla düzenleneceği belirtildikten sonra devam eden fıkrada da, grev ve lokavtın yasaklandığı hallerde uyuşmazlığın Yüksek Hakem Kurulu tarafından çözüleceği ifade edilmiştir.²²

Grev²³ ve lokavt yasakları²⁴ Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun 62'inci maddesinde sınırlı olarak sayılmıştır. Bu yasaklar şunlardır:

- Can ve mal kurtarma işlerinde;
- Cenaze işlerinde ve mezarlıklarda;
- Şehir şebeke suyu, elektrik, doğal gaz, petrol üretimi, tasfiyesi ve dağıtımı ile nafta veya doğalgazdan başlayan petrokimya işlerinde;
- Millî Savunma Bakanlığı ile Jandarma Genel Komutanlığı ve Sahil Güvenlik Komutanlığınca doğrudan işletilen işyerlerinde; kamu kuruluşlarınca yürütülen itfaiye ve hastanelerde grev ve lokavt yapılamaz.
- Cumhurbaşkanı, genel hayatı önemli ölçüde etkileyen doğa olaylarının gerçekleştiği yerlerde bu durumun devamı süresince yürürlükte kalmak kaydıyla gerekli gördüğü işyerlerinde grev ve lokavtı yasaklayabilir. Yasağın kalkmasından itibaren altmış gün içinde altı iş günü önce karşı tarafa bildirilmek kaydıyla grev ve lokavt uygulamasına devam edilir.
- Başladığı yolculuğu yurt içindeki varış yerlerinde bitirmemiş deniz, hava, demir ve kara ulaştırma araçlarında grev ve lokavt yapılamaz.

Kanun koyucu, bu işlerde grev yapılması ile elde edilecek menfaatten; grevin yasaklanması ile oluşacak kamu menfaatinin daha üstün olduğundan hareketle grev yasaklarını düzenlemiştir.²⁵ Doktrinde ve Uluslararası Çalışma Örgütü tavsiye kararlarında yasak kapsamına yönelik eski kanun döneminde yapılan eleştiriler, yeni kanun döneminde de devam etmektedir.²⁶ Maddede yer verilen

²² Y22.HD., T. 10.9.2019, E. 2019/4275, K. 2019/15696, Kazancı.com; Y22.HD., T. 21.5.2019, E. 2019/3973, K. 2019/11316, Kazancı.com.

²³ Melda Sur, Grev Kavramı, Türk ve Fransız Hukuku Açısından Karşılaştırmalı İnceleme, İzmir 1987, 17 vd.

²⁴ Sabahattin Yürekli, The Prohibitions On Strike According To The Act No 6356 As Amended Under The Judgment Of The Constitutional Court, Melikşah Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Volume 4, Issue 1, June 2015, 247-268; Burcu Ezer, Grev Hakkına İlişkin Sınırlama ve Yasaklar, Ankara 2016, 106, 107.

²⁵ Kabakçı, 129.

²⁶ Nurşen Caniklioğlu: "6356 Sayılı Kanuna Göre Grev Yasakları ve Grevin Ertelenmesi", *Çalışma ve Toplum Dergisi*, 2013/4, s.289-316, 300; Tuncay/Savaş, 343; Melda Sur, "Uluslararası

grev ve lokavtın yasak olduğu işler ve yerler ILO'nun talepleri de dikkate alınarak yaşamsal nitelik gösteren temel kamu hizmetleri ile sınırlandırılmıştır.²⁷

Bu yasaklara kısaca değinilecek olursa:

aa. Can ve Mal Kurtarma İşlerinde

SenTİSK.m.62/1'de, "can ve mal kurtarma işlerinde ... grev yapılamaz" düzenlemesiyle can ve mal kurtarma işlerinde grev yapılması yasaklanmıştır. Can ve mal kurtarma işlerinin kesintiye uğraması kişilerin sağlığını ve güvenliğini tehlikeye sokabileceği için bu gibi işlerde grevin yasaklanması öğretide isabetli bulunmuştur.²⁸ Kanun'da özel veya kamu ayrımı yapılmadığı için yasağın, işverenin kamu veya özel sektör işvereni ayrımı olmaksızın uygulanacağı öğretide kabul edilmektedir.²⁹

bb. Cenaze İşleri

SenTİSK.m.62/1'e göre, "cenaze işlerinde" grev yasaklanmıştır. Dolayısıyla cenaze işleri ve bu kapsamda olan tekfin³⁰ ve teçhiz işlerini yapanların grev yapmaları yasaklanmıştır. Gerçekten de bu işlerin terkedilmesi veya hizmet sunumunun ertelenmesi düşünülemez. Bu işlerin özel veya kamu sektörü tarafından yapılıyor olması, yasak kapsamı bakımından fark oluşturmamaktadır.³¹

cc. Mezarlıklar

Grev yasağı olan mezarlıklar, vefat eden insanların tekfin ve teçhiz işlemlerinden sonra defnedildiği ebedi istirahatgâh yerleridir.³² Gerçekten de mezarlıklarda sunulan hizmete ara verilmesi düşünülemez. Vefat edenin ve yakınlarının bu hizmetten mahrum bırakılması kabul edilemez bir durumdur. Grevin yasak olduğu işyeri sadece mezarlıklar değil, teçhiz ve tekfin işlerinin yapıldığı kamu ya da özel sektöre ait olması fark etmeksizin işletilen gasilhaneler de cenaze işleri de grev yasağı kapsamında yer almaktadır.³³

çç. Şehir Şebeke Suyu, Elektrik, Doğalgaz, Petrol Üretimi, Tasfiyesi ve Dağıtımı ile Nafta veya Doğalgazdan Başlayan Petro Kimya İşlerinde

SenTİSK.m.62/1 uyarınca, şehir şebeke suyu, elektrik, doğal gaz, petrol üretimi, tasfiyesi ve dağıtımı ile nafta veya doğalgazdan başlayan petrokimya işlerinde

Normlar ve 6356 Sayılı Kanunun Toplu İş Sözleşmeleri ve Grev Hakkındaki Hükümleri", *Dokuz Eylül Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt:15, 2013, Özel Sayı, 273.

²⁷ SenTİSK. 62. madde gerekçesi, Kılıçoğlu, 348.

²⁸ Caniklioğlu, 302.

²⁹ Kabakçı, 131; Caniklioğlu, 302.

³⁰ "Cenaze işlerinde grevin yasaklanması tekfin işlerini de kapsayacaktır", Tankut Centel, *Grev Yasak ve Sınırlamalarına Topluca Bakış*, TİSK. Akademi, C. 8, 2013/1, 8.

³¹ Kabakçı, 131; Caniklioğlu, 302.

³² Cevdet İlhan Günay, *İş ve Sosyal Güvenlik Dersleri*, 4. Baskı, Ankara 2013, 406.

³³ Yürekli, 253.

grev yasaklanmıştır.³⁴ Başlıktan da görüleceği üzere, gibi oldukça geniş bir kategorik yasak şekli öngörülmüştür. Burada sayılan işlerin kapsamının belirlenmesi gerekliliği açıktır. Yargıtay geçmiş tarihli bir kararında kanalizasyon ve su arıtma işlerinin yasak kapsamında olmadığı yönünde içtihat oluşturmuştur.³⁵ Kanunda “şehir şebeke suyu” ibaresine yer verildiğinden, su depolayıp şişe veya damacanalarda içinde su satışı sunan işyerleri bakımından grev yasağı söz konusu değildir.³⁶

dd. Milli Savunma Bakanlığı ile Jandarma Genel Komutanlığı ve Sahil Güvenlik Komutanlığı Tarafından Doğrudan İşletilen İşyerleri

Milli Savunma Bakanlığı ile Jandarma Genel Komutanlığı ve Sahil Güvenlik Komutanlığı tarafından doğrudan işletilen işyerlerinde grev sürekli olarak yasaklanmıştır (SenTİSK.m.62/1). Burada yapılan işin niteliği önem taşımamaktadır.³⁷ Sunulan hizmetin niteliği değil de sadece işverenin niteliğinin grev yasağına sebep olması öğretide eleştirilmektedir.³⁸ Çünkü işyerinin sadece Milli savunma Bakanlığı tarafından işletiliyor olması, işyerinin grev yasağı kapsamına girmesi için yeterlidir.³⁹

ee. Kamu Kuruluşlarınınca Yürütülen İtfaiye Ve Hastanelerde

SenTİSK.m.62/1’de, “kamu kuruluşlarınınca yürütülen itfaiye ve hastanelerde grev ve lokavt yapılamaz” ibaresiyle itfaiye ve hastanelerde grev ve lokavt yasaklanmıştır. Çünkü hastanelerde hizmetin aksaması halinde genel sağlığın olumsuz yönde etkileneceği kuşkusuzdur. Aynı şekilde itfaiye hizmetleri de toplum için kesinlikte vazgeçilmez hizmetlerdir. Anayasa Mahkemesi sağlıkla ilgili işyerlerinde grev yasağı olmasının Anayasaya aykırı olmadığı şeklinde bir karar vermiştir.⁴⁰

ff. İşletme Kapsamında Olan İşyerlerinin Bir Kısımının Grev Yasağı Kapsamında Olması Durumunun Değerlendirilmesi

Toplu görüşme süreci sonucunda grev yasağı bulunan işyerleri yönünden uyuşmazlık Yüksek Hakem Kurulu tarafından çözülecek, grev yasağı bulunmayan işyerleri yönünden ise grev ve lokavt aşaması işletilecektir. Toplu iş sözleşmesi süreci işletmeye ilişkin olduğunda, işletmeyi oluşturan işyerlerinin bir kısmı grev yasağı kapsamında bir kısmı değil ise, Yüksek Hakem Kurulu’nun görevli olup olmadığı noktasında 6356 sayılı Kanun’da, izlenecek

³⁴ Yürekli, 258.

³⁵ Y9.HD., 21.12.1990, E.1990/14029, K.1990/14208, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası; Y9.HD., 05.12.2002, E.2002/23171, K.2002/20586, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

³⁶ Tankut Centel, Grev Yasak ve Sınırlamalarına Topluca bakış, TİSK. Akademi, C. 8, 2013/1, 9.

³⁷ Caniklioğlu, 304.

³⁸ Kabakçı, 134; Caniklioğlu, 304; Güney/Aslanova, 263.

³⁹ Caniklioğlu, 304; Yürekli, 254.

⁴⁰ Kabakçı, 133; Anayasa Mahkemesi, 20.10.1967, E. 1963-337, K. 1967-31, RG. 2.5.1969, 13188.

yol konusunda bir düzenleme bulunmamaktadır. Konuya ilişkin Yargıtay; zorunlu tahkim, ancak kanun ile belirtilen sınırlı durumlarda ve sadece grev yasağının söz konusu olduğu hallerde başvurulması gereken bir yoldur. İşletme toplu iş sözleşmesinin bölünemez niteliği ve grev hakkının vazgeçilmez ve korunması gereken bir hak olduğu nazara alındığında, işyerlerinin bir kısmında grev yasağının bulunduğu ve bir kısmında ise grev yasağının bulunmadığı işletmelerde, Yüksek Hakem Kurulunun görevi ve yetkisinin bulunmadığı kabul edilmelidir. Yüksek Hakem Kurulu'nun, görevi ve yetkisi bulunmayan bir konuda oluşturduğu toplu iş sözleşmesinin hükümsüz olduğu, toplu görüşme sürecinin tüm işletme yönünden de devam ettiğinin kabulü gerekmektedir. Buna göre, sendikanın almış olduğu grev kararı, yine sadece grev yasağına tabi olmayan işyerleri bakımından uygulanabilecek, yasak bulunan işyerleri yönünden grev uygulaması yapılmayacak, ancak grev ve lokavt yasağı bulunmayan işyerlerinde varılan anlaşma sonucunda bağitlanacak toplu iş sözleşmesi ise, işletme toplu iş sözleşmesi niteliği kazanarak tüm işyerlerinde uygulanacaktır.⁴¹

Öğretide Yargıtay'ın getirmiş olduğu çözümün isabetli olduğu belirtilerek, bu yolla hem işletme ünitesinin bütünlüğü, hem de serbest toplu pazarlık ilkesi gözetilip korunduğu ileri sürülmüştür.⁴² Öğretide aksi yönde; grev yasağı olan işyerleri için Yüksek Hakem Kuruluna gidildiği takdirde bu işyerlerinde hakem kararı alınması, diğer işyerlerinde serbest toplu pazarlık yöntemine göre toplu iş sözleşmesi bağitlanması, Anayasal grev hakkı ile birlikte Anayasal norma dayalı Yüksek Hakem Kurulunun yetkisi açısından yerinde görülmüştür.⁴³ Bu görüşe ilişkin, bu durumda kamu düzenine ilişkin olduğu kabul edilen işletme toplu iş sözleşmesinin teklifinin bozulması önemli bir sakınca olduğu belirtilmiştir.⁴⁴

Kanımızca; kanunda düzenlenen grev yasağı olan işyerleri için grev yapılmayacağı ve uyuşmazlığın Yüksek Hakem Kurulu tarafından çözümleneceğine ilişkin bu kadar açık hüküm var iken işletme bütünlüğü nedeniyle bunun göz ardı edilmesi mümkün değildir. Bu gibi durumlarda grev yasağına tabi olmayan işyeri ya da işyerleri için yasal süreç izlemesi, grev yasağı olan işyerleri için de başvurulması halinde Yüksek Hakem Kurulu tarafından toplu iş sözleşmesi yapılması yerinde olacaktır. Grev yasağı kapsamındaki işyeri için Yüksek Hakem Kuruluna bir başvuru yapılmamış olması ihtimalinde ise yasak kapsamında olmayan yer ya da yerler için yapılacak sözleşmenin yasak

⁴¹ Y22HD., 15.07.2014, E.2014/16453, K. 2014/22444, Çalışma ve Toplum, 2014/4, 451-453.

⁴² Sur, 454, 455.

⁴³ “İşletmenin bir kısmında grev yasağı bulunması halinde yasağı tüm işletmeye yaymak sonucunu doğuran bu çözüme katılmak mümkün değildir. Başvurulması halinde Yüksek Hakem Kurulunun bağitlayacağı sözleşme sadece grev yasağına tabi olan yerlere ilişkin bulunacaktır”, Ünal Narmanlıoğlu, grev, Ankara 1990, 160, 161, Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 928, Münir Ekonomi, İşletme Toplu İş Sözleşmeleri ve Uygulamada Karşılaşılan Başlıca Sorunlar, Kamu-İş C.1 Sayı.1 1987, 20, 21.

⁴⁴ Sur, 454.

kapsamındaki yerler için de uygulanması yerinde olacaktır. Yüksek Hakem Kurulu'nun işletmenin bütünü yönünden toplu iş sözleşmesi bağlatması düşünüldüğünde ise, grev yasağı kapsamında olmayan işyerleri yönünden sendikanın almış olduğu grev kararı uygulanamaz hale gelecek, grev hakkı ortadan kaldıracaktır ki bu kabul edilebilir bir çözüm değildir.

b. Grev ve Lokavtın Ertelemesi

Karar verilmiş veya başlanmış olan kanuni bir grev veya lokavt genel sağlığı veya millî güvenliği bozucu nitelikte ise Cumhurbaşkanı bu uyuşmazlıkta grev ve lokavtı almış gün süre ile erteleyebilir. Erteleme süresi, kararın yayımı tarihinde başlar (SenTİSK.m.63/1).⁴⁵ Genel sağlık ve millî güvenlik kavramlarının takdiri oldukça zor olmakla birlikte, grev hakkı ve uygulanmasının esas, erteleme ise istisna olduğu gerekçesiyle bu kavramların dar olarak yorumlanması gerekir.⁴⁶ Erteleme süresi içinde memleketin güvenlik ve sağlığını tehdit eden durumun ortadan kaldırılmasına çalışılmalıdır.⁴⁷ Çünkü artık grevi bir daha erteleme imkânı bulunmamaktadır.⁴⁸

Erteleme kararının yürürlüğe girmesi üzerine, 60'ncı maddenin yedinci fıkrasına göre belirlenen arabulucu, uyuşmazlığın çözümü için erteleme süresince her türlü çabayı gösterir. Erteleme süresi içerisinde taraflar aralarında anlaşarak uyuşmazlığı özel hakeme de götürebilir (SenTİSK.m.63/2). Kanuni grev kararı alınan bir uyuşmazlıkta Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanı uyuşmazlığın çözümü için bizzat arabuluculuk yapabileceği gibi bir kişiyi de arabulucu olarak görevlendirebilir (m.60/7). Dolayısıyla grev ve lokavtın ertelenmesi halindeki arabuluculuk faaliyeti, grev ve lokavtın yasak olduğu halden farklı olup SenTİSK'nun 63/2. maddesinde özel olarak düzenlenmiştir.

Grev ve lokavtın ertelenme süresinin sonunda anlaşma sağlanmazsa, başvuru üzerine uyuşmazlık Yüksek Hakem Kurulunca çözümlür. Aksi takdirde işçi sendikasının yetkisi düşer (SenTİSK.m.63/3). Yüksek Hakem Kuruluna başvuru yapılması şeklindeki çözüm, Anayasa'da öngörülen esasa uygun olmakla birlikte, özellikle işçiler yönünden grevin taşıdığı hayati önem karşısında yerindeliği tartışılabilir.⁴⁹

Grev ertelemesine ilişkin 02.07.2018 tarihinde "Bakanlar Kurulu" deyiminin "Cumhurbaşkanı" olarak değişimine kadar ki uygulamalara bakıldığında Bakanlar Kurulunun takdir yetkisini isabetli kullandığını söylemek güçtür.⁵⁰

⁴⁵ Bu fıkarda yer alan "... büyükşehir belediyelerinin şehir içi toplu taşıma hizmetlerini, bankacılık hizmetlerinde ekonomik veya finansal istikrarı..." bölümü Anayasa Mahkemesi'nin 14/11/2019 tarihli ve E.: 2018/90, K.: 2019/85 sayılı Kararı ile iptal edilmiştir.

⁴⁶ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 1077.

⁴⁷ M. Kemal Oğuzman, Hukuki Yönden Grev ve Lokavt, İstanbul 1964, 49.

⁴⁸ Şener Akyol, Türk Hukukunda Grevin Hizmet Akdine Tesiri, İstanbul 1967, 42.

⁴⁹ Mahmut Kabakçı, 2822 Sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanuna Göre Toplu Pazarlık Sürecinde Ortaya Çıkan Uyuşmazlıklara Çözüm Aracı Olarak Grev ve Lokavt, İstanbul 2004, 179.

⁵⁰ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 1077.

Nitekim Türkiye Şişe ve Cam Fabrikaları Anonim Şirketine bağlı işyerlerinde uygulanmakta olan yasal grev, genel sağlığı ve milli güvenliği bozucu nitelikte görülerek ertelenmesi üzerine⁵¹ Anayasa Mahkemesi, belirtilen erteleme kararıyla Anayasa'nın 51. maddesinde güvence altına alınan sendika hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir.⁵²

c. Grev Oylamasında Grevin Reddedilmesi

Grev kararının işyerinde ilan edildiği tarihte o işyerinde çalışan işçilerin en az dörtte birinin ilan tarihinden itibaren altı iş günü içinde işyerinin bağlı bulunduğu görevli makama yazılı başvurusu üzerine, görevli makamca talebin yapılmasından başlayarak altı iş günü içinde grev oylaması yapılır (SenTİSK.m.61/1). Oylamada grev ilanının yapıldığı tarihte işyerinde çalışan işçilerden oylamaya katılanların salt çoğunluğu grevin yapılmaması yönünde karar verirse, bu uyuşmazlıkta alınan grev kararı uygulanamaz. Bu durumda 60'inci maddenin birinci fıkrasında belirtilen sürenin sonuna kadar anlaşma sağlanamazsa veya 51'inci maddenin birinci fıkrasında belirtilen süre içerisinde işçi sendikası Yüksek Hakem Kuruluna başvurmazsa yetki belgesinin hükmü kalmaz (SenTİSK.m.61/3). Yine, kanunun 51/1. maddesine göre, “ Grev oylaması sonucunda grev yapılmaması yönündeki kararın kesinleşmesinden itibaren altı iş günü içinde işçi sendikası Yüksek Hakem Kuruluna başvurabilir. Aksi takdirde işçi sendikasının yetkisi düşer” düzenlemesi getirilmiştir. Kanunun 51/1 maddesi uyarınca Yüksek Hakem kuruluna başvuru yapılması isteğe bağlıdır⁵³. Ancak belirtilen süre içerisinde başvurulmaması halinde sendikanın yetkisi düşer.

Grev oylaması sonucunda grev yapılmaması yönünde karar verilmesi halinde Yüksek Hakem Kuruluna başvurma hakkı sadece uyuşmazlıkta taraf olan işçi sendikasına verilmiştir. Yüksek Hakem Kurulunun uyuşmazlığı resen ele alması söz konusu olmadığı gibi, işçi sendikası dışında herhangi birinin başvuru hakkı da bulunmamaktadır.

Her ne kadar, grevin reddi kararı halinde Yüksek Hakem Kuruluna başvuru zorunlu değil ise de, yetkisinin düşmesini istemeyen işçi sendikasının altı iş günlük süre içerisinde Yüksek Hakem Kuruluna başvurusu gerekecektir.

2. Arabuluculuk Süresinin Sonunda Anlaşma Sağlanamaması

Menfaat uyuşmazlıklarında taraflardan birisinin haklı diğerinin haksız olması değil, menfaatlerin bir noktada birleşmemesi söz konusudur. Menfaat uyuşmazlıklarında konu Yüksek Hakem Kuruluna gelmeden önce arabulucuya gitmekte, arabulucu tarafları bir noktada anlaştırmaya çalışmaktadır.⁵⁴

⁵¹ Bakanlar Kurulu'nun 25.06.2014 Tarih ve 2014/6524 sayılı kararı, RG. 27.06.2014, 29043.

⁵² Anayasa Mahkemesi, 02.07.2015, Başvuru No. 2014/12166, RG. 12.08.2015, 29443.

⁵³ Kılıçoğlu, 294.

⁵⁴ Reisoğlu, 410.

Dolayısıyla Yüksek hakem Kuruluna gitmeden önce arabuluculuk aşmasının geçirilmesi yani toplu iş uyuşmazlığının çözümünde arabulucunun başarısız kalmış olması, arabuluculuk aşamasının tüketilmiş olması gerekir.⁵⁵ O halde toplu iş uyuşmazlığında arabuluculuk aşamasından geçilmeden Yüksek Hakem Kuruluna gidilemez.

Grev ve lokavtın yasak olduğu uyuşmazlıklarda, Yüksek Hakem Kuruluna başvurulabilmesi için, bir arabulucunun tayin edilmesi ve SenTİSK.m.50/5 gereğince toplu iş uyuşmazlığının arabulucunun faaliyetine rağmen giderilememiş olması gerekir. Buna kısaca arabulucu faaliyetinin başarısız kalması da denilebilir.⁵⁶

Grev ve lokavtın yasak olduğu uyuşmazlıklarda yüksek hakem kuruluna başvurmadan önce arabuluculuk faaliyetine başvurulması gerektiği; SenTİSK'nun 51/1'de, "50'inci maddenin beşinci fıkrasında belirtilen tutanağın tebliğinden" ifadesinden çıkmaktadır. Hükümde sözü edilen tutanak, geçirilen arabuluculuk aşamasının sonunda resmi arabulucunun düzenleyeceği tutanaktır.⁵⁷

Grev ertelemesinde, erteleme kararının yürürlüğe girmesi üzerine, 60'ıncı maddenin yedinci fıkrasına göre belirlenen arabulucu, uyuşmazlığın çözümü için erteleme süresince her türlü çabayı gösterir. Erteleme süresi içerisinde taraflar aralarında anlaşarak uyuşmazlığı özel hakeme de götürebilir (SenTİSK.m.63/2). Erteleme süresinin sonunda anlaşma sağlanamazsa, altı iş günü içinde taraflardan birinin başvurusu üzerine uyuşmazlık Yüksek Hakem Kurulunca çözülür. Aksi takdirde işçi sendikasının yetkisi düşer (SenTİSK.m.63/3).

3. Yüksek Hakem Kuruluna Başvuru Yapılması

Yüksek Hakem Kurulu ancak başvuru üzerine karar verir. Yüksek Hakem Kurulunun resen karar verme yetkisi yoktur.⁵⁸ Yüksek Hakem Kurulunun toplu iş uyuşmazlığını çözme yetkisi, başka bir deyişle zorunlu tahkim ancak Kanunda öngörülen süreler içerisinde Kanunda belirtilen taraf ya da tarafların Yüksek Hakem Kuruluna başvurması halinde mümkün olacaktır. Aksi halde uyuşmazlık çözüm prosedürü sona erer ve işçi sendikası yetkisini kaybeder.⁵⁹ O halde, zorunlu tahkimin işleyebilmesi için, uyuşmazlığın taraflarından birinin süresi içinde Yüksek Hakem Kuruluna başvurması gerekir. Yüksek Hakem Kurulu, diğer koşullar yerine gelmiş olsa da uyuşmazlığa kendiliğinden el koyamaz. Bu konuda bir başvuru yapılması zorunludur.⁶⁰ Yüksek Hakem Kuruluna başvuru

⁵⁵ Tuncay/Kutsal, 402.

⁵⁶ Tunçomağ/Centel, 425.

⁵⁷ Tunçomağ/Centel, 425.

⁵⁸ Narmanlıoğlu, 504; Reisoğlu, 405.

⁵⁹ YHGK., T. 22.11.2017, E. 2015/9-2170, K. 2017/1426, Kazancı; Narmanlıoğlu, 504.

⁶⁰ Tunçomağ/Centel, 425.

yapılması da ihtiyari/isteğe bağlıdır.⁶¹ Uyuşmazlığın diğer tarafının isteğine bakılmaksızın, hatta o taraf karşı çıksa bile uyuşmazlık hakeme götürülebilir.⁶²

Yüksek Hakem Kuruluna başvurulduğunda, kurul toplu iş sözleşmesini taraflar adına kararlaştırmaya yetkili olacak ve Yüksek Hakem Kuruluna bir defa başvuran tarafın bu talebini sonradan geri alması mümkün olmayacaktır. Ancak, tarafların kurula başvurusundan sonra, tarafların aralarında anlaşarak toplu iş sözleşmesi imzalamaları mümkündür.⁶³ O takdirde Yüksek Hakem Kurulunun yetkisi kendiliğinden son bulacak, uyuşmazlık gündeme girmiş olsa bile gündemden çıkarılacaktır.⁶⁴ Öğretide, “hakın kötüye kullanılması örneğin; Yüksek Hakem Kurulu tarafından verilecek hakların altında haklar verilmesi halinde işçilerin bu sözleşmenin iptalini istemeleri kabul edilecektir”⁶⁵ şeklinde görüş ileriye sürülmüş olsa da, ortada olmayan bir Yüksek Hakem Kurulu kararıyla oluşan toplu iş sözleşmesi varmış gibi ihtimallere dayanılarak dava açılması mümkün değildir.

a. Yüksek Hakem Kuruluna Başvuru Hakkı

Yüksek Hakem Kurulunun uyuşmazlığa resen el koyması mümkün değildir. SenTİSK’nun 51/1 yer alan düzenlemeye göre, ancak taraflardan birinin başvurusu üzerine uyuşmazlık Yüksek Hakem Kuruluna intikal edecektir. Yüksek Hakem Kuruluna başvuru yapabilecek olan taraf için uyuşmazlık konusuna göre SenTİSK’nun 51/1’de ayırım yapılmıştır.

Grev oylaması sonucunda grev yapılmaması yönündeki kararın kesinleşmesinden itibaren *işçi sendikası* Yüksek Hakem Kuruluna başvurabilir (SenTİSK. m.51/1, m.61/3). Hükümden görüleceği üzere grev oylamasında Yüksek Hakem Kuruluna başvuru yapabilme hakkı sadece işçi sendikasına tanınmıştır.

Grev ve lokavtın yasak olduğu hallerde *taraflardan biri* Yüksek Hakem Kuruluna başvurabilir (SenTİSK. m.51/1). O halde grev ve lokavtın yasak olduğu durumlarda herhangi bir sınırlandırma yapılmaksızın uyuşmazlığın taraflarına Yüksek Hakem Kuruluna başvuru hakkı tanınmıştır.

Grev ertelemesi halinde de; erteleme süresinin uyuşmazlıkla sonuçlanması hâlinde sürenin bitiminden itibaren *taraflardan biri* Yüksek Hakem Kuruluna başvurabilir. (SenTİSK. m.51/1).

⁶¹ Kılıçoğlu, 294.

⁶² Akyiğit, 723.

⁶³ Reisoğlu, 318.

⁶⁴ Reisoğlu, 407.

⁶⁵ Reisoğlu, 318.

b. Yüksek Hakem Kuruluna Başvuru Süresi

Grev oylaması, grev ve lokavtın yasak olduğu uyuşmazlıklarda ve grev ertelemesinde Yüksek Hakem Kuruluna başvuru yapılabilmesi bir süreyle sınırlandırılmıştır. Eğer bu süre içerisinde Yüksek Hakem Kuruluna başvuru yapılmaz ise, SenTİSK.m.51/1'e göre, işçi sendikasının yetkisi düşer.

aa. Grev Oylamasında

Grev oylamasında, SenTİSK.m.51/1'e göre; grev oylaması sonucunda grev yapılmaması yönündeki kararın kesinleşmesinden itibaren altı iş günü içinde⁶⁶ işçi sendikası Yüksek Hakem Kuruluna başvurabilir.

Grev oylamasında, SenTİSK.m.61/3'de yer verilen hükümlerle, *“Bu durumda 60'ıncı maddenin birinci fıkrasında belirtilen sürenin sonuna kadar anlaşma sağlanamazsa veya 51'inci maddenin birinci fıkrasında belirtilen süre içerisinde işçi sendikası Yüksek Hakem Kuruluna başvurmazsa yetki belgesinin hükmü kalmaz”* düzenlemesi ve Toplu İş Sözleşmesi Yetki Tespiti İle Grev Oylaması Hakkında Yönetmeliğin 16/3 maddesinde; *“Grev oylaması sonucunda, grev yapılmaması yönündeki kararın kesinleşmesinden itibaren, altı iş günü içerisinde anlaşma sağlanamazsa veya Yüksek Hakem Kuruluna başvurulmuşsa işçi sendikasının yetkisi düşer”* düzenlemesi yapılmıştır. Bu düzenleme gereği işçi sendikası SenTİSK.m.51/1'e göre ve Yönetmeliğe göre, altı işgünü içerisinde Yüksek Hakem Kuruluna başvuru yapma ya da anlaşmaya çalışma konusunda bir tercih yapmak zorunda bırakılmıştır.

Konuya ilişkin SenTİSK.m.61/3'ün gerekçesinde; *“Üçüncü fıkraya göre oylamada oylamaya katılan işçilerin salt çoğunluğu grevin yapılmaması yönünde karar verirse, alınmış grev kararı uygulanamaz. İkinci fıkraya göre, bu durumda işçi sendikası için iki seçenek bulunmaktadır. Anlaşmak veya Yüksek Hakem Kuruluna gitmek. İkinci fıkra birinci seçenek için 60. maddenin birinci fıkrasında belirtilen sürenin sonuna kadar bir zaman olduğunu düzenlemektedir. 60. maddenin birinci fıkrasında grev kararı almak için altmış günlük bir süre olduğuna işaret vardır. İşçi sendikası bu altmış günden örneğin yirmi gün önce grev kararı almışsa kastedilen süre bu yirmi gün müdür? Yani işçi sendikasının grev oylamasının kesinleşmesini takiben yirminci gün sonuna kadar toplu iş sözleşmesini imzalamak olanağı var mıdır? İşçi sendikası altmış günlük süreyi artık zaman bırakmadan kullanmışsa ne olacaktır? İkinci seçenek için de 51. maddenin birinci fıkrasındaki süre içinde (altı işgünü) Yüksek Hakem Kuruluna*

⁶⁶ “2822 Sayılı Kanunda Yüksek Hakem Kurulu'na başvuru süresi 15 gün olarak öngörülmüşken 6356 Sayılı SenTİSK'nda başvuru süresi altı iş gününe indirilmiştir”, Gülsevil Alpagut, 6356 Sayılı Yasa'nın Toplu İş Sözleşmesi ve Toplu İş Uyuşmazlıklarına İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi-Uluslararası Normlara Uyum, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Cilt 9, Sayı 35, Yıl 2012, 42-43; Aynı konuda bk. Akif Yıldırım, 6356 Sayılı Kanunun Sendikalar ve Toplu İş İlişkileri Hukukuna Getirdiği Yeni Düzenlemeler, Terazi Aylık Hukuk Dergisi, Cilt 8, Sayı 81, Yıl 2013, 61.

başvurmaktır. İşçi sendikası bu sürelere uymazsa yetkisi düşecektir” şeklinde bir açıklamaya yer verilmiştir.

Öğretide; belirtilen durumda işçi sendikasını mutlaka altı işgünü içinde karşı yanla anlaşmaya varmasını aramanın pratik bir yararının olmadığı; buna karşılık, yetkisinin düşmesi tehlikesini göze alıp Yüksek hakem Kuruluna başvurmayarak karşı yanla anlaşmaya çalışan işçi sendikasının, bu davranışının takdir edilmesi gerektiği, bu anlamda, yasada bulunmayan bir düzenlemeye sınırlayıcı biçimde yönetmelik hükmünde yer verilmesinin, hukuka uygun düşmediği ileri sürülmüştür.⁶⁷

SenTİSK.m.61/3’de yer verilen hükümlerle, “*Bu durumda 60’uncu maddenin birinci fıkrasında belirtilen sürenin sonuna kadar anlaşma sağlanamazsa veya 51’inci maddenin birinci fıkrasında belirtilen süre içerisinde işçi sendikası Yüksek Hakem Kuruluna başvurmazsa yetki belgesinin hükmü kalmaz*” doğrudan SenTİSK.m.60’uncu maddenin birinci fıkrasına yollama yapılmıştır. Madde gerekçesinde de ifade edildiği üzere; bu durumda işçi sendikası için iki seçenek bulunmaktadır. Anlaşmak veya Yüksek Hakem Kuruluna gitmek. Bu durumda, sendika anlaşma seçeneğini kullanmasına rağmen anlaşma olmaması halinde hem Yüksek Hakem Kuruluna başvuru hakkını hem de yetkisini kaybetmektedir. Bu nedenle yapılacak bir değişiklikle hükmün “*anlaşma sağlanamazsa, işçi sendikası altı işgünü içerisinde Yüksek Hakem Kuruluna başvurabilir*” şeklinde olması uyumsuzluk çözümü için çok daha isabetli olacaktır.

bb. Grev ve Lokavt Yasaklarında

Grev ve lokavtın yasak olduğu uyuşmazlıklarda 50’nci maddenin beşinci fıkrasında belirtilen tutanağın tebliğinden ya da erteleme süresinin uyuşmazlıkla sonuçlanması hâlinde sürenin bitiminden itibaren taraflardan biri altı iş günü içinde Yüksek Hakem Kuruluna başvurabilir (SenTİSK.m.51/1). Belirtilen durumlarda altı iş günü içinde Yüksek Hakem Kuruluna başvuru yapılmaz ise başvuru hakkının yitirilmesiyle birlikte, işçi sendikasının yetkisi düşecektir (SenTİSK.m.51/1).

cc. Grev Ertelemesinde

Grev erteleme süresinin uyuşmazlıkla sonuçlanması hâlinde sürenin bitiminden itibaren taraflardan biri altı iş günü içinde Yüksek Hakem Kuruluna başvurabilir (SenTİSK.m.51/1). Yine aynı hükme, SenTİSK.m.63/3’de yer verilmiştir. Hükümde; “erteleme süresinin sonunda anlaşma sağlanamazsa, altı iş günü içinde taraflardan birinin başvurusu üzerine uyuşmazlık Yüksek Hakem Kurulunca çözülür. Aksi takdirde işçi sendikasının yetkisi düşer” düzenlemesiyle Yüksek Hakem Kuruluna başvuru süresi gösterilmiştir.

⁶⁷ Tankut Centel, Yasal greve Müdahalede Grev oylaması Uygulaması, TİSK Akademi, 2014/1, 20.

IV. YÜKSEK HAKEM KURULUNA BAŞVURU YAPILAMAYACAK DURUMLAR

Geçici grev yasakları, grev kararının alınmasını ya da alınmış bir grev kararının uygulanmasını Kanun'un düzenlediği yasak sebebi ortadan kalkıncaya kadar erteleyen durumlardır⁶⁸. Geçici grev yasakları, SenTİSK.m.62/2'de; "Cumhurbaşkanı, genel hayatı önemli ölçüde etkileyen doğa olaylarının gerçekleştiği yerlerde bu durumun devamı süresince yürürlükte kalmak kaydıyla gerekli gördüğü işyerlerinde grev ve lokavtı yasaklayabilir. Yasağın kalkmasından itibaren altmış gün içinde altı iş günü önce karşı tarafa bildirilmek kaydıyla grev ve lokavt uygulamasına devam edilir" ve SenTİSK.m.62/3'de; "Başladığı yolculuğu yurt içindeki varış yerlerinde bitirmemiş deniz, hava, demir ve kara ulaştırma araçlarında grev ve lokavt yapılamaz" şeklinde düzenlenmiştir. Bu hükümlerde düzenlenmiş olan grev yasakları nitelik itibari ile geçicidir. Geçici yasağa sebep olan durumun ortadan kalkması ile bu yerlerde grev yapılabilecektir.

Yüksek hakem Kuruluna başvuru yapılamayacak durumlar şu şekilde sıralanabilir.

1. Deniz, Hava, Demir ve Kara Ulaştırma Araçlarının Seyri Sırasında

Ulaşım araçlarının seyri esnasında yapılacak olan grevin bu hizmetten o anda faydalananlar için telafisi güç zararlara yol açacağını düşünen kanun koyucu Kanun'un 62/3. maddesinde bu hususu düzenlemiştir.⁶⁹ SenTİSK.m.62/3 uyarınca; "Başladığı yolculuğu yurt içindeki varış yerlerinde bitirmemiş deniz, hava, demir ve kara ulaştırma araçlarında grev ve lokavt yapılamaz." Burada yasak sadece yolculuk süresi ile sınırlanmıştır. Kanun'un lafzı sadece yurt içine sefer yapan araçlar için grev yasağı öngörmüş gibi görünse de bu yorum kanunun amacı ile bağdaşmaz.⁷⁰

Ulaşım araçlarının seyri esnasındaki grev yasağı, grev kararı alınmasına engel değildir.⁷¹ Burada görülen işler için grev ve lokavt kararı alınabilir, ancak bu karar yolculuk bitinceye kadar uygulanamaz. O halde bu sayılan durumlar grev ve lokavt kararı alınmasını engelleyen bir durum değil, kararın uygulanmasını geciktiren bir durum söz konusudur.⁷² Geçici grev yasakları, greve ilişkin kanunda yapılması gereken işlemleri engellenmeyecektir.⁷³ Başladığı yolculuğu yurt içindeki varış yerlerinde bitirmemiş deniz, hava, demir ve kara ulaştırma araçlarında grev yapılamaması yasağı durumu, greve başlama tarihi yolculuk

⁶⁸ Alptekin Güney/Kemal Aslanova: "Türk Hukukunda Grev Yasakları ve İLO Normları", *Çalışma ve Toplum*, 2014/1, 263.

⁶⁹ Günay, 409; Caniklioğlu, 306; Tuncay/Savaş, 345.

⁷⁰ Günay, 410.

⁷¹ Caniklioğlu, 306.

⁷² Kemal Oğuzman, *Hukuki Yönden İşçi-İşveren İlişkileri*, 4. Bası, İstanbul 1987, 83.

⁷³ Safa Reisoğlu, 2822 Sayılı Toplu İş Sözleşmesi ve Grev ve Lokavt, Ankara 1984, 287, 288.

süresine rastlıyorsa, grevin başlamasının gecikmesine yol açar.⁷⁴ Dolayısıyla, sadece grevin uygulanma tarihini erteler. O halde, bir geminin varış limanına ulaştığı, uçağın hava limanına indiği, trenin varması gereken istasyona ulaştığı, otobüsün de varması gereken terminale ulaştığı andan itibaren grev yapılması mümkündür.⁷⁵ Yolculuk esnasında grev yasağı özellikle uçak ve gemilerin emniyeti için önemlidir.⁷⁶

Kanun'da ulaşım araçlarının seyir halinde olması grevin yasak olması için yeterli bir koşul olarak düzenlenmiştir. Dolayısıyla ulaşım araçlarında hayvan, insan veya yük taşımacılığı yapılması grev yasağı bakımında bir farklılık oluşturmayacaktır. Dolayısıyla, hayvan ya da eşya taşıyan ulaştırma araçları da varma yerine ulaşımcaaya kadar grev yapamazlar.⁷⁷

Başladığı yolculuğu yurt içindeki varış yerlerinde bitirmemiş deniz, hava, demir ve kara ulaştırma araçlarında grev ve lokavt yapılamayan durumlarda, işin niteliği gereği ve yolculuğun kısa sürmesi ihtimaline karşı Yüksek Hakem kuruluna gitme zorunluluğu yoktur.⁷⁸

2. Genel Hayatı Önemli Ölçüde Etkileyen Doğa Olaylarının Gerçekleştiği Yerlerde

SenTİSK.m.62/2'de; "Cumhurbaşkanı, genel hayatı önemli ölçüde etkileyen doğa olaylarının gerçekleştiği yerlerde bu durumun devamı süresince yürürlükte kalmak kaydıyla gerekli gördüğü işyerlerinde grev ve lokavtı yasaklayabilir. Yasağın kalkmasından itibaren altmış gün içinde altı iş günü önce karşı tarafa bildirilmek kaydıyla grev ve lokavt uygulamasına devam edilir" düzenlemesiyle genel hayatı önemli ölçüde etkileyen doğa olaylarının gerçekleştiği yerlerde bu durumun devamı süresince grev ve lokavtı yasaklayabilir.

Doğa olayları sebebiyle "genel hayatın önemli derecede etkilenmesi" grevin yasaklanması için yeterli bir koşul olarak düzenlenmiştir. Burada "genel hayatın önemli ölçüde etkilenmesi" kriteri objektif ölçütlere göre değerlendirilmelidir.

Doğa olaylarına sel, çığ, yangın, su baskını, toprak veya çığ kayması, deprem⁷⁹ ya da 2019 ve 2020 yılında dünya ülkelerinin yanı sıra Türkiye'yi de etkisi altına almış olan coronavirüs (Covid-19) salgını gibi doğal hayatın akışını olağandışı şekilde etkileyen olaylar örnek olarak gösterilebilir.

Genel hayatı önemli derecede etkileyen doğa olaylarının gerçekleştiği bölgede Cumhurbaşkanı işyerlerinden hangilerinde grevin yasaklanacağı konusunda

⁷⁴ Oğuzman, 83.

⁷⁵ Caniklioğlu, 306.

⁷⁶ Oğuzman, 83.

⁷⁷ Narmanlioğlu, 640; Caniklioğlu, 306; Günay, 410.

⁷⁸ Tuncay/Kutsal, 402.

⁷⁹ Caniklioğlu, 305; Günay, 408; Narmanlioğlu, 632.

takdir hakkı bulunmaktadır.⁸⁰ Belirli bir şehirde şiddetli bir deprem olması halinde ve bu bölgede yer alan işyerlerinin çalışmaya devam etmesinde bir kamu yararı bulunuyorsa, Cumhurbaşkanı depremin etkilerinin sona ermesine kadar söz konusu bu şehirdeki işyerleri için grev yasağı getirebilir. Görüleceği üzere, Cumhurbaşkanı afet bölgesinde yer almayan işyerleri için grev yasağı getirmesi mümkün değildir.⁸¹

Cumhurbaşkanı kararı ile uygulanan grev yasağı, grev yasağı kararı ortadan kaldırılıncaya kadar devam eder. Cumhurbaşkanı, grevi yasakladığı işyerleri için bu yasağı her zaman kaldırma imkânına sahiptir.⁸² Yasak kararının Cumhurbaşkanı kararı ile ortadan kaldırılmasıyla, SenTİSK.m.62/2'ye göre; “yasağın kalkmasından itibaren altmış gün içinde altı iş günü önce karşı tarafa bildirilmek kaydıyla grev uygulamasına devam edilir”.

SenTİSK.m.62/2'den görüleceği üzere, geçici grev yasaklarında bundan sonra Yüksek Hakem Kuruluna çözüm için başvurulamayacaktır. Eski 2822 sayılı Kanununun 32. maddesinde, geçici grev yasağının altı ayı doldurmasından sonra altı işgünü içinde Yüksek Hakem Kuruluna başvurma olanağını alternatif olarak öngörmekteydi.⁸³

V. YÜKSEK HAKEM KURULUNUN GÖREVİ

Yüksek Hakem Kurulu, zorunlu tahkim faaliyetini yürüten Anayasal bir kurumdur. Tahkim, hukuki bir uyuşmazlığın yürürlükteki mevzuat ve sözleşme hükümlerine göre çözülmesidir. Ancak toplu menfaat uyuşmazlıklarının çözümlenmesinde ise zorunlu tahkim yoluyla, yeni kurallar konulmakta ve yeni bir düzen oluşturulmaktadır.

Menfaat uyuşmazlıklarında grev ve lokavtın yasak olduğu, ertelendiği ve kanunun öngördüğü diğer hallerde Yüksek hakem Kurulu kanuni hakem olarak, tarafların iradesi yerine geçerek kesin nitelik taşıyan toplu iş sözleşmesini kararlaştırmaktadır.⁸⁴ O halde, Yüksek Hakem Kurulu'nun temel görevi, toplu menfaat uyuşmazlıkları hakkında karar vermek, yani toplu iş sözleşmeleri düzenlemektir.⁸⁵ Nitekim bu hususa Anayasa.m.54 ve SenTİSK.m.51/2'de yer verilmiştir.⁸⁶ Ancak, kurul kararlarının toplu iş sözleşmesi hükmünde ve kesin

⁸⁰ Ercan Akyiğit, İş Hukuku, Ankara 2013, 533; Caniklioğlu, 305; Günay, 408; Narmanlıoğlu, 632.

⁸¹ Caniklioğlu, 305.

⁸² Ercan Akyiğit, İş Hukuku, Ankara 2013, 533.

⁸³ H. Nüvit Gerek, 6356 Sayılı Kanununun Grev ve Lokavt Konusunda Öngördüğü Değişiklikler, TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi Cilt: 24 Sayı: 6 / Cilt: 25 Sayı: 1-2 Mayıs-Ağustos-Kasım 2013, 6.

⁸⁴ Reisoğlu, 416.

⁸⁵ Tunçomağ/Centel, 424.

⁸⁶ “Yüksek hakem kurulu kararları kesindir. Ancak maddi hata halinde Kurul talep üzerine kararını değiştirebilir”, Mustafa Kılıçoğlu, 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu Yorumu, Ankara 2013, 294.

olması için önkoşul, Yüksek Hakem Kurulunun görevli ve yetkili olduğu konularda karar alması zorunluluğudur. Aksi halde ve kurulun görev ve yetkisinin bulunmadığı konularda toplu iş sözleşmesi bağlatması, taraflarca yargı yoluna başvurmayı engellemeyeceği gibi, bu durum, kurul tarafından oluşturulan toplu iş sözleşmesinin geçersizliğinin tespitini istemeye de engel değildir.

SenTİSK.m.33/5’de yer verilen; “Toplu iş sözleşmeleri, Anayasaya ve kanunların emredici hükümlerine aykırı düzenlemeler içeremez” düzenlemesi gereğince, Yüksek Hakem Kurulu kendisine intikal eden uyuşmazlıklarda bu tür hükümleri toplu iş sözleşmesine koyamayacağı gibi taraflar anlaşmış olarak gelseler bile sözleşmeden çıkaracaktır.⁸⁷

Ancak Yüksek Hakem Kurulunun kendisine bildirilen veya kendisi tarafından toplanan bilgilerde önemli hata ve eksikliklerin olması ve kararlaştırılan sözleşme hükümlerinin bu bilgiler nedeniyle sakatlanmış olması halinde, başvuru üzerine veya resen genel hukuk prensipleri gereği, ilgili maddeleri düzeltmesi görevleri arasında sayılacaktır. Bu düzeltmelerde sözleşmede sonradan değişiklik yapma yasağının kapsamı dışında kalacaktır.⁸⁸

İşyerinde grev yasağı bulunup bulunmadığı konusundaki uyuşmazlığın çözümüne ilişkin Yüksek Hakem Kurulunun görevli olup olmadığı konusunda; işyerinde grev yasağı bulunup bulunmadığı noktasında bir uyuşmazlık çıkması halinde, işyerinin grev yasağına girip girmediği, ancak bir yargı organı tarafından çözümlenecek bir sorundur. Yüksek Hakem Kurulu bir yargı organı olmadığı için, yargıya ilişkin bir görevi yerine getirmesi söz konusu olamaz. Grev yasağının bulunup bulunmadığı hukuki bir mesele olduğundan, uyuşmazlık halinde bu sorun iş mahkemesinde çözümlenmelidir.⁸⁹ **Grev yasağı olmadığı halde** Yüksek Hakem Kuruluna gidilmiş ve toplu iş sözleşmesi Yüksek Hakem Kurulu tarafından yapılırsa, böyle bir konunun çözümü Yüksek Hakem Kurulunun yetkisine girmeyeceğinden, böyle bir durumda Yüksek Hakem Kurulu kararını geçersiz saymak gerekir. Geçersizliğin tespitine yönelik iş mahkemesinde tespit davası açılabilir.⁹⁰ Çünkü Yüksek Hakem Kurulu bir yargı organı olmadığından yargıya ilişkin bir görevi yerine getirmesi, mahkemelerin yetkilerini kullanması caiz değildir. Uyuşmazlık konusu işyerinin grev yasağına girip girmediği konusu belirsiz ise, taraflar bu konuda hem fikir değilse, Yüksek Hakem Kurulunun bu ön meselenin kesinlikle çözümünü beklemesi gerekir.⁹¹ Konuyla ilgili Yargıtay; Yüksek Hakem Kurulunun görevli ve yetkili olduğu konularda karar almasının zorunlu olduğunu, aksi halde kurulun görev ve

⁸⁷ Reisoğlu, 406.

⁸⁸ Reisoğlu, 412.

⁸⁹ Sur, 453; “Ancak böyle bir yetkinin hasren mahkemelere, yargı organına ait bulunduğunu ve Yüksek Hakem Kurulunun bu hususta bir yetkisinin bulunmadığını söyleyebilmek imkânı vardır”, Narmanlıoğlu, 506.

⁹⁰ Sur, 453.

⁹¹ Narmanlıoğlu, 506.

yetkisinin bulunmadığı konularda toplu iş sözleşmesi bağlatması, taraflarca yargı yoluna başvurmaya engellemeyeceği gibi, bu durum, kurul tarafından oluşturulan toplu iş sözleşmesinin geçersizliğinin tespitini istemeye de engel olmadığı, Yüksek Hakem Kurulu'nun, görevi ve yetkisi bulunmayan bir konuda oluşturduğu toplu iş sözleşmesinin hükümsüz olacağı ve toplu görüşme sürecinin devam edeceği şeklinde karar vermiştir.⁹²

VI. YÜKSEK HAKEM KURULUNUN YETKİLİ OLDUĞU DİĞER DURUMLAR

Yüksek Hakem Kurulu'nun zorunlu tahkim ya da tarafların anlaşarak özel hakem olarak Yüksek Hakem Kurulunu seçebilmelerinin yanında, Yüksek Hakem Kurulunun yetkili olduğu durumlar vardır. Bu durumlar aşağıdaki şekilde sıralanabilir.

1. Teşmilde Yüksek Hakem Kurulunun Görüşünün Alınması

Teşmil,⁹³ SenTİSK'nun 40. maddesinde düzenlenmiştir. Hükme göre; “Cumhurbaşkanı; teşmili yapılacak işyerinin kurulu bulunduğu işkolunda en çok üyeye sahip sendikanın yapmış olduğu bir toplu iş sözleşmesini, o işkolundaki işçi veya işveren sendikalarının veya ilgili işverenlerden birinin ya da Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanının talebi üzerine, Yüksek Hakem Kurulunun görüşünü aldıktan sonra tamamen veya kısmen ya da zorunlu değişiklikleri yaparak, o işkolunda toplu iş sözleşmesi bulunmayan işyeri veya işyerlerine teşmil edebilir. Yüksek Hakem Kurulu bu konudaki görüşünü on beş iş günü içinde bildirir” (m.40/1). Bu maddede teşmilin koşulları düzenlenmiştir. Buna göre, Cumhurbaşkanı teşmile karar vermeden önce Yüksek Hakem Kurulu'nun görüşünü alır. Teşmil kararının alınabilmesinde Yasa gereği, şekle ilişkin aranan koşul, Yüksek Hakem Kurulunun görüşünün almasıdır.⁹⁴ Yüksek Hakem Kurulunun görüşü özellikle teşmilde kamu yararı olup olmadığı ve teşmil kararının içeriğine ilişkin olacaktır.⁹⁵ Bu durumda, Yüksek Hakem Kurulu'nun

⁹² Y22.HD., T: 15.07.2014, E. 2014/16453, K. 2014/22444, Çalışma ve Toplum, 2014/4, 453.

⁹³ İbrahim Subaşı, Türk Toplu İş Hukukunda Teşmil, Prof. Dr. Halid Kemal Elbir'e Armağan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Eğitim, Öğretim Yardımlaşma Vakfı Yayın No. 2, İstanbul 1996, 438 vd; “İşyerini devralan işveren için teşmil edilmiş olan bir toplu sözleşme mevcut olması halinde de, eğer işçi için yürürlükte olan toplu sözleşme kendisi için daha avantajlı hükümler içeriyor ise, bu durumda teşmil edilen değil, kendisi için geçerli olan toplu sözleşmenin hükümlerinin uygulanması gerekli olmaktadır.”, Alpay Hekimler, Federal İş Mahkemesi, Karar Tarihi: 29.8.2007, Sayısı: 4, AZR 765/06, Çalışma ve Toplum, Ekonomi ve Hukuk Dergisi, 2008/1, 106; İbrahim Subaşı, 6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununda Toplu İş Sözleşmesinin Teşmili, Çalışma ve Toplum, 2013/4, 210 vd; Murat Kandemir, Toplu İş Sözleşmesinin Uygulanma Alanı, Çalışma ve Toplum, 2013/4, 204 vd; Melda Sur, Toplu İş Sözleşmesi Özerkliği ve Teşmil, Ankara 1991,127 vd.

⁹⁴ Subaşı, (Çalışma ve Tolum), 227.

⁹⁵ Subaşı, (Elbir'e Armağan), 458; Fevzi Şahlanan, Toplu İş Sözleşmesi, İstanbul 1992, 160; Subaşı, (Çalışma ve Tolum), 228.

fonksiyonu sadece görüş belirtmekten ibaret olup⁹⁶ teşmil kararı üzerinde kurucu bir etkiye sahip değildir. Teşmile yetkili makam Cumhurbaşkanındır.

Yüksek Hakem Kurulu görüşünü on beş gün içinde bildirmese Cumhurbaşkanını görüş ile bağlı kalmaksızın teşmil kararnamesi yayımlayabileceği kabul edilmelidir. Aksi takdirde görüşün beklenmesi teşmilden beklenen faydanın gerçekleşmemesine sebep olabilir. Ayrıca Cumhurbaşkanı Yüksek Hakem Kurulu'nun görüşü doğrultusunda karar vermek zorunda da değildir. Karar verme yetkisi Cumhurbaşkanına ait olduğundan, Yüksek Hakem Kurulunun görüşüne aykırı karar da verebilir.⁹⁷

2. Yüksek Hakem Kurulu'nun Özel Hakem Olarak Seçilmesi

STİSK.m.52/1'e göre; "Taraflar, anlaşarak toplu hak veya çıkar uyuşmazlıklarının her safhasında özel hakeme başvurabilir." Hüküm tarafların toplu hak veya menfaat uyuşmazlıklarında özel hakeme başvurmakta serbest olduklarını açıkça belirtmiştir.⁹⁸ Menfaat uyuşmazlıklarında, tarafların grev ve lokavta gidebilecekleri hallerde ya da grev ve lokavt yasağı olan hallerde yasal hakem olarak Yüksek Hakem Kurulu yerine özel hakeme gitmeyi kararlaştırabilirler.⁹⁹ STİSK.m.52/4'e göre; "Uyuşmazlığın her safhasında taraflar anlaşarak özel hakem olarak Yüksek Hakem Kurulunu da seçebilir" düzenlemesiyle tarafların anlaşması halinde STİSK.m.52/1'de kendilerine tanınmış olan özel hakeme başvuru hakkını özel hakem olarak Yüksek Hakem Kurulunu seçerek kullanabilirler. Hükümde taraflara alternatif bir seçim hakkı getirilmiştir. Buna göre, uyuşmazlığın her safhasında taraflar anlaşarak özel hakeme ya da özel hakem olarak Yüksek Hakem Kurulunu da seçebilirler.

Kanun koyucu burada Yüksek Hakem Kuruluna özel hakem işlevi vermektedir.¹⁰⁰ Bu hüküm gereğince, anlaşma her zaman yapılabilir. Bu nedenle taraflar, uyuşmazlık henüz arabuluculuk, grev veya lokavt ya da zorunlu tahkim aşamasındayken özel hakeme başvurabilirler.¹⁰¹

Ancak, SenTİSK. m.52/3'e göre; "toplu çıkar uyuşmazlıklarında taraflar özel hakeme başvurma hususunda yazılı olarak anlaşma yaparlarsa, bundan sonra arabuluculuk, grev ve lokavt, kanuni hakemlik hükümleri uygulanmaz". Grev ve lokavt yasağı olan menfaat uyuşmazlıklarında zorunlu hakem olarak görev yapacak olan yüksek hakem Kurulunun özel hakem olarak seçilmesinin tek

⁹⁶ Elbir, 270; "Bu konuda istisari mütalaa vermek görevi kanunen Yüksek Hakem Kuruluna verilmiştir", Narmanlıoğlu, 505; Subaşı, (Elbir'e Armağan), 458; Subaşı, (Çalışma ve Tolum), 228.

⁹⁷ A. Nizamettin Aktay/Kadir Arıcı/E. Tuncay Senyen/Kaplan, İş Hukuku, Ankara 2013, 565-566; Ahmet Nizamettin Aktay, Toplu İş Hukuku Ankara 2019, 248; Nizamettin Aktay, Toplu İş Sözleşmesi, Ankara 2000, 125.

⁹⁸ Tunçomağ/Centel, 428.

⁹⁹ Reisoğlu, 416.

¹⁰⁰ Kılıçoğlu, 296.

¹⁰¹ Tunçomağ/Centel, 428.

farklı sonucu, uyuşmazlık hakkında karar vermesi için arabuluculuk safhasının beklenmemesi, uyuşmazlık tutanağının tutulmasını takiben, konunun karar vermek üzere Yüksek Hakem Kuruluna gelmesidir.¹⁰² Taraflar, aralarında yazılı olarak anlaşdıktan sonra işçi sendikası, işveren sendikası ya da sendika üyesi olmayan işverenin Yüksek Hakem Kuruluna başvurusu yeterlidir.¹⁰³

Eğer taraflar karşılıklı anlaşma ile özel hakem olarak Yüksek Hakem Kurulunu seçmeleri halinde, SenTİSK.m.52/3'e göre; "Toplu çıkar uyuşmazlıklarında özel hakem kararları toplu iş sözleşmesi hükmündedir" düzenlemesi gereğince Yüksek Hakem Kurulu kararı toplu iş sözleşmesi hükmündedir. Bu durumda toplu çıkar uyuşmazlığında özel hakeme gidilmişse, bu durumda özel hakem hukuki bir uyuşmazlığı çözmekte ve ilerideki uyuşmazlıkların kendisine göre çözüleceği hukuk kurallarını koymakta, yani toplu iş sözleşmesi yapmaktadır.¹⁰⁴ Burada kurulun görevi, sadece uyuşmazlık konularını çözümlenektir. Ancak, taraflar hiçbir konuda anlaşma sağlayamamışlarsa kurul tarafından toplu iş sözleşmesinin bağlanması da mümkündür.¹⁰⁵ O halde, özel hakem olarak seçilen Yüksek Hakem Kurulunun diğer özel hakemlerden farkı olmayacak, menfaat uyuşmazlıklarında verdiği karar toplu iş sözleşmesi, hak uyuşmazlıklarında verdiği karar bir mahkeme kararı niteliğinde olacaktır.¹⁰⁶

Toplu iş sözleşmesine, taraflardan birinin başvurusu üzerine özel hakeme gidileceğine dair hükümler konulabilir. Toplu iş sözleşmesinde aksine hüküm yoksa 12/1/2011 tarihli ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun Özel hakeme ilişkin hükümleri uygulanır. Toplu hak uyuşmazlıklarında özel hakem kararları genel hükümlere tabidir (SenTİSK.m.52/2).

3. 375 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname İle Yüksek Hakem Kurulunun Yetkili Kılınması

375 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin Geçici 23. maddesinde Yüksek Hakem Kurulu; "Sürekli işçi kadrolarına geçirilenlerden, geçiş işlemi yapılırken mevcut işyerinin girdiği işkolunda kurulu işyerinden bildirilenlerin ücreti ile diğer mali ve sosyal hakları, bu madde kapsamındaki idarelerde geçişten önce alt işveren işçilerini kapsayan, Yüksek Hakem Kurulu tarafından karara bağlanan ve süresi en son sona erecek toplu iş sözleşmesinin bitimine kadar bu toplu iş sözleşmesinin uygulanması suretiyle oluşan ücret ile diğer mali ve sosyal haklardan fazla olamaz. Sürekli işçi kadrolarına geçirilenlerden; geçişten önce toplu iş sözleşmesi bulunmadığından kadroya geçirildiği tarihte yürürlükte olan

¹⁰² Reisoğlu, 418.

¹⁰³ Abdullah Berksun/İbrahim Eşmelioğlu, Açıklamalı Gerekçeli-İçtihatlı Toplu İş Sözleşmesi Grev Ve Lokavt Kanunu, Ankara 1989, 720.

¹⁰⁴ Tunçomağ/Centel, 429.

¹⁰⁵ Berksun/Eşmelioğlu, 719, 720.

¹⁰⁶ Reisoğlu, 418; Ekin Sökmen Güler, Toplu İş Uyuşmazlıklarının Çözümünde Yüksek Hakem Kuruluna Başvurma ve Özel Hakeme Başvurma, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XIX, Y. 2015, S. 3, 65.

bireysel iş sözleşmesi hükümlerinin geçerli olduğu işçiler ile geçiş işleminden önce yapılan ve geçişten sonra yararlanmaya devam ettiği toplu iş sözleşmesi bulunmakla birlikte bu madde kapsamındaki idarelerde alt işveren işçilerini kapsayan, Yüksek Hakem Kurulu tarafından karara bağlanan ve süresi en son sona erecek toplu iş sözleşmesinin bitiminden önce toplu iş sözleşmesi sona eren işçilerin ücreti ile diğer mali ve sosyal hakları, bu madde kapsamındaki idarelerde geçişten önce alt işveren işçilerini kapsayan, Yüksek Hakem Kurulu tarafından karara bağlanan ve süresi en son sona erecek toplu iş sözleşmesine göre belirlenir. Bu madde kapsamındaki idarelerde; 6356 sayılı Kanunun geçici 7’nci maddesinde belirtilen mevcut işyerleri bakımından anılan Kanuna uygun olarak yetki başvurusunda bulunulabilir, ancak geçişi yapılan işçiler için yeni tescil edilen işyerlerinde, geçişten önce alt işveren işçilerini kapsayan, Yüksek Hakem Kurulu tarafından karara bağlanan ve süresi en son sona erecek toplu iş sözleşmesinin sona erme tarihinden sonra yetki başvurusunda bulunulabilir.”

“Şirketlerde işçi statüsüne geçirilenlerden, geçiş işlemi yapılırken mevcut işyerinin girdiği işkolunda kurulu işyerinden bildirilenlerin ücreti ile diğer mali ve sosyal hakları, bu madde kapsamındaki şirketlerde geçişten önce alt işveren işçilerini kapsayan, Yüksek Hakem Kurulu tarafından karara bağlanan ve süresi en son sona erecek toplu iş sözleşmesinin bitimine kadar bu toplu iş sözleşmesinin uygulanması suretiyle oluşan ücret ile diğer mali ve sosyal haklardan fazla olamaz. Şirketlerde işçi statüsüne geçirilenlerden; geçişten önce toplu iş sözleşmesi bulunmadığından işçi statüsüne geçirildiği tarihte yürürlükte olan bireysel iş sözleşmesi hükümlerinin geçerli olduğu işçiler ile geçiş işleminden önce yapılan ve geçişten sonra yararlanmaya devam ettiği toplu iş sözleşmesi bulunmakla birlikte bu madde kapsamındaki şirketlerde alt işveren işçilerini kapsayan, Yüksek Hakem Kurulu tarafından karara bağlanan ve süresi en son sona erecek toplu iş sözleşmesinin bitiminden önce toplu iş sözleşmesi sona eren işçilerin ücreti ile diğer mali ve sosyal hakları, bu madde kapsamındaki şirketlerde geçişten önce alt işveren işçilerini kapsayan, Yüksek Hakem Kurulu tarafından karara bağlanan ve süresi en son sona erecek toplu iş sözleşmesine göre belirlenir” şeklindeki düzenlemeyle yetkilendirilmiştir.

Kanun Hükmünde Kararnamedeki, “Yüksek Hakem Kurulu tarafından karara bağlanan ve süresi en son sona erecek toplu iş sözleşmesinin sona erme tarihinden sonra yetki başvurusunda bulunulabilir” şeklindeki düzenlemeyle Yüksek Hakem Kurulunun karara bağladığı söz konusu “sözleşmeler” belediye şirketlerinde 30 Haziran 2020’ye, diğer tüm kamu kurumlarında ise 31 Ekim 2020’ye kadar geçerlidir. Bu nedenle işçiler sendika üyesi olsa bile, bu tarihlere kadar sendikalara yetki verilmediğinden ücret ve çalışma koşulları için pazarlık yapamayacak, toplu iş sözleşmesi hakkını kullanamayacaktır.¹⁰⁷

¹⁰⁷ Yüksek Hakem Kurulu’na mahkûm olmayalım, toplu iş sözleşmesi hakkını savunalım!, <https://gercekgazetesi.net/isci-hareketi/yuksekkhakem-kuruluna-mahkum-olmayalim-toplu-sozlesmesi-hakini-savunalim>, Erişim 07.04.2020.

4. Sermaye Piyasası Kanununda Yer Alan Grev ve Lokavt Yasaklarında

6362 Sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nda¹⁰⁸ da grev ve lokavt yasakları düzenlenmiştir.¹⁰⁹ Kanunun 137/2. maddesine göre; “Bu Kanun uyarınca kurulan ve faaliyet gösteren borsalar ve teşkilatlanmış diğer pazar yerleri, merkezî takas kuruluşları, merkezî saklama kuruluşları ile MKK tarafından yürütülen hizmetlerde grev ve lokavt yapılamaz”. Grev ve lokavt yasağının düzenlendiği bu hallerde, Yüksek Hakem Kurulu yetkili olacaktır.

VII. YÜKSEK HAKEM KURULU KARARLARININ NİTELİĞİ

Menfaat uyuşmazlıklarında Yüksek Hakem Kurulu zorunlu hakem olarak karar verirken, işçi ve işveren tarafının yerine geçmekte, onların yerine iradesini açıklayarak bir sözleşme meydana getirmektedir. Bu nedenle Yüksek Hakem Kurulu kararlarının niteliği üzerinde durmakta yarar vardır. Anayasa'nın 54/2. maddesinde düzenlenmiş olan Yüksek Hakem Kurulu kararlarının hukuki niteliğine ilişkin hükme SenTİSK.m.51/2'de de yer verilmiştir. Anılan hükümlere bakıldığında, Yüksek Hakem Kurulu kararları, kesin oluşu ve toplu iş sözleşmesi hükmünde olması şeklinde ikiye ayrılarak incelenebilir.

1. Yüksek Hakem Kurulu Kararlarının Kesinliği

Anayasa'nın 54. maddesi ile SenTİSK.m.51/2'de yer alan düzenlemeye göre “Yüksek Hakem Kurulu kararları kesindir ve toplu iş sözleşmesi hükmündedir” Hakem Kurulu kararlarının niteliği düzenlenmiştir. Yine aynı hususa, Toplu İş Sözleşmesinde Arabulucuya ve Hakeme Başvurma Yönetmeliği'nin 24. maddesinde; “Kurulun toplu çıkar uyuşmazlıklarına ilişkin kararları kesindir ve toplu iş sözleşmesi hükmündedir” şeklinde yer verilmiştir. Yasal düzenlemeler ile kurul kararlarının toplu iş sözleşmesi hükmünde olduğu ifade edilerek, toplu menfaat uyuşmazlıklarında, toplu görüşme sürecine dair kesinlikten bahsedilmiş ve sürecin bu karar ile son bulduğu belirtilmiştir.¹¹⁰

Anayasa'nın 54. maddesi ile SenTİSK.m.51/2'deki düzenlemelerden görüleceği üzere Yüksek Hakem Kurulu kararları kesindir ve tarafları bağlar. Yüksek Hakem Kurulu kararlarının kesin olmasının anlamı, kararlar aleyhine herhangi bir mercie başvurma mümkün olmaması yani kararların temyiz edilememesi,¹¹¹ Kurul kararlarının kesinleşmesi için herhangi bir makamın onayına gerek olmadığı, bu kararların aleyhine idari makamlara

¹⁰⁸ RG: 30/12/2012, Sayı: 28513

¹⁰⁹ Tuncay/Savaş, 315.

¹¹⁰ Y22.HD., T. 15.07.2014, E. 2014/16453, K. 2014/22444 Çalışma ve Toplum, 2014/4, 452, 453.

¹¹¹ Y22.HD., T. 15.07.2014, E. 2014/16453, K. 2014/22444 Çalışma ve Toplum, 2014/4, 452, 453, H. Servet Çolakoğlu, Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Hukuku, Ankara 1971,425.

başvurulamayacağı¹¹² anlamına geldiği gibi kararın tekrar Yüksek Hakem Kurulunca incelenerek değiştirilemeyeceğini ifade etmektedir.¹¹³ O halde, usulünce yürütülen toplu görüşme süreci sonucunda Yüksek Hakem Kurulu tarafından oluşturulan toplu iş sözleşmesine karşı herhangi bir itiraz mercii bulunmadığı¹¹⁴ gibi Yüksek Hakem Kurulunun verdiği kararların sonradan hiçbir kişi veya merci tarafından değiştirilemez ve tarafların bu karara uymaları zorunludur.¹¹⁵ Bu bağlamda, gerek yürürlük süresi sona eren toplu iş sözleşmesinin yenilenmesi ve gerekse menfaat uyuşmazlıklarının çözümü konusunda verilen kararlar kesin niteliktedir, bu kararlara karşı çıkmak söz konusu değildir.¹¹⁶ Bu hususa Toplu İş Sözleşmesinde Arabulucuya ve Hakeme Başvurma Yönetmeliği'nin 24. maddesinde yer verilerek, SenTİSK.m.51/2'deki hükümden farklı olarak "Kurulun toplu çıkar uyuşmazlıklarına ilişkin kararları kesindir ve toplu iş sözleşmesi hükmündedir" şeklindeki düzenlemede "toplu çıkar uyuşmazlıklarına ilişkin" ibaresine yer verilerek konuya açıklık getirilerek, kurulca çıkar-menfaat uyuşmazlıkları için verilen kararlar kesinlik taşıyacaktır.

Yüksek hakem Kurulu kararlarının kesinliği yasal çerçevede kalmak kaydıyla bir hüküm ifade eder.¹¹⁷ Kurul kararlarının toplu iş sözleşmesi hükmünde ve kesin olması için önkoşul, Yüksek Hakem Kurulu'nun görevli ve yetkili olduğu konularda karar alması zorunluluğudur. Aksi halde ve kurulun görev ve yetkisinin bulunmadığı konularda toplu iş sözleşmesi bağitlaması, taraflarca yargı yoluna başvurmayı engellemeyeceği gibi, bu durum, kurul tarafından oluşturulan toplu iş sözleşmesinin geçersizliğinin tespitini istemeye de engel değildir.¹¹⁸ Bu bağlamda, Yüksek Hakem Kurulunun kararının kesin olması, kurulun kararlaştırdığı toplu iş sözleşmesiyle veya bu sözleşmenin bazı maddeleriyle ilgili olarak dava açılmasına engel olmadığı¹¹⁹ gibi eğer kurul kararı ehliyet, yetki, süre yönünden, gerekli prosedüre uymadan ya da emredici nitelikteki hükümler yönünden kanuna aykırılık taşıyorsa düzeltilmesi veya

¹¹² "Danıştay, Yüksek Hakem Kurulu kararlarının Danıştay'ın kontrolüne tabi olmadığına karar vermiştir", Seza Reisoğlu, Toplu İş Sözleşmesi Grev Ve Lokavt Kanunu Şerhi, Ankara 1975, bkz. dn.6.

¹¹³ Reisoğlu, 410.

¹¹⁴ Y22.HD., T. 15.07.2014, E. 2014/16453, K. 2014/22444 Çalışma ve Toplum, 2014/4, 452, 453; Aksi görüşe göre; "Yüksek Hakem Kurulunun toplu çıkar uyuşmazlığına dönük olarak aldığı ve yasaya göre TİS hükmünde olduğu söylenen kararın geçersizliği, hiç değilse TİS'nin geçersizliği bağlamında davaya konu olabilecektir. Davanına YHK Ankara'da olduğundan Ankara iş mahkemesinde açılması gerekir. Bunda idari yargının görevli olduğu söylenemez.", Akyigit, 726.

¹¹⁵ Berksun/Eşmelioğlu, 722.

¹¹⁶ Y9HD., 5.4.1983, 1983/597-3267, Oğuz Özbek, Açıkamalı İçtihatlı Sendikacılık ve Toplu Sözleşme Mevzuatı, İstanbul 1986, 441; Berksun/Eşmelioğlu, 722.

¹¹⁷ Berksun/Eşmelioğlu, 722.

¹¹⁸ Y22.HD., T. 15.07.2014, E. 2014/16453, K. 2014/22444 Çalışma ve Toplum, 2014/4, 452, 453.

¹¹⁹ Reisoğlu, 410.

iptali her zaman istenebilir¹²⁰ ve Kurul da bunu kendiliğinden yapabilir.¹²¹ Örneğin; Yüksek Hakem Kurulunun yetkisi dışına çıkarak karar verdiği veya kararlaştırdığı sözleşme maddelerinin emredici hükümlere aykırı olduğu yahut işçi sayılmayan kişileri toplu iş sözleşmesi kapsamına aldığı, sözleşme tarafı olarak kabul ettiği sendikanın ehliyetsiz bulunduğu gibi iddialarla her zaman dava açılabilir.¹²²

O halde, kurul kararlarının toplu iş sözleşmesi hükmünde ve kesin olması için yetkili olmadığı konularda toplu iş sözleşmesi bağlatması, taraflarca yargı yoluna başvurmayı engellemeyeceği gibi, bu durum, kurul tarafından oluşturulan toplu iş sözleşmesinin geçersizliğinin tespitini istemeye de engel değildir.¹²³ Nitekim Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu m.51'in gerekçesinde; “Hiç kuşkusuz Yüksek Hakem Kurulu kararlarının kesin olması hükmü, bu kararlar karşısında yargı yolunu kapatmaz. Kararda maddi hata olması halinde de Yüksek Hakem Kurulu yeni bir kararla bu hatayı düzeltir” açıklamasına yer verilmiştir. O halde, Yüksek Hakem Kurulu kararları kesin olmasına rağmen eğer, kararda maddi hata olması halinde talep üzerine Kurul kararını düzeltebilir.¹²⁴

Esas olarak Yüksek Hakem Kurulu da toplu iş sözleşmesi hükmünde olan kararlarını bizzat kendisi değiştiremez ise de, Yüksek Hakem Kuruluna başvurularak kararların tartzih edilmesi mümkündür.¹²⁵

Yüksek hakem Kurulu tarafından kararlaştırılan toplu iş sözleşmesinin kesin olması, sözleşme taraflarının süre hariç sonradan aralarında anlaşarak sözleşme maddelerinde değişiklik yapmalarına engel değildir.¹²⁶

Ayrıca Yüksek Hakem Kurulu, verdiği kararlarla ilgili olarak taraflardan birinin başvurusu üzerine açıklayıcı nitelikte görüş bildirebilir, ancak yorum yapamaz.¹²⁷ Öğretide, Yüksek Hakem Kurulu tarafından yapılan toplu iş sözleşmesinin yorumu için de yorum davası açılabilceği belirtilmiştir.¹²⁸

¹²⁰ “Örneğin; başkan dâhil beş üye ile toplanmış ve aldığı kararı tebliğ etmişse, bunun da hukuken geçersiz/yok olduğunun tespiti istenebilmesine rağmen yasal süreye uymadan Yüksek Hakem Kurulunun aldığı kararlar için durumun tartışılabilceği ileriye sürülmüştür.”, Akyiğit, 726.

¹²¹ Berksun/Eşmelioğlu, 722.

¹²² Reisoğlu, 410, 411; “Yüksek Hakem Kurulu toplu iş sözleşmesi ünitesi için artık işveren niteliği bulunmayan bir kişi ya da kuruluşu toplu iş sözleşmesi tarafı olarak kabul eden ve böylece hukuka aykırı düşen kararı aleyhine geçersizlik iddiasıyla dava açılabilmeli ve mahkemece şartları varsa geçersizliğine karar verilmelidir. Tarafların bile ortak arzusıyla yapamadıkları böyle bir şeyi Yüksek Hakem Kurulunun yapabileceğini söylemek mümkün değildir.”, Akyiğit, 726.

¹²³ Y22.HD., T: 15.07.2014, E. 2014/16453, K. 2014/22444 Çalışma ve Toplum, 2014/4, 452, 453.

¹²⁴ Mustafa Kılıçoğlu, 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu Yorumu, Ankara 2013, 294.

¹²⁵ YHGK., T. 22.11.2017, E. 2015/9-2170, K. 2017/1426, Kazancı; aksi gör. Reisoğlu, 412.

¹²⁶ Reisoğlu, 411.

¹²⁷ Berksun/Eşmelioğlu, 722.

¹²⁸ Tuncay/Kutsal, 405.

Yüksek Hakem Kurulu, toplu iş sözleşmesi yapılırken toplu görüşmede anlaşmaya varılan noktalar dışındaki uyuşmazlık konularında karar verebileceği için, tarafların anlaştıkları konularda verilen kararın yargı denetimine tabi olduğunun kabulü gerekir.¹²⁹ Öte yandan, yargı yolu ile çözümü gereken bir uyuşmazlık ile ilgili olarak Yüksek Hakem Kurulu karar veremeyeceğinden, örneğin; bir iş yerinde yapılan işin grev ve lokavt yasağı kapsamına girip girmediğini incelemek görevi dışında olduğundan bu konuda verdiği kararın kesin olduğu kabul edilemez.¹³⁰

2. Yüksek Hakem Kurulu Kararlarının Toplu İş Sözleşmesi Hükümünde Olması

Normal olarak tahkimde hakem ya da hakemler taraflar arasında ortaya çıkmış bir hak uyuşmazlığını çözerek yargısal bir fonksiyon ifa etmelerine karşın,¹³¹ toplu iş uyuşmazlıklarında hakem tarafından taraflar arasındaki menfaat uyuşmazlığını çözeceklerdir. Yani yeni kurallar koyarak bir tür yasama fonksiyonu icra edeceklerdir.¹³² Nitekim Anayasa m.54/2 ve SenTİSK.m.51/2’de “Yüksek Hakem Kurulu kararları kesindir ve toplu iş sözleşmesi hükmündedir” düzenlemesiyle, Yüksek Hakem Kurulu kararlarının toplu iş sözleşmesi hükmünde olduğu belirtilerek Kurul kararlarının etkisi vurgulanmıştır.

Yüksek Hakem Kurulu kararları yeni bir toplu iş sözleşmesi yapılmasına ilişkin olabileceği gibi mevcut bir toplu iş sözleşmesinin bazı değişikliklerle yeniden yürürlüğe sokulmasına ilişkinde olabileceği¹³³ gibi toplu iş sözleşmelerini yenileme şeklinde olabilir.¹³⁴ Yüksek Hakem Kurulu kararında yer alacak hususlar, tarafların üzerinde anlaşamadıkları konulara münhasır olmalıdır. Yüksek Hakem Kurulunun, tarafların toplu görüşme veya arabuluculuk aşamalarında üzerinde anlaşmış oldukları tutanaklarda sabit olan konular hakkında karar vermemesi gerekir. Ancak, Yüksek Hakem Kurulu, sadece içerdiği hükümlerle değil, toplu iş sözleşmesi taraflarının üzerinde anlaştıkları konularla birlikte toplu iş sözleşmesini meydana getirir.¹³⁵

Yüksek hakem Kurulunun kararıyla meydana gelen toplu iş sözleşmesiyle, tarafların kendi aralarında anlaşarak imzaladıkları toplu iş sözleşmeleri arasında herhangi bir fark yoktur.¹³⁶ Yüksek Hakem Kurulunca yapılan toplu iş sözleşmesi de taraflarca yapılan toplu iş sözleşmesinin sonuçlarını ve etkilerini

¹²⁹ Günay, 444.

¹³⁰ Günay, 444.

¹³¹ M. Kemal Oğuzman, Türkiye’de işçi ve İşveren İlişkileri, 3. Bası İstanbul 1984, 136; “Taraflar toplu hak uyuşmazlıklarında özel hakem olarak Yüksek Hakem Kurulunu seçerlerse, bu defa karar mahkeme kararına benzer bir etkiye sahip olur.”, Tuncay/Kutsal, 405.

¹³² Oğuzman, 101; Narmanlıoğlu, 507.

¹³³ Tuncay/Kutsal, 405.

¹³⁴ Özbek, 441.

¹³⁵ Tuñçomağ/Centel, 427.

¹³⁶ Oğuzman, 123; Reisoğlu, 409.

doğuracak; toplu iş sözleşmesini yapmamış olmalarına rağmen sözleşmenin tarafları işçi sendikası ile işveren sendikası ya da işverendir.¹³⁷ Yüksek Hakem Kurulu tarafından yapılan toplu iş sözleşmeleri de gerek muhtevası, gerek etkileri gerekse sona ermesi ve sonuçları bakımından toplu iş sözleşmelerinin tabi olduğu rejime tabidirler. Bu nedenle taraflar arasında imzalanan toplu iş sözleşmeleri hakkında varılacak hukuki sonuçlar aynen zorunlu hakem olarak Yüksek Hakem Kurulunun kararlaştırdığı toplu iş sözleşmeleri için de geçerlidir.¹³⁸ Dolayısıyla toplu iş sözleşmesine ilişkin yasal hükümler, Yüksek Hakem Kurulu kararlarına da uygulanır. Bu yüzden, Yüksek Hakem Kurulu toplu iş sözleşmesinin kapsamını düzenlerken, aynen taraflar gibi genel ve özel yasaklara ilişkin sınırlamalara uymak zorundadır. Toplu iş sözleşmesinde yer alması mümkün olmayan konulara örneğin; Anayasa'ya yasaların buyurucu hükümlerine aykırı hükümler konulamaz (SenTİSK m.33/5). Eğer konulmuşsa, bunlar geçersiz sayılır.¹³⁹

Toplu iş sözleşmesi hükmünde olan Yüksek Hakem Kurulu kararları, toplu iş sözleşmesinde olduğu gibi aynı ilan ve tevdi zorunluluklarına tabidir. Yüksek Hakem Kurulu kararları, toplu iş sözleşmesinin tüm etkilerini meydana getirdiğinden, toplu iş sözleşmesi niteliğindeki hakem kurulu kararından uyuşmazlıkta taraf olan işçi sendikası üyeleri yararlanır. Toplu iş sözleşmesi tarafı olan sendikaya üye olmayanlar ise sendikaya dayanışma aidatı ödemek suretiyle bu sözleşmeden yararlanabilirler.¹⁴⁰ Böyle bir toplu iş sözleşmesi sona erdikten sonra, yenisi yapıncaya kadar hizmet akdi hükmü olarak etkisini sürdürecektir.¹⁴¹

Yüksek Hakem Kurulu kararını verdikten sonra toplu iş sözleşmesi maddelerini yorumlama yetkisi bulunmamaktadır. Çünkü Yüksek Hakem Kurulunca bağitlanmış bir toplu iş sözleşmesi ile taraflar arasında imzalanmış toplu iş sözleşmesi arasında imzadan sonra artık herhangi bir fark kalmamaktadır. Tıpkı diğer sözleşmelerde olduğu gibi burada da taraflar toplu iş sözleşmesinin yorumunda uyuşmazlığa düşerlerse, yorum mahkemeler tarafından yapılır.¹⁴² SenTİSK.m.53/1'de; "Uygulanmakta olan bir toplu iş sözleşmesinin yorumundan doğan uyuşmazlıklarda sözleşmenin taraflarınca dava açılabilir. Mahkeme en geç iki ay içinde karar verir. Karar hakkında istinaf yoluna başvurulması hâlinde bölge adliye mahkemesi, uyuşmazlığı iki ay içinde kesin olarak karara bağlar." düzenlemesiyle yoruma ilişkin yetkinin mahkemelerde olduğu belirtilmiştir.

¹³⁷ Narmalioğlu, 507.

¹³⁸ Reisoğlu, 409.

¹³⁹ Melda Sur, İş Hukuku Toplu İlişkiler, Ankara 2020, 452; Tunçomağ/Centel, 427; Narmanlıoğlu, 507.

¹⁴⁰ Oğuzman 124; Sur, 452; Tunçomağ/Centel, 427; Narmalioğlu, 507.

¹⁴¹ Narmalioğlu, 507.

¹⁴² Reisoğlu, 411.

Yine Yüksek hakem kurulu yasalarda kendisine tanınan yetkiler içinde hareket edeceğinden ve toplu iş sözleşmesinde taraf olmadığı için sonradan işyerindeki koşulların değişmesi, enflasyonun beklenenin üzerinde artması vb. gibi nedenlerle toplu iş sözleşmelerinde değişiklik yapamaz.¹⁴³ Değişiklik yapma yetkisi toplu iş sözleşmesinin taraflarına aittir.¹⁴⁴

Yüksek Hakem Kurulu kararının yürürlükte bulunduğu sürece taraflar yeni menfaat uyuşmazlığı çıkarmamakla yükümlüdürler. Kararın yürürlük süresi içinde, taraflardan birinin iş barışını bozmama mükellefiyetine aykırı olarak yeniden zorunlu/kanuni hakeme başvurusu halinde hakem kurulunun, önceki kararının yürürlükte bulunduğunu resen nazara alarak müracaatı reddetmesi gerekir.¹⁴⁵

Belirtmek gerekirse, Yüksek Hakem Kurulu kararlarına karşı grev ya da lokavta gidilemez.¹⁴⁶

Ayrıca, işveren, bir toplu iş sözleşmesi veya toplu iş sözleşmesi hükmündeki özel hakem veya Yüksek Hakem Kurulu kararı ile toplu hak uyuşmazlıklarında verilmiş mahkeme veya özel hakem kararlarını, işyeri veya işyerlerinde işçiler tarafından görülebilecek yerlere asmakla yükümlüdür (SenTİSK.m.48/2).

VIII. YÜKSEK HAKEM KURULU KARARLARI KAZANILMIŞ HAKLARA ETKİSİ

Toplu iş sözleşmesi tarafları yeni yapacakları toplu iş sözleşmesinde, geçmişte yapılan toplu iş sözleşmesi hükümlerinden farklı karar verme hakkına sahiptirler. Yüksek Hakem Kurulu da geçmişte yapılmış toplu iş sözleşmelerinden farklı düzenlemeler yapabilir. Daha önce verilen kararlarda genelde Yüksek Hakem Kurulu, yasal standartların üstüne çıkmamıştır. Kazanılmış hakları yasal düzeye çekmiştir. Toplu iş sözleşmesi ile kıdem tazminatı elli gün üzerinden hesaplanıyor ise Yüksek Hakem Kurulu bunu yasal süreye yani otuz güne indirebilir.¹⁴⁷

IX. YÜKSEK HAKEM KURULUNUN SİSTEM OLARAK DEĞERLENDİRİLMESİ

Grev hakkının, serbest toplu pazarlık ve toplu iş sözleşmesi hakkı ile sendika hakkının vazgeçilmez bir unsuru olduğu tartışmasızdır. Bu anlamda, 6356 sayılı

¹⁴³ Narmanlıoğlu, 507; Reisoğlu, 412.

¹⁴⁴ Narmanlıoğlu, 507.

¹⁴⁵ Oğuzman, 124.

¹⁴⁶ “Bu sistemin uygulandığı ülkelerde devletin ekonomik düzeni tamamen kontrol altında tuttuğu görülmüştür. Bu ülkelere örnek olarak, demokratik düzene geçmeden önceki uzun bir dönem için İspanya ve Portekiz gösterilebilir. Ayrıca, savaş sonrası ekonomik krizler sırasında İngiltere, Amerika ve Kanada’da grev ve lokavt yasağı konulmuştur”, Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 1074.

¹⁴⁷ Kerem Altıntaş, Yüksek Hakem Kurulu Nasıl Karar Verebilir? <http://www.airnewstimecom/kerim-altintas-yuksekhakemkurulu-nasil-karar-verebilir-411-yazisi.html>.

Kanun'un genel gerekçesinde de, devletin fazla müdahale ettiği ve denetim altında tuttuğu grev ve lokavt alanının yeniden düzenlendiği ve grev yasakları alanının daraltıldığı ifade edilmiştir. Şu halde, uluslararası metinler ile Anayasal ve kanuni düzenlemeler ışığında belirtmek gerekir ki, grev hakkı vazgeçilmez ve korunması gereken bir hak olarak karşımıza çıkmakta iken, zorunlu tahkim ise kısıtlı olarak başvurulacak bir yoldur.¹⁴⁸ Dolayısıyla zorunlu tahkim yoluyla uyuşmazlığın çözülmesi, serbest pazarlık ilkesiyle bağdaşmaz. Tahkimin zorunlu olması, serbest toplu pazarlık sürecinin engellenmesidir ve bu arzu edilen bir şey değildir. Yüksek hakem kuruluna gidilen durumlarda, bu yolla uyuşmazlık çözümlenirken ortada menfaat uyuşmazlığı mevcut olduğundan, hakem ya da hakemler yeni kurullar koyarak bir tür objektif norm fonksiyonu ile yeni düzen oluşturmuş olurlar.¹⁴⁹ Dolayısıyla Yüksek Hakem Kurulu'nun fonksiyonu, genel objektif norm koyma¹⁵⁰ bir nevi yasama fonksiyonunu icra eder.¹⁵¹

Uyuşmazlıkların çözümünde grev hakkının tanınması kaçınılmaz olmakla beraber; grevin ulusal ekonomiyi, kamu düzenini az veya çok olumsuz yönde etkileyeceği kuşkusuzdur. Özellikle sanayileşme hareketlerine yeni girişen gelişmekte olan ülkeler; sosyal yapı, halk sağlığı ve güvenliği açısından grev ve lokavt hareketlerine karşı daha duyarlıdır. Çünkü bazı ürünler için zaten yetersiz olan üretimin durmasının olumsuz sonuçları hemen halka yansımakta ve grev nedeniyle üretilmeyen malların ithali için kıt olan döviz kaynakları harcanmaktadır.¹⁵² Çalışma ilişkilerinin kesilmesi kamuoyunu etkilediği gibi işçiyi ve ailesini de grev fonlarının yetersiz olması nedeniyle olumsuz yönde etkilemektedir. Gelişmekte olan ülkelerde, zorunlu tahkim sisteminin henüz güçsüz ve hazırlıksız işçi sendikalarının yararına olduğu, kalkınma planlarının mücadeleci çözüm yollarına gidilmemesi halinde saptanan hedefe ulaşacağı, grevlerin bir lüks olduğu yerli ve yabancı yatırımları ürküteceği ileri sürülerek, mücadeleci çözüm yolları ya tümünden veya yasalarla belirlenen bazı hallerde yasaklanmaktadır. Zorunlu tahkimin genel olarak veya çok geniş bir alanı içerecek şekilde uygulanması, sendikacılığın ve toplu pazarlığın gelişmesini, işçilerin ulusal gelirden gereken payı almalarını engeller.¹⁵³

¹⁴⁸ “Grev hakkının, serbest toplu pazarlık ve toplu iş sözleşmesi hakkı ile sendika hakkının vazgeçilmez bir unsuru olduğu tartışmasızdır. Bu anlamda, 6356 sayılı Kanun'un genel gerekçesinde de, devletin fazla müdahale ettiği ve denetim altında tuttuğu grev ve lokavt alanının yeniden düzenlendiği ve grev yasakları alanının daraltıldığı ifade edilmiştir. Şu halde, uluslararası metinler ile Anayasal ve kanuni düzenlemeler ışığında belirtmek gerekir ki, grev hakkı vazgeçilmez ve korunması gereken bir hak olarak karşımıza çıkmakta iken, zorunlu tahkim ise kısıtlı olarak başvurulacak bir yoldur”, Y22HD., 15.07.2014, E. 2014/16453, E. 2014/22444, Çalışma ve Toplum, 2014/4, 453.

¹⁴⁹ Tuncay/Kutsal, 396; “Hâlbuki toplu iş uyuşmazlıklarında zorunlu tahkimde hakem umumiyetle taraflar arasındaki bir menfaat uyuşmazlığını çözecek yeni kaide koyar”, Oğuzman, 101.

¹⁵⁰ Tuncay/Kutsal, 405.

¹⁵¹ Oğuzman, 101.

¹⁵² Alper Topçuoğlu, Gelişmekte Olan Ülkelerde Toplu Çalışma Uyuşmazlıklarının Çözülmesi, Amme İdaresi Dergisi, C. 13, S. 4, Aralık 1980, 30;

¹⁵³ Nurhan Süral, İş Hukukunda Barışçı Çözüm Yolları, Türk-İş Yayınları, No: 142, 131.

Uygulamada Yüksek Hakem Kurulunun vermiş olduğu kararlara tepki olduğuna dair iki örneğe ulaşılmıştır.

Bunlardan ilki: Grev yasaklarına tabi olan işyerlerinden TÜPRAŞ'ta, Türkiye Kimya Petrol Lastik ve Plastik Sanayi İşverenleri Sendikası (KİPLAS) ile Petrol-İş Sendikası arasında uyuşmazlıkla sonuçlanan Toplu İş Sözleşmesi süreci sonunda, Yüksek Hakem Kurulu tarafından uyuşmazlık karara bağlanmıştır. Toplu iş sözleşmesi görüşmelerinde toplu sözleşmedeki seksen maddeden yetmişinde anlaşma sağlanmış, sonuçsuz kalan on maddeye ilişkin Yüksek Hakem Kurulu'na gidilmiştir. Karara ilişkin, Yüksek Hakem Kurulu için işveren lehine karar verdiği, "Tarafsız yaklaşım hakemlik görevini yerine getirmediği, aksine işverenin tüm dediklerini kabul etmiş ve işveren lehine karar vermiştir" şeklinde itiraz edilmiştir. Ayrıca itirazda Yüksek Hakem Kurulu kararlarının sendika ve işveren için bağlayıcı olsa da, işçilerin yıllarca mücadele ederek kazanım elde ettikleri haklarının ellerinden alınmak istendiği ve bunun da Yüksek Hakem Kurulu aracılığıyla yapıldığını ileri sürülmüştür.¹⁵⁴

Diğeri: Grev ertelenmesine ilişkin uyuşmazlığın Yüksek Hakem Kurulu tarafından çözümlenmesi konusunda Yüksek Hakem Kurulu'nun tarafsızlığına ilişkin rahatsızlık dile getirilmiştir. İlgili hadisede; grevin "Yüksek Hakem Kurulu "milli güvenliği bozucu" gerekçeyle ertelenmesinin ardından Yüksek Hakem Kurulu uyuşmazlıkla ilgili kararını açıkladığında, karar sektörde örgütlü olan Metal Sanayicileri Sendikası'nın kararı ile aynı doğrultuda olmuştur. Grup toplu sözleşmesinde işçileri temsil eden DİSK'e bağlı Birleşik Metal İş ise üç yıllık sözleşmeyi "asla kabul etmeyeceklerini ve kırmızı çizgileri olduğunu" açıklamıştır. Yüksek Hakem Kurulu'nun verdiği bu kararın işçilerin taleplerini karşılamadığı, işçiler arasındaki mevcut ücret makasını koruyan bir yapıya sahip olduğu, Yüksek Hakem Kurulu'nun yapısının ise iktidar ve sermaye tarafından belirlendiği, sermayenin ve hükümetin belirlediği temsilciler kurulda çoğunluğu oluştururken, Yüksek Hakem Kurulu'nun almış aldığı karar sermaye-iktidar-sarı sendika üçlüsünü koruyacak bir şekle sahip olduğu, Türk Metal ve MESS arasında imzalanan sözleşme metal sektöründeki işçiler için gerilemeye neden olduğu, işçilerin bu sözleşmeye tepki duyduğunu, Yüksek Hakem Kurulu almış olduğu kararla, patronlara çalıştığını göstermiş oldu" şeklinde görüş ileriye sürülmüştür.¹⁵⁵

SONUÇ

Toplu iş uyuşmazlıklarının çözümü konusunda mücadeleci veya barışçı yöntemlerin kullanılması mümkündür. Hukukumuzda mücadeleci yöntemlere örnek olarak grev ve lokavt verilebilir. Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununda ayrıca barışçı çözüm yöntemlerine de yer verilmiştir. Bunlar;

¹⁵⁴<https://t24.com.tr/haber/petrol-is-yuksek-hakem-kurulu-nun-toplu-is-sozlesmesi-hakkindaki-kararini-tanimiyoruz.828729>, 07.04.2020.

¹⁵⁵<https://ilerihaber.org/icerik/yuksek-hakem-kurulu-patronlara-calisti-15180.html>, 07.04.2020.

arabuluculuk, zorunlu tahkim ve özel tahkimdir. Tahkim prensip itibarıyla tarafların uyuşmazlıklarını çözmek için anlaşarak başvurdukları bir yol olduğu halde, zorunlu tahkimde, tarafların hakeme gitme konusunda önceden hiçbir rıza ve taahhütleri bulunmamasına rağmen uyuşmazlık zorunlu bir şekilde hakem olarak Yüksek Hakem Kuruluna intikal etmektedir.

Toplu iş uyuşmazlıklarının çözümünde sınırlı grev ve lokavt serbestisi, diğer adıyla karma sistemi benimseyen ülkemizde kural, grev ve lokavt hakkının kullanılması ise de, kanunda sayılan bazı nedenlerle bu hak sınırlanmakta ve bu sınırlama kapsamında zorunlu tahkim düzenlenmektedir. Zira “grev hakkı, Anayasal bir haktır. Ülkemiz tarafından onaylanan Uluslararası Çalışma Örgütü’nün 98 sayılı sözleşmesinin dördüncü maddesine göre “Çalışma şartlarını kolektif mukavelelerle tanzim etmek üzere işverenler veya işveren teşekkülleriyle işçi teşekkülleri arasında ihtiyari müzakere usulünden faydalanılmasını ve bu usulün tam bir surette geliştirilmesini teşvik etmek ve gerçekleştirmek için lüzumu halinde milli şartlara uygun tedbirler alınacaktır.” Esas olan, ihtiyari müzakere ve toplu pazarlıktır. Grev hakkı ile toplu pazarlık hakkı ise ayrılmaz bir bütündür.” Bu nedenle zorunlu tahkim kurumu olarak kabul edilen Yüksek Hakem Kurulu’nun görevli ve yetkili olduğu durumlar kanunda sınırlı tutulmuştur.

Yüksek Hakem Kurulu kendisine intikal ettirilen konularda karar vermekte olup, kararları kesindir ve toplu iş sözleşmesi hükmündedir. Ancak Yüksek Hakem Kurulu’nun kararının kesin ve toplu iş sözleşmesi hükmünde olabilmesinin ön koşulu, Kurulun görevli ve yetkili olduğu durumlarda karar vermesidir.

Son olarak sistem olarak Yüksek Hakem Kuruluna gerek var mı yok mu noktasından hadiseye baktığımızda; ülkemiz gerçeklerini de göz önünde bulundurduğumuzda sınırlı olarak sayılan durumlarda, taraflar arasındaki menfaat uyuşmazlığı tüm çabalara rağmen çözülememiş ise uyuşmazlık çözümsüz bırakılmayacağı için bir üst makam olarak Yüksek Hakem Kurulunun olaya müdahale ederek kısa sürede bir çözüm sunması yerindedir.

KAYNAKÇA

A. Murat Demircioğlu/Tankut Centel/Hasan Ali Kaplan: İş Hukuku, İstanbul 2019.

Abdullah Berksun/İbrahim Eşmelioglu: Açıklamalı Gerekçeli-İçtihatlı Toplu İş Sözleşmesi Grev Ve Lokavt Kanunu, Ankara 1989.

Ahmet Nizamettin Aktay: Toplu İş Hukuku Ankara 2019.

Akif Yıldırım: 6356 Sayılı Kanunun Sendikalar ve Toplu İş İlişkileri Hukukuna Getirdiği Yeni Düzenlemeler, Terazi Aylık Hukuk Dergisi, Cilt 8, Sayı 81, Yıl 2013.

Alpay Hekimler: Federal İş Mahkemesi, Karar Tarihi: 29.8.2007, Sayısı: 4, AZR 765/06, Çalışma ve Toplum, Ekonomi ve Hukuk Dergisi, 2008/1.

Alper Topçuoğlu: Gelişmekte Olan Ülkelerde Toplu Çalışma Uyuşmazlıklarının Çözümlemesi, Amme İdaresi Dergisi, C. 13, S. 4, Aralık 1980.

Alptekin Güney/Kemal Aslanova: “Türk Hukukunda Grev Yasakları ve İLO Normları”, *Çalışma ve Toplum*, 2014/1.

Burcu Ezer: Grev Hakkına İlişkin Sınırlama ve Yasaklar, Ankara 2016.

Can Tuncay/Burcu Savaş Kutsal: Toplu İş Hukuku, İstanbul 2019.

Cevdet İlhan Günay: İş ve Sosyal Güvenlik Dersleri, 4. Baskı, Ankara 2013.

Ekin Sökmen Güler: Toplu İş Uyuşmazlıklarının Çözümünde Yüksek Hakem Kuruluna Başvurma ve Özel Hakeme Başvurma, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XIX, Y. 2015, S. 3.

Ercan Akyiğit: İş Hukuku, Ankara 2013.

Ercan Akyiğit: Toplu İş Hukuku, Ankara 2015.

Ergun İnce: Toplu İş Hukuku, İstanbul 1983.

Ferit H. Saymen: Türk İş hukuku, İstanbul 1954.

Fevzi Şahlanan: Toplu İş Sözleşmesi, İstanbul 1992.

Gülsevil Alpagut: 6356 Sayılı Yasa'nın Toplu İş Sözleşmesi ve Toplu İş Uyuşmazlıklarına İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi-Uluslararası Normlara Uyum, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Cilt 9, Sayı 35, Yıl 2012.

H. Nüvit Gerek: 6356 Sayılı Kanunun Grev ve Lokavt Konusunda Öngördüğü Değişiklikler, TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi Cilt: 24 Sayı: 6 / Cilt: 25 Sayı: 1-2 Mayıs - Ağustos - Kasım 2013.

H. Servet Çolakoğlu: Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Hukuku, Ankara 1971.

Halit Kemal Elbir: İş Hukuku, İstanbul 1987.

İbrahim Subaşı: 6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununda Toplu İş Sözleşmesinin Teşmili, Çalışma ve Toplum, 2013/4.

İbrahim Subaşı: Türk Toplu İş Hukukunda Teşmil, Prof. Dr. Halid Kemal Elbir'e Armağan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Eğitim, Öğretim Yardımlaşma Vakfı Yayın No. 2, İstanbul 1996.

Kemal Oğuzman: Hukuki Yönden İşçi-İşveren İlişkileri, 4. Bası, İstanbul 1987.

Kenan Tunçomağ/ Tankut Centel: İş Hukukunun Esasları, İstanbul 2013.

- Kenan Tunçomağ/Tankut Centel: İş Hukukunun Esasları, İstanbul 2016.
- Kerem Altıntaş: Yüksek Hakem Kurulu Nasıl Karar Verebilir?
- M. Kemal Oğuzman: Hukuki Yönden Grev ve Lokavt, İstanbul 1964.
- M. Kemal Oğuzman: Hukuki Yönden İşçi-İşveren İlişkileri, Temel Bilgiler Cilt 1, Toplu İlişkiler, İstanbul 1978.
- M. Kemal Oğuzman: Türkiye’de işçi ve İşveren İlişkileri, 3. Bası İstanbul 1984.
- Mahmut Kabakçı: Mahmut Kabakçı: 2822 Sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanuna Göre Toplu Pazarlık Sürecinde Ortaya Çıkan Uyuşmazlıklara Çözüm Aracı Olarak Grev ve Lokavt, İstanbul 2004.
- Melda Sur: “Uluslararası Normlar ve 6356 Sayılı Kanunun Toplu İş Sözleşmeleri ve Grev Hakkındaki Hükümleri”, *Dokuz Eylül Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt:15, 2013, Özel Sayı.
- Melda Sur: Grev Kavramı, Türk ve Fransız Hukuku Açısından Karşılaştırmalı İnceleme, İzmir 1987.
- Melda Sur: İş Hukuku Toplu İlişkiler, Ankara 2020.
- Melda Sur: Toplu İş Sözleşmesi Özerkliği ve Teşmil, Ankara 1991.
- Murat Kandemir: Toplu İş Sözleşmesinin Uygulanma Alanı, Çalışma ve Toplum, 2013/4.
- Mustafa Kılıçoğlu: 6356 Sayılı Sendikalar Ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu Yorumu, Ankara 2013.
- Münir Ekonomi: İşletme Toplu İş Sözleşmeleri Ve Uygulamada Karşılaşılan Başlıca Sorunlar, Kamu-İş C.1 Sayı.1 1987.
- Nizamettin Aktay: Toplu İş Sözleşmesi, Ankara 2000.
- Nizamettin Aktay/Kadir Arıcı/E. Tuncay Senyen/Kaplan: İş Hukuku, Ankara 2013.
- Nurhan Süral: İş Hukukunda Barışçı Çözüm Yolları, Türk-İş Yayınları, No: 142.
- Nuri Çelik/Nurşen Canıklioğlu/Talat Canbolat: İş Hukuku Dersleri, İstanbul 2019.
- Nurşen Canıklioğlu: “6356 Sayılı Kanuna Göre Grev Yasakları ve Grevin Ertelenmesi”, *Çalışma ve Toplum Dergisi*, 2013/4, s. 289-316.
- Oğuz Özbek: Açıkamalı İçtihatlı Sendikacılık ve Toplu Sözleşme Mevzuatı, İstanbul 1986.

Sabahattin Yürekli: The Prohibitions On Strike According To The Act No 6356 As Amended Under The Judgment Of The Constitutional Court, Melikşah Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Volume 4, Issue 1, June 2015, (247-268).

Safa Reisoğlu: 2822 Sayılı Toplu İş Sözleşmesi ve Grev ve Lokavt, Ankara 1984.

Seza Reisoğlu: 2822 sayılı Toplu İş sözleşmesi Grev Ve Lokavt Kanunu Şerhi, Ankara 1986.

Seza Reisoğlu: Toplu İş Sözleşmesi Grev Ve Lokavt Kanunu Şerhi, Ankara 1975.

Şener Akyol: Türk Hukukunda Grevin Hizmet Akdine Tesiri, İstanbul 1967.

Tankut Centel: Grev Yasak ve Sınırlamalarına Topluca Bakış, TİSK. Akademi, C. 8, 2013/I.

Tankut Centel: Yasal greve Müdahalede Grev oylaması Uygulaması, TİSK Akademi, 2014/1.

Ünal Narmanlıoğlu: grev, Ankara 1990.

Ünal Narmanlıoğlu: İş Hukuku II Toplu İş İlişkileri, İzmir 2001.

<https://gercekgazetesi.net/isci-hareketi/yuksek-hakem-kuruluna-mahkum-olmayalim-toplu-sozlesmesi-hakkini-savunalim>, Erişim 07.04.2020.

<https://ilerihaber.org/icerik/yuksek-hakem-kurulu-patronlara-calisti-15180.html>, 07.04.2020.

<https://t24.com.tr/haber/petrol-is-yuksek-hakem-kurulu-nun-toplu-is-sozlesmesi-hakkindaki-kararini-tanimiyoruz,828729>, 07.04.2020.

<http://www.airnewstimecom/kerim-altintas-yuksek-hakem-kurulu-nasil-karar-verebilir-411-yazisi.html>.

**A CALCULATED ALTERNATIVE TO DISPUTE RESOLUTION:
“MEDIATION CONTRACTS PRIOR TO DISPUTES”**

Safa KOÇOĞLU¹

ABSTRACT

While mediation is a novel institution regarding Turkish Law, its meaning and characteristics are not foreign to any society. Mediation is an institution which aims to resolve disputes between individuals through peaceful means. As such, individuals do not have to go through a corrosive litigation process and it ensures that the dispute is resolved in a fashion which satisfies them, even if in a limited manner.

Law No. 6325 on Mediation in Civil Disputes adopted in 2012 regulates the legal regime of the institution of mediation. The Law entered into force on the 22nd of June 2013. With entry into force of this legislation, the institution of mediation has become a more systematic field necessitating expertise.

This study examines the mediation contract covering the declaration of intent of the parties regarding their will to resolve their disputes by way of mediation, as well as the elements of this contract and other contracts prepared during the mediation phase. In practice, mediation contracts prior to disputes or for existing disputes are rarely observed. Considering that the ideal time to adopt mediation is before the existence of a dispute and that we live in a global age where contracts with foreigners are wide-spread, this article has been prepared in order to relay information on the functioning of mediation contracts under Turkish law and to eliminate any lack of information on the implementation of these contracts.

Keywords: *Law No. 6325 on Mediation in Civil Disputes, mediation contract, mediator contract, mediator, agreement document.*

**UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YOLUNA PLANLI BİR ALTERNATİF:
“UYUŞMAZLIK ÖNCESİ ARABULUCULUK SÖZLEŞMESİ”**

ÖZET

Arabuluculuk Türk Hukuku açısından çok yeni bir kurum olmakla beraber anlamı ve mahiyeti bakımından aslında hiçbir topluma uzak değildir. Arabuluculuk

¹ Dr. Öğr. Üyesi, İstanbul Medeniyet Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi Bölümü Hukuk Bilimi Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, safa.kocoglu@medeniyet.edu.tr, (ORCID: 0000-0003-2203-8424)

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 18.12.2019

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 14.06.2020

insanlar arasındaki uyuşmazlıkları barışçıl bir yolla çözmeyi arzu eden bir kurumdur. Bu sayede taraflar hem yıpratıcı bir dava sürecine girmez hem de kendilerini az da olsa mutlu eden bir yolla uyuşmazlığın sonlandırılmasını sağlarlar.

2012 yılında çıkarılan 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu ile arabuluculuk kurumunun hukuksal rejimi düzenlenmiş 22.06.2013 tarihinde ilgili kanun yürürlüğe girmiştir. Söz konusu kanunun yürürlüğe girmesiyle kurum daha sistemli ve uzmanlık gerektiren bir alan olmuştur.

İşbu çalışmada tarafların aralarındaki uyuşmazlıkları arabuluculuk yöntemiyle çözümlenmek istediklerine ilişkin irade açıklamalarını kapsayan arabuluculuk sözleşmesi ve unsurları ile uyuşmazlık öncesi hazırlanan arabuluculuk sözleşmesiyle arabuluculuk sürecinde imzalanan diğer sözleşmeler incelenmiştir. Uygulamada taraflar arasında muhtemel çıkabilecek uyuşmazlıkların arabuluculuk yöntemiyle çözümleneceğinin kararlaştırıldığı arabuluculuk sözleşmeleriyle nadir karşılaşılmaktadır. Oysaki arabuluculuk kurumunun tercih edilmesi için en iyi zaman dilimi uyuşmazlık öncesi süre olduğundan arabuluculuk sözleşmesinin Türk hukukundaki işleyişini aktarmak ve yönteme ilişkin taraflarda bilgi eksikliğinin giderilmesini sağlamak adına yabancılarla iş birliğinin yaygın olduğu küresel çağda Türk hukukundaki işleyişin bilinmesi için iş bu çalışma hazırlanmıştır.

Anahtar Kelimeler: 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu, arabuluculuk sözleşmesi, arabulucu sözleşmesi, arabulucu, anlaşma belgesi.

INTRODUCTION

States use their judicial organs for the resolution of disputes between individuals. These organs aim to resolve disputes in light of the rules of law and legal regulations in force. However, once judicial organs have been engaged for the resolution of the dispute, the outcome intended by the parties may not always be obtained. For example, sometimes adjudication takes beyond a reasonable time due to court workloads. This, in return, may result in the loss of a right. To solve this problem, alternative means of dispute resolution have been developed, in addition to state adjudication². One of the best examples of such alternative means

² DELGADO, Richard/ DUNN, Chris/BROWN, Pamela/LEE, Helena/HUBBERT, David, Fairness and Formality: Minimizing the Risk of Prejudice in Alternative Dispute Resolution, **Wisconsin Law Review**, 1985, p. 1359-1404, p. 1362; TANRIVER, Süha, “Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk”, **TBB Dergisi**, Y. 2006, S. 64, p. 151; WARBECK, Johannes, “Alternative dispute resolution in the world of business; a comparative analysis of the use of ADR in the United Kingdom and Germany”, **Thae Arbitration and Dispute Resolution Law Journal**, Part 2, June 1998, s. 108; KURT, Resul, “İş Yargısında “Arabuluculuk”, **TBB Dergisi**, Y. 2018/135, p.407; ILDIR, Gülgün, **Alternatif Uyuşmazlık Çözümü**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2003, p. 30; BULUR, Alper, “Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Arabuluculuk Yöntemi”, **Ankara Barosu Dergisi**, Y. 2007, S. 4, p. 31; EDWARDS, Harry T., “Alternative Dispute Resolution: Panacea or Anathema”, **Harvard Law Review**, V. 99, N. 3, 1986, p. 669.; also see Yargıtay (Court of Cassation), 15. Hukuk Dairesi, T. 12.06.2019, E. 2019/1062, K.

is the institution of negotiation, adopted as an alternative to state adjudication. Beyond negotiation, other alternative means of dispute resolution have been developed in time, such as the conciliation procedure foreseen under the Attorneyship Law (Art. 35/A), the arbitration committee for consumer problems regulated under the Law on Consumer Protection (Art. 66) and the mediation procedure foreseen under the Law on Collective Labor Agreement, Strike and Lock-Out (Arts. 22, 23 and 34/1)³.

Alternative means of dispute resolution are also methods used in the international field for the resolution of legal issues. Numerous means of alternative dispute resolution exist in the legal systems of the United States of America, Continental Europe and the Far East⁴. They are used in the resolution of disputes at the national level, as well as in the resolution of commercial disputes. In the most general sense, the concept of “Alternative Dispute Resolution” can be expressed as all means used for the resolution of disputes before they are taken to court or even during court proceedings⁵. Mediation, conciliation, early neutral evaluation, fact-finding, mini-trial, med-arb, compromise, negotiation can be cited as means of alternative dispute resolution⁶.

Amongst the alternative means of dispute resolution cited above, mediation is the method most commonly engaged and in contrast to others, corresponds to the method in which the parties are most active from the beginning until the end⁷.

2019/2725: “there are alternative means of dispute resolution, there is Law No. 6325 on Mediation in Civil Dispute which is known as mediation, which is a method adopted by the legislator with the aim to decrease judicial workload”, <https://www.corpus.com.tr/#!/Yargitay> (Online 18.06.2020).

³ KURT, p. 407; TANRIVER, p. 155; ÖZBAY, İbrahim, “Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri”, **Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 2006, C.10, S. 3-4, p. 461; KÖSE, Yasin, “Hukuk Sistemimizdeki Yeni Patika “Arabuluculuk”, **Terazi Aylık Hukuk Dergisi**, Seçkin Yayınları, 2013, 84, p. 91.

⁴ ADAMS George W. /NAOMI L. Bussin, “Alternative Dispute Resolution and The Canadian Courts: A Time for Change”, **The Arbitration and Dispute Resolution Law Journal**, Vol. 4, 1995, p.244; ARAS, Bahattin, “Genel Olarak Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Temel Özellikleri”, **AD**, Y. 2009/10, S. 35, p. 64.

⁵ LIEBERMAN, Jeth K./HENRY, James F., “Lessons from The Alternative Dispute Resolution Movement”, **The University Of Chicago Law Review**, V. 53, N. 2, 1986, p 426; TAŞPOLAT TUĞSAVUL, Melis, **Türk Hukukunda Arabulucuk**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012, p. 22; ÖZBAY, p. 460; CAMPBELL, Dennis / HEPERLE, Winifred, **The U.S. Legal System-a practice handbook**, Netherlands, 1983, p. 60; KÖSE, p. 8; HALICI, Ali/ TOPRAK, Musa, **Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk**, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2016, p. 2, EDWARDS, p. 668.

⁶ SHAVELL, Steven, “Alternative Dispute Resolution: An Economic Analysis”, **The Journal of Legal Studies**, V. 24, N. 1, 1995, p. 1; IŞIK, Olcay, “Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı Çerçevesinde Arabuluculuk Yönteminin Diğer Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ile Karşılaştırılması”, **Terazi HD**, Y. 2011/6, S. 64, p. 17; HIBBERD, Peter/NEWMAN, Paul., **ADR and Adjudication in Construction Disputes**, Blackwell Science, 1999, p. 123; J. WARE, Stephen, **Alternative Dispute Resolution**, St. Paul, 2001, p. 6; ILDIR, p. 77.

⁷ ERTÜRK, Mustafa, **Arabuluculuk Sözleşmesi**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, p. 24 KEKEÇ, Elif Kısmet, **Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler**,

“Mediation” appears to be one of the most preferred methods in those countries where means of alternative dispute resolution are widely practiced⁸. In other words, in numerous countries, mediation is commonly preferred between parties who have entered into a dispute. For this reason, alternative means of dispute resolution, including mediation, have been regulated through technical and legal tools and as such, procedures of alternative dispute resolution have been institutionalized both in common law and civil law systems.

When the historical development of mediation procedure is explored, it appears as a traditional institution of dispute resolution which has been applied in various forms by all societies. Institutionally mediation corresponds to the beginning of the 1900’s. It entered into public agenda with the 1964 Citizenship Law and started to be conceptualized towards the end of the 1960’s. Local justice centers were formed which provided their services for free or for a small fee. However, in lack of public acceptance, the workload of courts did not decrease. However, in time, interest in alternative means of dispute resolution developed and mediation became a part of centers for the resolution of judicial disputes⁹.

In the 1970’s the first attempts were adopted in countries where the civil law system is applied, such as in France and in Germany. Similar attempts were realized in England in the 1990’s. However, for reasons such as the lack of a common language between European countries in which the civil law system is applied, cultural differences and adjudication costs prevented the rapid development of the method¹⁰. Yet, due to globalization, the requirements of international trade and practicality, the rate of development saw a serious increase¹¹.

Work on uniformization was brought up in two separate summits realized by the EU in 1998 and 1999. The “Green Book” was published by the European Commission in 2002, stipulating the general principles of mediation and the procedure began to become functional in EU countries¹². In 2004 the “European Code of Conduct for Mediation Providers” was published¹³. In 2008 the Commission prepared Directive 2008/52/EG¹⁴.

Adalet Yayınevi, Ankara, 2. Baskı, 2014, p. 37, TAŞPOLAT TUĞSAVUL, p. 21, DOĞAR, Mehmet, **Alternatif Uyuşmazlık Çözümü Sözleşmesi**, İstanbul Kültür Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2008, p. 42

⁸ ILDIR, p. 88.

⁹ KEKEÇ, p. 31; YAZICI TIKTIK, Çiğdem, **Arabuluculukta Gizliliğin Korunması**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013, p. 15.

¹⁰ ÖZBEK, Mustafa, **Alternatif Uyuşmazlık Çözümü**, Ankara, 2009, p. 263

¹¹ KEKEÇ, p. 33; ERTÜRK, p. 33

¹² See, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A52002DC0196>

¹³ See, <https://rm.coe.int/cepej-2018-24-en-mediation-development-toolkit-european-code-of-conduct/1680901dc6>.

¹⁴ Directive 2008/52/EC of the European Parliament and of the Council of 21st May 2008 on certain aspects of mediation in civil and commercial matters See, <https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/2008/52/oj>

At first glance, the institution of mediation and reconciliation appears to be a novel concept for the Turkish legal system. However, the concepts of conciliation, settlement agreement, conciliation attempt and conciliation incentives which exists under both material and procedural law are not foreign to the institutions of mediation and reconciliation¹⁵.

In consideration of these developments, certain regulations have been adopted in our country to establish alternative methods to classic adjudication procedures. The most important step taken to this effect is the adoption of the Law No. 6325 on Mediation in Civil Disputes (LMCD)¹⁶. This development was followed with the entry into force of the Regulation on the Law on Mediation in Civil Disputes (RLMCD)¹⁷. As such, under Turkish Law, the legislator has enhanced the field of application of mediation as an alternative mean of dispute resolution.

While the systematic approach observed both in national and international regulations have not yet allowed for the engagement with mediation, these legal regulations aims to increase the implementation of alternative means of dispute resolution. For example, in Turkey, between the years 2013 and 2019, the number of cases involving voluntary disputes in which mediators were appointed was 239.927. 217.859 of these cases resulted with an agreement while 7.837 ended without an agreement. In labor disputes where it is legally required to exhaust mediation procedure before taking legal action, cases in which a mediator was appointed amounted to 739.255. 460.090 of these cases resulted with an agreement while 246.797 ended without an agreement. Regulation of mediation as a cause of action has been accompanied by fourfold increase in the number of applications in six years.

This article will only focus on mediation as an alternative mean of dispute resolution within the framework of Turkish Law and will explain the relevant regulations concerning mediation contracts under our legal system. For this end, the first part will provide general information on mediation and the second part will focus on the main subject of this study by examining the definition, form, legal nature and subject matter of mediation contracts, as well as the obligations of the parties to mediation contracts. The third part of the article will share information on other possible contracts separate from the mediation contract that would be prepared during the mediation process.

Considering that the formation of a mediation contract between the parties and respect for it is on a voluntary basis, albeit an extensive research on judicial

¹⁵ ÖZMUMCU, Seda, *Uzakdoğu'da Arabuluculuk Anlayışı ile Türk Hukuk Sisteminde Arabuluculuk Kurumuna Genel Bir Bakış*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2012, p. 233.

¹⁶ Work concerning alternative means of dispute resolution in Turkish Law began in 2004 with the “*Draft Law on Mediation in Civil Disputes*”. The Law No. 6325 on *Mediation in Civil Disputes* (LMCD) was adopted on the 7th of June 2012 and entered into force on the 22nd of June 2012, RG. 22.06.2012-28331.

¹⁷ Resmi Gazete (Official Gazette), 26.01.2013-28540.

practice with regards to these contracts, it has not been possible to identify any jurisprudence on the subject matter. Consequently, we are only able to provide limited space to judicial practice in this article. The study will thus essentially focus on Law No. 6325 on Mediation in Civil Disputes (LMCD), the Turkish Code of Obligations (Law No. 6098) and other relevant regulations, as well as expert opinions observed in legal doctrine.

1. THE CONCEPT OF MEDIATION

The word “mediation” comes from the Latin “*mediare*” and means to come in between and to find the middle ground¹⁸. Mediation is a mean of resolution of dispute which has been adopted as an option to state adjudication, yet which by itself is not binding. This method is based on an impartial third party bringing together the parties to a dispute, ensuring communication between them and if necessary, satisfying them in order to seek a common solution to the dispute in light of the concrete circumstances of the case¹⁹. Since mediation is a non-binding method parties reserve the right to apply to state adjudication if agreement is not reached at the end of the process²⁰. In other words, mediation is a resolution method which is effective if the parties so desire and which in its merits excludes conflict and promotes compromise in human relations in order to reach a solution and terminates once a resolution is achieved which satisfies all involved parties²¹.

According to the Law on Mediation in Civil Disputes mediation is defined as such²²: “*Mediation shall mean a dispute resolution method carried out voluntarily, by employing systematic techniques, with the participation of an impartial and independent third person who brings the parties together to discuss and negotiate, who establishes a communication process between the parties in order to ensure that they understand each other and find their own solutions by this means, and who is specially trained*”. Based on the definition as it appears in the Law, mediation is the resolution procedure of a dispute with the assistance of an impartial third person. The parties to a dispute come together with the

¹⁸ GARNER, Bryan A. **Black’s Law Dictionary**, St.Paul, Minn 1999, p. 284.; ÖZMUMCU, p. 273; ILDIR, p. 78; ARAS, p. 64; IŞIK, p. 18; YILDIRIM, Ferhat, “Türk Hukuk Sisteminde Alternatif Bir Çözüm Yolu Olarak Arabuluculuk”, **International Journal of Social Sciences and Education Research**, Y.2016/2(3), p. 749.

¹⁹ BÖRÜ, Levent, “Kadına Karşı Şiddette Arabuluculuk Kurumuna İlişkin Bazı Değerlendirmeler”, **TBB Dergisi**, Y. 2017 (Özel Sayı), p. 182; KÖSE, p. 87; BÜYÜKAY, Ferhat, **Arabuluculuk Anlaşma Belgesi ve İcra Edebilirlik Şerhi**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, p. 46; ÖZBAY, p. 465; KARACABEY, Kürşat, “Zorunlu Arabuluculuğun Hukukun Temel İlkelerine Aykırılığı ve Uygulanabilirliğine Dair Sorunlar”, **Ankara Barosu Dergisi**, Y. 2016/1, p. 451.

²⁰ LMCD art. 2/b; RLMCD art. 4/b. Mediation means: “*a dispute resolution method carried out voluntarily, by employing systematic techniques, with the participation of an impartial and independent third person who brings the parties together to discuss and negotiate, who establishes a communication process between the parties in order to ensure that they understand each other and find their own solutions by this means, and who is specially trained.*”

²¹ KARACABEY, p. 454; TANRIVER, p. 152; KURT, p. 415-416; SHAVELL, p. 4; KÖSE, p. 88.

²² HUAK art. 2/b; HUAKY art. 4/b.

assistance of a mediator and express their desire and thoughts on finding a common ground²³. In other words, the mediator ensures communication between the parties for the resolution of the dispute and thus brings them side by side. The mediator is a third person which only aims to assist the parties without relaying personal views and opinions on the subject matter. More clearly, the mediator does not press the parties in order to achieve a specific solution. To the contrary, concerning the resolution of the dispute, the mediator assists the parties in line with their own opinions. For this reason, in addition to impartiality, the mediator is also required to possess expertise in this field²⁴.

Another issue that must be dealt with is whether mediation is always a successful and fruitful mean of dispute resolution. As an alternative to state adjudication, mediation has advantages and disadvantages. As it can provide an opportunity for individuals to produce simple and rapid solutions with alternatives, it saves time²⁵. In addition to time saving, in comparison with adjudication, mediation is also profitable in the material sense. The Parties would not incur expenses encountered during adjudication, such as those paid for witness testimonies, discoveries and litigation costs²⁶. Contrary to state adjudication, the non-official, flexible and hospitable environment that mediation provides allows the parties the opportunity to better express themselves, to communicate and to participate in the process, resulting in the adoption of different approaches towards a solution to the dispute. The parties directly participate in the process and they retain their sovereignty over the process. Since the principle of win-win is applicable to the dispute resolution process, the relationship between the parties can be carried into the future²⁷.

Another important advantage is that choosing mediation does not prevent the right of the parties to also apply to court or arbitration. Moreover, the non-disclosure of those information and documents relative to the dispute during the mediation process permits the protection of privacy. As a consequence, this alternative mean of dispute resolution is preferred in order to avoid commercial secrets or private family information from becoming public. Thus, it serves the protection of peace in society and the promotion of a culture of compromise.

As well as advantages, all institutions also involve certain disadvantages. To list some; mediation may not prove satisfactory functioning in case of financial imbalance between the parties, in the sense that the financial situation of one of

²³ ÖZBAY, p. 465; KARACABEY, p. 451.

²⁴ KARACABEY, p. 452; TANRIVER, p.165.

²⁵ TANRIVER, Süha, Hukuk yargısının Temel Sorunları ve Bu bağlamda Alınması Gereken Önlemler, **Makalelerim II (2006-2010)**, Ankara, 2011, p. 115ff.

²⁶ ÖZBEK, p. 597; DÜR, Orhan, **Arabuluculuk Faaliyeti ve Arabulucuların Hak ve Yükümlülükleri**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, p. 22.

²⁷ KEKEÇ, p.91ff.

the parties is considerably better or worse off in comparison to the other²⁸. In addition, other examples of disadvantages of mediation include the fact that mediation process may be initiated in order to gain time for the non-resolution of the dispute, that the confidentiality principle could be disrespected and that solutions obtained by way of mediation do not constitute a coherent jurisprudence, resulting in different solutions to disputes with similar subject matters²⁹. In our opinion, these criticisms do not directly aim the institution of mediation and involve the implementation of the method and the limited number of those who use it. We must not overlook the fact that such criticism may be circumvented by the proper operation of mediation.

This article has been prepared with the aim of promoting the institution of mediation as an alternative mean of dispute resolution. After sharing brief and core information on mediation, we have selected to study the mediation contract.

Mediation is realized in five phases. These are the preparation, beginning, examination, negotiation and conclusion / agreement phases. As expressed above, this article will study the mediation contract which resides in the first phase of the mediation process and is the instruments through which, either by way of contract or clause, the parties agree to resolve existing or future disputes between them by way of mediation.

The adoption of a mediation contract or the addition of a mediation clause to an existing contract between the parties before any dispute concerning the original obligation would provide the opportunity for mediation to work better. In other words, clarifying that mediation would be adopted as a dispute resolution method from the beginning of the contractual relationship will support the implementation of mediation. Concerns resulting from lack of information and ignorance on mediation method usually result in its non-adoption. If awareness can be created within society, disputes can be resolved by way of inclusion of mediation clauses into contracts, resulting in dispute resolution in a shorter amount of time, with less cost and with higher satisfaction for the parties involved. This article aims to play a part in the promotion of the wider adoption of mediation contracts for the resolution of disputes

2. MEDIATION CONTRACT

2.1. Definition of Mediation Contract

A mediation contract refers to the contract which covers the declaration of intent of the parties concerning their will to settle their disputes by way of mediation³⁰.

²⁸ ÖZBEK, p.333; ALKAN, Pınar, **Arabuluculuk ve Deniz Hukukuna İlişkin İhtilaflarda Uygulanması**, Ankara, 2013, p. 37ff.

²⁹ ÖZBEK, p. 600; PEKCANITEZ, Hakan, “Alternatif Uyuşmazlık Çözümleri”, **Hukuki Perspektifler Dergisi**, Y. 2005, S. 5, p.14.

³⁰ YAZICI TIKTIK, pp.190-191; AZAKLI ARSLAN, Betül, **Medeni Usul Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018, p. 34; ŞAHİN, Tuğçem/ ÇELİK, Yasın/

As previously mentioned, mediation is applied by mutual agreement between the parties. The principle of freedom of will is dominant at every stage of the mediation process. The parties to a contract may insert into that contract a clause stipulating that any dispute arising from the performance of the contract is to be settled by mediation. Even if the parties do not include a mediation clause in the contract, once a dispute arises between them, they may settle their dispute by recourse to mediation, with or without the assistance of a court.

In other words, a mediation contract is concluded so that the parties to a dispute may resort to peaceful means of dispute resolution before engaging state adjudication. While the mediation contract can be concluded before the dispute, it can also be concluded once a dispute has arisen between the parties, during the state adjudication phase (RLMCD art. 17)³¹. Indeed, LMCD regulates that if the parties to the dispute declare jointly to the court that they intend to resort to mediation during litigation, the court will suspend litigation for a period of three months. Moreover, this period may be extended further for a duration of three months if the parties jointly apply to this effect (LMCD art. 15/5)³².

The parties to the dispute may conclude the mediation contract as an independent contract. At the same time, by adding a clause to the contract based on the primary liability relation between the parties, they may decide to resolve current of future disputes deriving from that contractual relation by way of mediation³³.

If the mediation contract was established by way of a mediation clause to the primary liability relation between the parties, it is important to determine the relation between the mediation contract and the primary contract. A mediation contract in the form of a mediation clause is independent from the primary contract

RUHİ, Ahmet Cemal, **Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Rehberi**, Seçkin, Ankara, 2018, p. 54.

³¹ According to article 17. of the Regulation on the Law on Mediation in Civil Disputes: “(1) *The parties may agree to resort to a mediator before the lawsuit is filed or during the court of the lawsuit. The Court may also enlighten the parties with regards to the essentials, process and legal consequences of mediation, and encourage them by reminding that resolution of the dispute by mediation social may have economic and psychological benefits.*

(2) *Unless otherwise agreed, the proposal of one of the parties to resort to a mediator shall be considered to be rejected if such proposal is not answered within thirty days.*”

³² According to article 15(5) of the Law No. 6325 on Mediation in Civil Disputes: “*Where the parties state that they will resort to a mediator jointly after a lawsuit is filed, the proceedings shall be postponed by the court for a period of not more than three months. This period may be extended for up to three months, upon the joint application of the parties.*”

³³ GÖRKEM, Zeynep Ezgi, **Arabuluculuk Sürecinde Arabulucunun Hukuki Statüsü- Hakları-Yükümlülükleri**, Ankara, 2015, p. 29; ILDIR, Gülgün, “Alternatif Uyuşmazlık Çözümü ve Hak Arama Özgürlüğü”, **TBB Dergisi**, 75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, Ankara, 2004, p. 390; EKMEKÇİ, Ömer/ ÖZEKES, Muhammet/ ATALI, Murat, **Hukuk Uyuşmazlıklarında İhtiyari ve Zorunlu Arabuluculuk**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, p. 49; ILDIR, p. 64; TAŞPOLAT TUĞSAVUL, p. 101; POLAT, Malike, **Milletlerarası Usul Hukukunda Arabuluculuk**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2010, p. 43-44; DÜR, p. 329; ÖZER, Serhat, **Uluslararası İnşaat Sözleşmeleri, Anlaşmazlıkları ve Çözüm Yolları**, Çağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Ana Bilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, Mersin, 2012, p. 20.

and invalidity must be considered separately for both contracts. That is, a mediation contract is not established based on a previous substantive legal relation and as such, for the parties of the dispute the aim of establishing both contracts differ from each other. Concerning the mediation contract, the aim is for the resolution of the dispute with the assistance of a third person. For this reason, its validity must not be bound to the existence of the legal relation subject to dispute. If the substantive legal contract based on the primary liability relation designating the mutual rights and obligations of the parties terminates for some reason and a dispute arises due to this fact, this dispute must be resolved by the mediator according to the mediation contract concluded in line with the will of the parties. In addition, if the mediation contract is concluded as a separate contract from the primary contract, then the nullity of one would not affect the legal standing of the other. This is due to the fact that legally there exist two distinct contracts³⁴.

A mediation contract is concluded between the parties so that the dispute is resolved in the most expeditious and brief manner. For this reason, general rules with regards to the material dispute and the progress of the mediation phase are determined via this contract³⁵. In general terms, the mediation contract regulates the provisions and rules applicable in light of the negotiation method and functioning, the relationship between the mediation phase and state adjudication and the legal relation which forms the subject matter of the dispute for which mediation was engaged³⁶.

Taking into consideration that the mediation contract is also a contract within the meaning of the law of obligations, the general conditions set forth for contracts must be satisfied. Accordingly, the mediation contract is concluded in line with the general rules on freedom of contract. These rules are foreseen under the Turkish Code of Obligations (TCO) articles 26 and 27. As such, it is not conceivable to conclude mediation contracts which are impossible or in breach of morality, public order and personal rights³⁷. Moreover, the parties to the mediation contract must have acted in free will while concluding the contract. The foundation of the mediation contract is free will, as it appears under the law of obligations³⁸.

2.2. The Form of the Contract

In some circumstances the legislator has foreseen a specific form for a contract in order to determine whether it reflects the true intentions of the parties. The requirement to abide by this specific form for the declaration of intent aims to

³⁴ TAŞPOLAT TUĞSAVUL, p. 101-102; GÖRKEM, p. 41.

³⁵ STITT, Alan J., **Mediation-a Practical Guide**, London, 2004, p.10; TAŞPOLAT TUĞSAVUL, p. 102.

³⁶ YAZICI TIKTIK, p. 191.

³⁷ SEVİM, Onur Utku, **Avrupa Birliği Müktesebatı ve Türk Hukukunda Arabuluculuk**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016, p. 103; TAŞPOLAT TUĞSAVUL, p. 102.

³⁸ TAŞPOLAT TUĞSAVUL, p. 87; GÖRKEM, p. 43; KURT, p. 410.

make the contractual relation more determinable, to promote diligence and in the end provide convenience with regards to issues of evidence³⁹.

However, the general rule, as foreseen under article 12/1 of the Turkish Code of Obligations, is that the validity of the form of the contract is not subject to any specific form unless regulated otherwise under law. That is to say, the legal act is only subject to a specific form if such has been openly foreseen by law. Yet, while the general rule is freedom of form, in some circumstances the expression of intent has been bound to a specific form under law⁴⁰.

By virtue of the general rule on freedom of form, the mediation contract is not bound by any form. However, the parties to the dispute may foresee a specific form or the subject matter of the contract may be a legal relation subject to a specific form. In such cases, the mediation contract will be subject to a specific form⁴¹.

Since the relevant legislation does not foresee any specific form, the parties may establish a mediation contract in writing or orally. However, it would be beneficial for the parties to prefer a written form. A written contract would provide ease and safety for evidentiary purposes. In fact, when comparative law is examined, we can see that both in England and the U.S.A., if parties wish to resolve their disputes by alternative means they can annex existing printed forms to their contracts pre-prepared by courts or by special institutions which provide services in this area⁴².

Another subject concerning the form of mediation contracts involves which conditions should be applicable in case the contract is concluded in a foreign country. According to the general rule on form, as regulated under the Turkish Code on Private International Law, with the exception of public order rules, the conditions to be taken into consideration should be those foreseen under the applicable law chosen by the parties to the contract. Two possibilities exist if the parties have not clarified this issue within the contract. Either those conditions foreseen under law of the place of the conclusion of the contract or the law applicable to the essence of the contract should be respected. In other words, a mediation contract with a foreignness element should be valid as long as it is conform to the rules of form under the law of the place of conclusion of the contract or of those foreseen under the substantive law of the law applicable to the essence contract⁴³.

³⁹ OĞUZMAN, Kemal/ ÖZ, Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2006, p. 117.

⁴⁰ AYDIN, Sezer/REMZİ, Mehmet, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İkinci Sayfa, 2013, p. 131.

⁴¹ ILDIR, p. 66; TAŞPOLAT TUĞSAVUL, p. 103; KEKEÇ, p. 144.

⁴² DOĞAR, p.76-77.

⁴³ ÇELİKEL, Aysel/BAHADIR, Erdem, **Milletlerarası Özel Hukuk: Genel Kurallar Milletlerarası Özel Hukuk Milletlerarası Usul Hukuku**, 11. Bası, İstanbul, 2012; DOĞAR, p.76.

2.3. The Legal Nature of the Contract

Contractual relations have been categorized as typical or atypical, depending on whether they have been regulated under law. The mediation contract has not been regulated under the Turkish Code of Obligations. In line with the rule on freedom of contract, the parties may conclude a contract which has not been regulated under law. The parties may conclude a distinctive contract which does not figure under law, or they may conclude a mixed contract arranged from those which do. Atypical contracts are those which do not possess the elements of typical contracts regulated under law. Since the mediation contract does not possess the elements of typical contracts regulated under law, it is considered an atypical contract⁴⁴.

Considering the performance undertaken by the parties with the mediation contract, in terms of a legal relationship, the primary obligation to perform is not instantaneous; it extends over time. If at least one of the primary obligations in a contractual relationship require continual, irregular or periodic performance, then it is considered a “continuous contract”⁴⁵. Since the primary obligation to perform deriving from the mediation contract is not instantaneous and it is in fact executed by the parties by way of participation to the mediation process, a mediation contract is a continuous contract. The primary obligations of the parties in a contract establishing a continuing obligation relationship is not performed in a single instance, it is executed by continuing acts or behaviors. Consequently, since the parties of a mediation contract have undertaken to participate in the negotiations, they are considered to be under the obligation to perform this act as long as the negotiations continue⁴⁶.

As mentioned before, a mediation contract exists upon the mutual and conform declarations of intent of the parties on the resolution of an existing or future dispute between them by resort to third persons. Since the mediation contract is a contract under the law of obligations established by the mutual and confirm declarations of intent between two or more parties in order to obtain a specific outcome, the general conditions concerning this contract are addressed under the law of obligations⁴⁷. Conditions such as the capacity of the parties, power of representation, nullification of the contract, annulment and execution are subject to the law of obligations. If only considered within this sense, the mediation contract can be evaluated as a substantive law – law of obligations contract. Since in this case the will of the parties is prioritized⁴⁸. However, the fact that the mediation contract is a contract based on freedom of will is not sufficient for it to be considered a substantive law – law of obligations contract. Because while the

⁴⁴ ERTÜRK, p. 91; YAZICI TIKTIK, p. 194.

⁴⁵ OĞUZMAN/ÖZ, p. 44.

⁴⁶ YAZICI TIKTIK, p. 196.

⁴⁷ YAZICI TIKTIK, p. 191.

⁴⁸ TAŞPOLAT TUĞSAVUL, p. 103-104.

formation of a mediation contract in line with the free will of the parties corresponds to its substantive law aspect, some of its effects reside within the domain of procedural law.

For this reason, the mediation contract has a dual legal character. Its legal effects under substantive law is construed by the mutual and conform declaration of intent of the parties⁴⁹. Its consequences with regards to procedural law are born out of the fact that it empowers a mediator to assist the parties in the resolution of a dispute between them and there is a possibility that the dispute may end after mediation negotiations⁵⁰.

The aim of the mediation contract is the resolution of the dispute between the parties by resort to a third person. The positive affect of the contract, that is the fact that recourse to state adjudication or arbitration is not precluded, manifests in the field of procedural law. Because under article 13(1) of LMCD parties may resort to mediation during litigation. If during the process the parties agree on the resolution of the dispute, then the mediation contract will have the function of terminating pending litigation. For this reason, the legal effect of a mediation contract primarily manifests in the field of procedural law⁵¹.

In order to determine whether a contract is a procedural contract or a substantive law contract, it must be determined whether the main legal effects of the contract are in the field of procedural law or substantive law⁵². The general nature of procedural contracts is that their effects are born in the field of procedural law; they have procedural effects⁵³. However, there are certain procedural acts which bear effects both under substantive law and procedural law. A contract must be considered part of the field in which its main effects manifest. It is difficult to discern the legal nature of mediation contracts since it contains provisions both concerning substantive law and procedural law. Consequently, mediation contracts are considered as mixed contracts.

Another aspect which supports the fact that a mediation contract is a mixed contract is the fact that parties may decide provisions concerning obligations under both substantive law and procedural law. Provisions concerning mediation have been foreseen under articles 137, 140 and 320 of the Law on Civil Procedure (LCP). The obligations of performance foreseen under mediation contracts generally appear as an obligation to refrain. For example, the parties may decide in the contract to refrain from acts such as applying to state adjudication during

⁴⁹ ERDOĞAN, Ersin/ ERZURUMLU, Nurbanu, **Hukuk Uyuşmazlıklarında Türkiye'nin Arabuluculuk Tecrübesi ve Zorunlu Arabuluculuk Taslağı**, SETA Yayınları, İstanbul, 2016, p. 13; ILDIR, p. 67; DÜR, p. 273.

⁵⁰ ILDIR, p.323; TAŞPOLAT TUĞSAVUL, p. 103; KEKEÇ, p. 588.

⁵¹ ILDIR, p.68; TAŞPOLAT TUĞSAVUL, p. 104.

⁵² GÖRKEM, p. 36.

⁵³ KARSLI, Abdurrahim, **Medeni Usûl Hukukunda Usûlî İşlemler**, İstanbul, 2001, p. 221; GÖRKEM, p. 36.

ongoing negotiations or, in order to protect confidentiality, bringing up certain facts and evidences during litigation after the mediation process⁵⁴.

One of the most important functions of a mediation contract with regards to procedural law is that it constitutes a declaration of intent according to which for a given period the parties will refrain from applying to court or arbitration during ongoing negotiations. Since only if parties do not apply to state adjudication during mediation would the latter have meaning and deliver the intended benefits. Thus, in line with freedom of contract, parties may foresee under a procedural contract their consent to be bound for a given period by the obligation to refrain from applying to agreed procedures⁵⁵.

The obligation to refrain from procedural acts may be concluded through an explicit or implicit declaration to not apply to courts or arbitration for a given period. It would be more correct for the parties to indicate this point in the mediation contract. However, even if this has not been specified explicitly, it would be more accurate to consider the existence of their implicit consent to such effect. Because by virtue of the contract, according to which the parties have decided to go to alternative means of dispute resolution rather than state adjudication, the parties have undertaken for a given period the obligation to refrain from all acts and behaviors that would endanger the success of the negotiations. Thus, even if the parties have not foreseen under the mediation contract the obligation to refrain from procedural acts, this obligation forms an integral part of the mediation contract. The duty to refrain from applying to litigation is not only limited to state adjudication but is also valid with regards to arbitration deriving from an arbitration contract or an arbitral clause. However, a provision precluding state adjudication for an indefinite period would not be valid⁵⁶.

Article 3 of LMCD foresees that the parties are free to apply to mediation, to continue negotiations, to conclude or to abandon the process⁵⁷. However, the consequences of applying to state adjudication regardless of a valid mediation contract in force between the parties is an issue that has not been regulated⁵⁸. As a result of this, except for circumstances in which, by law, alternative means of dispute resolution are considered a primary step, there is no definitive opinion on

⁵⁴ YAZICI TIKTIK, p. 198; EKMEKÇİ/ÖZEKES/ATALI, s. 31; ERTÜRK, p. 107; for a counter argument see. “*Due to its legal nature it must be defined as a contract of substantial law. Since the mediator does not possess the competence to resolve the dispute on his own, the contract is explained as not having effect in the field of procedural law*”. DOĞAR, p.103.

⁵⁵ YAZICI TIKTIK, p. 198.

⁵⁶ YAZICI TIKTIK, p. 198.

⁵⁷ According to Article 3(1) of the Law on Mediation in Civil Disputes: “*The parties shall be free to resort to a mediator, to continue or finalize the process, or to renounce such process.*”

⁵⁸ TAŞPOLAT TUĞSAVUL, p. 106.

the consequences of applying to state adjudication by a party while a valid mediation contract is in force between the parties⁵⁹.

There are distinct opinions on the decision to be taken by courts in case state adjudication is engaged in contravention of the obligation to refrain from procedural action. Özbek⁶⁰ is of the opinion that if litigation is sought in violation of a mediation clause the defendant should bring up a mediation defense and just like in arbitration, the judge should refuse the case on procedural grounds. Kuru⁶¹ indicates that in case of a mediation clause or an independent contract, the mediation phase should take priority, yet, does not specify how courts should decide once faced with such a situation. According to Kekeç⁶², due to the principle of *pacta sunt servanda*, if a contract has been concluded to resort to mediation in case of a future dispute, then litigation should not be sought before exhausting this mean. According to Doğar⁶³, a mediation contract is a procedural contract concluded to affect litigation. The party acting in violation of the rules of the contract should be considered wrongful. Yazıcı Tıktık⁶⁴ is of the opinion that in case one of the parties engages litigation before resorting to mediation and the other party brings forward the provisions of the mediation contract during litigation, the court should not refuse the case based on procedural grounds but should suspend litigation for a given period based on the principle of judicial economy.

According to another opinion⁶⁵, the mediation contract should implicitly dissolve. Alternative means of dispute resolution and thus mediation should not be seen as methods which replace state adjudication. These methods aim to supplement the will of the parties as an alternative to state adjudication and thus resolve the dispute according to their own opinions. Besides, alternative means of dispute resolution cannot provide the judicial assurances provided by state adjudication⁶⁶. As an institution, the judiciary provides public assurance to individuals. Under article 8 of the Constitution the judicial power is exercised by independent courts in the name of the Turkish nation. For this reason, it cannot be said that alternative means of dispute resolution provide institutional assurance. As such, the parties may engage state adjudication even though a valid mediation contract has been concluded. Accordingly, in line with the character of the institution of mediation, engagement of state adjudication by one of the parties should be understood as

⁵⁹ GÖRKEM, p. 40; TAŞPOLAT TUĞSAVUL, p. 105.

⁶⁰ ÖZBEK, p. 344; Same opinion: ATALI, Murat/ERMENEK, İbrahim/ERDOĞAN, Ersin, **Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı**, Ankara, 2018, p. 774-775.

⁶¹ KURU, Baki, **Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı Hakkında Görüş ve Öneriler**, Mihder 2010/2, p. 245.

⁶² KEKEÇ, p. 133.

⁶³ DOĞAR, p. 99.

⁶⁴ YAZICI TIKTIK, p. 200.

⁶⁵ ILDIR, p. 65.

⁶⁶ PEKCANITEZ, Hakan/ ÖZEKES, Muhammet/ AKKAN, Mine/ TAŞ KORKMAZ, Hülya, **Medenî Usûl Hukuku**, 15. Bası, 2. Cilt, İstanbul, 2017, p. 1112; PEKCANITEZ, p. 15.

demonstrating the fact that the parties had not agreed to resolve that dispute with the assistance of a third person, that is, the will of both parties were not mutually conform. In such a case, there can be no doubt that the mediation contract implicitly dissolves⁶⁷.

When comparative law is explored with regards to engagement of state adjudication by one of the parties despite the existence of a mediation contract exists: On 8 April 2009 the French Court of Appeals decided that concerning the clause in the contract which was the subject of the case and which foresaw mediation in case of dispute, adjudication before engaging in mediation could not be accepted⁶⁸. In the Netherlands, mediation contracts constitute an impediment to bringing legal action before state courts⁶⁹. In Germany, in case a party objects based on the contractual clause foreseeing mediation concerning the subject of the dispute, the case may be dismissed if the court engages mediation⁷⁰. In Belgium, the parties may include a clause in the contract providing for the resolution of the dispute by way of mediation. If one of the parties asserts this clause during a lawsuit, the judge may suspend the case procedure so that mediation can go forward⁷¹. Finally, in Switzerland, the parties may agree to attempt mediation in case a dispute arises between them for a specific time period for the resolution of the dispute before applying to court. According to the dominant position in doctrine and practice, this agreement is valid. In Switzerland, the party which violates this obligation would be the responsible party. However, this contract would not bound the court. Since, the right to remedy is not within the discretion of the parties. Any of the parties may bring legal action notwithstanding the mediation clause in the contract⁷².

While the parties may agree to be bound by the mediation clause by way of contract, the mediation clause would still not be binding. Clear, definitive and detailed legal regulation is necessary for a mediation clause to be considered binding, as is the case with regards to arbitration clauses. Only in such a case would courts accept resort to mediation as a cause of action and would be able to halt litigation. It is for this reason that this study has not included Turkish jurisprudence since there aren't any contentious cases brought before courts due to claims on mediation contract violations.

⁶⁷ TAŞPOLAT TUĞSAVUL, pp. 105-106.

⁶⁸ FERRAND, Frederique, "Regulation of Dispute Resolution in Belgium: Workable Solutions?" Steffek/ Unberath/Genn/Greger/Menkel-Meadow (Eds), **Regulating Dispute Resolution ADR and Access to Justice at the Crossroads**, Oregon, 2013, p.192.

⁶⁹ PEL, Machteld, **Referral to Mediation, A Practical Guide for an Effective Mediation Proposal**, Sdu Uitgevers by The Hague, Kindle Edition, 2013, p.308.

⁷⁰ DÜR, p. 332.

⁷¹ VEROUGSTRAETE, Ivan, "Regulation of Dispute Resolution in Belgium: Workable Solutions?" Steffek/ Unberath/Genn/Greger/Menkel-Meadow (Eds), **Regulating Dispute Resolution ADR and Access to Justice at the Crossroads**, Oregon, 2013, p.106.

⁷² DÜR, p. 332.

In our opinion, the initiation of legal action by one of the parties without applying to mediation is a reflection of the principle of freedom of will. The contrary would mean the implementation of compulsory mediation by way of contract, which in return would correspond to the limitation of the scope of the principle of freedom of will. The principle of freedom of will regulated under article 3 of LMCD does not foresee the right of the parties to agree otherwise and that the scope of principle of freedom of will could be restricted. In lack of a regulation under the law, it is not possible to refuse or suspend a case brought by one of the parties on procedural grounds based on the provisions of the mediation contract.

At the present, if the parties violate a mediation contract on subjects which they are free to dispose of, the solution could be found by way of interpreting the will of the parties and recourse to the general rules of the law of contracts. For example, in case participation to the mediation process is refused and litigation is engaged in violation of an existing mediation clause in a contract, this behavior constitutes the violation of an obligation deriving from the contract (breach of obligation). As a result of such a refusal the judge may refuse a defense concerning the performance of other provisions of the contract. Similarly, refusal to participate in mediation may be considered as a violation of the good faith obligation⁷³.

2.4. The Subject of the Mediation Contract

In Turkish Law there are views that civil procedure law belongs to the domain of public law. However, when the field of civil procedure law is examined, it can be seen that, under the dominance of the principle of disposition – party control over the scope and nature of the proceedings, the will of the parties has priority. In disputes arising from private law relations to which civil procedure will apply, the Court cannot act *ex officio*. Nonetheless, adjudication law does carry public law character, but is not absolutely mandatory. Consequently, civil procedure law captures qualities deriving from both public and private law. For this reason, this domain is considered distinct. However, the limitations to freedom of will is established with the “public order” stipulation. Thus, applying to mediation for the resolution of a dispute between the parties is possible as long as this does not violate Turkish public order⁷⁴.

Mediation contracts find application in works subject to the desires of both parties. Accordingly, in order to conclude a mediation contract, the dispute should not constitute a violation of public order and the parties should have authority to freely act on the subject of dispute. At the same time, for the validity

⁷³ ÖZBEK, Mustafa, “Avrupa Birliğinde Alternatif Uyuşmazlık Çözümü”, **TBB Dergisi**, Y. 2007, S. 68, p. 299; ERSEN PERÇİN, Gizem, “Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemlerinden Arabuluculuğun Hukuksal Düzenlemelerdeki Yeri”, **Public and Private International Law Bulletin**, Volume: 31, Issue: 2, p.183.

⁷⁴ EDWARDS, p. 671; TAŞPOLAT TUĞSAVUL, p. 108; GÖRKEM, p. 42; AKDOĞAN, Muzaffer, **Avrupa Birliği Kamu Ahımlarında Sözleşme Sonrası İhtilafların Çözüm Yolları ve Türkiye Uygulaması**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015, p. 567.

of the mediation contract, the dispute must be “suitable for mediation”. Because the resolution of a dispute by mediation is directly related to the rules of public order of the country in which mediation is applied⁷⁵. As a matter of fact, Article 1(2) of LMCD clearly states that the mediation method may only be applied to subjects on which the parties are free to act, including those with a foreign element⁷⁶.

When there is a subject on which the parties are free to act and which can be settled by means of compromise, a mediation contract can be concluded. Accordingly, mediation contracts cannot be concluded with regards to cases such as those involving divorce, paternity and non-contentious jurisdiction. Nonetheless, it is possible to conclude mediation contracts for disputes involving debt, compensation claims and movable property since the parties may freely act on the dispute by way of acceptance and compromise⁷⁷. The phrase “*acts or proceedings which the parties may freely dispose*” under article 1(2) of the LMCD is not foreign to our legal system. The LCP article 408 indicates that “*other transactions of which the parties cannot dispose of on their own will are not convenient for arbitration*”. According to the institution of compromise under LCP, similarly, is only applicable with regards to transactions which the parties can dispose of on their own free will. The Attorneyship Law article 35(a) includes the provision “[...] *may invite the other party to conciliation [...] provided that such conciliation pertains exclusively to matters that the parties may elicit of their own will*”⁷⁸.

The disputes which may become the subject of conciliation since they reside within the free disposition of the parties is debated both before the Court of Cassation and in legal doctrine. For instance, the Court of Cassation does not except lawsuits involving the determination of rent as a dispute which resides within the free disposition of the parties. Accordingly, the Court has accepted the determination of rent as a dispute concerning public order⁷⁹. Again, the Court of Cassation is of the same opinion with regards to disputes concerning condominium property. Accordingly, this type of dispute is a situation which

⁷⁵ TAŞPOLAT TUĞSAVUL, p. 109. The Constitutional Court has determined that “*While not provided for in the text of the Article, there is no doubt that subjects relative to public order remain in the field which the parties may not freely dispose of*” Anayasa Mahkemesi (Constitutional Court), T. 10.07.2013, E.2012/94, K. 2013/89, Resmi Gazete (Official Gazette), 25.01.2014, Sayı 28893.

⁷⁶ KÖSE, p. 88-89. According to article 1(2) of the Law No. 6325 on Mediation in Civil Disputes: “*This Law shall be applied in private law disputes, arising solely from the acts or proceedings which the parties may freely dispose, including those possessing the element of foreignness, in so far as disputes containing domestic violence are not suitable for mediation.*”

⁷⁷ COOGLER, O. J./WEBER, Ruth E./MCKENRY, Patrick C., *Divorce Mediation: A Means of Facilitating Divorce and Adjustment*, **The Family Coordinator**, V. 28, N. 2, 1979, p. 255-256; GÖRKEM, p. 42.

⁷⁸ ATALI /ERMENEK/ERDOĞAN, p. 333; TAŞPOLAT TUĞSAVUL, pp. 110-112.

⁷⁹ Yargıtay (Court of Cassation), 3. Hukuk Dairesi, T. 02.12.2004, E. 2004/13018, K. 2004/13409.

involves public order and which the parties may not freely dispose of⁸⁰. We are of the opinion that limiting the possibility of mediation for cases involving both determination of rent and condominium property would only limit the concept of public order which in fact changes and develops in light of current circumstances. For example, we can easily estimate that in the near future issues involving neighbor relations or maintenance fees could be solved in company of a mediator.

According to LMCD, a determination is made regarding which lawsuits are suitable for mediation. To this respect, it is impossible to dismiss constitutive lawsuits by mediation. Constitutive (formative) lawsuits request the creation, amendment or dissolution of a legal situation⁸¹. Since in constitutive lawsuits the legal consequences are only born by way of judgment, such lawsuits, including paternity, divorce or nullification of marriage, are closed to mediation. Declaratory actions are brought in order to determine the existence (positive declaratory action) or non-existence (negative declaratory action) of a legal relation. These types of cases do not include a substantial law request. They correspond to a special procedural law for the elimination of doubts concerning a legal relation. For this reason, it is not possible to resort to mediation in these types of lawsuits. It is not possible to execute a judgment which accepts the procedural requests faced in these types of lawsuits⁸². Because in these cases the judgment is declaratory, an executionary judgment is not provided. Since the declaratory judgment does not include a performance order, the judgment cannot be executed by way of enforcement with a court judgement. According to article 18(3) of LMCD, in case agreement is reached as a result of mediation negotiations, the conclusion provided for the execution of the agreement should be suitable for enforcement⁸³. Unlike constitutive lawsuits and declaratory actions, actions for performance are suitable for mediation. Actions for performance aim to provide a substantial law request based on the claims of the plaintiff. In other words, in an action for performance the subject of the case is a substantial law request which can be expressed as to provide something, to perform an act or to refrain from an act⁸⁴. When an action for performance is filled, the court will first determine the

⁸⁰ Yargıtay (Court of Cassation), 15.Hukuk Dairesi., T.23.09.2002, E. 2002/4321, K.2002/4067; Yargıtay (Court of Cassation), 5. Hukuk Dairesi, T. 23.02.1981, E. 1981/813, K. 1981/11641.

⁸¹ ERCAN, İsmail, **Medeni Usul Hukuku**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2011, p. 169.

⁸² ALANGOYA, Yavuz/ YILDIRIM, M. Kamil/ DEREN YILDIRIM, Nevhis/, **Medeni Usul Hukuku Esasları**, Beta Yayınları, İstanbul, 2009, p. 202.

⁸³ According to article 18(3) of Law No. 6325 on Mediation in Civil Disputes: *“The issuance of the annotation of enforceability is an undisputed judicial act and the examination concerning this may be carried out through the file. However, in family law disputes suitable for mediation, the examination shall be held in hearings. The scope of such examination shall be limited to whether the content of the agreement is suitable for mediation and compulsory enforcement. Where an application is made to the court for the issuance of annotation of enforceability for the agreement document, and the concerned party appeals the decisions given upon such application, a fixed fee shall be collected. If the parties wish to use the agreement document in another official act, without obtaining an annotation of enforceability, a fixed stamp duty shall also be collected.”*

⁸⁴ ALANGOYA / YILDIRIM / DEREN YILDIRIM, p. 201.

existence of a right. In case the existence of a right is determined, the court may sentence the defendant to perform an act or refrain from an act relative to the right in question⁸⁵. The judgment obtained at the end of an action for performance is suitable for enforcement. If the judgment is not carried out by the defendant, the plaintiff can have it performed by way of compulsory execution. Consequently, mediation is possible with regards to action for performance⁸⁶.

On the other hand, the type of dispute subject to the mediation contract must be specified in order to determine whether the dispute involves public order, or it relates to a dispute which the parties have competences to freely dispose of. If the subject of dispute has not been specified, then the mediation contract is not valid. If a contract is concluded foreseeing that all future disputes between the parties are to be resolved by mediation, in lack of a dispute subject, this contract would not be considered as valid⁸⁷.

In our view, in the sense of suitability for mediation, “*disputes which the parties may freely dispose of*” should be interpreted as extensively possible. Because the fundamental aim of mediation is to provide by way of the consent of the involved parties a solution which satisfies both. In case of a narrow interpretation of this expression it would be concluded that the will of the parties are not deemed important

In fact, there is a tendency in developed countries to not limit the resolution of disputes by mediation based on criteria such as public order. For example, in Belgium, all disputes open to amicable settlement between the parties may be subject to mediation⁸⁸. In Germany, the scope has not been limited to civil and commercial disputes⁸⁹. In Switzerland, according to article 197 of SwzZOP, conciliation of the parties before a conciliation official is the general rule for all civil suits. The exceptions are regulated in the following article. According to article 213 of SwzZOP, since all disputes subject to conciliation may also be resolved by way of mediation, it is possible to resolve disputes by way of mediation. In Japan, court connected mediation is foreseen for all legal disputes⁹⁰.

As observed in comparative law, not limiting the resolution of disputes by way of mediation would conduce a change in the fundamental culture with regards to dispute resolution and decrease judicial workload.

2.5. The Obligations of the Parties in Mediation Contracts

⁸⁵ TAŞPOLAT TUĞSAVUL, p. 120.

⁸⁶ ERCAN, p. 167.

⁸⁷ ILDIR, p. 67; TAŞPOLAT TUĞSAVUL, pp. 120-121; ILDIR, **Hak Arama Özgürlüğü**, p. 390.

⁸⁸ VEROUGSTRAËTE, p. 106.

⁸⁹ HESS, Burkhard/PELZER, Nils, “Regulation of Dispute Resolution in Belgium: Workable Solutions? Steffek/ Unberath/Genn/Greger/Menkel-Meadow (Eds), **Regulating Dispute Resolution ADR and Access to Justice at the Crossroads**, Oregon, 2013, p. 223.

⁹⁰ DÜR, p. 169.

The aim of alternative means of dispute resolution is not to resolve a dispute between the parties only by way of this method and force the participation of the parties. Because the success of alternative means of dispute resolution depends on the willingness of the parties. From this perspective, the benefit of rendering the conditions of alternative means of dispute resolution binding is open to debate.

The main outcome desired by the parties to a mediation contract is to undertake to apply to mediation as an alternative mean of dispute resolution to courts instead of engaging state adjudication for the resolution of the dispute. Thus, the parties to the mediation contract are under the primary obligation of resorting to mediation and contributing and participating into this process⁹¹.

One of the conditions for the success of mediation is the voluntary participation to the mediation process and the negotiations. The parties must perform their obligation to participate to the mediation process in good faith. Because if participation takes place only to perform an obligation then it is highly probable that the mediation process will not end with an agreement between the parties and the mediation process will result with an unnecessary loss of effort, time and money. However, it must be noticed that the obligation to participate in the mediation process should never be understood as an obligation to agree⁹².

The applicable sanction to the violation of the obligation to participate to the mediation process is compensation within the meaning of substantial law. However, since the amount of compensation is prone to disagreement, the parties to the mediation process may include in the contract a provision on this subject and may also agree to a penal clause⁹³.

Indeed, contract clauses foreseeing resort to mediation before engaging state adjudication may set back the free exercise of the right to access to courts or may limit the right to legal remedies. Consequently, resort to mediation must not hinder enjoyment of the right to access to justice as it is foreseen under article 6 of the European Convention on Human Rights and article 47 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union⁹⁴.

Another obligation deriving from the mediation contract is the reciprocal confidentiality obligation. The parties may regulate this obligation under the mediation contract to be concluded between them. A clear stipulation by the parties of the framework of the confidentiality obligation and subjects to be considered as confidential is necessary and important for the applicability of the obligation. While information and documents shared orally or in written form between the parties during the mediation process are considered to be within the scope of the confidentiality obligation, information and documents obtained

⁹¹ YAZICI TIKTIK, p. 202.

⁹² GÖRKEM, p. 42; KÖSE, p. 87; EKMEKÇİ/ÖZEKES/ ATALI, p. 25; SEVİM, p. 67.

⁹³ YAZICI TIKTIK, p. 203.

⁹⁴ ÖZBEK, *Avrupa Birliğinde*, p. 298.

through other sources should not be considered within this framework. Consequently, information which the other party would still have obtained even if the mediation process had not been engaged are not dealt with under this framework⁹⁵.

The consequences of not stipulating a confidentiality obligation in a mediation contract remains unclear. However, there is a majority opinion defending that even in such a case a confidentiality obligation exists. For example, those who accept mediation contracts as ordinary partnership contracts have come to the conclusion that parties are under a confidentiality obligation even if they have not explicitly agreed upon such an obligation, taking into consideration that a mediation contract is based on good-faith and mutual trust and that ordinary partnership involves a loyalty obligation. Truly, there is consensus in doctrine that under Turkish Law ordinary partnership is interpreted as explicitly including a loyalty obligation even though the latter doesn't appear under a specific law. This is due to the fact that such a partnership is based on the principle of mutual trust and good-faith. However, those who do not consider mediation contracts as ordinary partnership contracts also do not accept the default existence of a confidentiality obligation⁹⁶. From their perspective, in order to not give ground to doubt, the confidentiality obligations framework and exceptions must be agreed upon under the mediation contract in a clear manner.

On the other hand, it is beneficial for the distinct mediation contract or mediation clause to be formulated in the most brief and flexible manner, as long as it includes the necessary content guiding the parties with regards to how the process is to be conducted. The parties may also mutually determine and agree upon secondary obligations such as mediation expenses and how the mediator would be compensated. In order to avoid future problems, it would be appropriate to include provisions on issues such as the identity of the mediator, the procedure of the negotiations, as well as, who is to be held liable for the expenses and how such liability is to be met⁹⁷.

3. OTHER CONTRACTS PREPARED DURING MEDIATION

A mediation contract for the resolution of the dispute between the parties by way of mediation is different from a mediator contract concluded between the parties and the mediator.

As long as another procedure has not been agreed upon by the parties to the mediation contract or clause the mediator is selected by the parties (LMCD art. 14, RLMCD art. 18). While selecting, the parties may choose one or more mediators who they trust with regards to impartiality and independence, as well as personal capacity to resolve disputes. The total of mediators does not

⁹⁵ YAZICI TIKTIK, p. 205.

⁹⁶ YAZICI TIKTIK, pp. 205-206.

⁹⁷ EKMEKÇİ/ÖZEKES/ ATALI, p. 49; KEKEÇ, p.126; ÖZER, p. 21.

necessarily need to correspond to an odd number. Generally, a single mediator is preferred, however in complicated disputes which necessitate expertise or in multilateral disputes more than one mediator can be designated.

While the parties may select an individual whom they may trust, in order for the implementation of legal procedure and obtain trust-worthy results an individual who is registered with the mediator registry must be chosen. In order to become a mediator, under article 20 of LMCD, the individual must be a Turkish citizen, must have graduated from a law faculty, must have at least five years of experience, must be in full capacity, must not have been convicted of a crime, must have passed mediator training and must have succeeded in the exam.

A mediator contract is a contract between an impartial third person and the parties demonstrating that the latter have brought an offer and that the mediator has accepted this offer in order to be assigned to the dispute⁹⁸. The relationship between the parties and the mediator can be perceived as a private law relationship subject to substantive law. By virtue of this contract the mediator undertakes the obligation to provide mediation services and the parties undertake the primary obligation of compensation for the fees and expenses. It is thus a distinct contract for works and services. However, since there is no commitment such as it exists between an employer and an employee, it would not be correct to qualify the relation between the mediator and the parties as an employment contract. The mediation contract is more similar to an agency contract. Since in the latter there is no time element and it only requires the agent to exercise intensive effort for the completion of a work or achievement of a result while a specific result is not guaranteed. As a result, while it does not manifest the typical characteristics, the provisions relative to agency contracts which are included in contracts for work and services (TCO art. 502 ff.) is applied by way of analogy to the contract between the mediator and the parties⁹⁹.

The contract with the mediator will include the identity information of the parties and the mediator and may designate which rules of confidentiality are to be applied. Moreover, determination of the mediation fee would be beneficial for avoiding future hesitations on this subject. The fee is generally decided on an hourly or daily basis. Unless otherwise agreed, the parties equally compensate the mediation fee¹⁰⁰. The mediator has a right to demand the fees and expenses for the activity and may also request payment in advance (LMCD art. 7). However, during the mediation phase the mediator may not function as an intermediary for specific individuals or be compensated for having recommended specific individuals; acts in violation of this prohibition will be considered null and void (LMCD art. 7/3).

⁹⁸ GÖRKEM, p. 47.

⁹⁹ KEKEÇ, p. 139; TAŞPOLAT TUĞSAVUL, p. 121.

¹⁰⁰ GÖRKEM, p. 48.

In addition to the mediation contracts prior to the disputes and the mediator contract, a possible third contract is the agreement document drawn up if the mediation process concludes with an agreement¹⁰¹. In case the parties reach an agreement, the mediator drafts an agreement document. Usually the content of this document is prepared by the mediator. It must be clear and must be prepared as soon as possible. While the mediator is responsible for drafting this document, the framework of the agreement achieved after negotiation is to be determined by the parties and the document is to be signed by the parties and the mediator (LMCD art. 18/1)¹⁰². At the same time, while drafting the document the rights and obligations of the parties should be written so as to leave no room for doubt¹⁰³.

On the other hand, the agreement document is not legally binding. However, in order to promote mediation and award the effort put into the process, the legislator has foreseen the possibility to grant the document binding force once certain procedures are satisfied¹⁰⁴.

Furthermore, it must be noted that the legal nature of the agreement document signed between the parties after the completion of the mediation phase becomes important in case of breach of agreement or failure of compliance. Since, once resolution of the dispute is requested by way of litigation, in case of request, the evidentiary weight of the agreement and in case of violation, its enforceability will be brought up¹⁰⁵.

Moreover, the parties may request the issuance of an annotation regarding enforceability to the proceedings of the agreement reached at the end of mediation. The authority to which this request is to be directed depends on whether mediation was conducted before or during litigation. If mediation was conducted before litigation, then issuance of an annotation regarding the enforceability of the agreement must be requested from the court with competence to adjudicate the main dispute. In case of mediation invoked during litigation, it must be requested from the current relevant court¹⁰⁶.

An examination of the annotation regarding enforceability is limited to whether the agreement is suitable for mediation and compulsory execution. Apart from this, the court does not consider issues such as whether the agreement is lawful or whether it is in due form. Provision of an annotation regarding enforceability by

¹⁰¹ KÖSE, p. 90; ÖZMUMCU, p. 344.

¹⁰² According to article 18(1) of the Law No. 6325 on Mediation in Civil Disputes: “*The scope of the agreement reached at the end of the mediation activity shall be determined by the parties; in case of preparation of an agreement document, this document shall be signed by the parties and the mediator*”.

¹⁰³ TANRIVER, Süha, **Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı'nın Getirdikleri ve Değerlendirmesi Makalelerim II**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011, p. 205; TAŞPOLAT TUĞSAVUL, p. 183.

¹⁰⁴ KÖSE, p. 90.

¹⁰⁵ TAŞPOLAT TUĞSAVUL, p. 184.

¹⁰⁶ KÖSE, p. 91.

the court is a judicial act since it examines whether the content of the agreement resides within the domain of things which the parties may freely dispose of and that the agreement document is in accordance with procedure, form and public order. Consequently, it grants the document the authority of a writ (document considered to be a writ). In other words, if the court finds that the agreement is suitable for mediation and enforceability and issues an annotation regarding enforceability to the agreement document then this document becomes a document considered to be a writ¹⁰⁷.

If the agreement concluded after the mediation process does not contain one of the required foundations necessary in a contract, it will lose applicability. This has been clearly mentioned under article 27 of the TCO. Accordingly, it is not possible to conclude contracts in violation of morality, public order or personal rights or which are impossible. Claims of mistake, fraud and threats which are valid with regards to other type of contracts can also be brought up with regards to the agreement. In other words, the law of contracts is applied. If one of the parties is of the belief that the agreement violates the law, that party may apply to court with a claim of invalidity¹⁰⁸.

CONCLUSION

While mediation is a novel institution regarding Turkish Law, its meaning and characteristics is not foreign to any society. However, while familiar to society, the formation of its legal basis is very recent. The Law on Mediation in Civil Disputes (Law No. 6325) regulating the legal regime of mediation was adopted in 2012 and entered into force in 22.06.2013. With entry into force, most deeds and acts in this respect were afforded a legal foundation.

Mediation is an alternative mean of dispute resolution which aims to bring together parties to a dispute by establish communication and negotiation between the parties and hopes to create a common understanding between the parties. As such, it is effectively carried out on a voluntary and discretionary basis with the contribution and assistance of an absolutely independent, impartial and expert third person who has received training on the subject and who facilitates the communication between the parties so that they may “find their own solution”.

The mediation contract is a contract which reflects the declaration of intent of the parties to solve their disputes by way of mediation. The parties may conclude this contract for the peaceful resolution of their disputes before engaging state adjudication or it can be concluded during the state adjudication phase.

The lack of regulation on the consequences of engaging state adjudication regardless of an existing mediation contract between the parties is an important deficiency. For this reason, explicit legal regulation must be adopted clarifying

¹⁰⁷ ÖZMUMCU, p. 345; KÖSE, p. 91.

¹⁰⁸ ÖZER, p. 21.

what would happen if one of the parties engages state adjudication regardless of a valid mediation contract.

In our view, within the framework of the institution of mediation, if one of the parties applies to state adjudication this would demonstrate the fact that the parties have not accepted resolution of the dispute with the assistance of an independent third person. In other words, this would mean that the will of the parties are not conform to each other. In this case, we must accept that the mediation contract has implicitly dissolved. However, the party which has acted in violation of the contract must also pay a price. If not, mediation contracts prior to disputes would not carry any value for the parties. Obliging compensation for the violation of the contract might increase the adoption and implementation of mediation contracts.

Another deficiency in the legal framework is the regulation foreseen under LMCD which determines that parties may only engage mediation with regards to subjects which the parties may freely dispose of and not those involving public order. However, limitations on the subject matter of mediation contracts should be exceptional. Since, as a prompt, friendly and less expensive means of dispute resolution centered on rights, resolution of disputes by mediation would be more beneficial in the service of public good. In fact, if disputes between parties are resolved based on peaceful and conciliatory methods rather than on contention and conflict, more personal and social gains could be attained. At the same time, the decrease in the workload of the judiciary would protect the right to a fair trial.

BIBLIOGRAPHY

ADAMS George W. /NAOMI L. Bussin, “Alternative Dispute Resolution and The Canadian Courts: A Time for Change”, **The Arbitration and Dispute Resolution Law Journal**, Vol. 4, 1995, 243-262.

AKDOĞAN, Muzaffer, **Avrupa Birliği Kamu Alımlarında Sözleşme Sonrası İhtilafların Çözüm Yolları ve Türkiye Uygulaması**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015.

ALANGOYA, Yavuz/ YILDIRIM, M. Kamil/ DEREN YILDIRIM, Nevhis, **Medeni Usul Hukuku Esasları**, Beta Yayınları, İstanbul, 2009.

ALKAN, Pınar, **Arbuluculuk ve Deniz Hukukuna İlişkin İhtilaflarda Uygulanması**, Ankara, 2013.

ARAS, Bahattin, “Genel Olarak Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Temel Özellikleri”, **AD**, Y. 2009/10, S. 35, 58-75.

ATALI, Murat/ERMENEK, İbrahim/ERDOĞAN, Ersin, **Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı**, Ankara, 2018.

AYDIN, Sezer/REMZİ, Mehmet, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İkinci Sayfa, 2013.

AZAKLI ARSLAN, Betül, **Medeni Usul Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018.

BÖRÜ, Levent, “Kadına Karşı Şiddette Arabuluculuk Kurumuna İlişkin Bazı Değerlendirmeler”, **TBB Dergisi**, Y. 2017 (Özel Sayı), 173-189.

BULUR, Alper, “Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Arabuluculuk Yöntemi”, **Ankara Barosu Dergisi**, Y. 2007, S. 4, 30-46.

BÜYÜKAY, Ferhat, **Arabuluculuk Anlaşma Belgesi ve İcra Edebilirlik Şerhi**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018.

CAMPBELL, Dennis / HEPERLE, Winifred, **The U.S. Legal System-a practice handbook**, Netherlands, 1983.

COOGLER, O. J./WEBER, Ruth E./MCKENRY, Patrick C., Divorce Mediation: A Means of Facilitating Divorce and Adjustment, **The Family Coordinator**, V. 28, N. 2, 1979, 255-259.

ÇELİKEL, Aysel/BAHADIR, Erdem, **Milletlerarası Özel Hukuk: Genel Kurallar Milletlerarası Özel Hukuk Milletlerarası Usul Hukuku**, 11. Bası, İstanbul, 2012.

DELGADO, Richard/ DUNN, Chris/BROWN, Pamela/LEE, Helena/HUBBERT, David, Fairness and Formality: Minimizing the Risk of Prejudice in Alternative Dispute Resolution, **Wisconsin Law Review**, 1985, 1359-1404.

DOĞAR, Mehmet, **Alternatif Uyuşmazlık Çözümü Sözleşmesi**, İstanbul Kültür Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2008.

DÜR, Orhan, **Arabuluculuk Faaliyeti ve Arabulucuların Hak ve Yükümlülükleri**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018.

EDWARDS, Harry T., “Alternative Dispute Resolution: Panacea or Anathema”, **Harvard Law Review**, V. 99, N. 3, 1986, 668-684.

EKMEKÇİ, Ömer/ ÖZEKES, Muhammet/ ATALI, Murat, **Hukuk Uyuşmazlıklarında İhtiyari ve Zorunlu Arabuluculuk**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018.

ERCAN, İsmail, **Medeni Usul Hukuku**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2011.

ERDOĞAN, Ersin/ ERZURUMLU, Nurbanu, **Hukuk Uyuşmazlıklarında Türkiye'nin Arabuluculuk Tecrübesi ve Zorunlu Arabuluculuk Taslağı**, SETA Yayınları, İstanbul, 2016.

ERSEN PERÇİN, Gizem, “Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemlerinden Arabuluculuğun Hukuksal Düzenlemelerdeki Yeri”, **Public and Private International Law Bulletin**, Volume: 31, Issue: 2, 177-201.

ERTÜRK, Mustafa, **Arabuluculuk Sözleşmesi**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.

FERRAND, Frederique, “Regulation of Dispute Resolution in Belgium: Workable Solutions? Steffek/ Unberath/Genn/Greger/Menkel-Meadow (Eds), **Regulating Dispute Resolution ADR and Access to Justice at the Crossroads**, Oregon, 2013, 175-207.

GARNER, Bryan A. **Black’s Law Dictionary**, St.Paul, Minn 1999.

GÖRKEM, Zeynep Ezgi, **Arabuluculuk Sürecinde Arabulucunun Hukuki Statüsü- Hakları- Yükümlülükleri**, Ankara, 2015.

HALICI, Ali/ TOPRAK, Musa, **Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk**, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2016.

HESS, Burkhard/PELZER, Nils, “Regulation of Dispute Resolution in Belgium: Workable Solutions? Steffek/ Unberath/Genn/Greger/Menkel-Meadow (Eds), **Regulating Dispute Resolution ADR and Access to Justice at the Crossroads**, Oregon, 2013, 209-238.

HIBBERD, Peter/NEWMAN, Paul., **ADR and Adjudication in Construction Disputes**, Blackwell Science, 1999.

ILDIR, Gülgün, “Alternatif Uyuşmazlık Çözümü ve Hak Arama Özgürlüğü”, **TBB Dergisi**, 75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, Ankara, 2004, 385-401. [“Hak Arama Özgürlüğü”]

ILDIR, Gülgün, **Alternatif Uyuşmazlık Çözümü**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2003.

IŞIK, Olcay, “Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı Çerçevesinde Arabuluculuk Yönteminin Diğer Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ile Karşılaştırılması”, **Terazi HD**, Y. 2011/6, S. 64, 14-24.

J. WARE, Stephen, **Alternative Dispute Resolution**, St. Paul, Minn, 2001.

KARACABEY, Kürşat, “Zorunlu Arabuluculuğun Hukukun Temel İlkelerine Aykırılığı ve Uygulanabilirliğine Dair Sorunlar”, **Ankara Barosu Dergisi**, Y. 2016/1, 451-488.

KARSLI, Abdurrahim, **Medeni Usûl Hukukunda Usûlî İşlemler**, İstanbul, 2001.

KEKEÇ, Elif Kısmet, **Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2. Baskı, 2014.

KÖSE, Yasin, “Hukuk Sistemimizdeki Yeni Patika “Arabuluculuk”, **Terazi Aylık Hukuk Dergisi**, Seçkin Yayınları, Y. 2013, S. 84.

KURT, Resul, “İş Yargısında “Arabuluculuk””, **TBB Dergisi**, Y. 2018/135, 405-444.

KURU, Baki, **Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı Hakkında Görüş ve Öneriler**, Mihder, 2010/2.

LIEBERMAN, Jeth K./HENRY, James F., “Lessons from The Alternative Dispute Resolution Movement”, **The University Of Chicago Law Review**, V. 53, N. 2, 1986, 424-439.

OĞUZMAN, Kemal/ ÖZ, Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2006.

ÖZBAY, İbrahim, “Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri”, **Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 2006, C.10, S. 3-4.

ÖZBEK, Mustafa, “Avrupa Birliğinde Alternatif Uyuşmazlık Çözümü”, **TBB Dergisi**, Y. 2007, S. 68, 265-320 [“Avrupa Birliği”].

ÖZBEK, Mustafa, **Alternatif Uyuşmazlık Çözümü**, Ankara, 2009.

ÖZER, Serhat, **Uluslararası İnşaat Sözleşmeleri, Anlaşmazlıkları ve Çözüm Yolları**, Çağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Ana Bilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, Mersin, 2012.

ÖZMUMCU, Seda, **Uzakdoğu’da Arabuluculuk Anlayışı ile Türk Hukuk Sisteminde Arabuluculuk Kurumuna Genel Bir Bakış**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2012.

PEKCANITEZ, Hakan, “Alternatif Uyuşmazlık Çözümleri”, **Hukuki Perspektifler Dergisi**, Y. 2005, S. 5, 12-16.

PEKCANITEZ, Hakan/ ÖZEKES, Muhammet/ AKKAN, Mine/ TAŞ KORKMAZ, Hülya, **Medenî Usûl Hukuku**, 15. Bası, 2. Cilt, İstanbul, 2017.

PEL, Machteld, **Referral to Mediation, A Practical Guide for an Effective Mediation Proposal**, Sdu Uitgevers by The Hague, Kindle Edition, 2013.

POLAT, Malike, **Milletlerarası Usul Hukukunda Arabuluculuk**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2010.

ŞAHİN, Tuğçem/ ÇELİK, Yasin/ RUHİ, Ahmet Cemal, **Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Rehberi**, Seçkin, Ankara, 2018.

SEVİM, Onur Utku, **Avrupa Birliği Müktesebatı ve Türk Hukukunda Arabuluculuk**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016.

SHAVELL, Steven, “Alternative Dispute Resolution: An Economic Analysis”, **The Journal of Legal Studies**, V. 24, N. 1, 1995, 1-28.

STITT, Alan J., **Mediation-a Practical Guide**, London, 2004.

TANRIVER, Süha, “Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabulucuk”, **TBB Dergisi**, Y. 2006, S. 64, 151-177 [TANRIVER].

TANRIVER, Süha, **Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı'nın Getirdikleri ve Değerlendirmesi Makalelerim II**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011.

TANRIVER, Süha, Hukuk yargısının Temel Sorunları ve Bu bağlamda Alınması Gereken Önlemler, **Makalelerim II (2006-2010)**, Ankara, 2011, 115-142.

TAŞPOLAT TUĞSAVUL, Melis, **Türk Hukukunda Arabulucuk**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012.

VEROUGSTRAETE, Ivan, “Regulation of Dispute Resolution in Belgium: Workable Solutions? Steffek/ Unberath/Genn/Greger/Menkel-Meadow (Eds), **Regulating Dispute Resolution ADR and Access to Justice at the Crossroads**, Oregon, 2013, 93-113.

WARBECK, Johannes, “Alternative dispute resolution in the world of business; a comparative analysis of the use of ADR in the United Kingdom and Germany”, **Thae Arbitration and Dispute Resolution Law Journal**, Part 2, June 1998.

YAZICI TIKTIK, Çiğdem, **Arabuluculukta Gizliliğin Korunması**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013.

YILDIRIM, Ferhat, “Türk Hukuk Sisteminde Alternatif Bir Çözüm Yolu Olarak Arabuluculuk”, **International Journal of Social Sciences and Education Research**, Y.2016/2(3), 748-762.

LES ACCORDS DE PROMOTION ET DE PROTECTION DES INVESTISSEMENTS ÉTRANGERS SIGNÉS PAR LA TURQUIE¹

Sibel AKŞAHİN POLAT²

RESUME

Les investissements étrangers sont considérés comme étant un outil important et nécessaire pour réaliser les objectifs de développement et de croissance économique des pays. Les pays se font concurrence pour attirer le plus d'investissements étrangers, qui est leur est bénéfique à plusieurs égards. Pour attirer les investisseurs étrangers et leur assurer un cadre sûr, nombreux sont les pays qui signent des accords de promotion et de protection des investissements étrangers. C'est dans cette optique qu'il y a, d'une manière générale, une prolifération accords bilatéraux de promotion et de protection des investissements étrangers, qui est considéré comme étant un des éléments qui rassurent et attirent les investisseurs. Dans cet article nous allons nous intéresser aux accords de promotion et de protection des investissements étrangers conclus par la Turquie. Pour ce faire, nous étudierons dans une première section ces accords d'une manière générale pour avoir une vue d'ensemble. Nous évoquerons leur apparition, leurs objectifs et les modèles qui existent. Nous analyserons ensuite dans une seconde section ceux conclus par la Turquie en faisant un état des lieux des investissements étrangers, en mentionnant les pays avec lesquels la Turquie a conclu de tels accord et en étudiant en détail les dispositions des accords en question.

Mots - clefs : *investissements étrangers, investisseurs, accords bilatéraux de promotion et de protection des investissements étrangers, règlement des différends, croissance économique, traitement des investissements.*

AGREEMENTS ON THE RECIPROCAL PROMOTION AND PROTECTION OF INVESTMENTS SIGNED BY TURKEY

ABSTRACT

Foreign investment is seen as an important and necessary tool to achieve the development and economic growth objectives of the countries. Countries compete

¹ Bu makale kısmen yazarın doktora tezinin bir bölümünden türetilmiştir.

² Av. Dr., aksahinpolat@gmail.com, ORCID: 0000-0001-8522-1141.

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 11.05.2020

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 03.06.2020

with each other to attract most of the foreign investment, which benefits them in several ways. To attract foreign investors and provide them with a secure environment, many countries have signed agreements to promote and protect foreign investments. It is from this perspective that there is, in general, a proliferation of bilateral agreements for the promotion and protection of foreign investment, which is considered to be one of the elements that reassure and attract investors. In this article we will focus on foreign investment promotion and protection agreements concluded by Turkey. In order to do so, we will study in the first section, these agreements in a general way in order to have an overview. We will discuss their emergence, their objectives and the models that exist. We will then analyze in the second section those concluded by Turkey by taking stock of the foreign investment situation, mentioning the countries with which, Turkey has concluded such agreements and studying in detail the provisions of the agreements in question.

Keywords: *foreign investments, investors, bilateral agreements for the promotion and protection of foreign investments, dispute settlement, economic growth, treatment of investments.*

Introduction

La mondialisation implique un processus d'intégration des économies nationales à une économie mondiale. Cela se concrétise par la multiplication des mouvements internationaux de biens et de services, de main-d'œuvre, de technologie et de capital. Nous distinguons ainsi, d'un côté le commerce international et de l'autre les investissements internationaux, qui sont considérés d'ailleurs comme étant un élément constitutif du premier. Dans ce cadre, nous remarquons que les pays, dans le but de s'intégrer davantage dans l'économie mondiale, s'orientent de plus en plus dans la conclusion d'accords bilatéraux de différentes natures.

Dans le monde entier les investissements étrangers sont considérés comme étant un outil important et nécessaire pour réaliser les objectifs de développement et de croissance économique³. Les pays se font concurrence pour attirer le plus d'investissements étrangers, qui est leur est bénéfique à plusieurs égards. Pour attirer les investisseurs étrangers et leur assurer un cadre sûr, nombreux sont les pays qui signent des accords de promotion et de protection des investissements étrangers (APPI). La Turquie fait partie de ces pays. En effet, dans la conception turque des relations économiques internationales, les investissements font partie des échanges et exercent une forte influence sur les orientations commerciales. Par extension, dans l'esprit d'apporter une protection aux investisseurs étrangers, la Turquie, comme plein d'autres pays, a consacré une énergie particulière dans la conclusion de conventions fiscales bilatérales avec de nombreux pays dans le but

³ KURTARAN, Ahmet, "Doğrudan Yabancı Yatırım Kararları ve Belirleyicileri", **Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi**, 2007, Cilt 10, Sayı 02, s. 367.

d'éviter la double imposition des investisseurs ainsi que de prévenir l'évasion fiscale. Dans cet article nous allons nous intéresser aux accords de promotion et de protection des investissements étrangers conclus par la Turquie. Pour ce faire, nous étudierons dans une première section ces accords d'une manière générale pour avoir une vue d'ensemble. Nous analyserons ensuite dans une seconde section ceux conclus par la Turquie.

I. Les accords de promotion et de protection des investissements étrangers

Les accords de promotion et de protection des investissements étrangers revêtent sans aucun doute une importance primaire pour les investisseurs. Leur existence peut déterminer un potentiel investisseur à investir puisqu'ils contiennent des dispositions de nature à le rassurer⁴. En effet, c'est avec leur apparition qu'une véritable protection a vu le jour sur le terrain⁵. L'existence de ces accords fait partie des éléments déterminants le choix du potentiel investisseur. Pour avoir une vue d'ensemble sur ces conventions, nous nous intéresserons dans un premier temps à leur apparition. Puis nous verrons les raisons pour lesquelles ces accords sont importants en nous intéressant à leurs objectifs. Nous évoquerons ensuite les différents modèles d'accords de promotion et de protection des investissements étrangers qui existent.

A. L'apparition des accords de promotion et de protection des investissements étrangers

Les accords de promotion et de protection des investissements étrangers ont commencé à surgir sur la scène internationale à partir de la deuxième moitié du XXème siècle. En effet, ils répondent à des besoins qui se sont fait ressentir particulièrement à cette époque. Comme l'indique l'intitulé même de ces accords, leurs objectifs principaux sont d'un côté de promouvoir les Investissement Direct Etranger (IDE) et de l'autre protéger ceux qui sont réalisés. Ces accords sont apparus pour la première fois dans un contexte dans lequel les Pays en développement (PED) cherchaient à importer des capitaux étrangers et que seuls les ressortissants des pays développés réalisaient des investissements, et ce exclusivement dans les PED⁶. Il n'est donc pas surprenant qu'à l'origine l'objectif

⁴ United Nations Conference on Trade and Development, **World Investment Report 1998 Trends and Determinants**, United Nations New York and Geneva, 1998, p. 91;

ARIK, Şebnem / AKAY, Beyhan / ZANBAK, Mehmet, "Doğrudan Yabancı Yatırımları Belirleyen Faktörler: Yükselen Piyasalar Örneği", **Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, 2014, Cilt 14, Sayı 2, s. 101;

KOÇ AYTEKİN, Güner, "Doğrudan Yabancı Yatırımlar, Belirleyicileri ve Ekonomik Etkileri", **Ufuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi**, 2019, Yıl:8 Sayı:15, s. 262.

⁵ SCHONARD, Pascal, **La Protection International des Investissements Étrangers : Quels Impacts Sur les Politiques Publiques des États d'Accueil ?**, Mémoire, Ecole nationale d'Administration, Paris, Promotion 2003-2005, p. 7.

⁶ ŞİT KÖSGEROĞLU, Banu, «Model İkili Yatırım Anlaşmaları ve Türkiye'nin Model İkili Yatırım Anlaşması

de ces accords ait été la protection des investissements réalisés par les ressortissants des pays développés dans les PED contre les risques politiques tels que l'expropriation⁷. En effet, ces accords étaient conclus entre les pays qui exportaient des capitaux étrangers et ceux qui les importaient, principalement à l'initiative des premiers, et avaient pour seuls objectifs d'assurer une protection juridique et une garantie aux IDE, plus élevées que celles qui existaient déjà dans le pays d'accueil. La conclusion de tels accords devint également une préoccupation importante des PED avec l'essor de la mondialisation puisque ces derniers cherchèrent à attirer davantage d'IDE⁸. En effet, alors que le premier accord de cette nature dont les parties contractantes sont l'Allemagne et le Pakistan remonte à 1959⁹ et qu'au bout d'une trentaine d'années, c'est-à-dire en 1989, leur nombre n'atteint que 385, nous constatons qu'à partir de 1990, ils connaissent une prolifération importante¹⁰. L'universitaire Banu Şit Kösgeroğlu énonce qu'il y a deux raisons derrière l'augmentation du nombre de ces accords¹¹. La première est selon elle, l'essor de l'économie du marché libre qu'elle repose sur deux facteurs. Elle estime que d'un côté les investissements étrangers et la mondialisation ont contribué à la réussite économique des pays impliqués, en particulier des pays asiatiques et que cela est le reflet de la victoire du système de marché libre. D'un autre côté, elle considère que la chute du bloc de l'est qui a conduit à la révision des politiques économiques perçues jusqu'alors comme étant des alternatives à l'économie du marché libre, a renforcé cet essor. La deuxième raison explicative qu'elle apporte à la multiplication des accords de promotion et de protection des investissements dans ce contexte est le fait qu'il n'y avait plus de ressources alternatives auxquelles les pays pouvaient faire appel. En effet, en raison de la crise économique des années 1980, la possibilité de faire des emprunts étrangers furent très limités, ce qui a restreint les entrées de ressources dans les PED qui commencèrent à percevoir alors les investissements étrangers comme étant un moyen de combler ce manque. Avec le temps, nous notons que ce type d'accord n'est plus conclu exclusivement entre un pays développé et un PED. En effet, ils sont également signés entre pays développés et entre PED. Au jour d'aujourd'hui, leur nombre excèdent 3 000¹². Bien qu'au début ils avaient

Taslağı», **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, 2013, Sayı 107, s. 144.

⁷ ŞİT KÖSGEROĞLU, s. 145.

⁸ ŞİT KÖSGEROĞLU, s. 145.

⁹ CNUCED, **Définition de Règles Internationales en Matière d'Investissement: État des Lieux, Défis à Relever et Perspectives**, Études de la CNUCED sur les politiques d'investissement international au service du développement, New York et Genève 2008, p. 9.

¹⁰ UNCTC-International Chamber of Commerce – **Bilateral Investment Treaties 1959- 1991**, United Nations Publications, 1992, p. 1 ;

CARMEN, Rodica Zorila, **L'Évolution du Droit International en Matière d'Investissements Directs Étrangers**, Thèse de Doctorat, Université d'Auvergne - Clermont-Ferrand I, 2007, p. 190.

¹¹ ŞİT KÖSGEROĞLU, s. 145.

¹² C'est le chiffre des accords internationaux de promotion et de protection des investissements étrangers aussi bien qui inclut ceux qui sont bilatéraux.

exclusivement pour objectif de protéger les investissements contre les risques politiques et en particulier contre le risque d'expropriation, de nos jours ils visent également à libéraliser les flux d'investissement et à développer les relations commerciales entre les pays¹³. Comme nous venons de le voir c'est particulièrement dans les années 90 qu'ils se qu'ils se multiplièrent à grande allure. Contentons-nous de souligner que cette croissance rapide va de pair avec la multiplication des litiges opposant les investisseurs aux pays d'accueil¹⁴ avant de mettre fin à ce paragraphe.

B. Le but des accords de promotion et de protection des investissements étrangers

Si nous devons résumer en une phrase le but de ces accords nous dirions que, comme leur nom l'indique, ils ont pour objectif de promouvoir et de protéger les investissements des pays contractants. En réalité d'après les préambules de ces accords, nous pouvons dire que les principaux objectifs sont de développer et d'intensifier la coopération économique entre les parties en assurant le flux des capitaux et de la technologie, d'utiliser les ressources économiques de la façon la plus effective, d'encourager l'entrepreneuriat privé en renforçant les liens amicaux traditionnels et d'améliorer la prospérité du peuple, le tout en en créant un cadre propice à l'encouragement et à la protection des investissements et en leur assurant un traitement juste et équitable¹⁵.

Pour l'investisseur étranger, le fait que le pays dans lequel il souhaite investir ait un système judiciaire et une législation sur les investissements différents que ceux qui existent dans son pays, représentent pour lui des facteurs d'incertitudes pouvant aller jusqu'à le dissuader d'investir. C'est la raison pour laquelle les accords de promotion et de protection des investissements revêtent une importance vitale à la fois pour les potentiels investisseurs mais aussi pour les pays d'accueil. Côté investisseurs potentiels, ces accords sont rassurants et encourageants pour plusieurs raisons. Tout d'abord, ils garantissent aux investisseurs des pays contractants un environnement juridique certain et propice, offrant notamment la possibilité de faire appel à des mécanismes d'arbitrage investisseur-État. Ensuite, ils réduisent également les facteurs d'incertitudes politiques susceptibles d'effrayer les potentiels investisseurs¹⁶. En effet, le risque économique ou politique représente pour le potentiel investisseur un problème

CNUCED, **Rapport sur l'investissement dans le monde 2019, Repère et vue d'ensemble**, Nations Unies New York et Genève, 2019, p. 19.2014, p. 23.

¹³ ŞİT KÖSGEROĞLU, s. 147.

¹⁴ ŞİT KÖSGEROĞLU, s. 148.

¹⁵ GİRAY, Faruk Kerem, "Türkiye'nin Taraf Olduğu İki Taraflı Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması Anlaşmalarında Öngörülen İhtilaf Çözüm Yolları", **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, 1999, cilt.1, s. 218.

¹⁶ Pour les risques politiques voir BAYRAKTUTAN, Yusuf / TARI ÖZGÜR, Meltem, "Politik Riskler, İki Taraflı Yatırım Anlaşmaları ve Uyuşmazlıklar Bağlamında Doğrudan Yabancı Yatırımlar", **Uluslararası Ekonomik Araştırmalar Dergisi**, Aralık 2016, Cilt 2, Sayı 4, ss. 87-104.

majeur, particulièrement dans les secteurs qui nécessitent des investissements importants (c'est-à-dire des apports de capitaux pour des montants élevés et des durées longues). Ainsi, par le biais de ces accords, qui sont des conventions internationales, les pays précisent les conditions de protection minimales dont bénéficiera l'investisseur étranger dans leur pays, et ce pour une durée initiale tacitement renouvelable de l'ordre de 10 à 20 ans. Du point de vue des pays contractants, ces accords leur permettent de créer un climat de confiance indispensable pour attirer des investisseurs étrangers, par le biais duquel ils peuvent consolider leur développement économique.

Face à l'importance de ces accords, des modèles ont été élaborés pour faciliter leur élaboration et leur conclusion.

C. Les modèles d'accords de promotion et de protection des investissements

Tel que nous l'avons évoqué précédemment, le contenu des accords de promotion et de protection des investissements a changé au fil du temps. Dans un contexte dans lequel seuls les PED cherchaient à attirer des investissements étrangers et seuls les pays développés investissaient, les accords de promotion et de protection des investissements étaient rédigés principalement en faveur des investisseurs, la pensée dominante étant de protéger coûte que coûte les investissements étrangers¹⁷. Ce n'est qu'à partir des années 2000, avec la diversification des flux d'investissements étrangers, que les PED ont commencé, lors des négociations de ce genre d'accord, à élaborer les dispositions dans une optique de pays d'accueil¹⁸. D'ailleurs, c'est à partir de cette période que de nombreux pays ont commencé à élaborer leur propre modèle d'accords de promotion et de protection des investissements. Il s'agit en réalité de modèle de base sur lesquels des modifications sont susceptibles d'être faites lors des négociations. Ainsi par exemple, les États-Unis en ont élaboré un dès 1982. C'est véritablement à partir des années 2000 que les pays commencèrent à se concentrer sur la rédaction de tels modèles¹⁹. Dans ce cadre, les dernières versions révisées du modèle de la France datent de 2006, ceux de l'Allemagne et de l'Autriche datent de 2008, ceux de la Belgique et des Pays-Bas de 2019²⁰. La Turquie a également rédigé un modèle d'accord, qu'elle met à jour régulièrement et dont la dernière révision remonte à 2016²¹. Bien évidemment ces modèles ne sont pas contraignant pour leurs pays, ils ne servent que de base lors des négociations²².

¹⁷ ŞİT KÖSGEROĞLU, s. 144.

¹⁸ ŞİT KÖSGEROĞLU, s. 144.

¹⁹ ŞİT KÖSGEROĞLU, s. 148.

²⁰ UNCTAD, Investment Policy Hub, International Investment Agreements Navigator, (Çevrimiçi), <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/model-agreements>, (Consulté le: 10/04/2020).

²¹ UNCTAD, Investment Policy Hub, International Investment Agreements.

²² ŞİT KÖSGEROĞLU, s. 149.

Après cette étude générale sur les accords de promotion et de protection des investissements étrangers, nous allons nous concentrer sur ceux conclus par la Turquie.

II. Les accords de promotion et de protection des investissements étrangers conclus par la Turquie

Pour étudier les accords de promotion et de protection des investissements étrangers conclus par la Turquie, il convient tout d'abord de considérer l'état des lieux des investissements directs étrangers en Turquie, puis de voir les pays avec lesquels la Turquie a conclu de tels accords avant de nous intéresser à leur contenu.

A. L'état des lieux des investissements directs étrangers en Turquie

Selon l'étude menée par Ernest&Young sur l'attractivité de l'Europe, la Turquie est la 7^e destination d'IDE la plus prisée en Europe au cours de l'année 2018, stabilisant sa place depuis 2017, date à laquelle elle avait avancé de 3 places par rapport à 2016²³. En 2018, la Turquie a accueilli 261 projets, soit une augmentation annuelle de 14 %, et a bénéficié d'une part de 4 % dans tous les projets d'IDE en Europe²⁴.

De 1973 jusqu'en 2002, le montant total des IDE en Turquie s'élevait tout juste à 15 milliards de dollars. Au cours de la période 2003-2018, le pays a réussi à attirer environ 209 milliards de dollars d'IDE²⁵.

Lorsque nous considérons les 16 dernières années, nous notons que les secteurs de la finance et de l'industrie manufacturière ont attiré le plus grand nombre d'IDE (respectivement 34% et 24.1%) en Turquie, en se diversifiant considérablement, conformément à l'objectif de la Turquie d'occuper une position plus élevée dans la chaîne de valeur mondiale à l'horizon 2023²⁶. Les trois premiers grands investisseurs sont les Pays-Bas (15.7%), suivis des Etats-Unis (7.7%), suivi des pays du golfe (6.8%)²⁷.

B. Les pays avec lesquels la Turquie a conclu des accords de promotion et de protection des investissements étrangers

La Turquie a signé son premier accord de promotion et de protection des investissements après l'entrée en vigueur de la loi sur l'encouragement des capitaux étrangers²⁸. Elle l'a signé avec l'Allemagne en 1962. D'ailleurs, à partir

²³ T.C. Cumhurbaşkanlığı Yatırım Ofisi, "Türkiye'de Doğrudan Yabancı Yatırım", (Çevrimiçi), <https://www.invest.gov.tr/tr/whyturkey/sayfalar/fdi-in-turkey.aspx>, (Consulté le: 24/04/2020).

Invest in Turkey, "L'IDE en Turquie", (Çevrimiçi), http://v1.invest.gov.tr/fr-FR/investmentguide/investors_guide/Pages/FDIinTurkey.aspx, (Consulté le: 24/04/2020).

²⁴ T.C. Cumhurbaşkanlığı Yatırım Ofisi, "Türkiye'de Doğrudan Yabancı Yatırım".

²⁵ T.C. Cumhurbaşkanlığı Yatırım Ofisi, "Türkiye'de Doğrudan Yabancı Yatırım".

²⁶ T.C. Cumhurbaşkanlığı Yatırım Ofisi, "Türkiye'de Doğrudan Yabancı Yatırım".

²⁷ T.C. Cumhurbaşkanlığı Yatırım Ofisi, "Türkiye'de Doğrudan Yabancı Yatırım".

²⁸ 5821 sayılı Yabancı Sermayeyi Teşvik Kanunu ; C'est véritablement à partir de cette date que les investissements étrangers ont commencé à véritablement être encouragés.

de cette date, elle s'est engagée dans une coopération avec les pays ayant un potentiel d'investissement²⁹. Lorsqu'on considère que le premier accord de ce type a été signé en 1959, nous pouvons dire que la Turquie figure parmi les premiers pays ayant adopté une attitude favorable à la promotion et à la protection des investissements étrangers. Puis jusqu'en 1985 aucun accord de ce genre ne fut signé. En 1990, le nombre d'accords contractés par la Turquie n'excédait pas la dizaine. C'est à partir des années 1990 que la Turquie, parallèlement avec la multiplication de ces accords dans le monde, a signé un nombre important d'accords de cette nature. Au jour d'aujourd'hui, le nombre de pays avec lesquels la Turquie a signé des accords de promotion et de protection des investissements a atteint 108. Seulement, il convient de préciser que 81 de ces accords sont en vigueur puisque 25 d'entre eux sont en cours de ratification et deux d'entre eux ne sont plus en vigueur. Le tableau ci-dessous présente les accords de promotion et de protection des investissements en vigueur signés par la Turquie, ceux qui sont en cours de ratification et ceux qui ne sont plus en vigueur.

Tableau : Les accords de promotion et de protection des investissements étrangers conclus par la Turquie

	PAYS	DATE DE SIGNATURE	DATE ET NUMERO DU JOURNAL OFFICIEL	DATE DE L'ENTREE EN VIGUEUR	DATE DE L'ABROGATION
1	Afghanistan	10.7.2004	01.04.2005/25773	19.7.2005	
2	Albanie	1.6.1992	27.06.1996/22679	26.12.1996	
3	Algérie	3.6.1998			
4	Allemagne	20.6.1962	27.07.1963/11465	5.12.1965	

Voir BOZDAĞLIOĞLU, Yasemin / EVLİMOĞLU, Umut, "Türkiye'de Doğrudan Yabancı Sermaye Yatırımlarının Tarihsel Süreçte Gösterdiği Gelişim: Hukuksal ve Ekonomik Yansımaları", **Dicle Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi**, Nisan 2014, YIL-6, Sayı 11, s. 39;
 SOYDAL, Haldun, "Türkiye'de Doğrudan Yabancı Sermaye Yatırımlarının Verimlilik Analizi: Otomotiv Sektörü Üzerine Bir Uygulama", **Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi**, 2006, Sayı: 16, s. 601;
 YÜCEL, Ensari, "Doğrudan Yabancı Yatırımlara İlişkin Türk Mevzuatının Değerlendirilmesi", **Elektronik Sosyal Bilimler Dergisi**, Temmuz 2019, Cilt:18, Sayı :71, s. 1470.
 ÇELİKEL, Aysel / ÖZTEKİN GELGEL, Günseli, **Yabancılar Hukuku**, Yenilenmiş 24. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, Aralık 2018, s. 237.

²⁹ İLGAZİ, Aziz, "Türkiye'nin İktisadi Kalkınmasında Doğrudan Yabancı Yatırımların (DYSY) Önemi, Sorunlar ve Çözüm Önerileri", **Journal of Social and Humanities Sciences Research**, 2019, 6(44), s. 3589.

5	Angleterre	15.3.1991	09.05.1996/ 22631	22.10.1996	
6	Arabie Saoudite	8.8.2006	04.02.2009/27130	5.2.2010	
7	Argentine	8.5.1992	30.03.1995/22243	1.5.1995	
8	Australie	16.6.2005	19.06.2009/27263	29.6.2009	
9	Autriche	16.9.1988	10.02.1991/20782	1.1.1992	
10	Azerbaïdjan	25.10.2011	02.05.2013/28635	13.5.2013	
11	Bahreïn	15.2.2006	03.072010/27630	15.11.2014	
12	Bangladesh	12.11.1987	27.05.1989/20177	21.6.1990	
	Bangladesh - Nouveau	12.4.2012			
13	Belarus	8.8.1995	12.01.1997/ 22875	20.2.1997	
	Belarus- Nouveau	14.2.2018			
14	Belgique - Luxembourg	27.8.1986	08.10.1989/ 20306	4.5.1990	
15	Benin	11.12.2013			
16	Bosna-Herzégovine	21.1.1998	04.05.2000/24039	29.1.2002	
17	Bulgarie	6.7.1994	04.05.1997/ 22979	18.9.1997	
18	Burkina Faso	11.4.2019			
19	Burundi	14.6.2017			
20	Cambodge	25.10.2018			
21	Cameroun	24.4.2012	07.06.2017/30089M		
22	Colombie	28.7.2014			

23	Corée du Sud	14.5.1991	02.05.1994/ 21922	4.6.1994	
	Corée du Sud (Accord de libre-échange)	27.2.2015	14.04.2016/29684	1.8.2018	
24	Côte d'Ivoire	29.2.2016			
25	Croatie	12.2.1996	11.04.1998/ 23310	21.4.1998	
	Croatie – Protocole additionnel	18.2.2009	07.05.2013/28640	17.7.2013	
26	Cuba	22.12.1997	15.09.1999/23817	23.10.1999	
27	Danemark	7.2.1990	27.05.1992/ 21240	1.8.1992	
28	Djibouti	25.9.2013			
29	Egypte	4.10.1996	26.07.2002/2487	31.7.2002	
30	Emirats Arabes Unis	28.9.2005	15.06.2011/27965	24.7.2011	
31	Espagne	15.2.1995	01.12.1997/ 23187	3.3.1998	
32	Estonie	3.6.1997	02.02.1999/23599	29.4.1999	
33	Etats- Unis	3.12.1985	13.08.1989/20251	18.5.1990	
34	Ethiopie	16.11.2000	08.03.2005/25749	10.3.2005	
35	Fédération de Russie	15.12.1997	16.05.2000/24051	17.5.2000	
36	Finlande	13.5.1993	26.01.2006/26061	23.4.1995	
37	France	15.6.2006	26.06.2009/27270	3.8.2009	
38	Gabon	18.7.2012			
39	Gambie	12.3.2013			

40	Géorgie	30.7.1992	04.06.1995/ 22303	28.7.1995	
41	Géorgie-Nouveau	19.7.2016			
42	Grèce	20.1.2000	01.08.2001/24480	24.11.2001	
43	Guinée	18.6.2013	07.06.2017/30089M		
44	Guatemala	21.12.2015	16.03.2017/30009	19.10.2017	
45	Hongrie	14.1.1992	22.02.1995/22210	22.2.1995	
46	Inde	17.9.1998	17.09.2003/25232	18.10.2007	
47	Indonésie	25.2.1997	10.05.1998/ 23338	28.9.1998	7.1.2016
48	Iran	21.12.1996	25.02.2005/25738	13.4.2005	
49	Israël	14.3.1996	02.09.1998/23451M	27.8.1998	
50	Italie	22.3.1995	02.03.2004/25390	2.3.2004	
51	Japon	12.2.1992	16.01.1993/ 21467	12.3.1993	
52	Jordanie	2.8.1993	17.11.2005/25996	23.1.2006	
	Jordanie - Nouveau	27.3.2016			
53	Kazakhstan	1.5.1992	11.02.1995/ 22199	10.8.1995	
54	Kenya	8.4.2014	01.06.2017/30083		
55	Kirghizistan	28.4.1992	12.02.1995/ 22200	31.10.1996	
	Kirghizistan - Nouveau	9.4.2018			
56	Kosovo	30.5.2012	26.02.2015/29279	15.10.2015	

57	Kuweit	27.5.2010	20.01.2012/28179	8.5.2013	
58	Lettonie	18.2.1997	02.02.1999/23599	3.3.1999	
59	Liban	12.5.2004	28.12.2005/26037	4.1.2006	
60	Libye	25.11.2009	14.04.2011/27905	22.4.2011	
61	Lituanie	11.7.1994	05.07.1997/23040	7.7.1997	
	Lituanie-Nouveau	28.8.2018			
62	Macédoine	14.7.1995	07.07.1997/ 23042	27.10.1997	
63	Malaisie	25.2.1998	10.05.2000/24045 M	9.9.2000	
64	Mali	2.3.2018			
65	Malte	10.10.2003	08.07.2004/25516	14.7.2004	
66	Maroc	8.4.1997	04.05.2004/25452	31.5.2004	
67	Mauritanie	28.2.2018			
68	Mauritius	7.2.2013	06/05/2016/29704	30.5.2016	
69	Mexique	17.12.2013	22.08.2017/30162	17.12.2017	
70	Mongolie	16.3.1998	28.02.2000/23978	22.5.2000	
71	Moldavie	14.2.1994	12.01.1997/ 22875	16.5.1997	
	Moldavie-Nouveau	16.12.2016			
72	Monténégro	14.3.2012			
73	Mozambique	24.1.2017			
74	Nigeria	2.2.2011	11.10.2012/28438		

75	Ouzbékistan	28.4.1992	12.02.1995/ 22200	18.5.1995	
	Ouzbékistan - Nouveau	25.10.2017			
76	Pakistan	16.3.1995	12.02.1997/ 22903	3.9.1997	
	Pakistan- Nouveau	22.5.2012	07.07.2017/ 30117		
77	Palestine	5.9.2018			
78	Pays-Bas	27.3.1986	08.09.1989/ 20276	1.11.1989	
79	Philippines	22.2.1999	22.07.2005/25883	17.2.2006	
80	Pologne	21.8.1991	21.03.1993/21531	19.8.1994	
81	Portugal	19.2.2001	19.12.2003/25321	19.1.2004	
82	Qatar	25.12.2001	02.08.2007/26601	12.2.2008	
83	République du Tchad	26.12.2017			
84	République Populaire de Chine	13.11.1990	01.05.1994/ 21921	20.8.1994	
	République Populaire de Chine - Nouveau	29.7.2015			
85	République sud-africaine	23.6.2000	01.04.2005/25773		
86	République Tchèque	29.4.2009	15.01.2012/28174	18.3.2012	
87	Romanie	3.3.2008	03.07.2010/27630	8.7.2010	
88	Ruanda	3.11.2016			
89	Sénégal	15.6.2010	27.03.2012/28246	17.7.2012	

90	Serbie	2.3.2001	04.11.2003/25279	10.11.2003	
	Serbie - Nouveau	30.1.2018			
91	Singapour	19.2.2008	19.02.2010/27498	27.3.2010	1.10.2017
	Singapour Accord de libre-échange	14.11.2015	15.08.2017/30155M	1.10.2017	
92	Slovaquie	13.10.2009	24.08.2013/28745	11.12.2013	
93	Slovénie	23.3.2004	04.09.2005/25926	19.6.2006	
94	Somali	3.6.2016			
95	Soudan	30.4.2014	31.12.2016/29935 M		
96	Suède	11.4.1997	15.07.1998/ 23403	8.10.1998	
97	Suisse	3.3.1988	06.10.1989/ 20304	21.2.1990	
98	Sultanat d'Oman	4.2.2007	13.03.2010/27520	15.3.2010	
99	Syrie	6.1.2004	28.12.2005/26037	3.1.2006	
100	Tadjikistan	6.5.1996	12.12.1997/23108	24.7.1998	
101	Tanzanie	12.3.2011	25.07.2013/28718M	3.1.2017	
102	Thaïlande	24.6.2005	03.07.2010/27630	21.7.2010	
103	Tunis	29.5.1991	03.01.2003/24982	28.4.1994	
	Tunis- Nouveau	27.12.2017			
104	Turkménistan	2.5.1992	15.01.1995/ 22172	13.3.1997	
105	Ukraine	27.11.1996	17.04.1998/ 23316	21.5.1998	

	Ukraine - Nouveau	9.10.2017			
106	Vietnam	15.1.2014	07.06.2017/30089M	19.6.2017	
107	Yémen	7.9.2000	18.12.2003/25320	31.3.2011	
108	Zambie	28.7.2018			

Source : Traduit par l'auteur de l'article. T.C. Sanayi ve Teknoloji Bakanlığı, "Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması (YKTK) Anlaşmaları", <https://www.sanayi.gov.tr/anlasmalar/yktk> , (Çevrimiçi), (Consulté le: 24/04/2020).

À la lecture de ces tableaux, nous constatons que la Turquie a signé des accords de promotion et de protection des investissements avec les pays des quatre coins du monde. Cela illustre une nouvelle fois son ouverture dans le monde entier. Nous venons de voir qu'au fil du temps les accords de promotion et de protection des investissements étrangers ont connu une croissance importante dans le monde et que la Turquie n'a cessé d'en signer.

C. Le modèle d'accord de promotion et de protection des investissements Turc

Comme nous l'avons mentionné ci-dessus, la Turquie a signé des accords de promotion et de protection des investissements avec 108 pays et 81 de ces accords sont en vigueur. Nous n'allons pas les étudier un par un mais nous allons plutôt faire une étude en nous basant sur le « modèle d'accord turc » pour avoir une vision d'ensemble sur le sujet. Comme le modèle turc a été mise à jour en janvier 2016, nous allons prendre pour exemple l'accord signé avec la France le 15 juin 2006. Nous allons donc en analyser le contenu des dispositions principales minutieusement. Nous verrons dans l'ordre, le préambule (1), les définitions (2), le champ d'application (3), la promotion, la protection et le traitement des investissements (4), l'expropriation et l'indemnisation (5), le rapatriement et le transfert (6), la subrogation (7), les dispositions plus favorables (8), le règlement des différends entre l'une des parties et les investisseurs de l'autre partie (9) et le règlement des différends entre les parties (10).

1. Le préambule

Nous constatons à la lecture du modèle d'APPI turc, que l'accord débute désormais par un préambule assez court (plus court que ceux des APPI signés par la Turquie auparavant). Ce préambule, qui est une brève introduction précédant les dispositions, énonce les objectifs principaux de l'Accord. Par cet accord, les parties contractantes souhaitent renforcer la coopération économique entre eux et créer des conditions favorables pour les investissements de français en Turquie et

turcs en France. La lecture de ce préambule, en plus de nous informer sur les objectifs poursuivis, nous fait part également de l'approche des Parties sur les investissements étrangers. En effet, elles considèrent les investissements étrangers comme un moyen de renforcer les flux de capitaux et de technologie. Elles reconnaissent également qu'il s'agit d'une ressource importante pour le développement économique du pays.

Juste après ce préambule, le premier article qui suit est consacré aux définitions des concepts clés qui sont utilisés dans la convention et qui méritent d'être précisés pour s'assurer que les Parties contractantes entendent les mêmes choses à l'utilisation de ces notions.

2. Les définitions

Nous constatons que dans cet accord aussi cinq concepts considérés comme étant importants sont définis. Mais nous remarquons que deux d'entre eux ont changé. En effet, les définitions des notions d'«investissement» (a), d'«investisseur» (b) et de «territoire» (c) figurent toujours mais les définitions des concepts de «bénéfice» et de «devise librement convertible» ont laissé la place aux définitions des concepts de «revenu» (d) et de **La société dont le siège social est situé dans un pays tiers** (c).

a. Les investissements

Bien évidemment, le premier terme qui est défini est celui d'investissement.

La définition de ce qui est considéré comme étant un investissement est défini de la façon suivante : « *Le terme "investissement" désigne tout type d'avoirs investis par un investisseur d'une Partie contractante sur le territoire de l'autre Partie contractante conformément à la législation de cette dernière et, plus particulièrement mais non exclusivement :*

a) les biens meubles et immeubles, ainsi que tous autres droits réels tels que les hypothèques, droits de rétention, usufruits, gages et tous droits analogues ;

b) les actions, primes d'émission et autres formes directes ou indirectes de participations à des sociétés ;

c) les revenus réinvestis, créances monétaires ou autres droits ayant valeur financière afférents à un investissement, en particulier les créances découlant de prêts relatifs à la participation aux sociétés mentionnées à l'alinéa précédent ;

d) les droits de propriété intellectuelle et industrielle (tels que les brevets d'invention, les licences, les marques déposées, les modèles et maquettes industriels), les procédés techniques, les noms déposés et la clientèle ;

e) les concessions accordées par la loi ou en vertu d'un contrat, notamment les concessions relatives à la prospection, la culture, l'extraction ou l'exploitation de richesses naturelles, sur le territoire de chacune des Parties contractantes tel qu'il

est défini ci-après. Une modification de la forme d'investissement des avoirs, quelle qu'elle soit, n'affecte pas leur qualification d'investissement, à condition que cette modification ne soit pas contraire à la législation de la Partie contractante sur le territoire de laquelle l'investissement est réalisé ».

Après la définition du concept d'investissement vient tout naturellement celle de l'investisseur.

b. L'investisseur

Le modèle d'APPI turc donne la définition suivante de l'investisseur :

« Le terme « investisseur » désigne : a) les personnes physiques possédant la nationalité de l'une des Parties contractantes ; b) les sociétés constituées sur le territoire d'une Partie contractante conformément à la législation de celle-ci et dont le siège social ou l'activité économique effective est situé sur le territoire de cette Partie contractante ». Nous notons que la définition de l'investisseur est assez simple et précise.

L'investisseur est une personne physique ou une personne morale sous la forme d'une entreprise ou une association commerciale ayant son siège et réalisant ses activités commerciales substantielles sur le territoire d'un pays étranger. Bien évidemment la définition qui figure dans les APPI est celle de l'investisseur étranger.

La définition qui suit est celle de la société dont le siège social est situé dans un pays tiers et qui est contrôlée directement ou indirectement par des investisseurs d'une Partie contractante.

c. La société dont le siège social est situé dans un pays tiers

D'après l'Accord, « une société dont le siège social est situé dans un pays tiers et qui est contrôlée directement ou indirectement par des investisseurs d'une Partie contractante bénéficie de la protection découlant du présent Accord, sauf s'il existe entre ce pays tiers et la Partie contractante où l'investissement est réalisé un accord de protection et d'encouragement des investissements en vigueur qui accorde aux investissements un traitement plus favorable que celui qui leur est accordé par le présent Accord ».

La définition qui suit est celle de la notion de « revenus »

d. Les revenus

Il est précisé dans ledit article que les « revenus » désigne *« toutes les sommes produites par un investissement, telles que bénéfices, redevances et intérêts ou dividendes, durant une période donnée ».*

La dernière définition qui figure dans l'accord est celle de territoire.

e. Le territoire

Le terme « territoire » est défini de la façon suivante dans le modèle turc d'APPI :

« Le terme "territoire" désigne, pour chacune des Parties contractantes, son territoire, ses eaux territoriales ainsi que les zones maritimes sur lesquelles elle a une juridiction ou des droits souverains aux fins de prospection, d'exploitation et de préservation de ressources naturelles, conformément au droit international ». Il s'agit d'une définition simple et complète du concept.

3. Le champ d'application

Le deuxième article précise le champ d'application de l'Accord. Il précise que l'accord s'applique tant aux investissements existants à sa date d'entrée en vigueur qu'aux investissements réalisés après son entrée en vigueur. Cet article est suivi par un autre qui est très court et qui s'intitule « Promotion, protection et traitement des investissements ».

4. Promotion, protection et traitement des investissements

Alors que ces trois sujets étaient abordés chacun dans un article dans les accords précédents, nous remarquons qu'ils le sont désormais dans un seul. Le premier alinéa qui concerne la promotion et le traitement des investissements. Il stipule que les Parties contractantes encouragent « sur son territoire les investissements réalisés par les investisseurs de l'autre Partie contractante, y établit des conditions favorables à ces investissements et, sous réserve de son droit d'exercer les pouvoirs conférés par sa législation, admet ces investissements sur une base non moins favorable que celle accordée dans des situations analogues aux investissements réalisés par les investisseurs de tout Etat tiers ».

Dans le deuxième alinéa il est précisé que les parties contractantes sont tenues d'accorder « aux investissements, y compris les revenus, réalisés sur son territoire par les investisseurs de l'autre Partie contractante un traitement juste et équitable, conforme aux principes du droit international, et non moins favorable que celui qu'elle accorde aux investissements réalisés par ses propres investisseurs ou par les investisseurs de tout Etat tiers, si celui-ci est plus avantageux ». Il s'agit donc du principe du traitement juste et équitable.

Le troisième alinéa stipule que « Chaque Partie contractante assure sur son territoire aux investisseurs de l'autre Partie contractante, à l'égard de leurs investissements et de leurs activités liées à ces investissements, le traitement accordé à ses propres investisseurs ou le traitement accordé à celui de tout Etat tiers, si celui-ci est plus avantageux. Ce principe s'applique également aux ressortissants d'une Partie contractante autorisés à travailler sur le territoire de l'autre Partie contractante dans le cadre de leurs activités professionnelles relatives à un investissement ».

L'alinéa 4 précise toutefois que le traitement en question « ne s'étend pas aux privilèges qu'une Partie contractante accorde aux investisseurs d'un Etat tiers en

vertu de sa participation ou de son association à une zone de libre-échange, une union douanière, un marché commun ou toute autre forme d'organisation économique régionale ».

Par ailleurs conformément à l'alinéa 5, les dispositions de cet article ne s'appliquent pas aux questions fiscales.

Les alinéa 6 et 7 apportent davantage de précisions. En effet, selon l'alinéa 6, les dispositions du présent Accord ne peuvent être interprétées « comme empêchant l'une des Parties contractantes de prendre des mesures réglementant les investissements des sociétés étrangères et les conditions de l'activité de ces sociétés en matière de produits culturels, essentiellement dans le domaine des produits audiovisuels ». Enfin d'après l'alinéa 7, les Parties contractantes doivent examiner de manière favorable, dans le cadre de leur législation interne, « les demandes d'entrée et d'autorisation de séjour, de travail et de circulation introduites par les ressortissants d'une Partie contractante au titre d'un investissement sur le territoire de l'autre Partie contractante ».

5. Expropriation et indemnisation

Cet article revêt une importance particulière dans le sens où il apporte une protection importante aux investisseurs des parties contractantes. En effet, il garantit leurs investissements du risque d'expropriation.

Le premier alinéa précise d'une manière générale que « *les investissements réalisés par les investisseurs d'une partie contractante bénéficient sur le territoire de l'autre Partie contractante d'une protection et d'une sécurité pleines et entières* ».

Le deuxième alinéa stipule que « *Les Parties contractantes ne prennent pas de mesures d'expropriation ou de nationalisation ou toutes autres mesures dont l'effet est de déposséder, directement ou indirectement, les investisseurs de l'autre Partie contractante de leurs investissements sur son territoire, si ce n'est pour cause d'utilité publique, conformément aux procédures légales et à condition que ces mesures ne soient pas discriminatoires. Toutes les mesures de dépossession qui pourraient être prises doivent donner lieu au paiement d'une indemnité prompte et adéquate dont le montant doit être calculé sur la base de la valeur réelle des investissements considérés et évalués par rapport à la situation économique normale qui prévalait immédiatement avant que ces mesures n'aient été rendues publiques. Ladite indemnité, son montant et ses modalités de versement sont fixés au plus tard à la date de la dépossession. L'indemnité doit être effectivement réalisable, versée sans retard et librement transférable. Elle produit, jusqu'à la date de versement, des intérêts calculés au taux d'intérêt approprié* ».

Enfin le troisième alinéa concerne les indemnisations de perte. Il prévoit que « *Les investisseurs d'une Partie contractante dont les investissements auront subi*

des pertes dues à la guerre ou à tout autre conflit armé, insurrection, état d'urgence national ou révolte survenu sur le territoire de l'autre Partie contractante bénéficieront, de la part de cette dernière, d'un traitement non moins favorable que celui accordé à ses propres nationaux ou à ceux de la nation la plus favorisée ».

6. Le rapatriement et le transfert

L'accord prévoit que les parties contractantes sont tenues de faire en sorte que *« tous les transferts relatifs à un investissement soient effectués librement et sans retard, tant à destination qu'en provenance de son territoire »*. Il précise également que les transferts concernent *« les revenus, les versements du capital et des intérêts découlant des emprunts régulièrement contractés afférents à un investissement, le produit de la liquidation totale ou partielle de l'investissement, y compris les plus-values du capital investi, l'indemnité prévue à l'article 4 ci-dessus, les versements qui découlent d'un différend portant sur un investissement et la rémunération des ressortissants de l'une des Parties contractantes qui ont été autorisés à travailler sur le territoire de l'autre Partie contractante au titre d'un investissement agréé »*.

En vertu de l'alinéa 2, les transferts doivent être réalisés *« en devises librement convertibles, au taux de change du marché applicable à la date du transfert »*.

Enfin le troisième alinéa prévoit qu'en cas de *« difficultés de balance des paiements, de difficultés financières extérieures ou de menace desdites »*, chaque Partie contractante peut, temporairement, soumettre des transferts à des restrictions sous certaines conditions. Il faut qu'elles soient promptement notifiées à l'autre Partie contractante, qu'elles soient conformes aux statuts du Fonds monétaire international, qu'elles n'excèdent pas six mois en tout état de cause et qu'elles soient imposées équitablement, sans discrimination et de bonne foi.

D'une manière générale, nous pouvons dire qu'une garantie assez satisfaisante est offerte aux investisseurs concernant les transferts relatifs à leur investissement. L'article qui succède concerne la reconnaissance de la subrogation par les Parties contractantes.

L'article suivant est relatif à la subrogation.

7. La subrogation

Dans l'Accord, l'article qui est consacré à la subrogation envisage le cas où *« un assureur d'une Partie contractante, à la suite d'une garantie couvrant les risques non commerciaux accordée pour un investissement réalisé par des investisseurs d'une Partie contractante sur le territoire de l'autre Partie contractante, effectue des versements à ces investisseurs, cet assureur est, de ce fait, subrogé dans les droits et actions dudit investisseur »*. Il précise en outre que *« Lesdits versements n'affectent pas les droits du bénéficiaire de la garantie de recourir au CIRDI pour la part de l'investissement non couverte par l'assurance. Les différends entre une*

Partie contractante et un assureur sont réglés conformément au dispositif de l'article 8 du présent Accord ».

8. Les dispositions plus favorables

Cet article précise que ledit Accord ne porte pas atteinte aux dispositions suivantes :

- aux lois et règlements, pratiques ou procédures administratives, ou décisions administratives ou de justice de l'une des Parties contractantes ;
- aux obligations de droit international ;
- aux obligations assumées par l'une des Parties contractantes, y compris celles qui découlent d'un accord sur les investissements ou d'une autorisation d'investissement, qui accordent à des investissements ou à des activités connexes un traitement plus favorable que celui qui est accordé par le présent Accord dans des situations analogues.

Après cet article, les deux qui suivent concernent le règlement des différends, est envisagé selon que le litige surgisse entre l'une des Parties et les investisseurs de l'autre

Partie ou entre les Parties elles-mêmes.

9. Règlement des différends entre une Partie contractante et des investisseurs de l'autre Partie contractante

Cet article envisage le cas où un litige relatif à un investissement surviendrait entre l'une des parties et un investisseur de l'autre partie.

Tout d'abord, il est prévu que « *les différends entre une Partie contractante et un investisseur de l'autre Partie contractante relatif à un investissement effectué par ce dernier sur le territoire de la première Partie contractante dans le cadre de cet accord doivent être réglés à l'amiable entre les deux Parties concernées* ». Dans le cas où le différend en question n'a pas pu être résolu dans un délai de six mois à partir du moment où il a été soulevé par l'une des Parties au différend, deux voies sont possibles. En effet, « *il est soumis, à la demande de l'investisseur, soit aux tribunaux de la Partie contractante considérée, soit à l'arbitrage du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) créé par la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats ouverte à la signature à Washington le 18 mars 1965* ». Il faut préciser que lorsque l'investisseur a soumis ou accepté de soumettre le différend soit aux tribunaux, soit à l'arbitrage, le choix de la procédure est définitif.

10. Le règlement des différends entre les Parties

Cet article envisage la situation où un litige résultant de l'interprétation ou l'appréciation du présent accord surgirait entre les Parties Contractantes.

Dans un premier temps, il est prévu que les différends concernant l'interprétation ou l'application dudit Accord « *doivent être réglés par voie de négociations directes et substantielles* ».

En cas d'échec, c'est-à-dire si le différend en question n'a pu être résolu « *dans un délai de six mois à partir de la date à laquelle il a été soulevé par l'une ou l'autre des Parties contractantes, il peut être soumis, à la demande de l'une ou l'autre Partie contractante, à un tribunal d'arbitrage* ».

Il est précisé que ledit tribunal sera constitué pour chaque cas de la façon suivante : « *Chaque Partie contractante désigne un arbitre et les deux arbitres désignent d'un commun accord un troisième arbitre qui doit être ressortissant d'un Etat tiers et qui est nommé président du tribunal par les deux Parties contractantes. Tous les arbitres doivent être nommés dans un délai de deux mois à compter de la date à laquelle une des Parties contractantes a fait part à l'autre Partie contractante de son intention de soumettre le différend à l'arbitrage* ».

Dans le cas où les délais fixés au paragraphe précédent n'ont pas été respectés, « *l'une ou l'autre des Parties contractantes, en l'absence de tout autre accord, invite le Secrétaire général de l'Organisation des Nations unies à procéder aux désignations nécessaires* ». Dans le cas où le Secrétaire général est ressortissant de « *l'une ou l'autre Partie contractante ou si, pour une autre raison, il est empêché d'exercer cette fonction, le Secrétaire général adjoint le plus ancien procède aux désignations nécessaires* ».

Le tribunal en question prend ses décisions à la majorité des voix. De plus, ces décisions sont définitives et exécutoires de plein droit pour les Parties contractantes. Les détails suivants figurent également dans l'article : « *Le tribunal fixe lui-même son règlement. Il interprète la sentence à la demande de l'une ou l'autre des Parties contractantes. A moins que le tribunal n'en dispose autrement compte tenu de circonstances particulières, les frais de la procédure, y compris les vacations des arbitres, sont répartis également entre les deux Parties contractantes* ».

Il faut toutefois retenir que cette procédure ne s'applique pas aux questions relatives au statut territorial de l'une ou l'autre des Parties contractantes.

Enfin, il est précisé qu'un différend ne peut être soumis à un tribunal arbitral international en vertu des dispositions du présent article si le même différend a été soumis à un autre tribunal arbitral international en vertu des dispositions de l'article 8. En effet, ces dispositions ne peuvent empêcher l'engagement de négociations directes et substantielles entre les deux Parties contractantes.

D'une manière générale, nous pouvons dire que les APPI signé par la Turquie comprennent des dispositions de nature à promouvoir les IDE en garantissant une protection en la matière aux investisseurs.

Conclusion

Tel que nous l'avons mentionné à plusieurs reprises, les investissements étrangers revêtent une importance particulière notamment du fait qu'ils sont considérés comme étant un outil pour réaliser les objectifs de développement et de croissance économique. C'est la raison pour laquelle les pays signent des accords de promotion et de protection des investissements étrangers pour attirer les investisseurs étrangers et leur assurer un cadre sûr. Leur existence est un des éléments qui rassurent et attirent les investisseurs. Cela a donné lieu non seulement à une prolifération des accords bilatéraux de promotion et de protection des investissements étrangers à travers le monde et a conduit les pays à élaborer leur propre modèle.

La Turquie a signé son premier accord bilatéral de promotion et de protection des investissements avec l'Allemagne en 1962. D'ailleurs, à partir de cette date, elle s'est engagée dans une coopération avec les pays ayant un potentiel d'investissement. Lorsqu'on considère que le premier accord de ce type a été signé en 1959, nous pouvons dire que la Turquie figure parmi les premiers pays ayant adopté une attitude favorable à la promotion et à la protection des investissements étrangers. Seulement jusqu'en 1985 aucun accord de ce genre ne fut signé. En effet, en 1990, le nombre d'accords contractés par la Turquie n'excédait pas la dizaine. C'est à partir des années 1990 que la Turquie, parallèlement avec la multiplication de ces accords dans le monde, a signé un nombre important d'accords de cette nature. A l'heure actuelle, le nombre de pays avec lesquels la Turquie a signé des accords de promotion et de protection des investissements a atteint 108. Seulement, il convient de préciser que 81 de ces accords sont en vigueur puisque 25 d'entre eux sont en cours de ratification et deux d'entre eux ne sont plus en vigueur. La Turquie possède elle aussi un modèle d'accord, qu'elle met à jour régulièrement. La dernière révision remonte à 2016. En ce qui concerne, en partie, les résultats de ces accords, selon l'étude menée par Ernest&Young sur l'attractivité de l'Europe, la Turquie est la 7^e destination d'IDE la plus prisée en Europe au cours de l'année 2018. Le fait que la Turquie continue à conclure ce type d'accord et met à jour régulièrement son modèle d'accord prouvent l'importance qu'elle accorde aux investissements étrangers.

BIBLIOGRAPHIE

ARIK, Şebnem / AKAY, Beyhan / ZANBAK, Mehmet, “**Doğrudan Yabancı Yatırımları Belirleyen Faktörler: Yükselen Piyasalar Örneği**”, Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, 2014, Cilt 14, Sayı 2, ss. 97-110.

BAYRAKTUTAN, Yusuf / TARI ÖZGÜR, Meltem, “Politik Riskler, İki Taraflı Yatırım Anlaşmaları ve Uyuşmazlıklar Bağlamında Doğrudan Yabancı Yatırımlar”, **Uluslararası Ekonomik Araştırmalar Dergisi**, Aralık 2016, Cilt 2, Sayı 4, ss. 87-104.

BOZDAĞLIOĞLU, Yasemin / EVLİMOĞLU, Umut, “Türkiye’de Doğrudan Yabancı Sermaye Yatırımlarının Tarihsel Süreçte Gösterdiği Gelişim: Hukuksal Ve Ekonomik Yansımaları”, **Dicle Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi**, Nisan 2014, YIL-6, Sayı 11, ss. 32-52.

CARMEN, Rodica Zorila, **L’Évolution du Droit International en Matière d’Investissements Directs Étrangers**, Thèse de Doctorat, Université d’Auvergne - Clermont-Ferrand I, 2007.

ÇELİKEL, Aysel / ÖZTEKİN GELGEL, Günseli, **Yabancılar Hukuku**, Yenilenmiş 24. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, Aralık 2018.

GİRAY, Faruk Kerem, “Türkiye’nin Taraf Olduğu İki Taraflı Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması Anlaşmalarında Öngörülen İhtilaf Çözüm Yolları”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, 1999, cilt.1, ss. 217-228.

İLGAZİ, Aziz, “Türkiye’nin İktisadi Kalkınmasında Doğrudan Yabancı Yatırımların (DYSY) Önemi, Sorunlar ve Çözüm Önerileri”, **Journal of Social and Humanities Sciences Research**, 2019, 6(44), ss. 3593-3610.

KOÇ AYTEKİN, Güner, “Doğrudan Yabancı Yatırımlar, Belirleyicileri ve Ekonomik Etkileri”, **Ufuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi**, 2019, Yıl:8 Sayı:15, ss. 255-278.

KURTARAN, Ahmet, “Doğrudan Yabancı Yatırım Kararları ve Belirleyicileri”, **Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi**, 2007, Cilt 10, Sayı 02, ss. 367-382.

SCHONARD, Pascal, **La Protection International des Investissements Étrangers : Quels Impacts Sur les Politiques Publiques des États d’Accueil ?** Mémoire, Ecole nationale d’Administration, Paris, Promotion 2003-2005.

ŞİT KÖSGEROĞLU, Banu, «Model İkili Yatırım Anlaşmaları ve Türkiye’nin Model İkili Yatırım Anlaşması Taslağı», **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, 2013, sayı 107, ss. 143-172.

SOYDAL, Haldun, “Türkiye’de Doğrudan Yabancı Sermaye Yatırımlarının Verimlilik Analizi: Otomotiv Sektörü Üzerine Bir Uygulama”, **Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi**, 2006, Sayı: 16, ss. 577-604.

YÜCEL, Ensari, “Doğrudan Yabancı Yatırımlara İlişkin Türk Mevzuatının Değerlendirilmesi”, **Elektronik Sosyal Bilimler Dergisi**, Temmuz 2019, Cilt:18, Sayı :71, ss. 1467-1482.

CNUCED, **Définition de règles internationales en matière d’investissement: état des lieux, défis à relever et perspectives**, Études de la CNUCED sur les politiques d’investissement international au service du développement, New York et Genève 2008.

CNUCED, **Rapport sur l'investissement dans le monde 2019, Repère et vue d'ensemble**, Nations Unies New York et Genève, 2019.

CNUCED, **World Investment Report 1998 Trends and Determinants**, United Nations New York and Geneva, 1998.

Invest in Turkey, “L'IDE en Turquie”, (Çevrimiçi), http://v1.invest.gov.tr/fr-FR/investmentguide/investors_guide/Pages/FDIinTurkey.aspx .

UNCTC-International Chamber of Commerce – **Bilateral Investment Treaties 1959- 1991**, United nations Publications, 1992.

UNCTAD, Investment Policy Hub, International Investment Agreements Navigator, (Çevrimiçi), <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/model-agreements>

T.C. Cumhurbaşkanlığı Yatırım Ofisi, “Türkiye’de Doğrudan Yabancı Yatırım”, (Çevrimiçi), <https://www.invest.gov.tr/tr/whyturkey/sayfalar/fdi-in-turkey.aspx>.

T.C. Sanayi ve Teknoloji Bakanlığı, "Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması (YKTK) Anlaşmaları”, <https://www.sanayi.gov.tr/anlasmalar/yktk> .

B2C ELEKTRONİK TİCARETTE SANAL PAZAR YERİNİN HUKUKÎ DURUMU

Şerafettin EKİCİ¹

ÖZET

Bilim ve teknolojinin, özellikle de internetin gelişmesi ile birlikte hayatımıza yoğun şekilde girmiş olan elektronik ticaretin tarafları açısından en çok kullanıldığı model olan B2C – Firmadan Tüketicieye modelinde, sanal pazar yerleri her gün kendilerine ait olmayan milyonlarca parça ürün satmaktadırlar.

Sanal pazar yerlerinin bu ürünleri satarken sahip oldukları haklar ve yerine getirmeleri gereken yükümlülüklerin doğru tespiti için, sanal pazar yerlerinin hukukî statüsünün tespiti gerekmektedir.

Benzer hukukî ilişkiler ile karşılaştırma sonrası, sanal pazar yerlerinin hukukî statüsünün vekâlet, simsarlık, escrow ile benzeşmesine rağmen, bunlardan tam olarak hiç birine dahil olmadığı anlaşılmaktadır. Ancak, sanal pazar yerlerinin hukukî statüsünün satış için bırakılan olduğu, ürün sahibi ile sanal pazar yeri arasındaki ilişkinin satış için bırakma sözleşmesi olduğu anlaşılmaktadır.

ANAHTAR KELİMELER: B2C, elektronik ticaret, elektronik sözleşme, sanal pazar yeri, elektronik pazar yeri

LEGAL STATUS OF VIRTUAL MARKETPLACE IN B2C ELECTRONIC TRADE

ABSTRACT

In the B2C - Company to Consumer model, which is the most used model of electronic commerce, which has entered our lives intensively with the development of science and technology, especially the internet, the virtual market places sell millions of pieces of products that do not belong to them every day.

The legal status of virtual marketplaces needs to be determined for the correct determination of the rights they have and the obligations they must fulfill when selling these products.

After comparison with similar legal relations, it is understood that the legal status of virtual marketplaces is similar to the proxy, brokering, escrow, but it is not fully

¹ Dr. Öğr. Üyesi, İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Bilişim ve Teknoloji Hukuku Anabilim Dalı, serafettin.ekici@medeniyet.edu.tr, (ORCID: 0000-0001-9940-9997).

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 24.12.2019

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 19.06.2020

included in any of them. However, it is understood that the legal status of virtual marketplaces is left for sale, and the relationship between the product owner and the virtual marketplace is the termination drop-off contract for sale.

Keywords: BC2, electronic commerce, electronic agreement, virtual marketplace, electronic marketplace.

GİRİŞ

20. Yüzyılda bilim ve teknolojinin gelişmesi sonrasında bilgisayar ve internetin ortaya çıkışı² elektronik pazarların da ortaya çıkmasına yol açmış³, geleneksel pazarlarda yüz yüze ya da mektup yoluyla yapılan sözleşmelerin yerini, elektronik pazarlarda ve internet ortamında yapılan⁴ sözleşmeler almıştır⁵. İnternet ortamında yapılan sözleşmelerin başında hiç şüphesiz satış sözleşmeleri⁶ gelmektedir.

² İnternetin ortaya çıkışı, gelişimi ve işleyişi için Bkz. İNAL, Emrehan, **E-Ticaret Hukukundaki Gelişmeler ve İnternette Sözleşmelerin Kurulması**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2015, s. 5-13; DEMİR, Mehmet, **Mesafeli Sözleşmelerin İnternet Üzerinden Kurulması**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2004, s. 121-131; SAĞLAM, İpek, **Elektronik Sözleşmeler**, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2007, s. 32-35.

³ YILDIRIM, Abdulkerim, **Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması**, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2009, s. 104-105.

⁴ Elektronik sözleşmelerin sadece internet üzerinden değil, diğer kapalı EDİ (Elektronik Veri Değişimi) ortamlarında da yapılabildiğine dair Bkz. GEZDER, Ümit, **Mukayeseli Hukuk Açısından İnternet'te Akdedilen Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması**, Beta Yayınevi, İstanbul, 2004, s.11 ve 77; GEZDER, Ümit, **Erzurumlu Şerhi - Mesafeli Sözleşmeler**, Beta Yayınları, İstanbul, 2006, s. 35 – 36; GEZDER, Ümit, “Elektronik Ticaret Hukukî İşlemlerinin Ayrımı – Dijital İçerik ve Hukukî Niteliği”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. 22, S. 3, s.1120 – 1121.

⁵ SAĞLAM, s. 61; İNAL, s. 14; GÜÇDEMİR, Yeşim, “Dijital Ekonomi ve Elektronik Ticaret”, **İstanbul Üniversitesi İletişim Fakültesi Dergisi**, Y. 2002, C. 0, S. 15, s. 484.

Bilgisayarın hayatımızda bu kadar yaygınlaşması sadece sözleşmelerin türünü değiştirmemiş, aynı zamanda bilgisayar hukuk olarak yeni bir hukuk alanı ile birlikte birçok yeni hukuksal sorunu da beraberinde getirmiştir. GEZDER, **İnternet'te Akdedilen Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması**, s. 2.

⁶ TBK. m. 207; “*Satış sözleşmesi, satıcının, satılanın zilyetlik ve mülkiyetini alıcıya devretme, alıcının ise buna karşılık bir bedel ödeme borcunu üstlendiği sözleşmedir.*”

Satım, rızai bir sözleşme olup, satış sözleşmesinin konusunu bir malın belirlenen fiyat karşılığında değiştirilmesi oluşturur. TANDOĞAN, Haluk, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, C. I, 6. Basım, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008, s. 78; YAVUZ, Cevdet, **Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 10. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2014, s. 51-56; EREN, Fikret, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 5. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017, s. 26-27.

Elektronik ticaretin en çok kullanıldığı alanlar; maddi olan ya da olmayan her türlü taşınır malın satışı (taşınmaz satışının elektronik ticaret şeklinde yapılması mümkün değildir), bir tarafın diğer tarafa web sayfası üzerinden hizmet gerçekleştirme taahhüdünde bulunması şeklindeki hizmet satışı, web sayfası üzerinden kullanıcıya enformasyon iletilmesi şeklinde gerçekleşen bilgi temini, her iki tarafın da edimlerinin dijital ortamda gerçekleştirildiği dijital ürün temini, olarak sayılmaktadır. SAĞLAM, s. 68.

Diğer taraftan dijital ürünlerin mal mı yoksa hizmet mi olduğu yönünde Alman doktrininde yer alan bir tartışma sonrası, bu ürünlerin gerek standartlaştırılmış olması gerekse depolanabiliyor olması kriterleri kapsamında, hizmet değil mal satılması gerektiği konusunda baskın bir görüş

Günümüzde çeşitli elektronik ticaret (Kısaca e-ticaret) siteleri üzerinden her gün milyonlarca işlem yapılmaktadır. Dünya Ticaret Örgütü tarafından 1999 yılında yayınlanan rapora göre; elektronik ticaretin temel etkisinin iki şekilde olması ön görülmekte idi. Birinci etki, geleneksel ürünlerin elektronik ortamda sipariş edilerek yine fizikî ortamda gönderilmesi şeklinde bir etkileşim, ikinci olarak ise hizmetlerin elektronik ortamda sağlanması şeklinde olacaktır⁷.

TÜSİAD tarafından yayınlanan rapora göre; küresel ekonomik büyüme beklentilerin altında kalmış olmasına rağmen, B2C⁸ elektronik ticaret pazarında global işlem hacmi 2019 yılı itibarıyla yaklaşık olarak 3,5 trilyon ABD Doları civarında olan pazarın ilk beş oyuncusu (ABD Doları bazında öngörülen sonuçlarına göre) sırayla: Çin (634 milyar), ABD (504 milyar), Japonya (123 milyar), Birleşik Krallık (103 milyar) ve Almanya'dır (70 milyar). Aynı istatistiklere göre; Türkiye'de elektronik ticaret sektörü de 2018 yılında yaşanan küresel gelişmelerden ve ülke ekonomisindeki döviz kuru dalgalanmalarından etkilenmiş görünmesine rağmen, bir önceki yıla göre büyüme trendi TL bazında % 42 ile devam etmiş, ABD Doları bazında ise %7 düzeyinde kalmıştır⁹. 2019 yıl sonu itibarıyla ise 44,9 Milyar TL perakende ve 38,2 Milyar TL perakende dışı sektörler olmak üzere elektronik ticaret pazarının yaklaşık 83,1 Milyar TL düzeyine yükseldiği, bu rakamlarla 59,9 Milyar TL ile kapanmış olan 2018 yılına göre %39 oranında bir büyümenin gerçekleştiği görülmüştür. Aynı araştırmaya göre; 2015 – 2019 döneminde online perakendenin toplam perakende içindeki payı gelişmiş ülkelerde % 7,9'dan % 12,3'e; gelişmekte olan ülkelerde % 3,3'ten %6,7'ye, Türkiye'de ise %2,9'dan %6,2'ye yükselmiştir¹⁰.

Diğer taraftan 2020 yılında dünyada yaşanan pandemi sürecinin de elektronik ticarete ciddi etkileri olmuştur. Pandemi süreci ile ilgili olarak Yapılan bir araştırmaya göre ülkemizde 09.03.2020 ile 12.04.2020 arasındaki dönemde; e-ticaret oranı en çok tüketilen 32 farklı kalemdeki hızlı tüketim ürünlerinin (FMCG / Fast-Moving Consumer Goods) satışında %57'den %171'e, kişisel bakım ürünlerinde %67'den %171'e, %36'dan %162'ye, bebek mamasında %56'dan %122'ye, çay-kahvede %91'den %258'e yükselmiştir¹¹.

oluşturmuştur. Bu yöndeki tartışma ve savunan yazarlar için Bkz. GEZDER, **Mesafeli Sözleşmeler**, s. 44-45; Dijital ürünlerin mal olarak kabul edilebilmesi için gerekli şartlar için Bkz. GEZDER, **Elektronik Ticaret Hukukî İşlemlerinin Ayrımı – Dijital İçerik ve Hukukî Niteliği**, s. 1129-1130.

⁷ (Çevrimiçi) https://www.wto.org/english/res_e/reser_e/ae9901_e.htm, E.T.

⁸ “Business to Consumer” yani “firmadan tüketiciye”. Bkz. Aşa. “Sanal Pazar Yerinin Tarafları Açısından İş Modelinin Tanımlanması”

⁹ (Çevrimiçi) <https://www.eticaretraporu.org/wp-content/uploads/2019/05/DD-TUSIAD-ETicaret-Raporu-2019-Yonetici-Ozeti.pdf>; <http://www.tubisad.org.tr/tr/images/pdf/dd-tusiad-eticaret-raporu-2019.pdf>, E.T.

¹⁰ (Çevrimiçi) http://www.tubisad.org.tr/tr/images/pdf/tubisad_e-ticaret_2019_pazar_buyuklugu_raporu.pdf, E.T.

¹¹ (Çevrimiçi) <https://www.marketingturkiye.com.tr/haberler/koronavirus-sonrasi-tuketimde-hangi-trendler-bizleri-bekliyor/>, E.T.

Bu istatistikler göstermektedir ki; elektronik ticaret yoluyla yapılan satışlar her geçen gün hızla artmakta, geleneksel ticaret hızlı şekilde değişerek yerini elektronik ticarete bırakmaktadır.

Bu hızlı değişim gerek firmalar gerekse tüketiciler açısından değişik finansal riskleri de beraberinde getirmektedir. Bir ticarî ilişkide, tarafların birbirinin ilişkiye aykırı hareket edeceğinden hiçbir şüphesi yoksa, taraflar riskten korunma ihtiyacı hissetmeyecektir¹². Ancak günlük hayatta olduğu gibi elektronik ticarete de kişiler finansal boyutu son derece geniş olan ilişkilerin içerisinde olduğundan, karşılaşılabilecekleri finansal riskler de sınırsızdır¹³.

Bu finansal risklerden en önemlilerinden birini; ödenen bedel karşılığında satın alınan ürünün gönderileceğine ve gönderilen ürünün belirtilen özelliklere sahip olmasına duyulması gereken güven sorunu oluşturmaktadır. Örneğin; ABD’den kredi kartıyla ödeme yaparak alınan bir ürünün, alıcıya gönderilip gönderilmeyeceği (ifa edip etmeme), gönderildiğinde paketten çıkan ürünün sipariş edilen ürün olup olmadığı (aliud ifa), ürünün internet sitesindeki tanıtımında belirtilen özellikleri taşıyıp taşımadığı (ayıplı ifa) ve herhangi bir sorun ya da eksikliğin olması durumunda satış bedelinin iade edilip edilmeyeceği önemli sorunlar olarak ortaya çıkmaktadır¹⁴. Elektronik ticaret mevzuatının henüz yerleşmemiş olması nedeniyle, finansal riskler beraberinde hukukî riskleri de getirmekte, geleneksel ticaretten elektronik ticarete dönüşle birlikte ortaya çıkan finansal risklerin hukukî çerçevesinin çizilmesi de önem arz etmektedir.

Finansal risklerin elbette hukuksal sorunları da beraberinde getirmiştir¹⁵. Bu sorunlardan en önemlisi elektronik ticarete izin veren ve destekleyen yasal mevzuatın oluşturulması olmakla beraber, diğer bir önemli sorun ise geleneksel sözleşme hukukunun elektronik ticarete uyarlanmasıdır. Diğer bir deyişle, hukukun kâğıda bağlı gereklerinin elektronik ticaret tarafından da sağlanıyor olması gerekmektedir¹⁶.

¹² ÇETİNER, Bilgehan, **Taşınmaz Teminatı**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2015, s. 13.

¹³ Geleneksel ticaretten elektronik ticarete geçişin gerek tüketiciler açısından gerekse işletmeler açısından birçok olumlu yönleri vardır. Elektronik ticaretin olumlu yönlerinin başında işletmeler için pazarlama, reklam ve satış maliyetlerinin düşürülmesi, içeriğin sürekli ve zengin tutulabilmesi, gerek işletme gerekse tüketiciler için zaman tasarrufu sağlaması, tüketiciler ve işletmeler açısından satışa çıkarılan ürünlere erişim noktasında fırsat eşitliği sağlaması, müşterilere zengin bilgi ve karşılaştırma olanağı sağlaması gibi bir çok fırsat sunması bu olumlu yönlerden bazıları olarak sayılmaktadır. İNAL, s. 18 –19.

¹⁴ Bunların ötesinde özellikle web sitesinin hacklenmesi yoluyla içeriğin değiştirilmesi, gerek müşteri bilgilerinin gerekse kredi kartı bilgilerinin elde edilerek müşterilerin üçüncü kişiler tarafından dolandırılmasına sebep olabilmesi de bir başka güven sorunu olarak ortaya çıkmaktadır. İNAL, s. 20.

¹⁵ GEZDER, **Elektronik Ticaret Hukukî İşlemlerinin Ayrımı – Dijital İçerik ve Hukukî Niteliği**, s. 1120.

¹⁶ GEZDER, **İnternet’te Akdedilen Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması**, s. 7.

Bu makalemizde, elektronik ticaretin en çok kullanıldığı alanlardan biri olan sanal pazarlarda, sanal pazar yeri ile tüketici ve üretici arasındaki ilişki ile sanal pazar yerinin hukukî durumu inceleme konusu yapılmaktadır.

I. ELEKTRONİK TİCARET VE ELEKTRONİK SÖZLEŞME KAVRAMLARI

A. Elektronik Ticaret Kavramı

Elektronik ticaret kavramı, 1970’li yıllarda Elektronik Data Interchange (EDI) aracılığıyla yapılan sözleşmelerin ortaya çıkması¹⁷ ve 1980’li yılların sonunda internetin¹⁸ kullanımının yaygınlaşması¹⁹ ile birlikte ortaya çıkmış²⁰, 1990’lı yıllardan itibaren ise elektronik ticaretin desteklenmesine yönelik uluslararası alanda genel bir uzlaşma oluşmuştur²¹.

Gerek yasal metinlerde gerekse doktrinde yapılan tanımlarda müşterek bir tanım kabul edilmiş değildir. Kısaca, ticaretin elektronik yollarla yapılması anlamına gelen elektrik ticaret, son zamanlarda internet internette yapılan ticaret ile eş anlamlı olarak da kullanılmaktadır²². Oysa elektronik ticaret ve elektronik sözleşme kavramları internetten önce de kullanılmış olan yani internet üzerinden yapılması zorunlu olmayan kavramlardır²³.

Elektronik ticaret, 6563 Sayılı Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun’un²⁴ (Elektronik Ticaret Kanunu) 2. maddesinde; “*Fiziki olarak karşı*

¹⁷ GEZDER, **Elektronik Ticaret Hukukî İşlemlerinin Ayrımı – Dijital İçerik ve Hukukî Niteliği**, s. 1120.

¹⁸ İnternet ile; satıcı/sağlayıcı ve alıcı arasında sözleşmesel bilgi alışverişinin güvenli değiş tokuşu, doğrudan elektronik ticarete teknolojinin emniyetli ve güvenilir şekilde yüklenmesi, alıcının ödemesinin güvenliği ve alternatif uyumsuzluk çözümü için etkili ve kolayca ulaşılabilir teknoloji mümkün hale gelmiştir. GEZDER, **İnternet’te Akdedilen Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması**, s. 14.

¹⁹ Elektronik ticarete internetin tüketiciye sağladığı faydalar arasında en önemlileri olarak; müşterinin satın alabileceği ürün çeşidinin çoğalması, firmaların tuttıkları istatistiksel veriler aracılığıyla daha müşteri odaklı ürünler üretmeye yönelmesi, müşterinin istediği bir saatte girerek ürünleri inceleyip alışveriş yapabilmesi, tüketiciye zaman tasarrufu sağlaması ve herhangi bir ayrıma uğramaksızın eşit muamele görmesi sıralanmaktadır. GEZDER, **İnternet’te Akdedilen Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması**, s. 16; GÜÇDEMİR, s. 486.

²⁰ ÖZDEMİR KOCASAKAL, Hatice, **Elektronik Sözleşmelerden Doğan Uyumsuzlukların Çözümünde Uygulanacak Hukukun ve Yetkili Mahkemenin Tespiti**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2003, s.5.

²¹ GEZDER, **İnternet’te Akdedilen Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması**, s. 6 – 7.

²² GEZDER, **İnternet’te Akdedilen Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması**, s. 8.

²³ UZUN KAZMACI, Özge, “İnternet Üzerinden Kurulan Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Y. 2016, C. 22, S. 3, s. 2792.

²⁴ 6563 Sayılı Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun, Resmî Gazete tarih: 05.11.2014, sayı: 29166.

*karşıya gelmeksizin, elektronik ortamda gerçekleştirilen çevrim içi iktisadi ve ticari her türlü faaliyeti, ... ifade eder.” şeklinde tanımlanmaktadır*²⁵.

Doktrinde yapılan bir tanıma göre elektronik ticaret; “*Özel şahıslar ya da ticaretle uğraşanlar arasında olup olmadığına bakılmaksızın, elektronik bilişim ağının içinde ya da elektronik bilişim ağı ile olan hukukî işlemleri içermektedir*”²⁶. Başka bir tanıma göre; “*Malların ve hizmetlerin elektronik vasıtalar aracılığıyla dağıtımı, pazarlanması, satışı ya da teslimidir*”²⁷. Diğer bir tanıma göre; “*Yazı, ses ve/veya görüntü şeklinde verilerin, elektronik ortamda işlenmesi ve iletilmesi suretiyle gerçekleştirilen ticarî faaliyetlerin bütünüdür*”²⁸. Başka bir tanıma göre geniş anlamda elektronik ticaret; bir elektronik iletişim aracı kullanılarak gerçekleştirilen elektronik iletişime dayalı her türlü işlem ilişkilerini kapsarken, dar anlamda internette elektronik ticaret; sınırlı sayıda kişi arasında ve kapalı ağlar içerisinde gerçekleştirilen elektronik ticareti sağlamaya yönelik elektronik iletişim araçları karşısında; başlı başına bir sanal pazar ortamı olan ve sadece kişiler arasında veri aktarma ile sınırlı kalmaksızın işleyen küresel çaplı, açık, hızlı ve karmaşık bir ağ olan internet üzerinden yürütülen ticari faaliyetlerin bütünüdür²⁹.

Dünya Ticaret Örgütü tarafından yapılan tanıma göre ise elektronik ticaret; “*Mal ve hizmetlerin satış öncesi aşaması, satış aşaması ve satış sonrası aşamalarının telekomünikasyon*³⁰ *ağları üzerinden yapılmasıdır*”³¹.

Elektronik ticaret işlemlerin içeriği (elektronik ticarete konu olan ürünün niteliği bakımından) ve işlemin elektronik ortam ile olan bağlılığına göre; “*doğrudan*

²⁵ Aynı tanım Elektronik Ticarete Hizmet Sağlayıcı ve Ara Hizmet Sağlayıcılar Hakkında Yönetmelik’te (Yönetmelik Resmî Gazete tarih: 26.08.2015, Sayı: 29457) de (m.4/1-e) yer almaktadır.

GEZDER, **Elektronik Ticaret Hukukî İşlemlerinin Ayrımı – Dijital İçerik ve Hukukî Niteliği**, s. 1121.

²⁶ GEZDER, **İnternet’te Akdedilen Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması**, s. 8; GEZDER, **Mesafeli Sözleşmeler**, s. 34-35.

²⁷ SAĞLAM, s. 61.

²⁸ ÖZDEMİR KOCASAKAL, s. 5.

²⁹ DEMİR, s. 118-120; benzer ayırım için Bkz. İNAL, s. 14 ve 17.

³⁰ Telekomünikasyon kelimesi mevzuatımızda ilk defa 406 Sayılı Telgraf ve Telefon Kanunu’nun 4502 Sayılı kanunla değiştirilmiş 1. Maddesiyle tanımlanmıştı. Madde ile telekomünikasyon; “*her türlü işaret, sembol, ses ve görüntünün ve elektrik sinyallerine dönüştürülebilen her türlü verinin, kablo, telsiz, optik, elektrik, manyetik, elektro manyetik, elektro kimyasal, elektro mekanik ve diğer iletim sistemleri vasıtasıyla iletilmesi, gönderilmesi ve alınması... ifade eder*” şeklinde tanımlanmıştı. EKİCİ, Şerafettin, **Özel Sektöre Açıldıktan Sonra Türk Telekomünikasyon Hukuku**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2006, s. 5.

Ancak, daha sonra 05.11.2008 tarihinde kabul edilen Elektronik Haberleşme Kanunu’nda telekomünikasyon kelimesi yerine “Elektronik Haberleşme” kelimesi kullanılmış ve Kanunun 3. Maddesinde “*Elektronik haberleşme: Elektriksel işaretlere dönüştürülebilen her türlü işaret, sembol, ses, görüntü ve verinin kablo, telsiz, optik, elektrik, manyetik, elektromanyetik, elektrokimyasal, elektromekanik ve diğer iletim sistemleri vasıtasıyla iletilmesini, gönderilmesini ve alınmasını... ifade eder*” şeklinde tanımlanmıştır.

³¹ (Çevrimiçi) https://www.wto.org/english/res_e/reser_e/ae9901_e.htm, E.T.

elektronik ticaret” ve “*dolaylı elektronik ticaret*” olarak ikiye ayrılmaktadır³². Fiziki varlığı olmayan mal ve hizmetlerin elektronik ortamda sipariş edilip yine elektronik ortamda bedeli ödenerek teslim edilmesi “*doğrudan elektronik ticaret*”³³; fiziki varlığı olan malların elektronik ortamda sipariş edilip geleneksel yöntemlerle teslim edilmesi ise “*dolaylı elektronik ticaret*”³⁴ olarak adlandırılmaktadır³⁵.

Diğer bir ayırım ise elektronik ticaret sitesinin rolü üzerinden yapılmaktadır. Bu ayırma göre; birinci seçenekte elektronik ticaret sitesi, kendisine ait olan ürünleri pazarlayıp satmakta; ikinci seçenekte ise birçok başka firmaya ait ürünün pazarlama ve satışını yapmakta, adeta bu satışlara aracılık etmektedir. Bu ikinci tarz sitelere “sanal pazar yeri” de denilmektedir³⁶. Bu makalenin inceleme konusu açısından bu ayırım daha çok önem taşımakta ve asıl inceleme konumuzu sanal pazar yeri niteliğindeki sitelerin durumu oluşturmaktadır.

Elektronik ticaretin konusu olan ticarî işlemin kapsamına neyin gireceği konusunda görüş ayrılıkları bulunmakta ise de, uluslararası kuruluşlar tarafından yapılan tanımlarda genellikle geniş yorum yapılarak ticaret, eğitim, sağlık, pazarlama, kamusal pazarlar ve bilgi hizmetleri gibi birçok alanın elektronik ticaretin kapsamına girebileceği belirtilmektedir³⁷.

³² GEZDER, doğrudan elektronik ticareti “Online Hukukî İşlemler”, dolaylı elektronik ticari ise “Offline Hukukî İşlemler” olarak isimlendirmektedir. GEZDER, **Mesafeli Sözleşmeler**, s. 38; GEZDER, **İnternet’te Akdedilen Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması**, s. 107; GEZDER, **Elektronik Ticaret Hukukî İşlemlerinin Ayrımı – Dijital İçerik ve Hukukî Niteliği**, s. 1122 – 1123.

³³ EDI (Elektronik Data Interchange – Elektronik Veri Değişimi) şeklindeki sözleşmeler bu kategoride sayılabilir. Örneğin; web site üzerinden parasını ödeyip program ya da müzik satın alarak bilgisayara indirme bu kategoride sayılabilir. İNAL, s. 17; ÖZDEMİR KOCASAKAL, s. 29.

EDI, kapalı bir sistem üzerinde meydana gelen ve önceden kabul edilen sözleşmeler uyarınca bilginin değiş tokuş edilmesine yönelik kapalı devre iletişim teknolojisi olarak da tanımlanmaktadır. GEZDER, **İnternet’te Akdedilen Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması**, s. 11 ve 77; GEZDER, **Mesafeli Sözleşmeler**, s. 36.

EDI sisteminin işleyişi şu şekilde özetlenmektedir; “*Elektronik veri değişimi, bilgisayarlar arasında standart şekilde yürütülen ve tamamlanan ticarî amaçlı elektronik veri transferi ve değişimi anlamını taşır. Elektronik veri değişimi yönteminde insan unsuru araya girmeksizin sadece bilgisayarlar tarafından yürütülen ve tamamlanan bir iş ilişkisi söz konusudur. Bu yöntemi kullanmayı düşünen taraflar, daha önceden aralarında imzaladıkları bir sözleşmeye göre elektronik veri değişimi suretiyle aralarında ticari işlemi gerçekleştirmeyi amaçlar. Basitçe sistem, taraflardan birine ait olan bilgisayarın depoyu ve stokları kontrol ettikten sonra gerekli olan malları önceki anlaşmaya göre karşı tarafından bilgi işlem merkezindeki ilgili bilgisayara iletmesi ile işler.*” UYUMAZ, s. 911.

³⁴ Örneğin, e-ticaret sitesinden satın alınan bir ürünün kargo firması tarafından teslim edilmesi bu kategoride değerlendirilebilir.

³⁵ DEMİR, s. 120-121; İNAL, s. 22-23; SAĞLAM, s. 62-63; ÖZDEMİR KOCASAKAL, s. 25-27.

³⁶ Sanal pazar yeri durumundaki sitelerin dünya çapında en büyük ve tanınanı Amazon’dur. Türkiye’den ise Hepsiburada, N11, Trendyol ve bilet siteleri başta olmak üzere birçok örnek sayabilmek mümkündür.

³⁷ GEZDER, **Mesafeli Sözleşmeler**, s. 41 – 45; ÖZDEMİR KOCASAKAL, s.6.

Elektronik ticaretin hukukî boyutu ise netleştirilmesi son derece güç bir konudur. Zira bünyesinde doğrudan internete dair yasal hükümlerin³⁸ yanında medenî hukuktan ticaret hukukuna, hatta idare ve vergi hukukuna kadar birçok hukuk dalına temas etmektedir. Bu nedenle her ne kadar internet hukuku ve elektronik ticaret hukuku kavramları güncel dilde sıkça kullanılıyor olsa da, gerek internet hukukunu gerekse elektronik ticaret hukukunu bir çerçeveye oturtabilmek ve belli kalıplar ile sınırlandırabilmek mümkün değildir³⁹.

B. Elektronik Sözleşme Kavramı

Gerek ülkemizde gerekse Avrupa Birliği'ne dahil olan ya da aday olan ülkelerde, elektronik ticaret ve elektronik sözleşme konusunda Avrupa Birliği'nin elektronik ticarete dair politikaları ve müktesebatı önemli bir rol oynamaktadır. Avrupa Birliği yayınladığı müktesebat ve aldığı kararlar ile elektronik ticaret ve elektronik sözleşmelerin yaygınlaşması, kolaylaştırılması ve güvenli hale getirilmesi yönünde bir politika izlemektedir.

Elektronik sözleşme kavramı ilk olarak Avrupa Konseyinin 2000/31/EC sayılı Elektronik Ticaret Direktifinin kullanılmış ancak tanımlanmamıştır⁴⁰. Direktifin 9. Maddesine göre; *“Üye devletler, kendi hukuk sistemlerinin, sözleşmelerin elektronik vasıtalarla akdedilmesine izin vermesini temin edeceklerdir. Üye devletler, özellikle sözleşme sürecine uygulanan şartların elektronik sözleşmelerin kullanılmasına engel oluşturacak ya da bu çeşit sözleşmelerin elektronik vasıtalarla yapılmış olması nedeniyle hukukun etkinliğinden ve geçerliliğinden mahrum kalmalarına neden olacak şekilde uygulanmamasını temin edeceklerdir.”* Diğer bir deyişle her üye ülke elektronik sözleşmeler ile ilgili düzenlemeleri yapmak zorundadır. Direktif 2000 yılında yayınlanmış olmasına rağmen ülkemizde 2008 yılına kadar bu Direktif kapsamında maalesef yeterli çalışma yapılmamış, Direktif kapsamında mevzuat uyumuna dair 2008 yılında bir

³⁸ Türkiye'de internet ile ilgili en kapsamlı düzenleme 2007 yılında 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun ile yapılmıştır.

5651 sayılı Kanun ile ilk defa;

İnternet aktörlerinin (içerik sağlayıcı, yer ve erişim sağlayıcı, toplu kullanım sağlayıcı) tanımı yapılmış ve bu aktörlerin hak ve sorumlulukları belirlenmiştir.

Yasada suçlar bakımından erişimin engellenmesi usul ve esasları düzenlenmiştir.

İnternet ortamında yayınlanan içerik nedeniyle haklarının ihlal edildiğini iddia eden kişilere ilişkin; içeriğin yayından çıkarılmasını sağlama ve cevap hakkı uygulamalarına ilişkin usul ve esaslara yer verilmiştir.

Konusu suç teşkil eden (ve/veya küçükler için zararlı olan) içerik kapsamında filtreleme usulü öngörülmüştür.

Türkiye'de internet ortamındaki yayınlardan kanunda belirtilen katalog suçlara ilişkin şikâyetlerin yapılabileceği internet bilgi ihbar merkezi (ihbarweb.org.tr) kurulmuştur.

(Çevrimiçi) <https://internet.btk.gov.tr/turkiye-de-internet-hukuku>, E.T.

³⁹ İNAL, s. 24.

⁴⁰ YILDIRIM, s. 105.

rapor yayınlanmış⁴¹ ancak Elektronik Ticaret Kanunu'nun yayınlanması 05.11.2014, Yönetmeliğin yayınlanması ise 26.08.2015 tarihini bulmuştur.

Elektronik sözleşmelerin öğretide de değişik tanımları yapılmaktadır. Öğretide yapılan bir tanıma göre; “*İnternet üzerinde ve internet araçlarını (bilgisayar, mobil uygulamalar vb.) kullanarak yapılan sözleşmelere ise elektronik sözleşme denilmektedir*”⁴². Başka bir tanıma göre; “*Elektronik ticarete internet üzerinden ve sadece elektronik iletişim araçlarıyla dijital teknoloji kullanılarak yapılan sözleşmelere, elektronik sözleşmeler denilmektedir*”⁴³. Başka bir tanıma göre ise; “*Elektronik sözleşme tabirinden tarafların bir elektronik iletişim aracı yardımıyla, karşılıklı ve birbirine uygun elektronik irade beyanında bulunmaları sonucunda kurdukları sözleşmeler anlaşılır*”⁴⁴. Elektronik sözleşmeleri internette akdedilen tüketici sözleşmeleri olarak ele alan başka bir tanıma göre ise; “*İnternet ortamında tüketicilerle fiziksel olarak karşı karşıya gelmeksizin akdedilen ve malın veya hizmetin tüketiciye anında veya sonradan teslimi veya ifası kararlaştırılan herhangi bir mesafeli sözleşmedir*”⁴⁵.

Kanımızca elektronik sözleşmeyi; **tarafların internet ve diğer elektronik iletişim araçları ile kurdukları sözleşmelerdir**, şeklinde tanımlamak mümkündür. Zira, elektronik sözleşmeler, gerek taraflar fiziken bir arada olsun gerekse ayrı ayrı mekânlarda olsun, her halükârda internet yahut diğer elektronik iletişim araçları vasıtasıyla kurulmaktadır. Bu vasıtalar kullanıldıktan sonra, tarafların fiziken aynı ortamda bulunup bulunmadıkları önemli değildir. Diğer taraftan, sözleşmenin kurulması için bir şeyin teslimine de gerek bulunmamaktadır. Tarafların karşılıklı ve birbirine uygun öneri ve kabulünün tamamlandığı anda sözleşme kurulmaktadır. Bu nedenle, sözleşmenin tanımına ifa edilmiş şekline dair ifadelerin konulması yersizdir. Zira sözleşmenin kurulması ile ifa edilip edilmemesi tamamen birbirinden farklı hususlardır.

Tanımlardan görüldüğü üzere, bir sözleşmenin elektronik sözleşme olarak nitelendirilmesinde sözleşmenin kuruluş şekli önemlidir. Elektronik kelimesi ile sözleşmenin kuruluşunda ve zaman zaman da ifasında uygulanan araç ve yöntem vurgulanmaktadır⁴⁶. Yani elektronik sözleşmeler, satış, kira, eser, vekalet gibi tipik ya da atipik bir sözleşme tipi olmayıp, tipik ya da atipik sözleşmelerin kuruluş yöntemidir⁴⁷.

⁴¹ (Çevrimiçi)

<https://ticaret.gov.tr/data/5b87dcea13b8761160fa1832/5ba2e8d35824ddbabb72d6e6c477d8c80.pdf>, E.T.

⁴² SAĞLAM, s. 71.

⁴³ UYUMAZ, Alper, “Elektronik Sözleşmelerin Web Siteleri Aracılığıyla Kurulması ve Bu Sözleşmelerin İfası”, **Dokuz Eylül Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 2007, C. 9, S.0, s. 908.

⁴⁴ DEMİR, s. 166; İnternet üzerinden sözleşmelerin kurulması konusunda Bkz. İNAL, s. 120 – 133.

⁴⁵ GEZDER, **İnternet’te Akdedilen Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması**, s. 51.

⁴⁶ YILDIRIM, s. 105.

⁴⁷ UZUN KAZMACI, s. 2793; UYUMAZ, s. 908.

Elektronik sözleşmelerin de TBK 1. Madde uyarınca karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanıyla kurulduğunu⁴⁸ ancak internet araçları kullanılarak yapılan tüm sözleşmelerin elektronik sözleşme olmadığını belirtmek gerekir⁴⁹.

Avrupa Birliği Elektronik Ticaret Direktifinde, Elektronik Ticaret Kanunu'nda ve Elektronik Ticaret Yönetmeliği'nde, elektronik sözleşmelerin kurulması ile ilgili olarak genel kurallardan ayrılan bir düzenleme söz konusu değildir⁵⁰. Bu nedenle elektronik sözleşmelerin kurulması ile ilgili olarak sözleşme tipik bir sözleşme ise Borçlar Kanunundaki ya da bu sözleşme tipini düzenleyen kanundaki özel hükümler, atipik bir sözleşme ise Borçlar Kanunu'nun özel ya da genel hükümleri ile Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun uygulama alanı bulacaktır⁵¹.

Elektronik sözleşmelerin mal satımına yönelik sözleşmeler, dijital ürün satımına yönelik sözleşmeler, hizmet sunumuna ilişkin sözleşmeler, bilgi teminine yönelik sözleşmeler şeklinde türlerinin olduğu belirtilmektedir⁵².

Elektronik sözleşmeler, doktrinde genellikle kabul edildiğine göre⁵³ hazır olmayanlar arasında yapılan bir sözleşmedir⁵⁴. Dolayısıyla sözleşmenin kurulmasında öneri ve kabule dair, hazır olmayanlar arasındaki sözleşmelere ilişkin kurallar uygulama alanı bulmalıdır⁵⁵.

Genellikle satıcı tarafından önceden hazırlanmış olan bir sözleşmenin, alıcı tarafından müzakere imkânı olmadan onaylanması suretiyle kurulmakta olan sözleşmelere “katılmalı sözleşmeler” denilmektedir. Katılmalı sözleşmeler, özellikle her gün çok sayıda satış yapan firmalar açısından olmazsa olmaz niteliktedir. Zira, her bir satış için sözleşmenin tüm maddelerinin ayrı ayrı müzakere edilip incelenmesi böyle fazla sayıda satış yapan firmalar açısından neredeyse imkansızdır.

Elektronik sözleşmelerde de, tarafların sözleşmeyi müzakere edebilme şansı

⁴⁸ Elektronik sözleşmelerin kurulması, elektronik ticaretin farklı şekillerine göre öneri ve kabulün bulunuş şekilleri, sözleşmenin kurulma anı ile ilgili Bkz. GEZDER, **İnternet'te Akdedilen Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması**, s. 83-132; GEZDER, **Mesafeli Sözleşmeler**, s. 106-107.

⁴⁹ SAĞLAM, s. 72.

⁵⁰ İNAL, s. 60.

⁵¹ UZUN KAZMACI, s. 2799; UYUMAZ, s. 909.

⁵² UYUMAZ, s. 909.

⁵³ Bu konudaki görüşler ve savunan yazarlar için Bkz. SAĞLAM, s. 75, dipnot 147 – 148.

⁵⁴ İnternette akdedilen tüketici sözleşmeleri ise; “İnternet araçlarından biri vasıtasıyla akdedilen ve taraflardan birini tüketicinin diğerini ise satıcının/sağlayıcının oluşturduğu, internet araçlarıyla akdedilmenin bünyesine uygun düştüğü ve Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ve Mesafeli Sözleşmeler Hakkında Yönetmeliğin uygulama alanına giren herhangi bir mesafeli yolla akdedilen sözleşmedir” şeklinde tanımlanmaktadır. GEZDER, **İnternet'te Akdedilen Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması**, s. 76.

⁵⁵ TBK m.11 “*Hazır olmayanlar arasında kurulan sözleşmeler, kabulün gönderildiği andan başlayarak hüküm doğurur. /Açık bir kabulün gerekli olmadığı durumlarda, sözleşme önerinin ulaşma anından başlayarak hüküm doğurur.*”; web siteleri üzerinden yapılan sözleşmelerde icap ve kabulün özellikleri için Bkz. UYUMAZ, s. 917-920.

UZUN KAZMACI, s. 2796-2297.

yoktur. Satıcı, tüm satış şartlarını önceden kendisi düzenleyerek web sitesinden yayınlamakta, alıcı ise dijital ortamda sözleşmeyi onaylayarak sözleşmenin kurulmasını sağlamaktadır. Bu nedenle elektronik sözleşmeler de katımlı (iltihakî) sözleşmelerdendir⁵⁶.

6502 Sayılı Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 48. Maddesine göre; “*Mesafeli sözleşme*⁵⁷, satıcı veya sağlayıcı ile tüketicinin eş zamanlı fiziksel varlığı olmaksızın, mal veya hizmetlerin uzaktan pazarlanmasına yönelik olarak oluşturulmuş bir sistem çerçevesinde, taraflar arasında sözleşmenin kurulduğu ana kadar ve kurulduğu an da dâhil olmak üzere uzaktan iletişim araçlarının kullanılması suretiyle kurulan sözleşmelerdir”⁵⁸.

Doktrinde genel olarak kabul edildiğine göre; Elektronik sözleşmeler de satıcılar tarafından oluşturulmuş bir sistem çerçevesinde uzaktan iletişim araçlarının kullanılması suretiyle yani web site üzerinden kurulmakta olduğundan, elektronik sözleşmeler de mesafeli sözleşmelerdir⁵⁹. Ancak; her iki kavram arasındaki benzerliğe rağmen; i) mesafeli sözleşmelerin tüketici sözleşmelerinden olmasına rağmen elektronik sözleşmelerin bu özelliğinin olmaması, ii) Mesafeli sözleşmelerde tarafların, sözleşme aşamalarında ve sözleşmenin kurulması ânında hiçbir zaman fiziken karşı karşıya gelmemesi unsuru bulunmasına rağmen bu unsurun elektronik sözleşmelerde aranmaması, karşısında elektronik sözleşmelerin mesafeli sözleşmelerden sayılamayacağı da ileri sürülmektedir⁶⁰.

⁵⁶ SAĞLAM, s. 79; UYUMAZ, s. 915.

⁵⁷ Mesafeli sözleşme kavramının unsurları için Bkz. GEZDER, **İnternet'te Akdedilen Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması**, s. 51-60; YILDIRIM, s. 60-70;

Mesafeli sözleşme kavramı ile benzer kavramlar arasındaki farklar için Bkz. YILDIRIM, s. 96-111; İNAL, s. 169-172; EREN, **Borçlar Özel**, s. 236.

⁵⁸ Aynı tanım 27.11.2014 tarihli Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği'nin 4. Maddesinde de yer almaktadır. GEZDER de aynı tanıma benimsemektedir. GEZDER, **İnternet'te Akdedilen Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması**, s. 49.

Avrupa Konseyinin 97/7 sayılı Mesafeli Sözleşmeler Yönergesi, mesafeli sözleşmeyi şu şekilde tanımlamaktadır; “*Tüketici ile satıcı/sağlayıcı arasında yapılan ve satıcı/sağlayıcının mesafeli sürüme özgü olarak organize ettiği bir satış veya hizmet ağı çerçevesinde bir mal veya hizmet edimi ile ilgili olarak, sözleşmenin kurulması anına kadarki süreç de dahil olmak üzere münhasıran bir veya birden çok uzaktan iletişim aracı yardımıyla kurulan sözleşmelerdir*” (m. 2). Aynı tanım YILDIRIM tarafından da benimsenmektedir. YILDIRIM, s. 60.

⁵⁹ Elektronik sözleşmelerin mesafeli sözleşmeler olduğuna ve mesafeli sözleşmeler olarak gösterdiği hukukî niteliklere dair Bkz. GEZDER, **Mesafeli Sözleşmeler**, s. 24-40; GEZDER, **İnternet'te Akdedilen Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması**, s. 39 ve 50.

Elektronik sözleşmelerin diğer hukukî nitelikleri için Bkz. SAĞLAM, s. 73-89; İnternetin ve elektronik ticaretin hukukî boyutu için Bkz. İNAL, s. 23-26.

⁶⁰ YILDIRIM, s. 106-107.

UZUN KAZMACI, bir sözleşmenin mesafeli sözleşme olabilmesi için sadece sözleşmenin kuruluş anında değil, kuruluş anına kadar olan hazırlık aşamasında da uzaktan erişim araçlarının kullanılması gerektiği, bir sözleşmenin mesafeli sözleşme olması için kanunda aranan tüm bu özelliklerin bir arada olması gerektiği, birinin eksik olması halinde artık mesafeli sözleşme olmayacağı, örneğin, mağazadan beğenilen bir telefonun internet üzerinden sipariş edilmesinde bu özelliğın olmadığı ve bunun mesafeli sözleşme sayılamayacağı, aksi yönde bir görüşün kapsamı çok genişleterek tüketici aleyhine bir sonuç doğuracağı görüşündedir. UZUN KAZMACI, s. 2795.

II. B2C SANAL PAZAR YERİ SİTESİNİN HUKUKİ DURUMU

A. Sanal Pazar Yerinin Tanımı

“Sanal pazar yeri” tabiri Elektronik Ticaret Yönetmeliğinde “Elektronik Ticaret Pazar Yeri” olarak adlandırılmıştır. Yönetmeliğin 6/1. maddesine göre; “Alıcı ve hizmet sağlayıcı arasında alım satım işleminin yapıldığı elektronik ticaret pazar yerlerini işleten aracı hizmet sağlayıcılar, kendileriyle ilgili olarak 5 inci maddenin birinci ve ikinci fıkralarındaki⁶¹ yükümlülükleri aynı usulle yerine getirir.”

Sanal pazar yerini işleten kişiler ise Elektronik Ticaret Kanununda “Aracı hizmet sağlayıcı” olarak adlandırılmış ve “Başkalarına ait iktisadi ve ticari faaliyetlerin yapılmasına elektronik ticaret ortamını sağlayan gerçek ve tüzel kişileri, ... ifade eder” şeklinde tanımlanmıştır.

Doktrinde yapılan bir tanıma göre ise; “Elektronik pazar yerleri çeşitli işletmelerin mal ve hizmetlerini tanıtımalarına ve bunları satmalarına veya ihtiyaç duydukları ürünleri satın almalarına imkan veren, ilgili tarafların bağlanabileceği bir web sitesi şeklinde oluşturulan sanal ticaret merkezleridir”⁶².

Tanımdan da anlaşılacağı üzere, sanal pazar yerinde iktisadî ve ticarî faaliyetlerin yapılmasına, yani ürünlerin tanıtılmasına, pazarlanmasına ve satışına olanak tanınmaktadır. Ancak tanımda her ne kadar “başkalarına ait” iktisadî ve ticarî faaliyetlerden bahsedilmekte ise de sanal pazar yeri sahibinin kendi ürünleri ile ilgili faaliyetlerde bulunmasında, kendi ürünlerini tanıtıp pazarlamasında da bir engel yoktur. Diğer taraftan özel yetkili işletmelerin⁶³ de sanal pazar yerindeki faaliyetleri sürdürmesi mümkündür.

Ancak, Kanunun açık ifadeleri karşısında, bu görüşe katılabilmek mümkün değildir.

⁶¹ Elektronik Ticaret Yönetmeliği m.5. – “(1) Hizmet sağlayıcı, elektronik ticaret faaliyetine başlamadan önce kendine ait elektronik ticaret ortamında aşağıdaki bilgileri eksiksiz olarak bulundurur:

a) Tebligata elverişli KEP adresi, elektronik posta adresi ve telefon numarası ile varsa işletme adı veya tescilli marka adı.

b) Mensubu olduğu meslek odası ve varsa üyesi olduğu sektörel kuruluşlar ile meslekle ilgili davranış kuralları ve bunlara elektronik olarak ne şekilde ulaşılabileceğine ilişkin bilgiler.

c) Tacir ise ayrıca ticaret unvanı, MERSİS numarası ve merkez adresi.

ç) Esnaf ise ayrıca adı ve soyadı, vergi kimlik numarası ve merkez adresi.

(2) Tacir veya esnaf olmayan hizmet sağlayıcı, kendine ait elektronik ticaret ortamında adı ve soyadını veya unvanını, merkez adresini, tebligata elverişli KEP adresini, elektronik posta adresini ve telefon numarasını eksiksiz olarak bulundurur.”

⁶² Elektronik ticaretin taraflarına göre sanal pazar yeri sınıflandırması için Bkz. DEMİREL, Aysel, “Elektronik Pazar Yeri Uygulamalarında Taraflar Arası Hukukî İlişkiler ve Özellikle Elektronik Pazaryeri Sözleşmesi”, (Danışman: Abdurrahman SAVAŞ), Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2020, <https://tez.yok.gov.tr/>, Tez No: 620187, s. 18.

⁶³ Ticari İletişim Ve Ticari Elektronik İletiler Hakkında Yönetmelik, Resmî Gazete Tarih: 15.07.2015, Sayı: 29417, m.4/1 - I) “Özel yetkili işletme: Sözleşmeye dayalı olarak bir işletmenin, yönetim ve organizasyon ile dağıtım veya pazarlama teknolojileri gibi konularda bilgi ve desteğini almak suretiyle bu işletmenin mal veya hizmetinin satışı üzerindeki imtiyaz hakkını bedel, bölge ve

Böylece sanal pazar yerlerini şu şekilde tanımlamak mümkündür; **Sanal pazar yerleri, firmaların mal ve hizmetlerini tanıtmalarına, bunları satmalarına ve firmaların ya da tüketicilerin bu ürünleri inceleyerek ihtiyaç duydukları ürünleri satın almalarına imkân veren web site ve elektronik ortamlardır.**

B. Sanal Pazar Yerinin Tarafları Açısından İş Modelinin Tanımlanması

Bir ticarî faaliyetin tarafları açısından dört farklı iş modeline ayrılması mümkündür⁶⁴;

B2C yani “Business to Consumer – Firmadan Tüketicie” iş modelinde, ürünler gerek doğrudan üretici firma gerekse satış konusu ürünü üreticiden edinen başka firmalar tarafından satışa çıkarılmakta ve doğrudan son kullanıcıya satış yapılmakta, ticarî ilişki firma ile tüketiciler arasında gerçekleşmektedir⁶⁵. Örneğin; bir giyim mağazasında ürünlerin tüketicie arz edilmesi bu gruptaki iş modelidir.

B2B yani “Business to Business - Firmadan Firmaya” iş modelinde, ürünler genellikle üretici firmadan ya da ürünleri üreticiden edinmiş olan bir aracı firmadan, ürünleri kendi ihtiyaçları için kullanacak ya da son kullanıcıya satışa çıkaracak olan başka bir firmaya satılmakta, ticarî ilişki iki farklı firma arasında gerçekleşmektedir⁶⁶. Örneğin; zeytinyağı üretim fabrikası kurmak isteyen bir firmaya, başka bir firma tarafından zeytin sıkma makinası satılması bu iş modeline girmektedir. Elektronik ticarete B2B modeli, genellikle birbiriyle sürekli iş yapan firmalar arasında kurulan kapalı sistemler aracılığıyla yürümektedir⁶⁷.

C2C yani “Consumer to Consumer – Tüketiciden Tüketicie” iş modelinde, tüketiciler arasında gerçekleşmiş olan bir ticarî ilişki söz konusudur. Örneğin; ticari işletme işletmeyen bir kişinin kendisine ait olan bir cep telefonunu başka bir kişiye satması durumunda C2C iş modeli söz konusudur.

B2G “Business to Government – Firmadan Devlete” şeklindeki iş modelinde ise, firmadan devlete yapılan bir satış söz konusudur. Devlet ismi verilen sanal yapı, bir ticarî işletme işletmemekte ve tacir sıfatını taşımamaktadır. Bunun yanında tüketici niteliği de yoktur. Ancak ciddi bir tüketime ihtiyaç duymaktadır. Devletin tüketimine ihtiyaç duyduğu bu ürünleri piyasadaki firmalardan tedarik etmesi ise “Business to Government” iş modeline girmektedir.

süre gibi belirli şartlar ve sınırlamalar dâhilinde kullanan bağımsız ticari işletmeyi ... ifade eder.”

⁶⁴ DEMİREL, s. 46 – 49.

⁶⁵ Mesafeli sözleşmelerin uluslararası kabul gören şekli B2C yani bir tarafını tüketicinin oluşturduğu sözleşmelerdir. Uzaktan iletişim araçları kullanılmak suretiyle yapılmış olsalar dahi; her iki tarafını da tacirlerin oluşturduğu sözleşmeler uluslararası anlamda mesafeli sözleşmelerden sayılmaz. GEZDER, **Mesafeli Sözleşmeler**, s. 27.

⁶⁶ GEZDER, **İnternet’te Akdedilen Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması**, s. 77; GEZDER, **Mesafeli Sözleşmeler**, s. 28.

⁶⁷ ÖZDEMİR KOCASAKAL, s. 28.

Bu dört gruptan en sık karşılaşılması olan B2C yani “Business to Consumer” kavramı “Firmadan Tüketiciye” yapılan ticaret yani firmaların doğrudan tüketicilerle kurduğu ticareti açıklamaktadır⁶⁸.

Sanal pazar yerlerinde, gerek üretici firmanın kendi ürettiği ya da kendi markası ile başka firmaya ürettirdiği ürünler, gerekse başka firmalara ait ve başka marka taşıyan ürünler, genellikle son kullanıcıya yönelik olarak satışa çıkarılmaktadır. Yani firmalardan tüketiciye yönelik olarak yapılan satışlar söz konusudur. Bu nedenle sanal pazar yerlerinde yapılan satışlar genellikle (sadece firmalara yönelik satış yapan sanal pazar yerleri dışında) B2C yani “Firmadan Tüketiciye” iş modeli sınıfına dahil kabul edilmelidir. Biz de sanal pazar yerinin yaygın uygulaması nedeniyle, bu çalışma kapsamında sanal pazar yerini B2C iş modeli kapsamında inceleyeceğiz.

ÖZDEMİR KOCASAKAL, Sanal pazar yerlerini tacirler arası (B2B) iş modeli altında incelemekte ve yaptığı tanıtımda bunların işletmeler arasındaki ticarî faaliyetler için kullanıldığını belirtmektedir⁶⁹. Oysa ki; sanal pazar yerlerinde satışa çıkarılmış olan ürünlerin doğrudan tüketici tarafından değil de başka bir işletme tarafından satın alınması yahut doğrudan firmalara yönelik satış yapılması da söz konusu olmakla birlikte, sanal pazar yerleri sadece işletmeler arası değil, tam tersine en çok işletmeler (firmalar) ile tüketiciler arasında yapılan ticarî işlemlerde kullanılmaktadır. Bu nedenle, sanal pazar yerinin sadece işletmeler arasındaki işlemlerde kullanıldığına dair yapılan açıklamalara bu anlamda katılmıyoruz.

Diğer taraftan sanal pazar yerlerine üye olan şirketlerle sanal pazar yerini işleten web site sahibi şirket arasındaki sözleşmeler B2C iş modeline değil, B2B iş modeline girmektedir.

C. Sanal Pazar Yerinin Satış İşlemindeki Fiilî Durumu

Firmaların internet üzerinden kendi ürünlerini sattıkları klasik elektronik ticarete, firma doğrudan satıcı durumunda, ürünü sipariş veren tüketici ise doğrudan doğruya alıcı durumundadır⁷⁰. Bu anlamda, Borçlar Kanunu’nda düzenlenmiş olan klasik taşınır satış sözleşmesinden kaynaklanan satıcı ve alıcının karşılıklı borçları, borçların ifası, eksik ya da hiç ifa edilmemesinden kaynaklı sorumluluklar elektronik ticaretin doğası ve mevzuattan kaynaklı farklılıklarla beraber bu şekilde yapılan satışlarda da varlığını sürdürmektedir.

Sanal pazar yeri şeklinde çalışan web sitelerinde ise durum biraz daha değişiktir. Bu tarz web sitelerinde sanal pazar yeri sahibi firma ile, bu sitede pazarlanacak olan ürünlerin sahibi olan firma birbirinden farklıdır. Sistemin işleyişinde, sanal

⁶⁸ GEZDER, Mesafeli Sözleşmeler, s. 28.

⁶⁹ ÖZDEMİR KOCASAKAL, s. 31.

⁷⁰ Bu tarz doğrudan ürün satışı yapan firmalar Elektronik Ticaret Kanununda “Hizmet sağlayıcı” olarak adlandırılmış ve “Elektronik ticaret faaliyetinde bulunan gerçek ya da tüzel kişileri, ... ifade eder” şeklinde tanımlanmıştır.

pazar yeri sahibi firma, satılacak olan ürünleri genellikle kendi stoklarında bulundurmamakta ancak satılacak ürünlerin sahibi olan firma ile yaptığı anlaşma uyarınca kendi web sitesi üzerinden bu ürünlerin pazarlamasını yapmakta, ürün sahibi firma tarafından belirlenen satış bedelini tüketiciden doğrudan kendisi almakta ve satış faturasını da kendisi keşide etmektedir. Bu tarz sitelerde çoğu zaman bu web sitesi üzerinden ürün satın alma esnasında “*bu ürün size ... adına (sanal pazar yerinin sahibi olan firma adına) ... tarafından (ürünün sahibi olan firma tarafından) gönderilecektir*” şeklinde açıklama yapılmaktadır. Ancak, ürün satın alan tüketicinin muhatabı sanal pazar yeri sitesi olmakta, ürün sahibi firma ile ürün satan alan taraf arasında doğrudan bir ilişki oluşmamaktadır. Yani, sanal pazar yerinin sahibi olan firma, ürünün sahibi olan firma ile tüketici arasında bir ara mekanizma oluşturmaktadır. Bu ara mekanizmanın gereği olarak ürünün tüketiciciye teslimi sonrasında, bu teslimin tüketiciciye gönderilen link üzerinden onaylanması yahut onay veya itiraz için belirlenen sürenin geçmesi sonrasında, satış bedeli içerisinde kendi komisyonunu keserek satış bedelini ürünlerin sahibi olan firmanın cari hesabına işlemektedir. Bu sistemde tüketiciler sanal pazar yeri ile ürünlerin sahibi olan firma arasındaki ikili ilişkinin bir tarafı değildir.

D. Sanal Pazar Yerinin Hukukî Durumunun Benzer Hukukî İlişkilerle Karşılaştırılması

1. Vekalet, Simsarlık, Komisyonculuk ile Karşılaştırılması

Vekâlet sözleşmesi, vekilin vekâlet verenin bir işini görmeyi veya işlemini yapmayı üstlendiği sözleşmedir (TBK. m.502/1)⁷¹. Vekil, vekâlet verenin açık talimatına uymakla yükümlüdür. (TBK. m.505). Vekilin, kendi adına ve vekâlet veren hesabına gördüğü işlerden doğan üçüncü kişilerdeki alacağı, vekâlet verenin vekile karşı bütün borçlarını ifa ettiği anda, kendiliğinden vekâlet verene geçer (TBK. m. 509/1). Vekalet sözleşmesi iş görme sözleşmeleri için çatı sözleşme⁷² Vekâlete ilişkin hükümler, niteliklerine uygun düştükleri ölçüde, bu Kanunda düzenlenmemiş olan işgörme sözleşmelerine de uygulanır (TBK. m. 502/2).

Vekalet sözleşmesinde vekil, kendisine verilen işin ya da işlemin vekalet verenin irade ve yararına uygun olarak görülmesini, yapılmasını üstlenir⁷³. İşin, vekalet verenin yararına görülmesi, vekalet sözleşmesinin zorunlu unsurlarındandır⁷⁴.

⁷¹ TANDOĞAN, kanunda yapılan tanımın vekalet sözleşmesini diğer sözleşmelerden ayırt etmeye yetecek derecede olmadığını belirterek vekalet sözleşmesini şu şekilde tanımlamaktadır; “*Vekalet öyle bir akitir ki; vekile müvekkilin menfaatine ve iradesine uygun bir sonuca yönelen bir iş görmeyi bir zaman kaydına tabi olmaksızın ve nispeten bağımsız olarak yapma borcunu sonucun elde edilmeme rizikosu ona ait olmamak üzere borçlanır*”. TANDOĞAN, Haluk, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. II**, 5. Basım, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010, s. 356.

⁷² Buna vekalet sözleşmesinin talilik unsuru da denilmektedir. EREN, **Borçlar Özel**, s. 714; ARAL Fahrettin / AYRANCI, Hasan, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, 11. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2015, s. 439.

⁷³ ARAL / AYRANCI, s. 437; EREN, **Borçlar Özel**, s. 705; YAVUZ / ACAR / ÖZEN, s. 1155.

⁷⁴ ARAL / AYRANCI, s. 435-438; EREN, **Borçlar Özel**, s. 711; Vekalet verenin yanında, görülen işte vekilin de menfaatinin bulunması vekalet sözleşmesinin oluşmasını engellemez. YAVUZ /

Oysa sanal pazarın sahibi tamamen kendi nam ve hesabına hareket etmekte, sadece kendi yararını düşünmektedir. Ürün sahibinin herhangi bir menfaati, sanal pazar yerinin doğrudan amacı değildir. Ürün sahibinin belirlediği fiyat dışında, sanal pazar yerinin ürün sahibinin herhangi bir emir ve talimatına uyma zorunluluğu yoktur. Diğer bir deyişle, sanal pazar yeri, ürün sahibine bağlı ve bağımlı değildir.

Simsarlık sözleşmesi, simsarin taraflar arasında bir sözleşme kurulması imkânının hazırlanmasını veya kurulmasına aracılık etmeyi üstlendiği ve bu sözleşmenin kurulması hâlinde ücrete hak kazandığı sözleşmedir (TBK. m. 520/1). Simsarlık ilişkisinin tarafları simsar ile iş sahibidir ve simsar iş sahibi için belli bir konuda vekillik görevini ifa eder⁷⁵. Simsarlık sözleşmesinde simsar, taraflar arasında bir sözleşmesinin kurulmasına aracılık eder⁷⁶. Oysa sanal pazarda, sanal pazar sahibi firma ürünleri bizzat kendisi satmaktadır. Ürünlerin ilk sahibi olan firma ile alıcı arasında bir aracılık durumu söz konusu değildir.

Alım veya satım komisyonculuğu, komisyoncunun ücret karşılığında, kendi adına ve vekâlet verenin hesabına kıymetli evrak ve taşınırın alım veya satımını üstlendiği sözleşmedir (TBK. m. 532). Komisyoncu kendi adına fakat vekalet veren hesabına⁷⁷ hareket eder⁷⁸. Sanal pazar sahibi firma ise hem kendi adına hem de kendi hesabına hareket eder.

2. Escrow ile Karşılaştırılması

Escrow sözleşmesi; saklanması hukuken ve fiziken mümkün olan bir şeyin belirli koşulların yerine getirilmesi halinde devralacak kişiye devredilmesi, koşulların yerine getirilememesi halinde ise devredecek kişiye iade edilmesi kararlaştırılarak tarafsız bir üçüncü kişiye bırakıldığı; tarafsız üçüncü kişinin ise escrow sözleşmesi uyarınca kendisine teslim edilen şeyi saklamayı ve tarafların belirlediği koşullar uyarınca sakladığı şeyi ilgili kişiye teslim etmeyi borçlandığı, üç tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir⁷⁹.

Devredilecek olan malın, belirli şarta bağlanarak tarafsız ve bağımsız üçüncü bir kişiye teslimine Amerikan Hukukunda “şartlı teslim” (conditional delivery) denilmektedir. Şartlı teslim yine Amerikan Hukukunda “escrow”⁸⁰ mekanizması olarak daha da somutlaşmış ve uygulamada oldukça yaygınlaşmış durumdadır.

ACAR / ÖZEN, s. 1162.

⁷⁵ YAVUZ / ACAR / ÖZEN, s. 1309.

⁷⁶ EREN, Borçlar Özel, s. 1021.

⁷⁷ “Alım ve satım komisyoncusunun komisyonculuk faaliyetinin konusu, kendi adına ve vekalet veren hesabına taşınır eşya ve kıymetli evrak alım ve satımını konu edinen muamelelerdir.” YAVUZ / ACAR / ÖZEN, s. 1285.

⁷⁸ EREN, Borçlar Özel, s. 1022; YAVUZ / ACAR / ÖZEN, s. 1285.

⁷⁹ EKİCİ, Şerafettin, **Escrow Sözleşmesi**, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 21.

⁸⁰ Escrow mekanizmasının işleyişi ve unsurları için Bkz. CORBİN, Arthur L., “Conditional Delivery Of Written Contracts”, **Yale Law Journal**, Feb. 1927, Vol. 36, No. 4, s. 443-463; REYBURN, Stanley S., **Escrows Principles and Procedures**, Third Edition, Published by Anthony Schools, California/USA, 1998; EKİCİ, **Escrow Sözleşmesi**, s. 33-68.

Escrow mekanizmasında, devreden taraf, devralan taraf ve escrow tutan olmak üzere üç taraflı bir yapı bulunmaktadır. Temel hukuki ilişkinin en az bir edimi, temel hukuki ilişki taraflarının dışında bağımsız bir üçüncü kişiye, edimin devrinin bağlandığı şart gerçekleşinceye kadar teslim edilmekte, bağımsız üçüncü kişi ise şart gerçekleştiğinde edimi karşı tarafa teslim etmekte aksi halde yani şart gerçekleşmezse edimi kendisine teslim eden tarafa iade etmektedir. İnternet üzerinden yapılan satışlarda, paranın tutulduğu sanal pazar yeri tarzı sitelere ise “İnternet Escrow Şirketi”⁸¹ denilmektedir.

Escrow sözleşmesinde escrow tutan, alıcı ve satıcının dışında olup, onlar arasında adeta bir hakem görevi görmekte, yine taraflarca belirlenen koşul yerine getirildiğinde edimi devretmekte aksi halde iade etmektedir.

Sanal pazarda ise, sanal pazar yeri sahibi bizzat kendisi satıcı durumundadır. Alıcı, satış sözleşmesini bizzat sanal pazar yeri ile yapmakta, faturayı sanal pazar yeri keşide etmekte ve satış bedelini de sanal pazar yeri almaktadır. Yani sanal pazar yeri alıcı ile satıcı arasında bir hakem ya da ara mekanizma değil, bizzat satış sözleşmesinin satıcı tarafıdır.

3. Satış İçin Bırakma Sözleşmesi İle Karşılaştırılması

Satış için bırakma sözleşmesi uygulamada yaygın olarak yer almasına rağmen, TBK’da düzenlenmiş ve tanımı yapılmış değildir. Bu nedenle hukukî nitelik olarak kendine özgü bir isimsiz sözleşmedir⁸².

Öğretide yapılan ve genel kabul gören tanıma göre; “*Satış için bırakanın, mülkiyeti kendisine ait olan bir malı, tespit ettiği bedele, üçüncü bir kişiye kendi ad ve hesabına satması amacıyla satış için alana bırakmayı, satış için alanın da bırakılan malı belli bir süre içinde ya satın parasını ödemeyi ya da aynen iade etmeyi üstlendiği sözleşmeye, satış için bırakma sözleşmesi denir.*”⁸³ Satış için bırakma sözleşmesine uygulamada “Konsinye satış sözleşmesi” de denilmektedir⁸⁴.

⁸¹ Kaliforniya Finansal Kanunu m. 17003/2; “*İnternet escrow şirketleri söz konusu ise, escrow*” aynı zamanda bir kişinin taşınır bir malı satış veya nakil veya başka birine hizmet amacıyla parayı veya internetin denk gördüğü başka bir değeri üçüncü bir kişiye belirli bir olayın gerçekleşmesine veya kararlaştırılmış bir koşulun yerine getirilmesine kadar tutması için verdiği ve daha sonra üçüncü kişiye devralana/devredene/vaat edene/vaat edilene/borçluya/alacaklıya/ kefile/ kefil olunana veya bunların herhangi birinin herhangi bir temsilcisine veya çalışanına teslim edildiği hukuki işlemleri de içerir.”

⁸² EREN, **Borçlar Özel**, s. 1020; YAVUZ / ACAR / ÖZEN, s. 32.

⁸³ EREN, **Borçlar Özel**, s. 1018; diğer bir tanıma göre ise; “*Satış için bırakma sözleşmesi öyle bir sözleşmedir ki, bununla, taraflardan biri (bırakan, tevdi eden) kararlaştırılan bir bedel karşılığında, bir malı diğer tarafın kendi adına ve hesabına satması için ona teslim etmeği ve diğer taraf (satış için alan) da muayyen bedeli ödemeği veya malı geri vermeği taahhüt eder*” TANDOĞAN, s. 19; YAVUZ / ACAR / ÖZEN, s. 32.

⁸⁴ “... Uyuşmazlığın çözümü için öncelikle satış için bırakma “konsinye” satış sözleşmesi kavramı üzerinde kısaca durulmasında yarar görülmüştür. ... Satım için bırakma sözleşmesinde tarafların malın üçüncü bir kişiye satılması yönündeki ortak amaçları bu sözleşmeyi karakterize eden önemli

Satış için bırakma sözleşmesi rızaî bir sözleşme olup, sözleşmenin kurulması için tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları yeterlidir. Bir şeyin satış için alana bırakılması gerekmez⁸⁵. Sanal Pazar yerinde de satış konusu ürünler genellikle üretici ya da malların sahibi olan firmada tutulmakta, sanal pazar yerinin stoklarında yer almamaktadır.

Satış için bırakma sözleşmesinde, satış için alan kimse, üçüncü kişi olan alıcıyla bizzat kendi adına ve hesabına sözleşme yapmaktadır. Bu aynı zamanda satış için bırakma ile simsarlık sözleşmesinin de temel farkıdır⁸⁶. Sanal pazar yerinde de, sanal pazar yeri sahibi olan firma, yukarıda açıklandığı üzere satışı kendi adına ve hesabına yapar. Satış bedelini kendisi alır ve satış bedelini kendisi fatura eder.

Satış için bırakma sözleşmesinde, satış için bırakan bırakılan şeyin zilyetliğini ve mülkiyeti satış için alana devretme borcu altındadır⁸⁷. Ancak bilindiği üzere, zilyetliğin devri sadece fiziken teslim şeklinde olmamaktadır. Teslimsiz devir ya da hükmen teslim denilen durumda; bir üçüncü kişi veya zilyetliği devreden, özel bir hukukî ilişkiye dayanarak zilyet olmakta devam ederse zilyetlik, teslim gerçekleşmeksizin kazanılmış olur (TMK. 979/1)⁸⁸. Dolayısıyla satış için bırakma sözleşmesine konu olan şey, satış için bırakanın elinde bulunsa dahi, hükmen teslim kurumu uyarınca zilyetliğin devri borcu yerine getirilmiş sayılır.

Sanal pazarda da yukarıda değinildiği üzere genellikle satış konusu ürünler sanal pazarın stoklarında değil, ürün sahibinin stoklarında tutulmaktadır. Ürün satıldığı zaman, alıcıya doğrudan ürün ilk sahibinin stoklarından gönderilmektedir. Dolaylı zilyet durumunda olan sanal pazarın, bu zilyetliğini, ürünü satın alan kişiye devretmesi ve ürünün doğrudan zilyet durumunda olan ilk sahibi firma tarafından gönderilmesi “zilyetliğin havalesi”⁸⁹ olarak adlandırılmaktadır.

Bu karşılaştırmalar sonucunda sanal pazar yerinin işleyişinin satış için bırakma sözleşmesi ile aynı olduğu görülmektedir.

SONUÇ

bir noktadır. ...” Yarg. HGK. E.2012/720, K.2013/266, T.20.02.2013

“Davalı tarafından teslim alındığı ihtilafsız olan malların sevk irsaliyelerine göre konsinye olarak verildiği anlaşılmaktadır. Konsinye satış, malın mülkiyet devri yapılmaksızın, mal satış sorumluluğunu üstelenen bir kişiye (komisyoncuya) gönderilmesi ve ödemenin mal satışından sonra yapılmak şartıyla işleyen bir satış şekli olup BK 416-430 maddelerinde (TBK 532-546) düzenlenmiştir. Bu durumda davalının bu malları davacıya iade ettiğini ya da bedelini ödediğini kanıtlanması gerekir.” Yarg. 19. HD, E. 2016/6669, K. 2016/10634, T. 14.06.2016

⁸⁵ EREN, **Borçlar Özel**, s. 1020; Aynî sözleşme olduğuna dair görüşler ve savunan yazarlar için TANDOĞAN, s. 19, dn. 21-22; YAVUZ / ACAR / ÖZEN, s. 34.

⁸⁶ EREN, **Borçlar Özel**, s. 1021.

⁸⁷ Satış için bırakma sözleşmesinde tarafların borçları için Bkz. YAVUZ / ACAR / ÖZEN, s. 34-35; EREN, **Borçlar Özel**, s. 1022-1024.

⁸⁸ OĞUZMAN, M. Kemal / SELİÇİ, Özer / OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe, **Eşya Hukuku**, 19. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2016, s. 71.

⁸⁹ Zilyetliğin havalesi kavramı, örnekleri ve tartışmalar için Bkz. OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY-ÖZDEMİR, s. 73-77.

Belirtilen tüm bu hususlar göz önüne alındığında, sanal pazar yeri şeklinde işleyen B2C elektronik ticaretin, yasadaki düzenlenmemiş olsa da uygulamada sıkça rastlanan isimli sözleşmelerden olan satış için bırakma sözleşmesinin internet üzerinden uygulanması şeklindeki özel bir görünümü olduğu anlaşılmaktadır.

Sanal pazar yeri şeklinde işleyen elektronik ticarete, sanal pazar yeri sahibi firma, başka bir firmaya ait olan ve kendisine satmak için (fiilen yahut hükmen teslim yoluyla teslim edilmiş olan ürünleri) bırakılmış olan ürünleri kendi ad ve hesabına satmaktadır. Satışı tüketiciye doğrudan kendisi yapmakta, satış bedelini kendisi tahsil ettiği gibi faturayı da kendisi keşide etmektedir. Bu satışta, satış bedelinin belirlenmesi dışında hiçbir şekilde ürün sahibi firmanın emir ve talimatları altında değildir. Dolayısıyla alıcı ile kendisi arasındaki ilişkilerde doğrudan taşınır satışına ilişkin hükümler (TTK. M. 23, TBK. m. 209 vd) uygulama alanı bulur.

Sanal pazar yerinin sahibi olan firma ile ürün tedarik eden firma arasındaki ilişkide ise satış için bırakma sözleşmesine dair kurallar uygulama alanı bulacaktır.

KAYNAKÇA

ARAL, Fahrettin / AYRANCI, Hasan, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, 11. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2015.

CORBİN, Arthur L, “Conditional Delivery Of Written Contracts”, **Yale Law Journal**, Feb. 1927, Vol. 36, No. 4.

ÇETİNER, Bilgehan, **Taşınmaz Teminatı**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2015.

DEMİR, Mehmet, **Mesafeli Sözleşmelerin İnternet Üzerinden Kurulması**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2004.

DEMİREL, Aysel, “Elektronik Pazar Yeri Uygulamalarında Taraflar Arası Hukukî İlişkiler ve Özellikle Elektronik Pazaryeri Sözleşmesi”, (Danışman: Abdurrahman SAVAŞ), Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2020, <https://tez.yok.gov.tr/>, Tez no: 620187.

EKİCİ, Şerafettin, **Escrow Sözleşmesi**, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019.

EKİCİ, Şerafettin, **Özel Sektöre Açıldıktan Sonra Türk Telekomünikasyon Hukuku**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2006.

EREN, Fikret, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 5. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017.

GEZDER, Ümit, **Mukayeseli Hukuk Açısından İnternet’te Akdedilen Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması**, Beta Yayınevi, İstanbul, 2004.

GEZDER, Ümit, **Erzurumlu Şerhi - Mesafeli Sözleşmeler**, Beta Yayınları, İstanbul, 2006.

GEZDER, Ümit, “Elektronik Ticaret Hukukî İşlemlerinin Ayrımı – Dijital İçerik ve Hukukî Niteliği”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Y. 2016, C. 22, S. 3.

GÜÇDEMİR, Yeşim, “Dijital Ekonomi ve Elektronik Ticaret”, **İstanbul Üniversitesi İletişim Fakültesi Dergisi**, Y. 2002, C. 0, S. 15

İNAL, Emrehan, **E-Ticaret Hukukundaki Gelişmeler ve İnternette Sözleşmelerin Kurulması**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2015.

OĞUZMAN, M. Kemal / SELİÇİ, Özer / OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe, **Eşya Hukuku**, 19. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2016.

ÖZDEMİR KOCASAKAL, Hatice, **Elektronik Sözleşmelerden Doğan Uyuşmazlıkların Çözümünde Uygulanacak Hukukun ve Yetkili Mahkemenin Tespiti**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2003.

REYBURN, Stanley S, **Escrows Principles and Procedures**, Third Edition, Published by Anthony Schools, California/USA 1998.

SAĞLAM, İpek, **Elektronik Sözleşmeler**, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2007.

TANDOĞAN, Haluk, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. I**, 6. Basım, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008.

TANDOĞAN, Haluk, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. II**, 5. Basım, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010.

UYUMAZ, Alper, “Elektronik Sözleşmelerin Web Siteleri Aracılığıyla Kurulması ve Bu Sözleşmelerin İfası”, **Dokuz Eylül Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 2007, C. 9, S. 0.

UZUN KAZMACI, Özge, “İnternet Üzerinden Kurulan Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Y. 2016, C. 22, S. 3.

YAVUZ, Cevdet / ACAR, Faruk / ÖZEN, Burak, **Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 10. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2014.

YILDIRIM, Abdulkarim, **Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması**, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2009.

<https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/tr/Documents/technology-media-telecommunications/tr-tubisad-turkiye-eticaret-pazar-buyuklugu.pdf>

<https://dergipark.org.tr>

<https://www.eticaretraporu.org/wp-content/uploads/2019/05/DD-TUSIAD-ETicaret-Raporu-2019-Yonetici-Ozeti.pdf>

<https://internet.btk.gov.tr/turkiye-de-internet-hukuku>

<https://www.marketingturkiye.com.tr/haberler/koronavirus-sonrasi-tuketimde-hangi-trendler-bizleri-bekliyor/>

<http://www.tubisad.org.tr/tr/images/pdf/dd-tusiad-eticaret-raporu-2019.pdf>

http://www.tubisad.org.tr/tr/images/pdf/tubisad_e-ticaret_2019_pazar_buyuklugu_raporu.pdf

https://www.wto.org/english/res_e/reser_e/ae9901_e.htm