



HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

Cilt: 3 Sayı: 2 Yıl: 2020
e-ISSN: 2667-4076





HUKUK FAKÜLTESİ

**NECMETTİN ERBAKAN ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ
(NEÜHFD)**

YIL (YEAR): 2020

CİLT (VOLUME): 3 SAYI (ISSUE): 2

E-ISSN: 2667-4076

KONYA 2020

NECMETTİN ERBAKAN ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ
NECMETTİN ERBAKAN UNIVERSITY FACULTY OF LAW REVIEW

Cilt/Volume: 3 Sayı/Number: 2 Yıl/Year: 2020

Sahibi / Owner

Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Adına

Prof. Dr. Zekeriya MIZIRAK

Baş Editör / Editor in Chief

Doç. Dr. Nuran KOYUNCU

Sayı Editörleri / Issue Editors

Arş. Grv. Bekir BOGA

Arş. Grv. Yasin YILMAZ

Arş. Grv. Muhammet DURDU

Arş. Grv. Muradiye ÇEVİKÇELİK

Yabancı Dil Editörü / Foreign Language Editor

Arş. Grv. Begüm KAYA

Yayın Türü / Publication Type

Yerel Süreli Yayın / National Periodical

Yayın Periyodu / Publication Period

Yılda iki kez (Haziran ve Aralık) yayımlanır/ Published bi-annual (June, December)

Yazışma Adresi / Correspondence Address

Köyceğiz Yerleşkesi Dere Aşıklar Mah. Demeç Sok. No:39/1 Meram/KONYA

Santral: +90 332 325 1063 - Fax: +90 332 325 27 43

E posta: konyahukukdergi@gmail.com & hfd@konya.edu.tr

İnternet adresi: <https://www.erbakan.edu.tr/hukukfak/sayfa/6622> &
<http://dergipark.gov.tr/neuhfd>

Kısaltma

Dergiye yapılan atıflarda NEÜHFD kısaltması kullanılmalıdır.

E-ISSN: 2667-4076

Aralık 2020

İÇİNDEKİLER

ARAŞTIRMA MAKALELERİ

(RESEARCH ARTICLES)

Engellilere Yönelik Ayrımcılık ve Makul Uyumlaştırma Kavramı <i>Enes ERSÖZ</i>	149	Discrimination Against the Disabled and the Concept of Reasonable Accommodation <i>Enes ERSÖZ</i>
Almanya'nın Sosyal Ağ Yasasının Nefret Söylemi İçeriklerinin Kaldırılması Bakımından İncelenmesi: Türkiye İçin Öneriler <i>Ahmet ÇUBUKCU</i>	164	Examining the Germany's Social Media Law in terms of Removing Hate Speech Content: Suggestions for Turkey <i>Ahmet ÇUBUKCU</i>
Yapı Denetim Kuruluşuna İmar Kanunu Kapsamında Para Cezası Verilip Verilemeyeceği Hakkında Bir İnceleme: Yapı Denetim Kuruluşlarının Fennî Mesuliyet Sorumlulukları <i>Selman ÖZDEMİR</i>	182	A Review About Under the Construction and Zoning Law Whether to Give or Not Fined to Building Audit Establishment: Technical Application Responsibility of The Building Audit Establishments <i>Selman ÖZDEMİR</i>
Confederal Agreements: A Proposal to Resolve Secession-Related Minority Issues <i>Hakan KOLÇAK</i>	208	Konfederal Antlaşmalar: Ayrılmaya İlişkin Azınlık Sorunlarını Çözmek İçin Bir Öneri <i>Hakan KOLÇAK</i>
Yetkili Servis Sözleşmesi ve Yetkili Servislerin Sorumluluğu <i>Onur İLHAN</i>	233	Authorized Service Contracts and Liability of Authorized Services <i>Onur İLHAN</i>
Dijital Geçmişin İnternet Erişiminden Kaldırılması "Unutulma Hakkı" ve Türk Hukukunda Görünümü <i>Muhammed Emin Karakaş</i>	262	Removal of Digital History from Internet Access "Right to be Forgotten" and Appearance in Turkish Law <i>Muhammed Emin Karakaş</i>

YAYIN KURULU/EDİTORİAL BOARD

Prof. Dr. Zekeriya MIZIRAK (Necmettin Erbakan Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi)
Prof. Dr. Ümit Süleyman ÜSTÜN (Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Ahmet AKMAN (Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Abdurrahman SAVAŞ (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Ahmet KILINÇ (Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Dr. Öğr. Üy. AYTEKİN ÇELİK (Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Dr. Öğr. Üy. Mehmet Onursal CİN (Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Dr. Öğr. Üy. Banu Bilge SARIHAN (Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

DANIŞMANLAR KURULU/ADVISORY BOARD

Prof. Dr. Abdulkadir BULUŞ (Necmettin Erbakan Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi)
Prof. Dr. Bahtiyar AKYILMAZ (Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Berrin AKBULUT (Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Bilal KUŞPINAR (Necmettin Erbakan Üniversitesi Sosyal ve Beşeri Bilimler Fakültesi)
Prof. Dr. Birol MERCAN (Necmettin Erbakan Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi)
Prof. Dr. Cemil KAYA (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Fethi GEDİKLİ (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Gül AKYILMAZ (Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Haluk Hadi SÜMER (Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. İbrahim Erol KOZAK (Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Mehmet ALTUNKAYA (Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. M. Fatih UŞAN (Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Murat ÇEMREK (Necmettin Erbakan Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi)
Prof. Dr. Mustafa Fadıl YILDIRIM (Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Orhan ÇEKER (Necmettin Erbakan Üniversitesi Ahmet Keleşoğlu İlahiyat Fakültesi)
Prof. Dr. Ömer ANAYURT (Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Önder KUTLU (Necmettin Erbakan Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi)
Prof. Dr. Şaban TANIYICI (Necmettin Erbakan Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi)
Prof. Dr. Yusuf KARAKOÇ (Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Mustafa Erdem CAN (Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Nezihe Binnur TULUKÇU (Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Mehmet Hanifi BAYRAM (Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Ali PASLI (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Emre ESEN (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Koray DOĞAN (Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Murat ŞİMŞEK (Necmettin Erbakan Üniversitesi Ahmet Keleşoğlu İlahiyat Fakültesi)
Doç. Dr. Oğuz Sadık AYDOS (Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Serkan AYAN (Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Ahmet Kürşat ERSÖZ (Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Selcen ERDAL (Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Dr. Öğr. Üyesi Abdulkadir YILDIZ (Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Dr. Öğr. Üyesi Ahmet Şakir DEMİRTAŞ (Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Dr. Öğr. Üyesi Ayşegül ÇOBAN ATİK (Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Dr. Öğr. Üyesi Baki Oğuz MÜLAYİM (Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Dr. Öğr. Üyesi Hikmet TÜLEN (Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Dr. Öğr. Üyesi Mahmut KAPLAN (Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Dr. Öğr. Üyesi Mahmut KİZİR (Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Dr. Öğr. Üyesi Mehmet Savaş ÖZDAĞ (Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Dr. Öğr. Üyesi Murat AKSAN (Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Dr. Öğr. Üyesi Özlem ÇELİK (Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Dr. Öğr. Üyesi Sinan OKUR (Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Dr. Öğr. Üyesi Süheyla ZORLU (Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Dr. Öğr. Üyesi Tuğba BAYRAKTAR (Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Dr. Öğr. Üyesi Yalçın BOSTANCI (Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Dr. Öğr. Üyesi Yılmaz YURTSEVEN (Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

BU SAYININ HAKEMLERİ

Prof. Dr. Berdal ARAL

Doç. Dr. Selin SERT SÜTÇÜ

Dr. Öğr. Üyesi Arife Özge YENİCE CEYLAN (2 Makale)

Dr. Öğr. Üyesi Mustafa KOÇAK

Dr. Öğr. Üyesi Abdulkadir YILDIZ

Dr. Öğr. Üyesi Zeynep Burcu ŞAHİN

Dr. Öğr. Üyesi Selman Sacit BOZ

Dr. Öğr. Üyesi Mehmet Fatih ÇINAR

Dr. Öğr. Üyesi Abbas KILIÇ

Dr. Öğr. Üyesi Zeynep ÖZCAN

Dr. Öğr. Üyesi Sinan Sami AKKURT

Hâkim Dr. Hüseyin BİLGİN

Hâkim Dr. Tamer SOYSAL

Arş. Gör. Dr. İpek Betül ALDEMİR TOPRAK

Akademik katkılarından ötürü tüm meslektaşlarımıza teşekkür ederiz.

NEÜHFD Editörü Doç. Dr. Nuran KOYUNCU

DERGİ HAKKINDA

AMAÇ

Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi ile hukukun bütün alt dallarında özgün ve bilimsel makalelerin yayımlanması suretiyle ulusal ve uluslararası literatüre katkı sağlamak amaçlanmaktadır.

KAPSAM

Dergimiz Haziran ve Aralık aylarında olmak üzere yılda iki kez elektronik olarak yayımlanan hukukun bütün alt dallarında makale kabul eden ulusal hakemli bir dergidir. Bilimsel makalelerin yanı sıra karar incelemeleri, mevzuat değerlendirmesi, kitap incelemesi ve çeviriler de dergide yer almaktadır. Derginin yayın dili, Türkçe ve diğer Avrupa dilleridir.

DEĞERLENDİRME SÜRECİ

Yılda iki sayı halinde yayımlanan Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi hakemli bir dergidir. Dergimizde yayımlanan makaleler en az iki hakem tarafından incelenmektedir. Yayın şartları son sayfada yer almaktadır.

TARANDIĞI İNDEKSLER



ARAŞTIRMA
MAKALELERİ
RESEARCH ARTICLES

Engellilere Yönelik Ayrımcılık ve Makul Uyumlaştırma Kavramı

Enes Ersöz 

Arş. Grv. Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku ABD, eesoz@erbakan.edu.tr

Makale Bilgileri	ÖZ
Makale Geçmişi Geliş: 24.04.2020 Kabul: 01.09.2020 Yayın: 31.12.2020	<p>Günümüzde engellilere yönelik yaklaşım, onların toplumsal hayata dahil edilmesi, diğer bireylerle eşit fırsatlara sahip hale getirilmesi yönünde değişmektedir. Bu bağlamda geçmişteki koruyucu ve bakıma muhtaç kişiler oldukları yönünde bakışın bugün değiştiği söylenebilir. Engellilere yönelik yaklaşımın değişmesi hukuk cephesinde de birtakım değişikliklerin yapılması ihtiyacını doğurmaktadır. Birçok uluslararası sözleşmede kendine yer bulan ayrımcılık yasağı engelliler için de geçerlidir. Bu bağlamda Engelli Hakları Sözleşmesi ve Engelli Hakları Komitesi, engellilere yönelik ayrımcılığın önlenmesinde önemli rol oynamaktadır. Engellilerin toplumsal yaşama dahil edilebilmesi, hukuki anlamda maruz kaldıkları ayrımcı yaklaşımların ortadan kaldırılmasıyla da ilişkilidir. Bu noktada makul uyumlaştırma kavramı gündeme gelmektedir. Kavram özellikle dezavantajlı grupların maruz kaldıkları eşitsizlikçi yaklaşımların hukuki anlamda ortadan kaldırılması için ortaya çıkmıştır. Aynı zamanda makul uyumlaştırmanın yapılmaması ayrımcılık yasağına aykırı kabul edilmektedir. Böylece engellilerin ayrımcılığa karşı hukuki güvenceleri artırılmak istenmektedir.</p>
Anahtar Kelimeler: Engelli hakları Sözleşmesi, Makul uyumlaştırma, Makul düzenleme, Ayrımcılık, Engelli hakları komitesi.	

Discrimination Against the Disabled and the Concept of Reasonable Accommodation

Article Info	ABSTRACT
Article History Received: 24.04.2020 Accepted: 01.09.2020 Published: 31.12.2020	<p>Today, the approach towards people with disabilities is changing to include them in social life and to have equal opportunities with other individuals. In this context, it can be said that the view that they are the people who need protection and care in the past has changed today. Changing the approach towards the disabled creates the need to make some changes on the legal front. The prohibition of discrimination found in many international conventions also applies to disabled people. In this context, Convention on the Rights of Persons with Disabilities and Committee on the Rights of Persons with Disabilities play an important role in preventing discrimination against the disabled. The inclusion of people with disabilities in social life is also related to the elimination of discriminatory approaches to which they are legally exposed. At this point, the concept of reasonable accommodation comes up. The concept has emerged to eliminate the inequality approaches to which disadvantaged groups are exposed in a legal sense. At the same time, the lack of reasonable accommodation is considered against the prohibition of discrimination. Thus, it is desired to increase the legal guarantees of the disabled against discrimination.</p>
Keywords: Convention on the rights of persons with disabilities, Reasonable accommodation, Reasonable adjustment, Discrimination, Committee on the rights of persons with disabilities.	

Atıf/Citation: Ersöz, E. "Engellilere Yönelik Ayrımcılık ve Makul Uyumlaştırma Kavramı", *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 3, S. 2, 2020, 149-163.



"This article is licensed under a [Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/) (CC BY-NC 4.0)"

GİRİŞ

Çalışmanın konusunu teşkil eden engellilere yönelik ayrımcı yaklaşımların halen geçerliliğini koruduğunu söylemek yanlış bir ifade olmayacaktır. Zira birçok devletin engelli bireylere yönelik hak ihlalleri yapmaya devam ettiği söylenebilir. Burada esasen engelli bireylerin dezavantajlı konumda bulunmalarından kaynaklı ortaya çıkan ihtiyaçlarının devletler tarafından karşılanmaması durumu söz konusudur.

Çalışmada ilk olarak engellilere yönelik uluslararası koruma mekanizmalarının neler olduğu ele alınmaktadır. Bu bağlamda önce Birleşmiş Milletler bünyesinde imzalanan sözleşmelerin yanında Türkiye'nin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS)'ni kabul etmesi sebebiyle Avrupa insan hakları anlayışı içerisinde ortaya çıkan koruma mekanizmaları incelenmektedir. Bu bağlamda sözleşmeler incelendikten sonra engellilere yönelik ayrımcılığa ilişkin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM)'ne yapılan bazı başvurular ele alınmıştır. Bu yönüyle konunun, hukuk dogmatığı yaklaşımı¹ ve jürisprüdansiyel² bir yorumla incelendiği söylenebilir. Ayrıca çalışmayı engelli haklarına yönelik diğer çalışmalardan farklı kılacak husus, makul uyumlaştırma kavramına ilişkin yapılan incelemelerdir. Zira kavramın Türk hukuk mevzuatındaki karşılığı ve uygulamada ne anlama geldiği açıklanmak istenmektedir. Nitekim Engelli Hakları Sözleşmesi de göz önünde bulundurulduğunda makul uyumlaştırma kavramının unsurlarının kavramlaştırılmasında birtakım sorunlar olduğu dikkat çekmektedir. Bu bakımdan makul uyumlaştırma kavramı, çalışmanın özgün değerini teşkil edecek noktalardan birisi olacaktır.

Engelli Haklarına İlişkin Uluslararası Koruma Mekanizmaları

Engelli Hakları Sözleşmesi ve Engelli Hakları Komitesi

Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nda 16 Aralık 1966 tarihinde kabul edilen Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme (ESKHS), 10 Temmuz 2003 tarihli 2003/5923 sayılı Bakanlar Kurulu kararıyla onaylanmıştır³. Sözleşme'nin 2. maddesi 2. fıkrası ayrımcılık yasağının şartlarını aşağıdaki şekilde belirlemiştir:

“Bu Sözleşme’ye Taraf Devletler, bu Sözleşme’de belirtilen hakların ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasal ya da başka fikir, ulusal ya da toplumsal köken, mülkiyet, doğum ya da başka bir statü bakımından herhangi bir ayırım gözetilmeksizin uygulanmasını taahhüt eder.”

Bunun dışında Sözleşme'nin 1994 tarihli 5 numaralı genel yorumu, engellilere ilişkin olmuştur. Söz konusu yorumda öncelikle engellilerin gelişmiş ülkelerde dahi Sözleşme kapsamında sahip oldukları hakların tam anlamıyla karşılanamadığı belirtilmiş, bu bağlamda dünyanın geniş bir bölümünde ilk olarak temel ihtiyaçlarının karşılanması gerekliliğine dikkat çekilmiştir⁴. Engelliliğe dayalı ayrımcılığa gelince, 5 numaralı yorumda bunun *de facto* ve *de jure* biçimde ortaya çıkabildiği ifade edilmektedir⁵. Gerçekten de engelli bireylerin uğradığı ayrımcılık, kimi zaman söz konusu ülkenin iç hukukunda yer alan hükümlerin

¹ Sağlam'a göre hukuk dogmatığı yaklaşımı, pozitif hukukun uygulanmasında ortaya çıkan sorunların ele alınması, bir başka deyişle incelenmesidir. Bu çalışmada pozitif hukuk kuralları üzerinden bir inceleme gerçekleştirilmekte olduğundan hukuk dogmatığı yaklaşımının benimsenmek istendiği söylenebilir. Hukuk kuramı-hukuk dogmatığı ayrımı için bkz. Sağlam, Fazıl. *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü*, AÜSBF Yayınları, Ankara, 1982, s. 5-9.

² Çağlar, Bakır. “Anayasa Yargısında Yorum Problemi Karşılaştırmalı Analizin Katkıları”, *Anayasa Yargısı*, C.2, 1985, s. 184.

³ Sözleşmenin onaylanmasına dair karar 11 Ağustos 2003 tarihinde Resmî Gazete (RG)'de yayınlanmıştır. Bkz. RG, 11.08.2003-25196.

⁴ Uyar, Lema. *Birleşmiş Milletler’de İnsan Hakları Yorumları*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2006, s. 152.

⁵ Uyar, s. 157-158.

eşitliği sağlamaktan uzak yapısı dolayısıyla gerçekleşiyorken kimi zaman bu ayrımcılık hukuksal bir eksiklikten değil de fiili bir durumdan ötürü ortaya çıkabilmektedir.

Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'ye ek olarak engelli haklarının gelişimine koşut biçimde başka sözleşmeler de imzalanmakta, bu hakların güvence alanı genişletilmektedir. “Engelli Haklarına İlişkin Sözleşme” (EHS), bu ihtiyacın bir sonucu olarak imzalanmıştır⁶. 13 Aralık 2006 tarihli Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nda kabul edilen sözleşme, 3 Aralık 2008 tarihli ve 5825 sayılı Kanun'la uygun bulunmuş, 27 Mayıs 2009 tarihli Bakanlar Kurulu kararı ile 14 Temmuz 2009 tarihinde Resmî Gazete'de yayınlanmıştır⁷.

Bu sözleşme kapsamında gerçekleştirilen korumaya geçmeden önce Engelli Hakları Komitesi'ne (*Committee on The Rights of Persons with Disabilities*) değinmekte fayda bulunmaktadır. Komite, dört yıllığına seçilen on sekiz bağımsız uzmandan oluşmaktadır. Bu uzmanlar vasıtasıyla sözleşmeye taraf devletlerin engelli haklarının teslim edilmesine ilişkin geldiği aşama denetlenmektedir. Devletler sözleşmeyi imzaladıktan sonra iki yıl içerisinde bu komiteye rapor verirler. Sonrasında ise dört yılda bir olmak üzere düzenli olarak rapor vermeye devam ederler. Komite, bu raporlardan yola çıkarak taraf devletlerin engelli haklarına ilişkin durumunu inceler ve tavsiyelerde bulunur⁸.

Engelli Hakları Komitesi'ne (EHK) Türkiye tarafından ilk rapor 2011 yılında sunulmuştur⁹. Raporun “Genel Hükümler” başlığı altında öncelikle Türkiye İstatistik Kurumu'nun hazırladığı veriler ışığında Türkiye'deki engelli birey sayısının nüfusa oranı, engellerinin neye ilişkin olduğu gibi hususlara yer verilmektedir. Ayrıca Türk Ceza Kanunu'nda (TCK) birçok suç bakımından “beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı” işlenmesi durumunda cezasının artırılması öngörülmekte, dolayısıyla engelliliğe dayalı ayrımcı eylemler yaptırma tabi tutulmaktadır. Başlığın devamında Türkiye, engelli bireylere karşı tutumunu değiştirdiğinden söz etmektedir. Zira 1960'lı yıllarda yapılan kalkınma planlarında engelli bireyler bakıma muhtaç kişiler¹⁰ olarak tanımlanırken 1990'lardan sonra bu kişilerin sosyal hayata diğer bireyler gibi tam ve eşit bir şekilde katılımının sağlanması amaçlanmıştır. Bu bakımdan çalışmanın konusuyla da ilişkili olarak engelli bireylere bakış, ayrımcılığın önlenmesi amacına dönüşmektedir.

Raporun “Özel Hükümler” başlığı altında, EHS'nin her bir maddesi bakımından Türkiye'de ne gibi reformların yapıldığı ele alınmaktadır. Çalışmanın konusu bakımından ayrımcılık yasağına ilişkin yapılan reformlar önem arz etmektedir. Dolayısıyla 5. maddeye ilişkin başlık çalışma bakımından önem arz eden başlık olarak karşımıza çıkmaktadır. Burada TCK ve Milli Eğitim Temel Kanunu'nda yapılan değişikliklerden bahsedilmektedir¹¹.

⁶ Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'de hiçbir ayrımcılık söz konusu olmadığı belirtilmiş olmasına rağmen engellilerin haklarının nasıl korunacağına dair somut bir metne ihtiyaç duyulduğundan Sözleşme'nin kabul edildiği de ifade edilmektedir. Bkz. Işıl Gül, İdil. “Birleşmiş Milletler Engelli Hakları Sözleşmesi”, *Engellilik ve Ayrımcılık*, Hazırlayanlar: Kenan Çayır, Melisa Soran, Melike Ergün, Karekök, İstanbul, 2015, s. 32.

⁷ *RG*, 14.07.2009-27288.

⁸ Committee on The Rights of Persons with Disabilities, “Questions and Answers”, <https://bit.ly/3ga6pnl>, (Erişim Tarihi: 02.04.2020).

⁹ Türkiye tarafından Sözleşme'nin 35. Maddesi uyarınca sunulan ilk rapor 2011, <https://bit.ly/3l2nseD>, (Erişim Tarihi: 03.04.2020).

¹⁰ Bu yaklaşım yalnız Türkiye'de değil, uzun yıllar tüm dünyada bu şekilde olmuştur. Bkz. Çelik, Elif. “Onuncu Yılında Birleşmiş Milletler Engelli Kişilerin İnsan Hakları Sözleşmesi ve Sözleşme Ruhu”, *İNÜHFD*, C.7, S.1, 2016, s. 221-222.

¹¹ Eğitim hakkının herkes tarafından kullanılabilmesine ilişkin 4. maddede ayrımcılık yapılamayacak hususlara “engellilik” kavramı da eklenmiştir. Bkz. *RG*, 24.06.1973-14574.

Türkiye'nin sunduğu rapora karşılık Engelli Hakları Komitesi, 28 Mart 2019 tarihindeki 460. toplantısında nihai gözlemleri kabul ederek yayınlamıştır. Gözlem raporunda öncelikle Türkiye'nin bazı kanun ve kanun hükmünde kararnamelerde yaptığı değişiklikler¹² ile 2010 anayasa değişikliğinde engellilere ayrımcılığa ilişkin alınan tedbirler takdir edilmektedir. Bunun dışında “Endişe veren başlıca alanlar ve tavsiyeler” başlığı altında bazı konulara dikkat çekilmektedir. Komite, öncelikle Türkiye'nin engellilere bakışının halen “ataerkil ve onları koruyucu” bir konumda yer aldığından söz etmektedir. Engelli bireyleri koruyucu yaklaşımın terk edilerek diğer bireyler gibi yaşamın tüm alanlarına katılımının sağlanması amacıyla mevcut mevzuatın gözden geçirilmesi tavsiye edilmektedir. Gözlem raporunun “Özel Haklar” başlığı altında eşitlik ve ayrımcılık yasağına ilişkin maddede ise mevzuatta yer alan ayrımcılığa yol açabilecek hükümlerin gözden geçirilmesi gerektiği belirtilmektedir. Özellikle vali, diplomat, hâkim, savcı ya da benzer bazı görevlerde gereçlendirilmeksizin engelli bireylerin katılımının engellenmesinden endişe duyulduğu ifade edilmektedir. Bu kapsamda makul düzenlemelerin hayata geçirilmesi tavsiye edilmiştir¹³. Engelli Hakları Komitesi'ne başvuru imkânı sağlayan Ek Protokol, 03.12.2014 tarihinde onaylanmıştır¹⁴. Ancak Komite'ye Türkiye'den yapılan bir başvuru henüz bulunmamaktadır.

Sözleşmeye göre engeli olmayan bireylere göre sosyal hayata katılım sağlamakta güçlük çeken ve bu güçlüğü uzun süredir yaşayan kişi engelli statüsündedir. Zira engellilik kavramına yalnızca medikal bir bakış açısıyla yaklaşmamıştır¹⁵. Bir başka deyişle sözleşmenin, yalnızca tıbbi rahatsızlıkları değil başka sosyal engellerin de engellilik bakımından değerlendirilmesi gerektiği şeklinde bir yaklaşımı söz konusudur. Böylelikle öğretilerde engellilere yaklaşımın ne şekilde olması gerektiğine yönelik medikal model-sosyal model tartışması bakımından sözleşmenin sosyal modeli benimsediği ifade edilebilir¹⁶.

Sözleşmeye bütüncül olarak bakıldığında, sözleşmenin yeni bir hak ihdas etme amacı gütmeyeceği görülmektedir. Sözleşmenin asıl amacının engelli bireylere uygulanan ayrımcılığın önlenmesi, engelli bireylerin de engeli olmayan bireyler kadar eşit bir biçimde sosyal yaşama tam olarak katılımının sağlanması olduğu söylenebilir. Bu yönüyle düşünüldüğünde engellilere bazı konularda uygulanan pozitif ayrımcılık, sözleşme kapsamında eşitlik ilkesine ve ayrımcılık yasağına engel teşkil etmemektedir¹⁷.

Engelli haklarına ilişkin bir başka uluslararası koruma mekanizması ise Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) bünyesinde gerçekleşmektedir¹⁸.

Sözleşme'nin 1. maddesi şu şekildedir:

¹² “Özürlüler” ifadesi, “engelliler” olarak değiştirilmiştir. Bkz. <https://www.lexpera.com.tr/mevzuat/kanunlar/engelliler-hakkinda-kanun-5378>, (Erişim Tarihi: 04.04.2020).

¹³ Türkiye'nin İlk Raporuna İlişkin Nihai Gözlemler, http://www.tohad.org/tohad/wp-content/uploads/2019/05/bmehs_nihai_gozlem_raporu_2019.pdf, (Erişim Tarihi: 04.04.2020).

¹⁴ Azarkan, Ezeli/Benzer, Ekrem. “Birleşmiş Milletler Engelli Kişilerin Haklarına Dair Sözleşme ve Türkiye’de Engelli Hakları”, *DÜHFD*, C.23, S.38, 2018, s. 5. Engellilerin Haklarına İlişkin Sözleşmeye Ek İhtiyari Protokolün Onaylanmasının Uygun Bulunmasına Dair 6574 s. Kanun. Bkz. *RG*, 12.12.2014-29203. Azarkan/Benzer, s. 6.

¹⁵ Öğretilerde engellilik modelleri olarak geçen bu tartışmada, temelde medikal modelle sosyal modelin ön plana çıktığı ifade edilmektedir. Bu bağlamda sözleşmede medikal modelin engelliliği açıklamak için tek başına yeterli görülmediği söylenebilir. Engellilik modellerine ilişkin bkz. Erten, Şerafettin/Aktek, Mehmet. “Engellilik Kültürü: Engellilik Modelleri Çerçevesinde Bir Değerlendirme”, *Sosyal Bilimlerde Kültür Tartışmaları*, Editör: Cem Ergun, Süleyman Öğrekçi, Gece Kitaplığı, Ankara, 2017, s. 85.

¹⁷ Azarkan/Benzer, s. 9.

¹⁸ Türkiye’de de Avrupa İnsan Hakları Konvansiyonu’nun referans norm olarak kullanıldığı kabul edilmektedir. Dolayısıyla çalışmada Avrupa İnsan Hakları Konvansiyonu bağlamında engellilere ilişkin korumanın incelenmesi yerinde bir yaklaşım olacaktır. Referans norm meselesine ilişkin Bkz. Çağlar, s. 170.

“Yüksek Sözleşmeci Taraflar kendi yetki alanları içinde bulunan herkesin, bu Sözleşme’nin birinci bölümünde açıklanan hak ve özgürlüklerden yararlanmalarını sağlarlar.”

Sözleşme’nin 1. maddesinde yer alan “herkesin” ifadesi herhangi bir ayırım gözetilemeyeceği konusunu garanti altına almaktadır. Bunun dışında yine Sözleşme’nin 14. maddesi doğrudan ayrımcılık yasağına ilişkindir:

“Bu Sözleşme’de tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanma, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasi veya diğer kanaatler, ulusal veya toplumsal köken, ulusal bir azınlığa aidiyet, servet, doğum başta olmak üzere herhangi başka bir duruma dayalı hiçbir ayrımcılık gözetilmeksizin sağlanmalıdır.”

Görüldüğü üzere AİHS’nin ilgili hükümlerine dayanarak engelli haklarının korunması mümkün olacaktır. Bunun dışında AİHS’ye Ek 12 numaralı protokol ayrımcılığın engellenmesine ilişkin olarak kabul edilmiştir. Ek Protokol 1 Nisan 2005 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye tarafından söz konusu protokol 18 Nisan 2001 tarihinde imzalanmış fakat onaylanmasına dair kanun henüz yürürlüğe girmemiştir¹⁹. 12 numaralı protokolda “engelliler” ifadesine yer verilmemekle birlikte her türlü ayrımcılığın yasaklandığı kabul edilmektedir. Dolayısıyla söz konusu protokol, engellileri de koruma altına almaktadır.

Avrupa Birliği (AB) Konseyi (European Council)’nin engellilere yönelik aldığı birtakım kararlar bulunmaktadır. Bu kararlar bütüncül olarak incelendiğinde söz konusu kararların çalışma hayatı ve eğitim hakkı üzerinde yoğunlaştığı söylenebilir²⁰. Zira engellilerin söz konusu alanlarda önemli ölçüde ayrımcılığa uğradığı belirtilebilir.

AB Konseyi’nin Türkiye’ye ilişkin raporlarında da engelli hakları konusuna değinilmektedir. 1998 yılından itibaren Avrupa Komisyonu tarafından Türkiye hakkında hazırlanmış görülen ilerleme raporlarında²¹ Türkiye’de engellilerin durumundan ilk olarak 2000 yılı raporunda bahsedilmektedir. Bu raporda ülkenin içerisinde bulunduğu mali sıkıntılarla da ilişkili olarak engellilere ilişkin sosyal güvenlik sistemlerinin yetersiz olduğu ifade edilmektedir²². Raporlar incelemeye tabi tutulduğunda ilk olarak 2003 yılında ilerlemelerin kaydedildiği görülmektedir. Zira 2003 yılındaki raporda İş Kanunu’nda değişiklik yapıldığı, belli şartlar dahilinde engelli çalıştırmanın zorunlu hale getirildiği hususuna dikkat çekilmektedir²³. Sonraki yıllarda düzenlenen raporlarda da Türkiye’nin birtakım iyileştirmeler yaptığı anlaşılmaktadır.

Uluslararası koruma bakımından dikkat çeken bir başka belge Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı’dır. 1 Temmuz 1999 tarihinde yürürlüğe giren belgenin Türkiye’de yürürlüğe girmesi ise 1 Ağustos 2007 tarihinde gerçekleşmiştir. 27 Eylül 2006 tarihli 5547 sayılı Kanunla onaylanması uygun bulunan belgenin Türkçe çevirisi Bakanlar Kurulu’nun 22 Mart 2007 tarihli kararıyla, 9 Nisan 2007 tarihinde Resmî

¹⁹ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne Ek 12 Numaralı Protokol, <https://bit.ly/34rs60b>, (Erişim Tarihi: 22.05.2020).

²⁰ Söz konusu kararlar, Görme Özürlüler Derneği ve Türkiye Kas Hastalıkları Derneği ortak projesi kapsamında hazırlanan bir rapordan incelenmiştir. Bkz. Akbulut, Süleyman/Özgül, Hakan/Polat, Güler. *Engelli Ayrımcılığı Araştırması ve Engelli Ayrımcılığına Karşı Çözüm Önerileri Raporu*, Engelli Ayrımcılığını Önleme ve Mücadele Platformu, y.y., 2012, s. 170-171.

²¹ T.C. Dışişleri Bakanlığı Avrupa Birliği Başkanlığı, “Avrupa Komisyonu Tarafından Hazırlanan Türkiye Raporları”, https://www.ab.gov.tr/ilerleme-raporlari_46224.html, (Erişim Tarihi: 22.05.2020).

²² T.C. Dışişleri Bakanlığı Avrupa Birliği Başkanlığı, “Türkiye’nin Katılım Yönünde İlerlemesi Üzerine Komisyon’un 2000 Düzenli Raporu”, https://www.ab.gov.tr/files/AB_Iliskileri/AdaylikSureci/IlerlemeRaporlari/Turkiye_Ilerleme_Rap_2000.pdf, (Erişim Tarihi: 22.05.2020), s. 38.

²³ T.C. Dışişleri Bakanlığı Avrupa Birliği Başkanlığı, “Türkiye’nin Avrupa Birliğine Katılım Sürecine İlişkin 2003 Yılı İlerleme Raporu”, https://www.ab.gov.tr/files/AB_Iliskileri/AdaylikSureci/IlerlemeRaporlari/Turkiye_Ilerleme_Rap_2003.pdf, (Erişim Tarihi: 22.05.2020), s. 33.

Gazete’de yayınlanmıştır²⁴. Bu metinde engellilere doğrudan yer verilen 9, 10 ve 15. maddeler bulunmaktadır. Mesleğe yöneltilme ve mesleki eğitim hakkı başlıklı 9. ve 10. maddelere göre engelliler de dahil olmak üzere herkesin meslek edinme ve bu mesleğin gereklerini yerine getirebileceği, mesleğini geliştirebileceği şartların sağlanmasının Akit Devletlerin yükümlülüğü altında olduğu belirtilmektedir. Doğrudan engellilere yönelik Akit Devletlere yükümlülükler yükleyen 15. madde ise aşağıdaki şekildedir:

“Akit Taraflar, yaşları ve özürlerinin nedenleri ve niteliği ne olursa olsun, özürülülerin toplumsal yaşamda bağımsız olma, sosyal bütünleşme ve katılma hakkını etkili bir biçimde kullanabilmelerini sağlamak amacıyla:

1- Mümkün olduğunda genel plan çerçevesinde, ya da bu mümkün değilse, kamusal ya da özel uzmanlaşmış organlar aracılığıyla özürülülerin yönlendirilmesini, öğrenimini ve mesleki eğitimini sağlamak için gerekli önlemleri almayı;

2- Normal çalışma ortamında özürülülerini istihdam etmek ve onların istihdamını sürdürmek ve çalışma koşullarını özürülülerin gereksinimlerine uyarlamak, ya da özürülülük nedeniyle bunun mümkün olmadığı durumlarda çalışmayı buna göre düzenlemek ya da özürün düzeyine göre güvenli bir istihdam türü yaratmak için, işverenleri özendirmeye yönelik bütün önlemlerle onların istihdam edilmelerini teşvik etmeyi; Bazı durumlarda bu önlemler uzmanlaşmış yerleştirme ve destekleme hizmetlerine başvurmayı gerekli kılabilir.

3- Özellikle, teknik yardımları da içermek üzere, iletişim ve hareket engellerinin üstesinden gelmeyi ve ulaşım, barınma, kültürel etkinlikler ve boş zaman kullanımını sağlamayı hedefleyen önlemler yoluyla özürülülerin toplumla tam olarak bütünleşmelerini ve toplum yaşamına katılmalarını teşvik etmeyi; taahhüt ederler.”

15. madde ve yukarıda belirtilen 9. ve 10. maddelerin, belgenin 1. maddesinde geçen çalışma hakkı bakımından ayrımcılığın önlenmesine ilişkin olduğu söylenebilir²⁵. Hatta metnin bütününde çalışma hakkına ilişkin düzenlemeler görülmektedir. Dolayısıyla söz konusu metin, engellilerin toplumsal hayata dahil edilmesi açısından önem arz etmektedir.

Engellilere Yönelik Ayrımcılığa İlişkin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Bazı Kararları

Birleşmiş Milletler bünyesinde Engelli Hakları Komitesi’nin kurulduğu yukarıda ifade edilmiştir. Komite’nin bir görevi akit devletlerin sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getirip getirmediği hususunda rapor düzenleme ve denetleme görevinin yanı sıra akit devletlerin bireylere karşı yükümlülüklerini yerine getirmedikleri hallerde yapılacak başvuruyu da inceleme yetkisini haizdir. Komite’ye bugüne kadar Türkiye’den yapılarak karara bağlanmış bir başvuru bulunmamaktadır²⁶. Dolayısıyla çalışmanın bu bölümünde AİHM’ye yapılan başvuruların incelenmesi, daha yerinde olacaktır. Zira her ne kadar engellilerin adalet hizmetlerine erişimi noktasında yetersizliklere ilişkin tartışmalar devam etse de AİHM’ye engelliler tarafından yapılan başvurular bulunmaktadır.

AİHM kararlarının engellilere ilişkin kararları incelendiğinde, bu başvuruların genel olarak çalışma ve eğitim hakkına ilişkin başvurular olduğu görülmektedir. Dolayısıyla çalışmanın bu bölümünde söz konusu haklara ilişkin kararlar incelemeye tabi tutulmuştur. Bu kararların önemli bir çoğunluğunda özel hayata saygı hakkı bağlamında ayrımcılık yasağına aykırılık olup olmadığına bakılmaktadır. Zira engellilere ilişkin alınması gereken birtakım tedbirlerin, makul düzenlemeler yapma ihtiyacı gibi,

²⁴ RG, 09.04.2007-26488.

²⁵ Erdoğan, Gülnur. “Avrupa Sosyal Şartı ve Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı”, *TBB Dergisi*, S.77, 2008, s. 141.

²⁶ Bkz. Committee on the Rights of Persons with Disabilities, “Engelli Hakları Komitesi Bekleyen Davalar Tablosu”, <https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CRPD/Tablependingcases.pdf>, (Erişim Tarihi: 24.05.2020).

alınmamasından kaynaklı olarak engelli bireylere ayrımcılık yapıldığı iddiası mahkeme tarafından incelenmiştir.

Bu bağlamda ilk olarak *Botta v. İtalya* kararı incelenebilir. Başvurucu engelli bir İtalyan vatandaşıdır. Commacchio tatil beldesindeki özel plajlarda engelliler için gerekli araçların (özel rampalı lavabo tuvalet vb.) bulunmadığından bahisle ilgili idareye başvuruda bulunmuş fakat yanıt alamamıştır²⁷. Sonraki yıl aynı bölgeye tekrar gittiğinde herhangi bir değişiklik yapılmadığını gören başvurunun, görevi ihmal gerekçesiyle belediye başkanı, liman müdürü vb. yetkililer hakkında bulunduğu şikayete ilişkin ise savcılık tarafından takipsizlik kararı verilmiştir²⁸. Mahkeme'nin önüne gelen başvuruda başvuru özel yaşama saygı hakkı bağlamında ayrımcılık yasağının ihlal edildiği, devletin pozitif yükümlülüğünü yerine getirmediği iddiasında bulunmuştur. Ancak Mahkeme, başvuruda başvurunun ikamet yeri ile özel plajın uzak mesafelerde yer aldığını, dolayısıyla bu konuda devletin pozitif yükümlülüğünün bu kadar geniş ve belirsiz olamayacağını belirterek 8. maddenin uygulanamayacağına koşut olarak ayrımcılık yasağını düzenleyen 14. maddenin de uygulanamayacağı, dolayısıyla özel yaşama saygı hakkının ihlal edilmediği yönünde karar vermiştir²⁹.

Glor v. İsviçre kararında ise başvuru diyabet hastalığı dolayısıyla askeri hastane raporuyla askerlik hizmetine alınmamış, 1999 yılında ise sivil koruma servisi zorunluluğundan muaf tutulmuştur³⁰. Ancak söz konusu muaf tutma kararı 2000 yılında kaldırılmış ve başvurucuya askerlik hizmetinden muafiyet vergisi tarh edilmiştir³¹. Başvurucu, askerlik hizmetini yapmaya hazır olduğunu söylemesine rağmen engelliliğinin %40'ın altında olduğu gerekçesiyle bu talebi reddedilerek vergiden muafiyeti sağlanmamıştır. Mahkeme söz konusu başvuruda, vergiyi ödemekten muaf tutulanlar ile hizmete uygun olmayanlar arasında yapılan ayrımı haklı göstermek için yerel makamların yeterli gerekçe gösteremediği ve adil dengeyi kuramadığından bahisle AİHS'nin 8. ve 14. maddelerinin ihlal edildiği yönünde karar vermiştir³².

Bayrakçı v. Türkiye kararında başvuru %60 engelli, vergi dairesinde çalışan bir memurdur. Çalıştığı bölümde engelli tuvaleti bulunmadığından bahisle (erkek birey olan engelli başvurucuya uygun erkek tuvaleti bulunmadığı belirtilmiş) idareye dilekçe yazarak talepte bulunmuştur. Bir başka dilekçesinde ise çalıştığı bölümün yoğun hareket gerektirdiğini, kendisinin ise bunu karşılayamadığını dolayısıyla diğer engellilerle arasında ayrımcılık yapıldığını dile getirmiştir³³. Başvurunun iddialarına ilişkin ilgili kurumun müdürü, öncelikle engelli bireyin engeline uygun, oturarak yapılabilecek işler verildiğini dile getirmiştir. Tuvaletle ilişkin ise söz konusu işyerinde engelli bireylere uygun tuvaletin erkek tuvaletinde bulunmadığı ancak idareden talepte bulunulduğunu, kadın tuvaletinde mevcut olduğunu, başvurunun orayı kullanabileceğini dile getirmiştir³⁴. İlgili idareden sonuç alamayan başvuru, konuyu adli makamlara taşımış fakat adli makamlar da gerek görev tanımına ilişkin gerekse tuvalet konusuna ilişkin ilgili idare ve müdürün ayrımcılık saikiyle hareket etmediği yönünde karar almış, bunun üzerine açılan tazminat davası reddedilmiştir³⁵.

AİHM'ye yapılan başvuruda Mahkeme, engelli bireyin bedensel engeline uygun tuvalet tesis edilmemesinin kişinin günlük hayatında ciddi sorunlar meydana getirebileceğinden, özel yaşama saygı

²⁷ *Botta/İtalya*, B. No: 153/1996/772/973, 24/2/1998, para. 8-10.

²⁸ *Botta/İtalya*, para. 14.

²⁹ *Botta/İtalya*, para. 35-39.

³⁰ *Glor/İsviçre*, B. No: 13444/04, 30/4/2009, para. 12-13.

³¹ *Glor/İsviçre*, para. 14.

³² *Glor/İsviçre*, para. 97.

³³ *Bayrakçı/Türkiye*, B. No: 2643/09, 5/2/2013, para. 2-5.

³⁴ *Bayrakçı/Türkiye*, para. 6.

³⁵ AİHM'den naklen *Bayrakçı/Türkiye*, para. 12-14.

hakkı ile bağlantılı olarak ayrımcılık yasağı bakımından konuyu ele almıştır³⁶. Bununla birlikte Mahkeme başvuruçunun iç hukuk yollarını tüketmediğini kabul etmektedir. Mahkeme'ye göre başvuru yalnızca müdüre tazminat davası açmıştır. Ancak anılan olayda devletin pozitif yükümlülüğüne ilişkin bir durum söz konusudur³⁷.

Yakın tarihli *Çam v. Türkiye* kararında bu kez eğitim hakkına ilişkin bir başvuru söz konusu olmuştur. Söz konusu başvuruda İstanbul Teknik Üniversitesi Konservatuarı'na giriş sınavını kazanan görme engelli bireyin, Konservatuar'a kayıt şartlarını (söz konusu eğitimi almaya engeli bulunmadığı yönünde sağlık raporu) sağlamadığı gerekçesiyle kaydı yapılmamıştır³⁸. Bunun üzerine engelli bireyin ebeveynleri yürütmenin durdurulmasına ilişkin başvurularda bulunmuş fakat ilgili yargı makamları bu talebi reddetmiştir³⁹. Danıştay'a yapılan başvuru da reddedilmiştir⁴⁰.

AİHM'nin önüne gelen başvuruda, yerel makamların engelli bireyin ihtiyaçlarını tespit etmeye çalışmadıkları ifade edilmiştir. Oysa yerel makamların engelli bireyin ihtiyaçlarını tespit edip, söz konusu müzik eğitimini alabilmek için bu engellilik oranının ne kadar etkili olacağını belirtmesi gerekmektedir. Nitekim EHS ve Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı'nda da belirlendiği üzere Akit Devletlerin makul düzenleme yükümlülüğü bulunmaktadır. Mahkeme de buna atıfta bulunarak söz konusu başvuruda yerel makamların gerekli araştırmayı yapmadığını belirlemiştir⁴¹.

Engelli bireylere ilişkin AİHM'ye yapılan birçok başvuru bulunmakla birlikte çalışmada, diğerlerine emsal nitelikte olan kararlara yer verilmekle yetinilmiştir. Dolayısıyla Mahkeme'ye yapılan başvurulara bütüncül olarak bakıldığında genel itibariyle özel yaşama saygı hakkına ilişkin başvurularla birlikte eğitim hakkına ilişkin başvuruların olduğu görülmektedir. Mahkeme bu başvurularda yalnızca Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile sınırlı kalmamış, BM bünyesinde kabul edilen Engelli Hakları Sözleşmesi'ne de atıfta bulunmuştur. Dolayısıyla Mahkeme'nin yaptığı incelemelerde dikkat çektiği nokta, engelli bireylere engelli olmaları sebebiyle bir ayrımcılık yapıp yapılmadığını tespitine ek olarak davalı devletlerin başvuru konusuna ilişkin makul düzenleme yükümlülüğü olup olmadığı ve bunu yerine getirip getirmediğini tespit şeklinde ifade edilebilir.

Engellilere İlişkin İç Hukukta Yer Alan Hükümler ve Koruma Mekanizması

Engelli Hakları Sözleşmesi olmasaydı dahi, engellilere yönelik ayrımcılık, Türkiye'nin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ni kabul etmesi bakımından düşünüldüğünde AİHS'nin 1. maddesine dayanarak engellenebilecektir. Ayrıca Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı'nın ilgili maddeleri de yukarıda belirtilmiş, bu hükümlerin engellilere yönelik ayrımcılığı engellemeyi de hedeflediği dile getirilmiştir.

Uluslararası bağlamda belirlenen bu amaç ve izlenen yolun, iç hukukta da takip edildiği görülmektedir. Bir defa Anayasa'nın 12. maddesinin 1. fıkrası şu şekildedir: "*Herkes, kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahiptir.*" İç hukukta başkaca hiçbir düzenleme yer almasa dahi bu hükme dayanılarak engellilerin hakları korunabilir. Zira hükümdeki "herkes" ifadesi din, dil, ırk, engellilik ve bunlara benzer başkaca bir ayırım gözetilmeksizin her bireyin kişilik haklarının anayasal koruma altında olduğunu ifade etmektedir. Bundan başka Anayasa'nın 10. maddesinin 1. fıkrasında "*Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle*

³⁶ *Bayrakçı/Türkiye*, para. 26-27.

³⁷ *Bayrakçı/Türkiye*, para. 29.

³⁸ *Çam/Türkiye*, B. No: 51500/08, 23/2/2016, para. 14.

³⁹ *Çam/Türkiye*, para. 20.

⁴⁰ Danıştay başsavcısı ise mahkemeye verdiği mütalaada başvuranın kaydının yapılmamasının anayasal ve yasal hükümlere aykırı olduğunu ve dolayısıyla iptal edilmesi gerektiğini belirtmiştir. Bkz. *Çam/Türkiye*, para. 32.

⁴¹ *Çam/Türkiye*, para. 68.

ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir.” hükmü yer almaktadır. Bu hüküm ve maddeye 2010 anayasa değişikliği ile eklenen “Çocuklar, yaşlılar, özürllüler, harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleri ile malul ve gaziler için alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı sayılmaz.” fıkrasıyla birlikte herhangi bir ayırımın kanun önünde mümkün olmadığı ve engelliler için alınacak tedbirlerin ayrımcılık sayılmayacağı ifade edilmektedir⁴². Kanun önünde eşitlik ilkesi birçok Anayasa Mahkemesi kararında da şu şekilde tanımlanmıştır:

“Anayasa’nın anılan maddesinde belirtilen kanun önünde eşitlik ilkesi hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusudur. Bu ilke ile eylemli değil hukuksal eşitlik öngörülmüştür. Eşitlik ilkesinin amacı; aynı durumda bulunan kişilerin kanunlar karşısında aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak, kişilere ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Bu ilkeyle aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak kanun karşısında eşitliğin ihlali yasaklanmıştır. Kanun önünde eşitlik, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı tutulacağı anlamına gelmez. Durumlarındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları ve uygulamaları gerektirebilir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar farklı kurallara bağlı tutulursa Anayasa’da öngörülen eşitlik ilkesi zedelenmez.”⁴³

Gerçekten de ayrımcılık yasağı ilkesi için eşitlik ilkesinden yola çıkarak bir tanımlamaya gidildiği söylenebilir. Zira hukuken eşit durumda olanlara eşit davranılmadığı ya da farklı durumda olanlara eşit davranıldığı ihtimalinde ayrımcılık gündeme gelecektir⁴⁴.

Anayasa’da yer alan bu hükümlerin yanı sıra iç hukuk mevzuatımızda engellilerin ayrımcılığa maruz kalmasını engellemeyi amaçlayan birçok hukuki düzenleme bulunmaktadır. Bu bağlamda ilk olarak bahsedilmesi gereken, Engelliler Hakkında Kanun olacaktır⁴⁵. Yürürlüğe girdiği haliyle “Özürllüler ve Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun” olan bu düzenlemenin ismi 25.04.2013 tarihli 6462 sayılı Kanun’un yürürlüğe girmesiyle birlikte “Engelliler Hakkında Kanun” olarak değiştirilmiştir. Ayrıca Kanun içerisinde yer alan “özürllüler” ibarelerinde “engelliler” olarak değişiklikler yapılmıştır. Engelli Hakları Komitesi’nin yukarıda da ifade edildiği gibi bu değişikliği olumlu karşıladığı bilinmektedir. Zira Komite, iç hukuk mevzuatının diline önem vermektedir⁴⁶. Çünkü “özürllü” ibaresi, sözlük anlamı itibariyle “kusurlu, defolu” olarak tanımlanmaktadır. Bu sözlük anlamından dolayı kelimenin aşağılayıcı bir anlam ihtiva ettiği gerekçesiyle değiştirilmesi, olumlu görülmektedir.

Kanun’un 4. maddesi ve devamı ayrımcılığa ilişkindir. Anayasa’da ayrımcılık yasağı ve eşitlik ilkesine ilişkin hususların bu Kanun’da da yinelenildiği görülmektedir. Kanun’da 6518 sayılı Kanun’la yapılan değişiklikle getirilen⁴⁷ 4/A maddesinin 2. ve 3. fıkrasında “Eşitliği sağlamak ve ayrımcılığı ortadan kaldırmak üzere engellilere yönelik makul düzenlemelerin yapılması için gerekli tedbirler alınır. Engellilerin hak ve özgürlüklerden tam ve eşit olarak yararlanmasını sağlamaya yönelik alınacak özel tedbirler ayrımcılık olarak değerlendirilemez.” ifadeleri yer almaktadır. Bu ifadelerden iki önemli husus

⁴² Işıl Gül, İdil/Karan, Ulaş. *Ayrımcılık Yasağı*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yay., İstanbul, 2011, s. 92; Kara, Bülent. “Türkiye’de Engelli Bireylerin Yasal Hakları ve Uygulamadaki Yeri”, *International Journal of Social Science*, S.48, 2016, s. 253.

⁴³ AYM, 2017/156 E. 2019/37 K. Bkz. RG, 25.07.2019-30842.

⁴⁴ Karan, Ulaş. “Bireysel Başvuru Kararlarında Ayrımcılık Yasağı ve Eşitlik İlkesi”, *Anayasa Yargısı*, S.32, 2015, s. 237.

⁴⁵ 5378 s. Kanun. Bkz. RG, 07.07.2005-25868.

⁴⁶ Nitekim aynı hassasiyet, Engelli Hakları Sözleşmesi’nde de gösterilmekte engellileri aşağılanmaması adına kullanılan ifadelerin önemine dikkat çekilmektedir. Bkz. Çağlar, Selda. “Engelli Hakları Sözleşmesi’nde Ayrımcılık Yasağı ve Türkiye’nin Uyum Sorunu”, *TBB Dergisi*, S.96, 2011, s. 155.

⁴⁷ 6518 sayılı [Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun](#). Bkz. RG, 19.02.2014-28918.

anlaşılmaktadır. Bunlardan ilki 2. fıkrada belirtilen gerekli tedbirlerin alınması meselesidir. Kanun “gerekli tedbirler alınır” diyerek emredici bir hüküm ortaya koymakta, devlete pozitif yükümlülükler getirmektedir. 3. fıkrada belirtilen de bu düzenlemelerin ayrımcılık olmayacağına ilişkindir. Nitekim maddenin gerekçesinde de bu hususa tekrar değinilmiş, alınacak özel tedbirlerin ayrımcılık sayılmayacağına zaten Anayasa’yla da güvence altına alındığı belirtilmiştir⁴⁸.

Engelli bireylere ilişkin özel tedbirlerin ayrımcılık sayılmayacağına ilişkin ilk olarak 657 sayılı Kanun’un 53. maddesi örnek verilebilir. Zira bu maddeye göre devlet kurum ve kuruluşlarının %3 oranında engelli çalıştırma zorunluluğu bulunmaktadır⁴⁹. Böylelikle yukarıda belirtilen, engellilere ilişkin özel tedbirlerin bir örneğinin verildiği söylenebilir.

Benzer biçimde İş Kanunu’nda da engellileri koruyan birtakım hükümler bulunmaktadır. 4857 sayılı İş Kanunu’nun 5. maddesi işverene eşit davranma yükümlülüğü getirmekte ve ayırım sebepleri içerisinde engellilik de sayılmakta, işverene engelliliğe dayalı ayırım yapma yasağı getirilmektedir. Ayrıca 30. madde ile elli ve üzeri işçi çalıştıran özel işyerlerinde %3 oranında engelli çalıştırma yükümlülüğü⁵⁰ düzenlenmektedir⁵¹. Yine Milli Eğitim Temel Kanunu’nun 4. maddesi⁵² ve Türk Ceza Kanunu’nun 122. maddesinde⁵³ engellilere yönelik ayrımcılığın yasaklandığı görülmektedir.

Söz konusu hükümler engellilere yönelik ayrımcılığın önlenmesini amaçlamış olmakla birlikte bazı kamu kurumlarına personel alımlarında ilgili kurumların işleyişine yönelik düzenlenen mevzuatta ayrımcılık teşkil edebilecek nitelikte hükümler de bulunmaktadır. Bu bağlamda Hakimler ve Savcılar Kanunu ilk olarak örnek verilebilir. Zira hakimlik ve savcılık mesleği adaylarının nitelikleri sayılırken 8. maddenin (g) bendinde “*Hakimlik ve savcılık görevlerini sürekli olarak yurdun her yerinde yapmasına engel olabilecek vücut ve akıl hastalığı veya engelliliği, alışılmışın dışında çevrenin yadırgayacağı şekilde konuşma ve organlarının hareketini kontrol zorluğu çekmek gibi engeli bulunmamak*” şartı bulunmaktadır⁵⁴. Benzer şekilde Dışişleri Bakanlığı Personeline İlişkin Bazı Düzenlemeler Hakkında Kanun’un 10. maddesinin 11. fıkrasında da “Meslek memurları ile konsolosluk ve ihtisas memurlarının

⁴⁸ T.C. Başbakanlık Kanunlar ve Kararlar Genel Müdürlüğü, <https://www2.tbmm.gov.tr/d24/1/1-0796.pdf>, (Erişim Tarihi: 12.04.2020).

⁴⁹ 657 s. Kanun, RG, 23.07.1965-12056.

⁵⁰ Söz konusu istihdam yükümlülüğünden faydalanması için bireyin, 14 yaşın üzerinde ve en az %40 oranında engelli olması ve bu engelliliğinin Türkiye İş Kurumu tarafından tescillenmesi gerekmektedir. Bkz. Köme Akpulat, Ayşe. “İşverenin Engelli İşçi Çalıştırma Yükümlülüğü”, *İHM*, C.77, S.2, 2019, s. 540-541.

⁵¹ İş Kanunu’nun ilk çıktığı hali için Bkz. 4857 s. Kanun, RG, 10.06.2003-25134. Belirli oranda engellinin çalıştırılmasını öngören sisteme koruyucu istihdam sistemi adı verilmektedir. Bkz., Köme Akpulat, s. 535.

⁵² 1739 s. Kanun, RG, 24.06.1973-14574.

⁵³ 5237 s. Kanun’un Nefret ve Ayrımcılık başlıklı 122. maddesi şu şekildedir: “Madde 122- (Değişik: 2/3/2014-6529/15 md.)

(1) Dil, ırk, milliyet, renk, cinsiyet, engellilik, siyasi düşünce, felsefi inanç, din veya mezhep farklılığından kaynaklanan nefret nedeniyle;

a) Bir kişiye kamuya arz edilmiş olan bir taşınır veya taşınmaz malın satılmasını, devrini veya kiraya verilmesini,

b) Bir kişinin kamuya arz edilmiş belli bir hizmetten yararlanmasını,

c) Bir kişinin işe alınmasını,

d) Bir kişinin olağan bir ekonomik etkinlikte bulunmasını,

engelleyen kimse, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.” Görüldüğü üzere engelliliğe dayalı ayrımcılık Türk Ceza Kanunu tarafından yaptırma tâbi tutulmaktadır. Bu maddeye ilişkin ayrıca belirtilmesi gereken husus, madde başlığında “ayrımcılık” ifadesinin kullanılmasıdır. Zira TDK tarafından belirlenen yazım kurallarına göre ünlü düşmesi sonucu “ayrımcılık” olarak yazılması gerekmektedir.

⁵⁴ 2802 s. Kanun, RG, 24.02.1983-17971. Söz konusu düzenlemeye ilişkin bir haberde görme engelli bir bireyin hakimlik-savcılık sınavında başarılı olmasına rağmen anılan düzenleme dolayısıyla mesleğe kabul edilmediği belirtilmektedir. Bkz. <https://www.hukukihaber.net/mesleki-hukuk/gorme-engelli-hkim-adayinin-hukuk-zaferi-h61895.html>, (Erişim Tarihi: 28.05.2020).

Bakanlığa alınabilmeleri için tam teşekküllü bir Devlet hastanesinden verilen, her türlü iklim şartında görev yapabileceklerine dair rapor ibraz etmeleri gereklidir. Hukuk müşavirleri ile danışmanlardan da Bakanlığa alınmaları sırasında bu raporu ibraz etmeleri istenebilir.” hükmü yer almaktadır⁵⁵. Gerek hakimlik ve savcılığa ilişkin gerekse meslek memurları ile konsolosluk ve ihtisas memurluklarına ilişkin hüküm AİHM’nin de belirlediği sınır dahilinde devletlere bırakılan takdir marjı dahilinde görülebilirse de anılan hükümler, engellilerin kamu kurumlarındaki yüksek memurluklara ve yöneticiliklere atanması ihtimalinin zayıflaması sonucunu doğurabilir. Bu bağlamda söz konusu hükümlerde, ilgili mesleğin icra edilmesini engelleyecek hususların daha açık bir biçimde belirlenmesi gerekmektedir⁵⁶.

Makul Uyumlaştırma Beklentisi

Makul uyumlaştırma kavramı ilk olarak ESKHS’nin 5 numaralı yorumunda dile getirilmektedir⁵⁷. Söz konusu yorumda “makul uyumlaştırma (*reasonable accommodation*)”dan özellikle engellilerin toplumsal hayatta karşılaştığı zorluklara dayalı olarak bahsedilmektedir. Zira engellilerin karşılaştıkları zorlukların ortadan kaldırılabilmesi için söz konusu toplumsal alanlarda engellilerin ihtiyaçlarına yönelik bir tasarım yapılması gerekmektedir. Bu bağlamda hükümetlerin engellilere yönelik olarak onların toplumsal hayata katılımını artıracak makul uyumlaştırmaları teşvik etmesi gerektiği belirtilmektedir⁵⁸.

Burada dikkat çekilecek husus, makul uyumlaştırmaların hükümetler tarafından teşvik edileceği hususudur. Başka bir ifadeyle hükümetlerin makul uyumlaştırma bakımından rolü pozitif yükümlülüğün yatay etkisi ile ilişkili gibi görünmektedir⁵⁹. Makul uyumlaştırma (*reasonable accommodation*), ilgili kişi ya da kurumların alması gereken (örnek vermek gerekirse işyerinde işveren, eğitim alanında okul idaresi gibi), engellilerin kendi inisiyatiflerinde olmayan dezavantajlarını ortadan kaldırmaya yönelik tedbirlerdir⁶⁰. Engelli Haklarına İlişkin Sözleşme’nin Resmî Gazete’de yayınlanan metninde Sözleşme’nin 2. maddesinin 3. ve 4. fıkrası şu şekilde çevrilmiştir⁶¹:

“*Engelliliğe dayalı ayrımcılık’ siyasi, ekonomik, sosyal, kültürel, medeni veya başka herhangi bir alanda insan hak ve temel özgürlüklerinin tam ve diğerleri ile eşit koşullar altında kullanılması veya bunlardan yararlanılması önünde engelliliğe dayalı olarak gerçekleştirilen her türlü ayırım, dışlama veya kısıtlamayı kapsamaktadır. Engelliliğe dayalı ayrımcılık makul düzenlemelerin gerçekleştirilmemesi dahil her türlü ayrımcılığı kapsar.*

⁵⁵ 6004 s. Kanun, RG, 13.07.2010-27640.

⁵⁶ Bununla birlikte Avrupa’da birçok ülkenin de benzer şartları belirlediği görülmektedir. Fransa’da hâkim olabilmek için görevi yapmasına engel olmayacak fiziki koşullara ve sağlığa sahip olma şartı bulunmaktadır. Benzer şartın Romanya’da da olduğu görülmektedir. Avusturya’da da kanunen zorunlu olmamakla birlikte sağlık kontrolünün yerleşmiş bir uygulama olduğu belirtilmektedir. İspanya’da ise mesleği yapmasına engel teşkil etmeyen düzeyde engelli bireylere, durumlarına göre yapılmış sınavlardan başarılı olmaları halinde üçte bir oranında hâkim ve savcılık kontenjanı verildiği belirtilmektedir. Bkz. Avrupa Birliği Genel Müdürlüğü. *Avrupa Birliği Ülkelerinde Hâkimlik ve Savcılık Yüksek Yargı Organları Yargı Üst Kurulları*, Editör: Fatih Denizkuşları, Ankara Açık Ceza İnfaz Kurumu Matbaası, Ankara, 2016, s. 30.

⁵⁷ Lord, Janet E./Brown, Rebecca. “The Role Of Reasonable Accommodation In Securing Substantive Equality For Persons With Disabilities: The Un Convention On The Rights Of Persons With Disabilities”, <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1618903>, (Erişim Tarihi: 29.05.2020), s. 4.

⁵⁸ General Comment No. 5: Persons with disabilities, E/1995/22, 9/12/1994, para. 22-23.

⁵⁹ AİHM, yatay etki kavramını akit devletlerin sözleşmeden doğan hakları, herkese karşı koruma yükümlülüğünden kaynaklanmasıyla ilişkili kabul etmektedir. Dolayısıyla üçüncü kişilerin eylemlerinden doğan müdahaleler de akit devletin sorumluluğu altında olduğundan pozitif yükümlülüğünün yerine getirilip getirilmediği incelemesini mecburi kılar. Bkz. *VgT Verein Gegen Tierfabriken/Isviçre*, B. No: 24699/94, 28/6/2001, para. 45.

⁶⁰ Bkz. European Commission, “Reasonable accommodation for people with disabilities”, <https://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=1473>, (Erişim Tarihi: 30.05.2020).

⁶¹ RG, 14.07.2009-27288.

'Makul düzenleme', engellilerin insan haklarını ve temel özgürlüklerini tam ve diğer bireylerle eşit şekilde kullanmasını veya bunlardan yararlanmasını sağlamak üzere belirli bir durumda ihtiyaç duyulan, ölçüsüz veya aşırı bir yük getirmeyen, gerekli ve uygun değişiklik ve düzenlemeleri ifade eder."

Görüldüğü gibi makul uyumlaştırma kavramı, makul düzenleme olarak çevrilmektedir. Oysa Sözleşmenin asıl metninde *reasonable accommodation* ifadesi kullanılmaktadır⁶². "Düzenleme" kavramı sözleşmede *adjustment* kelimesine karşılık gelmektedir. Dolayısıyla makul uyumlaştırma ile makul düzenlemenin tam anlamıyla aynı ifadeler olduğu söylenemez⁶³. Zira makul uyumlaştırma yapmanın yolu gerekli düzenlemelerin (*adjustments*) yapılmasına bağlıdır. Bu bakımdan düzenleme kavramı, makul uyumlaştırmanın gerçekleştirilebilmesinin bir yolu gibi görünmektedir.

Makul uyumlandırmadan söz edilebilmesi için temelde şu üç hususa dikkat edilmektedir:

- İhtiyaç duyulan bir değişiklik olmalı: engelli ya da diğer dezavantajlı gruplardan birine mensup bireyin (zira makul uyumlandırmanın yalnızca engelliler açısından olmadığı, diğer dezavantajlı grupları da kapsadığı kabul edilmektedir)⁶⁴ işyeri, okul vb. alanlarda sahip olduğu eksikliğin giderilmesi için gerekli olmalıdır. Örnek verilirse, işyerinde engelli kişiler için merdiven kullanamıyorsa rampa sisteminin kurulması.

- Ölçüsüz ve ağır yük getirmemeli⁶⁵: Örnek verilecek olursa eğitim verilen binanın ya da işyerinin engelli ya da diğer dezavantajlı bireylerin eksikliğini ortadan kaldırmak için alınması gereken tedbirlerle bütünüyle değiştirilmesi gibi ağır bir yük getiriyorsa makul uyumlaştırma kapsamında düşünülemez.

- Gerekli ve uygun değişiklikler yapılmalı: Yapılan değişikliğin söz konusu eksikliği gidermeye yönelik bir değişiklik olması gerekmektedir. Zira her engelli bireyin ihtiyacı birbirinden farklı olabilir ve türdeş bir yapı oluşturmak güç olabilir. Bu bakımdan yapılacak değişikliğin uygun değişiklik olması ve her engel için ayrı şekilde düzenlenmesi gerekmektedir. Elbette bu ayrı düzenleme gerekliliği, yukarıda belirtilen hususla da ilişkili olarak ölçüsüz ve ağır yük getirmemelidir⁶⁶. Örnek verilecek olursa, çok katlı bir işyerinde çalışan engelli birey için rampa ya da asansör sistemlerinin yapılması⁶⁷.

⁶² "‘Discrimination on the basis of disability’ means any distinction, exclusion or restriction on the basis of disability which has the purpose or effect of impairing or nullifying the recognition, enjoyment or exercise, on an equal basis with others, of all human rights and fundamental freedoms in the political, economic, social, cultural, civil or any other field. It includes all forms of discrimination, including denial of **reasonable accommodation**;

‘Reasonable accommodation’ means necessary and appropriate modification and adjustments not imposing a disproportionate or undue burden, where needed in a particular case, to ensure to persons with disabilities the enjoyment or exercise on an equal basis with others of all human rights and fundamental freedoms;" Bkz. Convention On The Rights Of Persons With Disabilities, https://treaties.un.org/doc/Publication/CTC/Ch_IV_15.pdf, (Erişim Tarihi: 30.05.2020).

⁶³ Çağlar'ın makul uyumlaştırma ile makul düzenlemeyi aynı kabul ettiği görülmektedir. Bkz. Çağlar, "Ayrımcılık Yasağı ve Türkiye'nin Uyum Sorunu", s. 152.

⁶⁴ Tanay Aksaç, Gizem/Şenyurt Akdağ, Arzu. *Ayrımcılık ve Engelli Hakları*, Engelli Kadın Derneği, Ankara, 2015, s. 12; Degener, diğer dezavantajlı grupların da makul uyumlaştırma ihtiyacının olduğu ancak devletlerin makul uyumlandırmaya yönelik tedbirlerinin genellikle engellilere ilişkin olduğunu ifade etmektedir. Bkz. Degener, Theresia. "Intersections between Disability, Race and Gender in Discrimination Law", *European Union Non-Discrimination Law and Intersectionality*, Edited by Dagmar Schiek, Anna Lawson, Routledge Publishing, New York, 2016, s. 42.

⁶⁵ Öğretide bu konunun ayrıntılı şekilde belirlenmesi gerektiği ifade edilmektedir. Zira hangi ihtiyacın yerine getirilmesinin ölçüsüz ve ağır yük getirdiğinin doğru tespit edilmesi gerekmektedir. Quinlivan, Shivaun. "Reasonable Accommodation: an Integral Part of the Right to Education for Persons with Disabilities", *The Right to Inclusive Education in International Human Rights Law*, Edited by Gauthier de Beco, Shivaun Quinlivan, Janet E. Lord, Cambridge University Press, Cambridge, 2019, s. 174.

⁶⁶ Quinlivan, s. 175.

⁶⁷ Bojarski, Łukasz/Chopin, Isabelle/Cohen, Barbara/Do, Uyen/Farkas, Lilla/Iordache, Romanita. *Ayrımcılık Yasağı Eğitimi El Kitabı*, İstanbul Bilgi Üniversitesi İnsan Hakları Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi,

Makul uyumlaştırmaya ilişkin dikkat çekilecek bir diğer husus, “pozitif ayrımcılık” kavramıyla karıştırılmaması gerekliliğidir⁶⁸. Zira EHS’nin 2. maddesinin son fıkrasında engellilere yönelik alınacak özel tedbirlerin ayrımcılık olmayacağı ifade edilmektedir. Burada esasen özel tedbirlerle kastedilenin öğretide pozitif ayrımcılık olarak bilinen kavrama denk düştüğü söylenebilir. İş Kanunu’nda kamu kurumlarının ve özel işyerlerinin belli oranda engelli çalıştırma yükümlülüğü bu pozitif ayrımcılık kavramı⁶⁹ dahilinde düşünülebilir. Makul uyumlaştırma ise yapılmadığı takdirde EHS’ye göre bir ayrımcılık ortaya çıkmaktadır⁷⁰. Dolayısıyla makul uyumlaştırma ile pozitif ayrımcılık kavramları birbirinden farklı anlamlar içermektedir.

Söz konusu düzenlemeler bakımından, düzenleme yükümlülüğü bulunan kişi bilgilendirilmemişse, düzenleme yapılan kurum ya da kişiye söz konusu düzenlemeler ağır bir yük getiriyorsa, yapılacak düzenlemeler üçüncü kişilerin faaliyetlerini gereğinden fazla sınırlandırıyorsa ve düzenleme imkânsızlık içeriyorsa (yukarıda verilen işyerinin bütünüyle değiştirilmesi örneğinde olduğu gibi) uyumlaştırma yapılmadığı gerekçesiyle ayrımcılık yasağının ihlalinden söz edilemeyecektir⁷¹.

SONUÇ

Engellilere ilişkin yaklaşımın geçmişten bugüne değişimine bakıldığında, medikal modelden sosyal modele bir değişimin yaşandığı görülmektedir. Bu değişim esasen engellilerin toplum içerisinde nerede konumlandırıldığını anlamak adına önem arz etmektedir. Zira medikal modelde engellilere yönelik korumacı, başka bir deyişle onların bakıma muhtaç bireyler olduğu ön kabulüyle hareket edilmektedir. Sosyal modelde ise engellilerin topluma kazandırılmasını amaç edinen bir bakış açısından söz edilmektedir.

Engellilere yönelik bakış açısında meydana gelen değişim elbette hukuk düzeninde de birtakım değişiklikler yapılması ihtiyacını beraberinde getirmiştir. Zira kendi inisiyatiflerinde olmayan eksiklikler, engelli bireylerin toplumsal hayata dahil olmasını güçleştirmektedir. Ayrımcılık yasağı gerek Birleşmiş Milletler bünyesinde imzalanan diğer sözleşmelerle gerek Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’yle düzenlenmişse de bu durum devletler için yeterli görülmemiştir. Engelli hakları daha spesifik bir sözleşmeyle korunmak istenmiş, Engelli Hakları Sözleşmesi Birleşmiş Milletler bünyesinde imzalanmış, böylece engellilere yönelik ayrımcılık yasağı da bu kapsamda güvence altına alınmıştır.

Birleşmiş Milletler bünyesinde imzalanan Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi’nin 5 numaralı genel yorumunda makul uyumlaştırma kavramına yer verilmiş olsa da EHS’nin imzalanması ile bu kavramın geliştiği görülmektedir. Bu kavram, yalnızca engelliler açısından değil aynı zamanda diğer dezavantajlı gruplar açısından da geçerli olan bir kavramdır. Zira dezavantajlı gruplara yönelik makul uyumlaştırmaların akit devletlerin iç hukuklarında yapılmaması ya da bu grupların toplumsal hayat içerisinde eksiklerinin giderilmemesi, makul uyumlaştırmaların yapılmadığı anlamına gelecektir ve ayrımcılık yasağına aykırılık teşkil edecektir. Makul uyumlaştırma kavramı bu bağlamda ayrımcılığın önlenmesi açısından önem arz etmektedir. Ayrıca makul uyumlaştırma ile düzenleme kavramları her ne kadar birbirinin yerine kullanılsa da EHS’ye göre tam olarak aynı anlama gelmemektedir. Nitekim sözleşmeye göre düzenleme, makul uyumlaştırmaların sağlanması için yapılması gereken hususlar olarak ifade edilebilir. Bir başka deyişle makul uyumlaştırma, düzenlemeler vasıtasıyla gerçekleştirilmektedir.

İstanbul, 2012, s. 30.

⁶⁸ Quinlivan, s. 170.

⁶⁹ Bu kavram da esasen eşit işlem yükümlülüğü kapsamında değerlendirilmekte, eşitsizliğin giderilmesi amacıyla hizmet etmektedir. Bkz. Ulucan, Devrim. “Eşitlik İlkesi ve Pozitif Ayrımcılık”, *DEÜHFD*, C.15, 2013, s. 376

⁷⁰ Ferri, Delia/Lawson, Anna. *Reasonable Accommodation for Disabled People in Employment*, Office of the European Union, Luxembourg, 2016, s. 48; Quinlivan, s. 173.

⁷¹ Işıl Gül/Karan, *Ayrımcılık Yasağı*, s. 19-20.

Dolayısıyla düzenleme kavramı makul uyumlaştırmanın sağlanması açısından kullanılan bir araç niteliğindedir.

KAYNAKÇA

Akbulut, Süleyman/Özgül, Hakan/Polat, Güler. *Engelli Ayrımcılığı Araştırması ve Engelli Ayrımcılığına Karşı Çözüm Önerileri Raporu*, Engelli Ayrımcılığı Önleme ve Mücadele Platformu, y.y., 2012.

Avrupa Birliği Genel Müdürlüğü. *Avrupa Birliği Ülkelerinde Hâkimlik ve Savcılık Yüksek Yargı Organları Yargı Üst Kurulları*, Editör: Fatih Denizkuşları, Ankara Açık Ceza İnfaz Kurumu Matbaası, Ankara, 2016.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Ek 12 Numaralı Protokol. <https://humanrightscenter.bilgi.edu.tr/tr/content/62-avrupa-insan-haklar-sozlesmesine-ek-12-numaral-protokol/>, (Erişim Tarihi: 22.05.2020).

Azarkan, Ezeli/Benzer, Ekrem. "Birleşmiş Milletler Engelli Kişilerin Haklarına Dair Sözleşme ve Türkiye'de Engelli Hakları", *DÜHFD*, C.23, S.38, 2018, s. 3-29.

Bojarski, Łukasz/Chopin, Isabelle/Cohen, Barbara/Do, Uyen/Farkas, Lilla/Iordache, Romanita. *Ayrımcılık Yasağı Eğitimi El Kitabı*, İstanbul Bilgi Üniversitesi İnsan Hakları Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi, İstanbul, 2012.

Committee on Economic, Social and Cultural Rights. "General Comment No. 5: Persons with disabilities", E/1995/22, 9/12/1994, https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=INT%2fCESCR%2fGEC%2f4760&Lang=en, (Erişim Tarihi: 25.06.2020).

Committee on The Rights of Persons with Disabilities. "Engelli Hakları Komitesi Bekleyen Davalar Tablosu", <https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CRPD/Tablependingcases.pdf>, (Erişim Tarihi: 24.05.2020).

Committee on the Rights of Persons with Disabilities. "Initial report submitted by Turkey under article 35 of the Convention, due in 2011", <http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2fPPRiCAqhKb7yhsvOOORvDbzSfy057%2fflh1Ry2YlpRMLI6465IjBrNt3vxg8t5onRXsx%2fl6Fgx5BA9r3D7yvTBoO2fizSv6CJipTSKPoJwMGO64V%2bPcRxltSGN>, (Erişim Tarihi: 03.04.2020).

Convention On The Rights Of Persons With Disabilities. https://treaties.un.org/doc/Publication/CTC/Ch_IV_15.pdf, (Erişim Tarihi: 30.05.2020).

Çağlar, Bakır. "Anayasa Yargısında Yorum Problemi Karşılaştırmalı Analizin Katkıları", *Anayasa Yargısı*, C.2, 1985, s. 3-34.

Çağlar, Selda. "Engelli Hakları Sözleşmesi'nde Ayrımcılık Yasağı ve Türkiye'nin Uyum Sorunu", *TBB Dergisi*, S.96, 2011, s. 149-178.

Çelik, Elif. "Onuncu Yılında Birleşmiş Milletler Engelli Kişilerin İnsan Hakları Sözleşmesi ve Sözleşme Ruhunu", *İNÜHFD*, C.7, S.1, 2016, s. 219-246.

Degener, Theresia. "Intersections between Disability, Race and Gender in Discrimination Law", *European Union Non-Discrimination Law and Intersectionality*, Edited by Dagmar Schiek, Anna Lawson, Routledge Publishing, New York, 2016, s. 29-47.

Engelli Hakları Komitesi. "Türkiye'nin İlk Raporuna İlişkin Nihai Gözlemler", http://www.tohad.org/tohad/wp-content/uploads/2019/05/bmehs_nihai_gozlem_raporu_2019.pdf, (Erişim Tarihi: 04.04.2020).

Erdoğan, Gülnur. "Avrupa Sosyal Şartı ve Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı", *TBB Dergisi*, S.77, 2008, s. 123-165.

Erten, Şerafettin/Aktek, Mehmet. "Engellilik Kültürü: Engellilik Modelleri Çerçevesinde Bir Değerlendirme", *Sosyal Bilimlerde Kültür Tartışmaları*, Editör: Cem Ergun, Süleyman Öğrekeçi, Gece Kitaplığı, Ankara, 2017, s. 79-96.

European Commission. "Reasonable accommodation for people with disabilities", <https://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=1473>, (Erişim Tarihi: 30.05.2020).

Ferri, Delia/Lawson, Anna. *Reasonable Accommodation for Disabled People in Employment*, Office of the European Union, Luxembourg, 2016.

Hukuki Haber. <https://www.hukukihaber.net/mesleki-hukuk/gorme-engelli-hkim-adayinin-hukuk-zaferi-h61895.html>, (Erişim Tarihi: 28.05.2020).

Işıl Gül, İdil/Karan, Ulaş. *Ayrımcılık Yasağı*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yay., İstanbul, 2011.

Işıl Gül, İdil. “Birleşmiş Milletler Engelli Hakları Sözleşmesi”, *Engellilik ve Ayrımcılık*, Hazırlayanlar: Kenan Çayır, Melisa Soran, Melike Ergün, Karekök, İstanbul, 2015, s. 31-44.

Kara, Bülent. “Türkiye’de Engelli Bireylerin Yasal Hakları ve Uygulamadaki Yeri”, *International Journal of Social Science*, S.48, 2016, s. 249-260.

Karan, Ulaş. “Bireysel Başvuru Kararlarında Ayrımcılık Yasağı ve Eşitlik İlkesi”, *Anayasa Yargısı*, S.32, 2015, s. 235-306.

Köme Akpulat, Ayşe. “İşverenin Engelli İşçi Çalıştırma Yükümlülüğü”, *İHM*, C.77, S.2, 2019, s. 523-553.

Lord, Janet E./Brown, Rebecca. “The Role Of Reasonable Accommodation In Securing Substantive Equality For Persons With Disabilities: The Un Convention On The Rights Of Persons With Disabilities”, <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1618903>, (Erişim Tarihi: 29.05.2020).

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

T.C. Başbakanlık Kanunlar ve Kararlar Genel Müdürlüğü. <https://www2.tbmm.gov.tr/d24/1/1-0796.pdf>, (Erişim Tarihi: 12.04.2020).

T.C. Dışişleri Bakanlığı Avrupa Birliği Başkanlığı. “Avrupa Komisyonu Tarafından Hazırlanan Türkiye Raporları”, https://www.ab.gov.tr/ilerleme-raporlari_46224.html, (Erişim Tarihi: 22.05.2020).

T.C. Dışişleri Bakanlığı Avrupa Birliği Başkanlığı. “Türkiye’nin Avrupa Birliğine Katılım Sürecine İlişkin 2003 Yılı İlerleme Raporu”, https://www.ab.gov.tr/files/AB_Iliskileri/AdaylikSureci/IlerlemeRaporlari/Turkiye_Ilerleme_Rap_2003.pdf, (Erişim Tarihi: 22.05.2020).

T.C. Dışişleri Bakanlığı Avrupa Birliği Başkanlığı. “Türkiye’nin Katılım Yönünde İlerlemesi Üzerine Komisyon’un 2000 Düzenli Raporu”, https://www.ab.gov.tr/files/AB_Iliskileri/AdaylikSureci/IlerlemeRaporlari/Turkiye_Ilerleme_Rap_2000.pdf, (Erişim Tarihi: 22.05.2020).

Tanay Aksaç, Gizem/Şenyurt Akdağ, Arzu. *Ayrımcılık ve Engelli Hakları*, Engelli Kadın Derneği, Ankara, 2015.

Ulucan, Devrim. “Eşitlik İlkesi ve Pozitif Ayrımcılık”, *DEÜHFD*, C.15, 2013, s. 369-384.

Uyar, Lema. *Birleşmiş Milletler’de İnsan Hakları Yorumları*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yay., İstanbul, 2006.

Quinlivan, Shivaun. “Reasonable Accommodation: an Integral Part of the Right to Education for Persons with Disabilities”, *The Right to Inclusive Education in International Human Rights Law*, Edited by Gauthier de Beco, Shivaun Quinlivan, Janet E. Lord, Cambridge University Press, Cambridge, 2019, s. 169-189.

MAHKEME KARARLARI LİSTESİ

AYM, 2017/156 E. 2019/37 K., RG, 25.07.2019-30842.

Bayrakçı/Türkiye, B. No: 2643/09, 5/2/2013.

Botta/İtalya, B. No: 153/1996/772/973, 24/2/1998.

Çam/Türkiye, B. No: 51500/08, 23/2/2016.

Glor/İsviçre, B. No: 13444/04, 30/4/2009.

VgT Verein Gegen Tierfabriken/İsviçre, B. No: 24699/94, 28/6/2001.

Almanya'nın Sosyal Ağ Yasasının Nefret Söylemi İçeriklerinin Kaldırılması Bakımından İncelenmesi: Türkiye İçin Öneriler

Ahmet Çubukcu 

Dr. Öğr. Üyesi, Necmettin Erbakan Üniversitesi, acubukcu@erbakan.edu.tr

Makale Bilgileri	ÖZ
Makale Geçmişi Geliş: 28.01.2020 Kabul: 19.10.2020 Yayın: 31.12.2020	<p>Tüm dünyada olduğu gibi ülkemizde de sosyal ağlarda hukuka aykırı olan pek çok içeriğin bulunduğu ve bunların hızla yayılabildiği görülmektedir. Nefret söylemi de bu içerik tarzlarından bir tanesini oluşturmaktadır. Nefret söylemi, bu söyleme maruz kalan insanların aşağılanması, dışlanması, tehdit edilmesi, zaman zaman bu tehditlerin gerçeğe dönüşerek şiddet eylemlerinin gerçekleştirilmesi gibi sonuçları karşımıza çıkarabilmektedir. Bu açıdan sosyal ağlarda kolaylıkla yayılabilen nefret söylemi içerikleri, derhal kaldırılması gereken içeriklerden biridir. Bu çalışmada, nefret söylemi kavramından ne anlaşılması gerektiği incelenmekte, yaygın kullanılan sosyal ağların nefret söylemine karşı kullanım kuralları kapsamında aldıkları tedbirler tetkik edilmekte, ardından Avrupa Birliği'nde (AB) nefret söylemi ile mücadele için kabul edilen etik kurallara değinilmekte ve son olarak Almanya'nın Sosyal Ağ Uygulama Yasası (Network Enforcement Act- NetzDG) sosyal ağlarda nefret söylemi ile mücadele konusunda incelenerek Türkiye için önerilerde bulunmaktadır.</p>
Anahtar Kelimeler: Sosyal ağ, Sosyal ağ yasaası, Nefret söylemi, Siber zorbalık, İçerik çıkarma.	

Examining the Germany's Social Media Law in terms of Removing Hate Speech Content: Suggestions for Turkey

Article Info	ABSTRACT
Article History Received: 28.01.2020 Accepted: 19.10.2020 Published: 31.12.2020	<p>As in all over the world, it is seen that there are many illegal content in the social networks in Turkey and these illegal content can spread rapidly. Hate speech is one of these content styles. Hate speech can cause the humiliation, exclusion and threat to the people who are exposed to this and can sometimes result in the realization of violent acts by turning these threats into reality. In this respect hate speech content, which can be easily spread across social networks, should be removed immediately. In this study, the concept of hate speech is examined, measures taken by common social networks under the "rules and policies" against hate speech are examined, then Code of Conduct adopted to fight hate speech in the European Union is discussed and lastly, the Social Network Enforcement Act of Germany (NetzDG) is reviewed on the fight against hate speech and suggestions for Turkey are made.</p>
Keywords: Social media, Social media law, Hate speech, Cyberbullying, Content removal.	

Atf/Citation: Çubukçu, A. "Almanya'nın Sosyal Ağ Yasasının Nefret Söylemi İçeriklerinin Kaldırılması Bakımından İncelenmesi: Türkiye İçin Öneriler", *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 3, S. 2, 2020, 164-181.



"This article is licensed under a [Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/) (CC BY-NC 4.0)"

GİRİŞ

İnternetin gelişmesi ile karşımıza web 2.0 teknolojisi çıkmıştır. Web 2.0 teknolojisi; sosyal bağlantılılığı, medya ve bilgi paylaşımını, kullanıcı kaynaklı içeriği ve bireyler ile organizasyonlar arasında işbirliğini destekleyen kullanıcı merkezli uygulamalar ve hizmetlerden oluşan 2. nesil web olarak tanımlanabilir¹. Web 2.0 aynı zamanda insan merkezli (*people-centric*) web, katılımcı (*participative*) web, oku-yaz (*read/write*) web gibi isimlerle de anılmaktadır.² Sosyal ağlar ise; web 2.0 kavramının bloglar, mikrobloglar, anlık mesajlaşma uygulamaları, forumlar gibi alt kümelerinden biridir³.

Sosyal ağlar, kişisel web siteleri oluşturmaya imkân sağlayan ve kişinin arkadaşları ile içerik paylaşmasını iletişim kurmasını sağlayan platformlar olarak tanımlanabilmektedir⁴. İnternet kullanıcılarının sınırları kendileri tarafından belirlenmiş bir sistem içerisinde diğer kullanıcılara kısmen veya tamamen açık profil oluşturmaya izin veren ve bu kullanıcılar arasında etkileşimli içerik üretimini destekleyen web tabanlı hizmetler olarak da tanımlanabilmektedir.

Bu kapsamda değerlendirilecek olursa sosyal ağlar sosyal medyanın en önemli parçasını oluşturmaktadır. Sosyal ağların daha geniş kapsamda kullanıcılar arasında iletişim, yorum ve haber amaçlı kullanımını destekleyen yapısı sosyal medya olarak adlandırılmaktadır. Bu çalışmada ise sosyal medyanın en önemli parçasını oluşturan sosyal ağ kavramının kullanımı, incelenen literatüre bağlı olarak tercih edilmiştir.

Sosyal ağlar ile birlikte kullanıcılar içerik üretebilir, bu içeriği paylaşabilir, farklı içeriklerle ilişkilendirebilir ve bu içeriği farklı amaçlar için kullanabilirler. Sosyal ağların bu özellikleri nedeniyle, kullanıcılar bu ortamda kolaylıkla nefret söylemi içerikleri üretebilmekte ve bu içerikleri paylaşabilmektedir. Bunun sonucu olarak sosyal ağlarda önyargı, inanç ve mezhep temelli, yabancılara ve göçmenlere yönelik ayrımcılık içeren paylaşımlarda toplumsal nefretin boyutları da gözlemlenebilmektedir⁵.

Bu çalışma kapsamında, öncelikle nefret söyleminin tanımı yapılmaya çalışılmakta, devamında AB'nin nefret söylemi ile mücadele edilmesine yönelik hazırladığı ve bazı teknoloji firmaları tarafından imzalanan etik kurallar incelenmektedir. Ardından, Almanya'da yürürlüğe giren Sosyal Ağ Uygulama Yasası (*Network Enforcement Act- NetzDG*), nefret söylemi ile mücadeleye yönelik araçlar içermesi bakımından bu çalışma kapsamında incelemeye tabi tutulmaktadır. Sonuç kısmında ise Almanya'daki NetzDG düzenlemesinden yola çıkılarak Türkiye için öneriler sunulmaya çalışılmaktadır.

Nefret Söylemi Kavramı Ve Sosyal Ağlarda Nefret Söylemi

Nefret kelimesinin Türk Dil Kurumu (TDK) çevrimiçi Güncel Türkçe Sözlük'te yer alan anlamı "1. Bir kimsenin kötülüğünü, mutsuzluğunu istemeye yönelik duygu, 2. Tiksinme, tiksinti" şeklinde iken, söylem kelimesinin tanımı "1. Söyleyiş, söyleniş, sesletim, telaffuz, 2. Kalıplaşmış, klişeleşmiş söz, ifade, 3. Bir veya birçok cümleden oluşan, başı ve sonu olan bildiri, tez" şeklindedir. Nefret bir insana ya da nesneye karşı duyulabilen ve aslında her insanda bulunan bir duygu olsa da, bu çalışma kapsamında nefret

¹ WILSON, David W. / LIN, Xiaolin / LONGSTREET, Phil /SARKER, Saonee, "Web 2.0: A Definition, Literature Review, and Directions for Future Research", In *AMCIS*, 2011, s.1.

² MURUGESAN, San, "Understanding Web 2.0", *IT Professional*, C.9, S.4, 2007, s. 34.

³ ALTUNAY, Alper, "Bir Sosyalleşme Aracı Olarak Yeni Medya, *Selçuk İletişim*, C.9, S.1, 2015, s.422.

⁴ MAYFIELD, Anthony: What is Social Media?, Erişim tarihi: 21.03.2019; https://www.icrossing.com/uk/sites/default/files/uk/insight_pdf_files/What%20is%20Social%20Media_iCrossing_ebook.pdf, s.6.

⁵ SEZGİN, Ayşe Aslı, "Çevrimiçi Gazetelerin Okur Yorumlarında Nefret Söylemi: Reina Saldırısı Örneği", *AJIT-e: Online Academic Journal of Information Technology*, C.8, 2017, s.107.

söylemi kavramı bağlamında ele alınan nefret; insanların belirli değiştirilemez ırk, milliyet, etnik kimlik, dini inanç, cinsiyet, cinsel yönelim gibi özelliklerine dolayısıyla “varoluşlarına, varoluş biçimlerine duyulan” bir nefret olup, bir ideolojinin parçasını teşkil eder⁶.

Nefret söylemi kavramının ise üzerinde uzlaşılan bir tanımı bulunmasa da, nefret söylemi genel anlamda insanları belirli bir gruba dâhil olmalarından ötürü aşağılayan iletişim biçimi olarak tanımlanabilmektedir⁷. Nefret söylemi, manipülasyona açık olarak çok geniş kapsamlı tanımlanabildiği gibi; söylemin zarara veya şiddet eylemlerine yol açacağına dair “korcu söylemi”, “tehlikeli söylem” gibi ifadelerle daha dar kapsamlı olarak da tanımlanabilmektedir⁸. Ayrımcı, korkutucu ve onaylanmayan içeriğe sahip olan, kimi zaman tahrik unsurları da içeren nefret söylemi; önyargılarla motive olan bireyin nefret dolu söylemidir⁹. Nefret söylemine ilişkin Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi tarafından 30 Ekim 1997 tarihinde alınan R(97) 20 sayılı Tavsiye Kararı kapsamında nefret söylemi kavramından; ırkçı nefret, yabancı düşmanlığı, Yahudi düşmanlığı veya azınlıklara, göçmenlere ve göçmen kökenli insanlara yönelik saldırgan ulusalcılık ve etnik merkezilik, ayrımcılık ve düşmanlık şeklinde ifade edilen, hoşgörüsüzlüğe dayalı başka nefret biçimlerini yayan, kışkırtan, teşvik eden veya meşrulaştıran her türlü ifade biçiminin anlaşılması gerektiği belirlenmiştir¹⁰. Avrupa Konseyi'nin mezkûr tavsiye kararı bağlayıcı nitelikte olmayıp, sözleşmecî devletlere yol gösterici niteliktedir¹¹. Diğer taraftan, ulusal ve bölgesel kuruluşlar nefret söyleminden ne anlamak gerektiğini yerel geleneklere göre belirlemeye çalışmaktadır. Bu kavram üzerinde tüm dünyanın uzlaşacağı bir tanım bulmanın pek mümkün görünmediği ifade edilmektedir. Facebook, Twitter gibi çevrimiçi iletişime aracılık eden platformların ise nefret söyleminin ne olduğuna dair kendilerince tanımlar yaptığı ve belirli ifade türlerini kısıtlamak üzere kullanıcıları bu kurallarla bağlı kıldığı görülmektedir¹².

Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından 2013 yılında hazırlanan Bilgi Toplumu Olma Yolunda Bilişim Sektöründeki Gelişmeler ile İnternet Kullanımının Başta Çocuklar, Gençler ve Aile Yapısı Üzerinde Olmak Üzere Sosyal Etkilerinin Araştırılması Amacıyla Kurulan Meclis Araştırması Komisyonu Raporu'na göre günlük yaşamda kullanımı giderek artan, yaşam alışkanlıklarını köklü biçimde değiştiren, beden bir parçası haline gelen bilgisayarlar, internet, cep telefonları, oyun konsolları gibi dijital teknolojilere yeni medya adını vermek mümkündür¹³. Diğer bir söyleyişle yeni medya; iletişim, sağlık, eğlence ticaret ve kariyer gibi hayatımızın pek çok alanında karşımıza çıkan dijital bir platformdur¹⁴. Bu

⁶ GÜRANLIOĞLU, Nurhayat, Nefret Söylemi ve Nefret Suçunun Türkiye Üzerinden Örneklerle İncelenmesi, Erişim tarihi: 01.04.2019; https://www.academia.edu/9694839/Nefret_Söylemi_ve_Nefret_Suçunun_Türkiye_Üzerinden_Örneklerle_İncelenmesi, s.1.

⁷ Community Empowerment for Progress Organisation: Introduction to Hate Speech on Social Media; Erişim tarihi: 20.03.2019; https://defyhatenow.net/wp-content/uploads/2016/06/defyhatenow_whatishatespeech_JUL27.pdf, s.1.

⁸ UNESCO: Countering online hate speech, Erişim tarihi: 26.03.2019; <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000233231>, s. 7-8

⁹ SEZGİN, s.113.

¹⁰ WEBER, Anne, Nefret Söylemi El Kitabı, Erişim tarihi: 01.04.2019; <http://panel.stgm.org.tr/vera/app/var/files/n/e/nefret-soylemi.pdf>, s.3.

¹¹ VARDAL, Zeynep Burcu, “Nefret Söylemi ve Yeni Medya”, *Maltepe Üniversitesi İletişim Fakültesi Dergisi*, C.2, S.1, 2015, s. 135.

¹² UNESCO, s.7, 8.

¹³ Türkiye Büyük Millet Meclisi: Bilgi Toplumu Olma Yolunda Bilişim Sektöründeki Gelişmeler ile İnternet Kullanımının Başta Çocuklar, Gençler ve Aile Yapısı Üzerinde Olmak Üzere Sosyal Etkilerinin Araştırılması Amacıyla Kurulan Meclis Araştırması Komisyonu Raporu, Erişim tarihi: 02.04.2019; <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss381.pdf>, s. 924.

¹⁴ DONDURUCU, Zeynep Benan / ULUÇAY, Ayşe Pınar, “Yeni Medya Ortamlarında Nefret Söylemi: Eşcinsellere Yönelik Nefret Söylemi İçeren Videoların Youtube Üzerinden İncelenmesi”, *International Journal of Social Sciences and Education Research*, C.1, S.3, 2015, s. 875.

kapsamda yeni medya sosyal medyadan da daha geniş bir kavramı ifade etmektedir. Bilgi ve iletişim teknolojilerindeki ilerlemelerin medya sektörü üzerindeki yansımaları yeni medya akımını ortaya çıkarmıştır. Geleneksel medya egemen ideolojiyi yansıtmasına rağmen, yeni medyanın toplumun farklı kesimlerini temsil eder nitelikte olduğu görülmektedir¹⁵. Yeni medyanın kendine has özelliklerinden dolayı, kullanıcıların kendi değerleri ve önyargılarını geleneksel medyaya oranla daha özgür ifade ettiklerini söylemek mümkündür¹⁶. Diğer taraftan geleneksel medya içerikleri çoğunlukla yüzlerce yıllık gazetecilik geleneği ile ortaya çıkmış etik kodlar doğrultusunda üretilmekteyse de yeni medya bu tür bir araçtan yoksun durumdadır¹⁷. İçeriğin kullanıcı tarafından üretildiği yeni medya sayesinde nefret söylemlerinin yayıldığı söyleyebilmek mümkündür. Bunun yanı sıra, içeriğin kullanıcılar tarafından üretilip yayıldığı bu ortamların nefret söyleminin oluşturulduğu ortamlar değil, toplumda var olan duygu ve düşüncelerin yansıtıldığı ortamlar olduğu ifade edilmektedir¹⁸. Yeni medyanın en işlevsel ortamlarından biri ise sosyal ağlardır.

İnternet bağlantısına sahip olan kişiler, sosyal medya sayesinde kısa zaman içerisinde mesajlarını milyonlarca kullanıcıya ulaştırabilmektedir. Bu durum içerik yayınlama konusunda demokratikleşmeyi sağlamış, bu demokratikleşme toplumda önemli değişikliklere yol açmıştır. Sosyal medya, internet kullanıcılarına görüşlerini ifade etmek üzere uygun bir ortam sağlamaktadır. Bu durum iletişim için muazzam fırsatlar yaratsa da önemli zorlukları beraberinde getirmektedir. Bu zorlukların bir örneği; ifade özgürlüğü ile insan onurunun korunması arasındaki karmaşık dengeyi sağlamak olup, bu zorluk çeşitli şekillerde karşımıza çıkabilmektedir. Nefret söylemi ise bu zorlukların tipik bir örneğidir¹⁹. Bunun yanı sıra, nefret söylemi içeriklerinin kin ve nefret dolu ifadeler barındırmadan da meydana getirilebilmeleri sebebiyle, tespit edilmeleri çok kolay olmayabilmektedir²⁰.

We are Social ve Hootsuite isimli şirketlerce hazırlanan “Digital 2019” isimli sunum incelendiğinde, 2019 yılında tüm dünyada aktif sosyal medya kullanıcıları sayısının 3.484 milyar olduğu, tüm dünyada sosyal medya platformlarında geçirilen sürenin günde 2 saat 16 dakika olduğu görülmektedir²¹. Bu verilerden açıkça görüleceği üzere tüm dünyada sosyal ağ kullanımı son derece yaygındır. Sosyal ağların bu denli yaygın kullanımı ile sosyal ağlarda hukuka aykırı, özellikle nefret söylemi niteliğine sahip içerikle sıklıkla karşılaşmakta olup, bu içerikle mücadele etmenin son derece önemli olduğu değerlendirilmektedir.

Nefret söylemleri sadece muhalif/karşıt görüşlerin yayılmasını sağlamamakta, aynı zamanda korku, gözdağı ve bireylere yönelik tacizin yaygınlaşmasına sebep olmaktadır. Bu söylemlerin sonucunda insan onurunun ciddi manada zarar görebileceği, nefret söylemi mağdurlarının depresyona girebileceği veya intihara teşebbüs edebileceği, hatta bu söylemlerin hedef aldığı kişilerin öldürülmesi veya soykırımına sebep olabileceği ifade edilmektedir²². Sayılan sebeplerle çevrimiçi nefret söyleminin ifade özgürlüğü çatısı altında korunmaması ve suç sayılması gerekmektedir²³. Devletler sosyal medya üzerinde ifade özgürlüğünü kısıtlamaya ve kontrol mekanizması kurmaya yönelik artan baskıları sebebi ile eleştirilmektedir. Ancak

¹⁵ VARDAL, s.132.

¹⁶ SEZGİN, s.115.

¹⁷ VARDAL, s.132.

¹⁸ SEZGİN, s.116.

¹⁹ SILVA, Leandro / MONDAL, Mainack / CORREA, Denzil / BENEVENUTO, Fabricio / WEBER, Ingmar, “Analyzing the Targets of Hate in Online Social Media”, In *Tenth International AAAI Conference on Web and Social Media*, 2016, s.687.

²⁰ SEZGİN, s.113.

²¹ We are Social / Hootsuite: Digital 2019 Reports, Erişim tarihi: 20.03.2019;

<https://wearesocial.com/blog/2019/01/digital-2019-global-internet-use-accelerates>

²² LAANPERE, Liina: Online Hate Speech:Hate or Crime?, Erişim tarihi: 27.03.2019;

https://files.elsa.org/AA/Online_Hate_Speech_Essay_Competition_runner_up.pdf, s.5.

²³ LAANPERE, s.10.

devletler, küresel organizasyonlar ve sosyal medya platformları arasındaki işbirliğinin sağlanması önemli olduğu gibi sosyal medyada nefret söyleminin kalıcı etkilerini önlemek için bu söylemlere hızlıca reaksiyon gösterilmesi de önemlidir²⁴.

Sosyal medyada üretilen ve paylaşılan nefret söylemi içeriklerinin, aşırı ve uç görüşlere sahip olmayan bireyler tarafından da içselleştirilebilecek olması, nefret söylemi içeriklerinin teşkil ettiği en ciddi tehlikelerden biridir. Facebook ve Twitter gibi platformlarda kullanıcılar, nefret söylemini doğal görmekte ve arkadaşlarının ürettiği nefret söylemine ortak olmaktadır²⁵. Sosyal ağlarda sıkça karşımıza çıkabilen nefret söylemi aynı zamanda hedef aldığı gruplara karşı duyarsızlık veya gaddarlığı teşvik etmektedir²⁶. Nefret söyleminin yaygınlaşması ile ortaya çıkabilecek diğer sonuçlar; sosyal problemlerin artması, toplumu bütünleştiren dinamiklerin zarar görmesi ve nefret suçlarının işlenmesidir²⁷. Vardal'a göre, sosyal ağların bir parçasını teşkil ettiği yeni medya nefret söylemi içeriklerinin yayılması için etkin bir araç teşkil etmektedir. Vardal, kullanıcıların eğitilmesi ve toplumun bilinçlendirilmesi ile bu söylemlerin önüne geçilebileceğini dile getirmektedir²⁸. Öztekin ise Ekşi Sözlük isimli sosyal medya platformundaki nefret söylemi örneklerini incelediği çalışmada, nefret söyleminin günlük hayatta da yaygınlaştığını ve bu söylemlerin herkesçe kanıksandığını ifade ederek, yeni medya kullanıcıları dâhil herkese nefret söylemi hakkında farkındalık kazandırılması gerektiği sonucuna varmıştır²⁹. Taş, nefret söylemlerinin günden güne arttığını dile getirerek siyaset kurumunun nefret söyleminin engellenmesi adına üstüne düşeni yapması gerektiğini belirtmektedir³⁰. Çomu ve Binark, yeni medyadaki nefret söylemi ile mücadele için bireylerin eğitimi, farkındalığın artırılması yönünde çalışmalar yapılması, farklı paydaşların bir araya gelerek soruna çözüm üretmeleri ve nefret söylemi ile hep birlikte mücadele edilmesi yönünde önerilerde bulunmuştur³¹.

Nefret söylemi bireysel olarak gerçekleştirildiğinde ulusal ceza hukukunun konusunu oluşturabileceği ancak çevrimiçi nefret söyleminin daha geniş bir perspektiften ele alınması gerektiği ifade edilmektedir³². Yasa koyucular, çevrimiçi nefret söylemi ile etkin biçimde mücadele etmenin yanı sıra, bu içerikler ve ifade özgürlüğü arasında denge kurmak zorunda kalmaktadırlar³³. Bu hususta Amerika Birleşik Devletleri (ABD) ile Avrupa ülkelerinin yaklaşımları genel olarak karşılaştırıldığında, ABD'nin Avrupa'dan daha geniş kapsamlı olarak ifade özgürlüğünü koruduğu söylenebilmektedir³⁴. ABD'de nefret söyleminin tespiti konusundaki yaklaşım; düşünce özgürlüğünün ancak şiddeti teşvik söz konusu olduğunda kısıtlanabileceği şeklindedir³⁵. AB'de ise, bu çalışmanın devamında açıklandığı üzere nefret söylemi ile mücadele için teknoloji firmaları ile birlikte çaba gösterilmektedir.

Nefret söylemleri çeşitli sosyal ağların kullanım kuralları ile de yasaklanmıştır. Örneğin Facebook

²⁴ GELASHVILI, Teona, "Hate Speech on Social Media: Implications of Private Regulation and Governance Gaps", JAMM07 Master Thesis, 2018, s.76.

²⁵ VARDAL, s.141.

²⁶ ALP, Hakan, "Çingenelere Yönelik Nefret Söyleminin Ekşi Sözlük'te Yeniden Üretilmesi", *Ankara Üniversitesi İLEF Dergisi*, C.3, S.2, 2016, s. 150.

²⁷ ÇAKAR, Bekir, "Avrupa ve ABD'de Artan Salgın: Nefret Suçu", *The Global Journal of Policy and Strategy*, C.1, S.2, 2015, s.97.

²⁸ VARDAL, s.136.

²⁹ ÖZTEKİN, Hülya, "Yeni Medyada Nefret Söylemi: Ekşi Sözlük Örneği", *Journal of International Social Research*, C.8, S.38, 2016, s.935.

³⁰ TAŞ, Eray, "Yeni Medyada Nefret Söylemi", *Yeni Medya Elektronik Dergi*, C.1, S.1, 2017, s.71.

³¹ ÇOMU, Tuğrul / BİNARK, Mutlu, *Yeni Medya Ortamlarında Nefret Söylemi*, Hrant Dink Vakfı Yayınları, Ankara, s.215.

³² CLAUSSSEN, Victor, "Fighting Hate Speech and Fake News. The Network Enforcement Act (netzdg) in Germany in the Context of European Legislation", *Rivista Di Diritto Dei Media*, C. 3, s.6.

³³ CLAUSSSEN, s.1.

³⁴ UNESCO, s.11.

³⁵ SEZGİN, s.114.

Topluluk Standartları kapsamında nefret söyleminden neler anlaşıldığı tanımlanmış ve nefret söylemi içeren ifadelerin paylaşılması aşağıda bulunan ifadelerle yasaklanmıştır³⁶:

“Bir korku ve dışlama ortamı yarattığı, hatta bazı durumlarda gerçek hayatta şiddeti teşvik ettiği için Facebook'ta nefret söylemine izin vermiyoruz.

Nefret söylemini insanlara koruma altındaki özellikler olarak adlandırdığımız ırk, etnik köken, milli köken, dini inanç, cinsel yönelim, sosyal sınıf, cinsiyet, cinsel kimlik, ciddi bir hastalık veya engellilik gibi özelliklerinden dolayı doğrudan saldırıda bulunulması olarak tanımlıyoruz. Ayrıca, göçmenlik durumu için de bazı korumalar sağlıyoruz. Saldırıcı şiddet veya itibarsızlaştırıcı söylem, aşağılama ifadeleri veya dışlama ya da ayrımcılık çağrılarını olarak tanımlıyoruz.”

2019 yılında güncellenen Facebook Topluluk Standartları'nın ihlal edilmesi sonucunda uyarı, paylaşımında bulunmasını kısıtlama veya profili kapatma gibi tedbirler alınacağı ifade edilmektedir. Konu hakkında bir diğer örnek olarak, yaygın olarak kullanılan sosyal ağlardan bir diğeri olan Twitter'ın kullanım kurallarına bakılacak olursa, bu kurallar arasında bulunan;

“Nefret söylemi: Diğer kişilere karşı şiddeti destekleyemez veya ırk, etnik köken, ulusal köken, cinsel yönelim, cinsiyet, cinsel kimlik, dini inanç, yaş, engellilik durumu ya da ciddi hastalığa dayanarak tehditlerde bulunamaz veya taciz edemezsiniz.”

ifadeleri ile nefret söylemi yasaklanmaktadır. Ayrıca Twitter tarafından, bu kurallara uyulmaması halinde hesabın kapatılmasına kadar giden çeşitli tedbirler uygulanacağı belirtilmektedir³⁷.

Sosyal medya platformları nefret söylemi içerikli paylaşımların tespiti ve ifade özgürlüğü ile denge kurma aşamalarında ciddi sorunlar yaşamaktadır³⁸. Sosyal ağlarda neyin nefret söylemi teşkil ettiği konusunda, sosyal ağın kendi içinde dahi farklı görüşler ortaya çıkabileceğine örnek olarak “Black Lives Matter” hareketine Facebook tarafından verilen ilk tepkilerden söz edilebilir. Afrikalı Amerikalı bir genci öldüren George Zimmerman'ın 2013 yılında beraat etmesi üzerine “Black Lives Matter” (Siyahilerin hayatı önemlidir) hareketi başlamış olup, buna tepki olarak bazı kesimlerce “All Lives Matter” (Herkesin hayatı önemlidir) ifadeleri geliştirilmiştir³⁹. Facebook binasında duvarlara yapıştırılmış olan “Black Lives Matter” ifadeleri sökülüp, bunların yerine “All Lives Matter” ifadelerinin asılması üzerine Facebook'un CEO'su Mark Zuckerberg açıklama yaparak “Black Lives Matter” ifadelerinin yalnızca siyahilerin hayatının önemli olduğu ve diğer insanların hayatlarının önemsiz olduğu anlamına gelmediği, sadece siyahi topluluğun hak ettikleri adaleti elde etmelerini sağlamaya yönelik bir söylem olduğunu belirtse de, şirket içerisinde “Black Lives Matter” ifadeleri değiştirilmeye devam etmiştir. Bu olay her ne kadar sosyal ağın yayınladığı ifadeler üzerinde değil, şirket duvarlarına asılan ifadeler üzerinde gerçekleşmiş olsa da nefret söylemi içeriklerinin değerlendirilmesinde kişisel önyargıların ne kadar etkili olabileceğini ortaya koymaktadır⁴⁰.

Yukarıda yer verildiği üzere, nefret söylemi ahlaken kınanan bir davranış olmakla birlikte çeşitli sosyal medya platformlarının aldığı tedbirler ile bu söylemlerin önüne geçilmeye çalışılmakta ancak bu

³⁶ Facebook: Topluluk Standartları, Erişim tarihi: 20.03.2018; https://www.facebook.com/communitystandards/objectionable_content

³⁷ Twitter Yardım Merkezi, Erişim tarihi: 21.03.2019; <https://help.twitter.com/tr/rules-and-policies/twitter-rules>

³⁸ WASEEM, Zeerak / HOVY, Dirk, “Hateful Symbols or Hateful People? Predictive Features for Hate Speech Detection on Twitter”, *Proceedings of the NAACL Student Research Workshop*, 2016, s.88.

³⁹ The Guardian: Mark Zuckerberg tells Facebook staff to stop defacing Black Lives Matter slogans, Erişim tarihi:27.03.2019; <https://www.theguardian.com/technology/2016/feb/25/mark-zuckerberg-facebook-defacing-black-lives-matter-signs>

⁴⁰ WASEEM / HOVY, s.88.

çabalar bireylerin önyargıları ile karşılaşabildiği gibi çeşitli sebeplerle yetersiz kalabilmektedir. Ülkemizde çeşitli sosyal medya platformlarında da sıklıkla nefret söylemleri ile karşılaşmakta olup Türk Ceza Kanunu'nda bulunan çeşitli düzenlemelerin (m.115 - inanç, düşünce ve kanaat hürriyetinin kullanılmasını engelleme, m.122 - nefret ve ayrımcılık, m.125 – hakaret ve m. 216 - halkı kin ve düşmanlığa tahrik ve aşağılama) nefret söylemi ile mücadelede kullanılabilmesi değerlendirilmektedir.

Avrupa Birliği'nde Nefret Söylemi İle Mücadele

Nefret söylemi ile mücadele için AB'deki gelişmelere bakılacak olursa; çevrimiçi nefret söylemi ile mücadele etmek üzere Mayıs 2016'da Avrupa Komisyonu, Facebook, Twitter, Microsoft ve Youtube ile bir araya gelerek sosyal platformlarda kullanıcıların yasadışı nefret söylemini bildirebilmelerini sağlayan "Çevrimiçi Nefret Söylemi ile Mücadele İçin Etik Kurallar"ı kabul etmiştir. Ayrıca 2018 ve 2019 yıllarında Instagram, Google+, Dailymotion, Snapchat ve jeuxvideo.com, mezkûr etik kurallara katılma yönündeki iradelerini açıklamışlardır⁴¹.

Mezkûr Etik Kurallar içerisinde; yasadışı nefret söylemi ile mücadele için açık ve etkili bir süreç işletme, yasadışı nefret söylemine dair bildirimlerin çoğunluğunu 24 (yirmi dört) saat içerisinde inceleme ve gerekiyorsa bu içeriğe erişimi engelleme veya içeriği yayından kaldırma, kullanıcılarını kendi kuralları kapsamında uygun olmayan içeriğe dair bilinçlendirme gibi taahhütler bulunmaktadır⁴².

"Çevrimiçi Nefret Söylemi ile Mücadele İçin Etik Kurallar" daha detaylıca incelenirse bu kurallara katılım sağlayan şirketlerin;

- Yasadışı nefret söylemi içeriğine erişimi engellemek veya içeriği kaldırabilmek için, nefret söyleminin bulunduğu dair bildirimlere ilişkin açık ve etkili bir inceleme süreci işletme,
- Yasadışı nefret söylemine dair bildirimlerin çoğunluğunu 24 (yirmi dört) saat içerisinde inceleme ve gerekiyorsa bu içeriğe erişimi engelleme veya içeriği yayından kaldırma,
- Kullanıcılarını kendi kuralları kapsamında uygun olmayan içeriğe dair bilinçlendirme, 4- AB üyesi devletlerin otoriteleri ile diğer şirketler arasında iletişimin hızlı ve etkili olmasını temin etmek üzere bilgi sağlama,
- Yüksek doğrulukta bildirim sağlanması için, sivil toplum kuruluşları ve güvenilir raportörlere AB üyesi devletler ve Avrupa Komisyonu'nun desteği ile erişim sağlama ve güvenilir raportörlere ilişkin bilgileri web sitelerinde bulundurma,
- Çalışanlarına güncel sosyal değişiklikler konusunda düzenli olarak eğitim verme ve gelişim sağlamak üzere görüş alışverişinde bulunma
- En iyi uygulamaların paylaşımını gerçekleştirmek üzere kendileri ile diğer platformlar ve sosyal medya şirketleri ile iş birliğini geliştirme,
- Nefret içerikli önyargı ve söylemlere yönelik karşı argümanların tespit edilmesi ve yayılmasını sağlama ile eleştirel düşüncüyü geliştirmek üzere eğitim programlarını destekleme,
- Nefret içerikli söylem ve önyargılar ile mücadele etmek üzere sivil toplum kuruluşları ile yapılan çalışmaları güçlendirme, sivil toplum kuruluşlarının karşıt söylem kampanyalarını güçlendirmek üzere

⁴¹ European Commission: Countering illegal hate speech online #NoPlace4Hate, Erişim tarihi: 20.03.2019; https://ec.europa.eu/newsroom/just/item-detail.cfm?item_id=54300

⁴² Code of conduct on countering illegal hate speech online: Erişim tarihi: 20.03.2019; https://ec.europa.eu/newsroom/just/item-detail.cfm?item_id=54300

proaktif yaklaşımını artırma

taahhütlerinde buldukları görülmektedir. Ayrıca bu taahhütlerin yerine getirilmesinin, sonuçları ile birlikte düzenli aralıklarla değerlendirilmesine karar verilmiştir.

Mezkûr Etik Kuralların uygulanmasına ilişkin AB tarafından yapılan 4. değerlendirme tetkik edildiğinde⁴³:

- Etik Krallara katılım sağlayan platformlara toplamda 4392 adet bildirim geldiği,
- Toplamda 1882 adet olmak üzere en çok Facebook'a, ardından 1314 adet ile Twitter'a ve 889 adet olmak üzere Youtube'a bildirimde bulunduğu,
- Bildirimlerin %88.9'unun 24 saatten kısa süre içerisinde incelendiği,
- Bildirilen içeriğin %71.7'sinin kaldırıldığı görülmektedir.

Diğer taraftan kendini regüle eden bu yaklaşımın, içeriğin nefret söylemini haiz olup olmadığı kararını verme yetkisini sosyal ağ sağlayıcılara bırakma bakımından bir çeşit sansüre sebep olabileceği ifade edilmektedir⁴⁴. Aşırı engelleme tehlikesi ile birlikte hangi tarz içeriklerin değerlendirilmeye alınacağı, ülkeler arasındaki kültürel ve politik farklılıkların engellenecek içerik türlerini belirleme hususlarını da zorlaştırmaktadır.

Genel olarak nefret söyleminin tanımı yapıldıktan ve AB'de nefret söylemi ile mücadele için kabul edilen Etik Kurallardan söz edildikten sonra Almanya'da nefret söylemi ile mücadele için kullanılan NetzDG'ye ilerleyen bölümde değinilmiştir.

Almanya'nın NetzDG Düzenlemesi

Almanya'nın 2015 yılından itibaren özellikle Ortadoğu'dan bir milyona yakın mülteci kabul etmesi, göçmen karşıtı sağ kanadın tepkisini çekmiş; sosyal medyada mültecileri ve mültecilerin Almanya'ya kabul edilmesinden sorumlu tutulan kamu görevlilerini hedef alan nefret söylemleri artmıştır⁴⁵. Nefret söylemlerine karşı sosyal medya platformları ile ortak çalışmalar yürütülse de Alman yetkililer tarafından bunun yeterli olmadığı değerlendirilmiştir. Bunun üzerine Almanya'da NetzDG düzenlemesi kabul edilmiş ve 1 Ekim 2017'de yürürlüğe girmiştir. NetzDG'nin tüm hükümleri ile yürürlüğe girdiği tarih ise 1 Ocak 2018'dir. NetzDG'nin çevrimiçi nefret söylemine karşı en kapsamlı mevzuat düzenlemelerinden biri olduğu dile getirilmektedir⁴⁶. Hatta, NetzDG halk arasında "nefret söylemi kanunu" olarak da bilinmektedir. Fransa gibi diğer ülkeler de NetzDG'yi taslak düzenlemeleri için temel olarak kullanmaktadır⁴⁷.

Bu başlık altında öncelikle NetzDG'nin hükümleri açıklanmakta, ardından NetzDG'nin seçilen sosyal ağlar tarafından uygulanması incelenmekte, devamında NetzDG'ye yönelik eleştiriler incelenmektedir.

⁴³ JOUROVA, Vera, Code of Conduct on countering illegal hate speech online, Erişim tarihi; 20.03.2019; https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/code_of_conduct_factsheet_7_web.pdf, s.2-3.

⁴⁴ CLAUSSEN, s.7.

⁴⁵ ECHIKSON, William / KNOTT, Olivia, Germany's NetzDG: A key test for combatting online hate, Erişim tarihi: 20.03.2019; https://www.counterextremism.com/sites/default/files/CEP-CEPS_Germany%27s%20NetzDG_020119.pdf, s.4.

⁴⁶ SPENCER-SMITH, Charlotte: Dealing With Hate Speech on Social Media, Erişim tarihi: 04.04.2019; <https://static1.squarespace.com/static/5a04d25332601e4102718c45/t/5a85fbb70d92975679fa18db/1518730167290/Hate+Speech+on+Social+Media.pdf>, s.8.

⁴⁷ TWOREK, Heidi / LEERSSEN, Paddy: An Analysis of Germany's NetzDG Law, Erişim tarihi:28.05.2019; https://www.ivir.nl/publicaties/download/NetzDG_Tworek_Leerssen_April_2019.pdf, s.1.

NetzDG Hükümlerinin İncelenmesi

NetzDG'nin "Kapsam" başlıklı 1'inci maddesinde, mezkûr düzenlemenin uygulama alanı belirlenmiş olup, bu düzenlemenin sosyal ağlara uygulanacağı belirtilmiştir. NetzDG'nin 1'inci maddesinde sosyal ağların tanımı "kullanıcıların diğer kullanıcılarla içerik paylaşabildiği ve bu içeriği kamuya açık hale getirebildiği platformlar" şeklinde yapılmıştır. Aynı maddede, bu Kanunun gazetecilik amacıyla kullanılan platformlar ile bireysel haberleşme sağlayan ve spesifik içeriklerin dağıtılmasına yönelik platformlara uygulanmayacağı ifade edilmektedir. Bu doğrultuda, spesifik konulara yönelik ağlar örneğin iş hayatına ilişkin ağlar, profesyonel ve teknik platformlar, çevrimiçi oyunlar ve ticari amaçlı web siteleri NetzDG'nin kapsamı dışındadır. Yer verilen hükümde bulunan bu kısıtlama sebebiyle, Almanya'da 7 (yedi) adet sosyal ağdan daha fazlasının NetzDG'den etkilenmediği, bu ağların da NetzDG düzenlemelerine uymak için gerekli tedbirleri almış bulunduğu ifade edilmektedir⁴⁸.

NetzDG'nin 1'inci maddesinin ikinci fıkrasında, Almanya Federal Cumhuriyeti sınırları içerisinde iki milyondan az kayıtlı kullanıcıya sahip olan sosyal ağ platformlarının, bu Kanunun 2'nci ve 3'üncü maddelerinde yer alan yükümlülüklerden başışık tutulduğu düzenlenmiştir. Bunun yanı sıra, sosyal ağların NetzDG kapsamına girebilmesi için merkezleri veya şubelerinin Almanya'da bulunması gerekmektedir⁴⁹.

NetzDG'nin 1'inci maddesinin üçüncü fıkrasında ise, bu Kanun kapsamında yasadışı içerikten ne anlaşılacağı düzenlenmiştir. Belirtmek gerekir ki, NetzDG yeni bir yasadışı içerik kategorisi düzenlememektedir. NetzDG, Alman Ceza Kanunu'nda yer alan 22 adet maddenin uygulanmasını hedeflemektedir⁵⁰. Alman Ceza Kanunu'na atıf yapılarak belirlenen bu suçların işlenmesi için; hukuka uygunluk sebeplerinin gerçekleşmemiş olması ile birlikte bu suçların maddi ve manevi unsurlarının tamamlanması yani tipikliğin gerçekleşmesi aranacaktır⁵¹.

Alman Ceza Kanunu'nda yer alan 22 maddenin arasında; nefrete teşvik, şiddet tasvirinin yayılması/dağıtılması, terör örgütü kurma, anayasaya aykırı organizasyonların sembollerini kullanma, çocuk pornografisinin dağıtımı, hakaret, karalama, kamu barışını bozabilecek şekilde dinleri ya da dini veya ideolojik dernekleri karalama, fotoğraf yoluyla mahremiyeti ihlal etme gibi hükümler bulunmaktadır⁵². Bu çalışmanın konusu özelinde ele almak gerekirse; Alman Ceza Kanunu'na atıf yapılarak belirlenen nefret söylemi örneklerinden bazıları suça teşvik, suç işleneceği tehdidi, nefrete teşvik, inanca veya insanlara hakaret edilmesidir⁵³. Dülger ve Oğlakcioğlu, Alman Ceza Hukuku'nun bir değer yargısının veya bir tutumun dile getirilmesine dayanan pek çok konuşma yasağı içerdiğini ve bir demecin "profil durumu", "tweet", "retweet" olarak paylaşılması, herhangi bir yorum yazılması veya dile getirilmesinin suçun meydana gelmesi için yeterli olacağını ifade etmektedir⁵⁴. Bunun yanı sıra sosyal ağlarda yer alan bir ifadenin suç teşkil edip etmediği ve suç teşkil etmekteyse hangi suç tipini oluşturacağı, bu ifadenin içeriğine bağlıdır⁵⁵. Bu çalışmanın konusu bakımından ele alınabilecek suçlardan olan halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçu ile inançlara hakaret suçlarında, söylemin toplumsal barışı bozmaya elverişli olup olmadığının belirlenmesi gerekmektedir. Bunun yanı sıra halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçlarında hukuki sınırlar içerisinde kalan polemik yaratan ifadeler ile nefrete yönelik tahrik eden ifadeler arasındaki sınır belirsiz

⁴⁸ CLAUSSEN, s.8.

⁴⁹ DÜLGER, Murat Volkan / OTLAKCIOĞLU, Mustafa Temmuz, "Alman Sosyal Ağlarda Hukuk Uygulamasının İyileştirilmesi Hakkında Kanuna İlişkin Değerlendirme", *CHD*, C.13, 2018, s.90.

⁵⁰ TWOREK / LEERSEN, s.2.

⁵¹ DÜLGER / OĞLAKCIOĞLU, s.90.

⁵² TWOREK / LEERSEN s.2.

⁵³ CLAUSSEN, s.9.

⁵⁴ DÜLGER / OĞLAKCIOĞLU, s.91.

⁵⁵ DÜLGER / OĞLAKCIOĞLU, s.91.

olup, bu ifadelerin birbirinden ayrılması uygulamacıya bırakılmıştır⁵⁶.

NetzDG'nin "Raporlama yükümlülüğü" başlıklı 2'nci maddesine göre; bir yıl içerisinde 100'den fazla yasadışı içerik konusunda şikâyet alan sosyal ağ sağlayıcıları, platformlarındaki yasadışı içeriğe ilişkin şikâyetleri ele alma konusunda Almanca rapor oluşturmalıdır. Bu raporlarda yer alması gereken hususlar 2'nci maddenin ikinci fıkrasında yer almakta olup, bunlardan bazıları; yasadışı içeriğin bildirilmesine yönelik oluşturulan mekanizmanın tanımı, içeriğe erişimi engelleme veya içeriği silme konusunda karar verilirken dikkate alınan kriterler, raporlama döneminde alınan şikâyetlerin sayısı, şikâyetleri incelemekten sorumlu birimin organizasyonu, uzmanlığı, dil konusunda yetkinliği ve personel kaynakları hakkında bilgi, şikâyetleri ele almakla sorumlu personelin eğitim durumu, şikâyetin alındığı zaman ile yasadışı içeriğin silindiği veya bu içeriğe erişimin engellendiği zaman arasında geçen süre, şikâyeti gönderen kişiyi bilgilendirmek üzere alınan tedbirler şeklindedir. Oluşturulan bu raporlar Federal Gazete'de ve sosyal ağ sağlayıcının kendi web sitesinde yayımlanacaktır. Ayrıca yayımlanan bu raporlar kolaylıkla fark edilebilir ve devamlı olarak erişilebilir durumda olmalıdır. Getirilen bu raporlama yükümlülüğünün, NetzDG düzenlemesinin etkinliğinin geçmişe dönük olarak değerlendirilmesine de katkı sağlayacağı ifade edilmektedir⁵⁷.

Raporlama yükümlülüğünün ayrıca; şikâyetle bulunan kullanıcıların şikâyetinin incelendiğini, sonuçlandırıldığını ve gerekli yaptırımların uygulandığını görerek hukuki güvenliğinin sağlandığını hissetmesi bakımından olumlu etki oluşturacağına söylemek mümkündür⁵⁸.

NetzDG'nin "Yasadışı içeriklere ilişkin şikâyetlerin ele alınması" başlıklı 3'üncü maddesine göre; sosyal ağ sağlayıcı, yasadışı içeriğin ele alınmasına ilişkin olarak etkili ve şeffaf bir prosedür oluşturmalıdır. Sosyal ağ sağlayıcı, yasadışı içerikler hakkında şikâyetlerin bildirilmesine ilişkin kullanıcılara kolaylıkla fark edilen ve doğrudan ulaşılabilen, sürekli erişilebilir halde bulunan bir prosedür sağlamalıdır. NetzDG'nin 3'üncü maddesinin ikinci fıkrasına göre sosyal ağ sağlayıcı şikâyetleri ivedilikle dikkate alır ve şikâyet edilen içeriğin yasadışı olup olmadığını ve kaldırmaya veya erişimin engellenmesine konu olup olmadığını inceler. Aynı zamanda sosyal ağ sağlayıcı açıkça yasadışı olan içeriği, şikâyeti alma anından itibaren yirmi dört saat içerisinde kaldırmalı veya içeriğe erişimi engellemelidir. Ancak bu hüküm, sosyal ağın yetkili hukuku uygulama otoritesi ile açıkça yasadışı içeriği silme veya bu içeriğe erişimi engelleme hususunda daha uzun bir süre üzerinde anlaşma sağladığı hallerde uygulanmamaktadır. Bunun yanı sıra sosyal ağ sağlayıcı derhal, en geç 7 gün içerisinde, bütün yasadışı içeriğe erişimi engellemeli veya bu içeriği kaldırmalıdır. Ancak bu yedi günlük süre de belirli hallerde uzayabilmektedir. İçeriği kaldırma halinde 2000/31/EC ve 2010/13/EU sayılı Direktifler kapsamında söz konusu içerik 10 haftalık bir süre boyunca saklanmaya devam edilmelidir. Sosyal ağ sağlayıcı, verilen kararlar ilgili şikâyetle bulunan kişi ile kullanıcıyı kararın gerekçesini de açıklamak suretiyle derhal bilgilendirmelidir. Aynı madde uyarınca prosedür, her bir şikâyet ile durumu düzeltmek için alınan tedbirin 2000/31/EC ve 2010/13/EU sayılı Direktifler kapsamında belgelendirilmesini sağlamalıdır. Şikâyetlerin ele alınması süreci sosyal ağ yönetimi tarafından izlenmelidir. Şikâyetlerin ele alınması sürecindeki eksiklikler hızlıca giderilmelidir. İncelenen bu hükmün, sosyal ağlarda yer alan nefret söylemi içeriklerinin hızlıca bildirilmesi ve kaldırılması için gerekli işlemlerin yapılabilmesine yönelik etkili bir süreç oluşturulması bakımından faydalı olduğu değerlendirilmektedir. Yine aynı hüküm kapsamında, şikâyetleri işleme sürecinde görevli personele sosyal ağ yönetimi tarafından eğitim ve destek programları Almanca dilinde ve düzenli olarak sağlanmalıdır. Ayrıca bu eğitimler en az 6 ayda bir olmak üzere gerçekleştirilmelidir. Bahsedilen bu hükmün; içeriğin yasadışı olup olmadığı, bu çalışma kapsamında ise nefret söylemi teşkil edip etmediği

⁵⁶ DÜLGER / OĞLAKCIOĞLU, s.94.

⁵⁷ CLAUSSEN, s.9.

⁵⁸ DÜLGER / OĞLAKCIOĞLU, s.102.

yönünde inceleme yapan personelin eğitilmiş olması ve bilgilerinin sürekli olarak güncel halde tutulmasını sağlaması bakımından son derece önemli olduğu değerlendirilmektedir.

NetzDG'nin 4'üncü maddesinde para cezaları düzenlenmektedir. Bu hüküm kapsamında; 2'nci maddede öngörülen raporlamanın yapılmaması, raporlamanın zamanında ve doğru biçimde yapılmaması, raporun zamanında veya hiç yayımlanmaması, belirlenen şekilde yayımlanmaması, 3'üncü maddede öngörülen prosedürün tam veya düzgün olarak sağlanmaması, 3'üncü maddenin dördüncü fıkrasına aykırı olarak şikâyetlerin ele alınmasının gözetlenmemesi, 3'üncü maddenin dördüncü fıkrasına aykırı olarak organizasyonel eksikliklerin giderilmemesi veya zamanında giderilmemesi, 3'üncü maddenin dördüncü fıkrasına aykırı olarak personele eğitim veya desteğin hiç veya zamanında verilmemesi hallerinde para cezası uygulanmaktadır. Bu maddenin beşinci fıkrasına göre; NetzDG'nin 1'inci maddesinin üçüncü fıkrasında belirlenen yasadışı içeriğin kaldırılmadığı ve bu içeriğe erişimin engellenmediğinden bahisle uygulanacak para cezalarında, öncelikle içeriğin yasadışı olduğuna dair yargı kararı alınmalıdır. Ayrıca belirtilmelidir ki, bu maddede öngörülen cezalar ancak sistematik ihlal halinde uygulanabilecektir⁵⁹. Bu hüküm kapsamında; ihlal halinde para cezası tatbik edilmesi düzenlenerek, işbu çalışma konusu bakımından nefret söylemi içeriklerinin kaldırılmasına dair hükümlere ilgililerce uyulmasının amaçlandığı görülmektedir.

NetzDG'nin 5'inci maddesinin birinci fıkrasına göre sosyal ağlar Federal Almanya Cumhuriyeti'nde tebligatları almaya yetkili bir kişiyi belirlemelidir. Bu maddenin ikinci fıkrasına göre ise sosyal ağlar, Alman hukuk uygulama otoritelerinin bilgi taleplerini karşılamak üzere bir kişiyi görevlendirmelidir.

NetzDG kapsamında hukuka aykırı içeriği silmekte sistematik olarak başarısız olan online platformlara 50 milyon Euro'ya kadar para cezası uygulanabilmektedir⁶⁰. Bu Kanun gereksiz şekilde yayından çıkarmalara sebep olacağı ve sansür niteliğine sahip olduğu gerekçeleri ile eleştiriye tabi tutulmaktadır. NetzDG'ye yöneltilen eleştirilere ilerleyen başlıklarda detaylıca yer verilmektedir.

NetzDG'ye genel hatları ile bakacak olursak sosyal medya kuruluşlarının Almanya'da en az bir adet temsilcilik kurma mecburiyeti, özellikle nefret söylemi çerçevesindeki suç türlerinin belirginliği, içeriğin sadece Almanya'da değil internet ortamında genel olarak engellenmesi gerekliliği ve caydırıcı cezai yaptırımlar düzenlemeyi oldukça güçlü ve etkin hale getirmektedir. Her ne kadar düzenlemenin oldukça katı olduğuna ve ülkede internet sansürünü artıracığına ilişkin endişeler yer almış olsa da düzenlemenin internet kullanıcılarının mağduriyetlerini giderebilecek ölçüde kullanımının önemi de ortaya atılmaktadır.

NetzDG'nin Sosyal Ağlar Tarafından Uygulanması

NetzDG'nin uygulanmasında sosyal ağlar; yasadışı içeriğin tespit edilmesini sağlayacak yeni enstrümanları kurmak ve geliştirmek için hayli yüksek maliyetlerle karşılaşmakta, kısa süre içerisinde yasadışı içeriği kaldırma ya da erişimi engelleme kararı verme yükümlülüğü altında bulunmakta ve kanun koyucu tarafından kullanılan "açıkça yasadışı" gibi belirsiz kavramları yorumlamak zorunda kalmaktadırlar⁶¹. Bu başlık altında NetzDG'nin sosyal ağlar tarafından nasıl uygulandığı, sosyal ağlar tarafından kamuya açıklanan bilgiler üzerinden incelenmektedir.

NetzGD'nin nasıl uygulandığı yaygın kullanılan sosyal medya platformlarından biri olan Instagram'ın Yardım Merkezi'nde bulunan açıklamalardan incelenirse, Instagram Yardım Merkezi'nde;

"Instagram'da nelere izin verilip nelere verilmediğini belirleyen bir dizi Topluluk Kuralı geliştirdik.

⁵⁹ ECHIKSON / KNODT, s.8.

⁶⁰ ECHIKSON / KNODT, s.i.

⁶¹ STAVINOHA, Vlastislav, "Law Regulation of Social Media in Germany", *Poder y medios en las sociedades del siglo XXI*, 2018, s.149.

Topluluk Kurallarımız dünyanın her yerindeki içerikler için geçerlidir ve Instagram'da insanların kendini ifade etmesini ve kişisel güvenliği korumak için vazgeçilmezdir. Şiddet ve suç eylemlerini destekleyen içerikler, başkalarının güvenliğini tehdit eden içerikler, nefret söylemi, sansürlenmemiş şiddet içeriği, spam ve reşit olmayanlar için zararlı içerikler dahil olmak üzere birçok uygunsuz veya zararlı içerik, Topluluk Kuralları kapsamında yasaklanmıştır. Ağ Uygulama Yasası ("NetzDG"), sosyal ağların yasadışı içeriklerle ilgili şikâyetleri ele alırken belirli bir prosedür uygulamasını zorunlu kılan bir Alman yasasıdır. NetzDG şikâyet formu aracılığıyla şikâyet edilen içerikleri değerlendirmek için iki adımlı bir yaklaşım izleriz. İlk olarak, şikâyet edilen içeriği Topluluk Kurallarımız kapsamında değerlendiririz. NetzDG şikâyet formu aracılığıyla bize şikâyet edilen içeriğin Topluluk Kurallarımızı ihlal ettiği durumlarda içerik dünya genelinde Instagram'dan kaldırılır ve değerlendirme süreci sonuçlanır. İkinci olarak, şikâyet edilen içerik Topluluk Kurallarımızı ihlal etmiyorsa, aldığımız şikâyet doğrultusunda içeriği yasalara uygunluğu açısından değerlendiririz. Sürecin bu kısmında, şikâyet edilen içeriğin NetzDG'de belirtilen Alman Ceza Kanununun ilgili hükümlerini ihlal edip etmediğine dair bir değerlendirme yapılır. Şikâyet edilen içeriğin NetzDG kapsamında yasadışı olduğuna karar verilirse, Almanya'da bu içeriğe erişim kapatılır⁶²."

açıklamalarının bulunduğu ve bu açıklamalarda Instagram Topluluk Kuralları'nın uygulanması ile NetzDG'nin uygulanması arasındaki farkların ortaya konulduğu görülmektedir. Bu açıklamalardan anlaşıldığı üzere gelen şikâyetler Instagram tarafından öncelikle kendi Topluluk Kurallarına göre incelenmekte, bu içerik anılan kuralları ihlal etmiyor ise NetzDG açısından değerlendirmeye tabi tutulmaktadır. Ayrıca bu açıklamalar doğrultusunda, Instagram Topluluk Kurallarını ihlal eden içeriğin tüm dünya genelinde kaldırıldığı ancak NetzDG kapsamında işlem yapılan içeriğin Almanya'dan bu içeriğe ulaşamayacak şekilde kapatıldığı anlaşılmaktadır. Aynı şekilde Youtube'un konuya ilişkin açıklamaları incelendiğinde;

"... İçeriğin NetzDG uyarınca kaldırılabilmesi için, Alman ceza kanununda yer alan ve NetzDG'nin atıfta bulunduğu 22 ceza tüzüğünden birinin kapsamında olması gerekir. Bize NetzDG uyarınca gönderilen içeriği de kendi küresel YouTube Topluluk Kurallarımıza göre değerlendiririz. YouTube Topluluk Kurallarımızı ihlal etmesi halinde içeriği küresel bazda kaldırırız. İçeriğin bu politikaların kapsamında olmamasına rağmen Alman Ceza Kanunu'nda yer alan ve NetzDG'nin atıfta bulunduğu 22 ceza tüzüğüne (§1 III NetzDG) ya da başka bir yerel yasaya göre yasa dışı olduğunu belirlersek içeriği yerel bazda kısıtlarız⁶³"

ifadelerinin bulunduğu ve Youtube'un da şikâyet edilen içerikleri öncelikle kendi Topluluk Kuralları uyarınca incelediği, kendi Topluluk Kuralları kapsamında kaldırılmayan ancak NetzDG uyarınca kaldırılması gereken içerikleri Almanya'da yerel bazda kısıtladığı görülmektedir. Diğer taraftan, sosyal ağların NetzDG'nin uygulanmasına yönelik oluşturdukları raporların kısaca incelenmesinin de faydalı olacağı değerlendirilmektedir. Öncelikle NetzDG'ye ilk 6 aylık raporlar incelendiğinde yaygın kullanılan sosyal ağların içerik kaldırma oranları aşağıdaki Tablo 1'de özetlenmektedir.

Tablo 1. Sosyal ağların 2018 yılı ilk yarısında içerik kaldırma oranları (Kaynak: GOLLATZ vd., s.3)

Platform	Raporlanan içerik sayısı	Kaldırma oranı	24 saat içerisinde kaldırma oranı
Facebook	1.704	362 (%21.2)	%76.4 (raporlamaların tümüne oranla)

⁶² Instagram Yardım Merkezi, Erişim tarihi: 22.03.2019;
<https://www.facebook.com/help/instagram/130785144276082>

⁶³ Youtube: Şeffaflık Raporu, Ağ İcra Yasası kapsamındaki kaldırma işlemleri, Erişim tarihi: 26.03.2019;
<https://transparencyreport.google.com/netzdg/youtube?hl=tr>

Youtube	241.827	58.297 (%27.1)	%93 (54.199)
Google+	2.769	1.277 (%46.1)	%93.8 (1.198)
Twitter	264.818	228.645 (%10.8)	%97.9 (28.044)

Söz konusu raporlamalarda nefret söylemi içeriklerine ilişkin verilerin incelenmesinde de fayda görülmektedir. 2018'in ikinci yarısındaki raporlara bakıldığında; Google+'nın Temmuz – Aralık 2018 Şeffaflık Raporuna göre, nefret söylemi veya politik aşırılık sebebiyle gelen şikâyetlerin 513 tanesi Topluluk Kuralları kapsamında, 180 tanesi NetzDG kapsamında kaldırılmıştır⁶⁴. Youtube'un Temmuz-Aralık 2018 Şeffaflık Raporu'na göre ise, nefret söylemi ve politik aşırılık sebebi ile Youtube'un Topluluk Kuralları kapsamında 13.499 içerik kaldırılmışken, NetzDG kapsamında 6.436 içerik kaldırılmıştır⁶⁵.

Facebook'un Temmuz-Aralık 2018 Şeffaflık Raporunda, Alman Ceza Kanunu kapsamındaki suçlar bazında gelen şikâyet sayıları verilmiş ve devamında bunlardan kaç tanesinin kaldırıldığı açıklanmıştır. Bu kapsamda Facebook'a nefrete teşvik suçuna (§ 130) yönelik 145; dinlerin, dini ve ideolojik grupların karalanması suçuna (§ 166) yönelik 62 adet şikâyet gelmiştir. Facebook'ta nefrete teşvik suçu (§ 130) sebebiyle 54; dinlerin, dini ve ideolojik grupların karalanması suçu (§ 166) sebebiyle toplamda 13 adet içerik silinmiş veya engellenmiştir⁶⁶.

İlk raporlar yayımlandıktan sonra da Almanya Adalet Bakanlığı görevlisi Gerd Billen, NetzDG'nin hedeflenen amacı gerçekleştirdiğine dair tatmin duyduklarını ifade etse de yine de uygulamanın çok başında olduklarını belirtmiştir⁶⁷. Bu ifadeden ve sosyal ağ kuruluşlarının açıklamalarından yola çıkarak söz konusu düzenlemenin öncelikli olarak sosyal ağ kuruluşlarının topluluk standartları çerçevesinde değerlendirileceği ve bu standartların dışında kanunda belirtilen maddelere ilişkin Almanya'ya özel taleplerin karşılanabileceği ortaya çıkmaktadır. Bu da düzenlemenin tam anlamıyla uygulanması konusundaki eksiklikleri ortaya koymaktadır.

NetzDG'ye Yönelik Eleştiriler

Teknoloji endüstrisi, aktivistler ve akademisyenler NetzDG'yi desteklemekten ziyade eleştirmektedirler⁶⁸. Google ve Facebook gibi sosyal medya şirketleri tarafından finanse edilen Global Network Initiative (Küresel Ağ Girişimi) isimli platform, 20 Nisan 2017'de NetzDG Taslağına ilişkin açıklamasında, bu Kanunun açık ve demokratik söylemlere karşı bir tehdit oluşturduğunu dile getirmiştir⁶⁹. Yaygın eleştirilere rağmen NetzDG'nin hızlıca kaleme alındığı ve sivil toplum kuruluşları ve uzmanlara danışmak için çok kısa süre verilerek kabul edildiği ifade edilmektedir⁷⁰. Öte yandan Dalia Research isimli araştırma şirketince yapılan araştırmaya göre Almanya vatandaşlarının %87'si NetzDG'yi

⁶⁴ Google+: Şeffaflık Raporu, Ağ İcra Yasası kapsamındaki kaldırma işlemleri, Erişim tarihi: 01.06.2019; <https://transparencyreport.google.com/netzdg/googleplus?hl=tr>

⁶⁵ Youtube Şeffaflık Raporu

⁶⁶ Facebook: NetzDG Transparency Report, Erişim tarihi: 01.06.2019;

https://fbnewsroomus.files.wordpress.com/2019/01/facebook_netzdg_january_2019_english71.pdf?fbclid=IwAR0DIXICvuiQ1hUMki9fFdKDXT_H9GEoWE2rvnrMUqWL7f8hc0pEs2L_gOZU, s. 4-9

⁶⁷ GOLLATZ, Kirsten / RIEDL, Martin J. / POHLMANN, Jens, Removals Of Online Hate Speech in Numbers, Erişim tarihi: 01.06.2019; <https://zenodo.org/record/1342325#.XPJSYogzBIV>

⁶⁸ TWOREK / LEERSEN, s.3

⁶⁹ Global Network Initiative: Proposed German Legislation Threatens Free Expression Around the World, Erişim tarihi: 30.05.2019; <http://globalnetworkinitiative.org/proposed-german-legislation-threatens-free-expression-around-the-world/>

⁷⁰ TWOREK / LEERSEN, s.3.

desteklemektedir⁷¹.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, sosyal medyada nefretle mücadelede en etkili yol içeriğin çıkarılmasıdır. Aşırı engelleme (over-blocking), elle tutulur bir gerekçe olmaksızın içeriğin engellenmesi veya silinmesi ve bu durumun engelleme veya silinmeden sonra anlaşılması haline verilen genel bir isimdir⁷². NeztDG'ye ilişkin ilk endişe, bu düzenlemenin hukuka uygun içeriklerin kaldırılmasına (over-removal) sebep olabileceği yönündedir⁷³.

İfade özgürlüğü taraftarları ile sektör temsilcileri, NeztDG'nin teknoloji şirketlerini acele kararlar vererek hukuka uygun içeriği dahi çıkarma konusunda teşvik edebileceğini, Almanya'da hukuka uygun içeriği silme halinde uygulanacak bir ceza olmadığı için bu platformların ağır para cezalarından kurtulmak için "sil" butonuna kolaylıkla basacağını ifade etmektedir⁷⁴. NeztDG'nin özellikle modern sanatçıların güncel politik ve sosyal konuları eleştirdikleri içeriklerin sosyal ağlardan kaldırılmasına veya bu içeriklere erişimin engellenmesine sebep olması, mezkûr düzenlemenin olumsuz etkisi olarak yorumlanmaktadır⁷⁵.

NeztDG'de açıkça yasadışı olan içeriklerin yirmi dört saat içerisinde kaldırılacağı düzenlenmiştir. Ancak Alman yasa koyucu, neyin açıkça yasadışı içerik olduğunu net olarak belirlememiştir ve yasadışı içerik ile açıkça yasadışı olan içerik arasındaki sınır da belirsizdir⁷⁶.

NeztDG'ye ilişkin bir diğer eleştiri, neyin silinmesi gerektiği konusunda karar verme yetkisinin sosyal ağ yönetimine bırakılmış olmasıdır⁷⁷. Bu eleştiri kapsamında sosyal ağların, kanunun korumak üzere çıkarıldığı değerleri değil ticari çıkarlarını koruma amacı ile hareket ettikleri ifade edilmektedir. Bu konuda ayrıca, bir ifadenin hukuka uygun olup olmadığının tespit edilebilmesi için derin inceleme yapmanın gerekli olduğu durumlarla karşılaşılabilirdiği, bazen sosyal medya şirketlerinin bu tür bir incelemeyi sağlayamayabileceği yönünde eleştiriler de bulunmaktadır⁷⁸. Çevrimiçi platformların her bir şikâyeti tüm detaylarıyla inceleyebilecek uzmanlığa ve zamana sahip olmadıkları ifade edilmektedir. Diğer yandan NeztDG, çevrimiçi söylemleri kısıtlamak için otoriter rejimlere bir örnek teşkil edebileceği yönüyle de eleştiriye tabi tutulmaktadır⁷⁹.

NeztDG hükümlerine dayanarak sosyal ağlarca yapılan kaldırmalar dikkate alındığında NeztDG'nin en önemli etkisinin, Almanya'da bulunan platformların topluluk kuralları kapsamında içeriğin daha hızlı ve tutarlı biçimde kaldırılmasını sağlamak olduğu ifade edilmektedir⁸⁰. Diğer yandan, sosyal ağlarca yayımlanan şeffaflık raporlarının formatlarının birbirinden farklı olduğu ve bu farklılığın raporlar arasında doğrudan karşılaştırma yapmayı engellediği görülmektedir. Tworek ve Leerssen raporlama konusunda iyileştirmeye ihtiyaç duyulduğunu ifade etmektedir⁸¹.

Kuczerawy, NeztDG'yi hukuka uygun içerikleri kaldırılan veya engellenen kullanıcılar açısından bir

⁷¹ DALIA RESEARCH: 87% of Germans Approve of Social Media Regulation Law, Erişim tarihi:

28.05.2019; <https://daliaresearch.com/blog-germans-approve-of-social-media-regulation-law/>

⁷² HELDT, Amélie P., "Taking speech regulation slightly: The NeztDG reports", *SSRN*, 2018, s.3-4.

⁷³ TWOREK / LEERSEN, s.3.

⁷⁴ ECHIKSON / KNODT, s.7.

⁷⁵ STAVINOHA, s.151.

⁷⁶ KUCZERAWY, Aleksandra: Phantom Safeguards? Analysis of the German law on hate speech NeztDG, Erişim tarihi: 02.06.2019; <https://www.law.kuleuven.be/citip/blog/phantom-safeguards-analysis-of-the-german-law-on-hate-speech-netzdg/>

⁷⁷ HAERTING: NeztDG as a Source of Censorship – A Summary of Recent Effects, Erişim tarihi:

21.03.2019; <https://www.haerting.de/neuigkeit/netzdg-source-censorship-summary-recent-effects>

⁷⁸ ECHIKSON / KNODT, s.7.

⁷⁹ TWOREK / LEERSEN, s.3.

⁸⁰ TWOREK / LEERSEN, s.6.

⁸¹ TWOREK / LEERSEN, s.8.

itiraz mekanizması içermemesi sebebiyle eleştirmektedir⁸². Diğer yandan, Tworek ve Leerssen NetzDG'nin ifade özgürlüğüne zarar verebileceği endişelerinin hafifletilmesi açısından; sosyal ağların içeriği yükleyene, içerik hakkında şikâyet olduğunu bildirmelerinin ve içeriği kaldırmadan önce savunma hakkı tanınmasının faydalı olacağı görülmektedir⁸³.

NetzDG, büyük sosyal medya platformlarından hesap verebilirliği ve şeffaflığı teşvik ederken, ifade özgürlüğü hakkında kritik sorular da gündeme getirmektedir⁸⁴. NetzDG'nin uygulanmasına dair araştırmalara bakıldığında; NetzDG'nin kaldırma konusunda aşırı talebe sebep olmadığı gibi, sosyal ağları da "önce kaldır-daha sonra sor" şeklinde bir yaklaşıma itmediğinin görüldüğü ifade edilmektedir⁸⁵. Aynı zamanda uygulama konusundaki ilk raporlara bakıldığında elde edilen verilerin, NetzDG'nin aşırı engellemeye (over-blocking) sebep olduğu yönündeki düşünceleri desteklemediği belirtilmektedir⁸⁶. Ancak NetzDG'nin amacına tam olarak ulaşip ulaşmadığının belirlenmesi için daha fazla veriye ulaşılmasına ihtiyaç bulunmaktadır⁸⁷.

NetzDG düzenlemesinin savunucularının ve karşısında duranlarının haklı ve haksız tespitlerini doğru bir şekilde ortaya koymak için verilerin kamu ile şeffaf bir şekilde paylaşarak düzenlemenin hangi amaçla ne şekilde kullanıldığının iyi kavranabileceği düşünülmektedir. Buna göre de düzenlemenin olumlu ve olumsuz yönleri iyi analiz edilerek gerekli değişikliklere gidilebileceği değerlendirilmektedir.

SONUÇ ve ÖNERİLER

Bir taraftan sosyal ağlarda ifade özgürlüğünün gözetilmesi gerekirken, diğer taraftan sosyal ağlarda bulunan nefret söylemi içerikleri ile etkili biçimde mücadele edilmesi gerekmektedir. Kısıtlayıcı tedbirler içererek çevrimiçi nefret söylemi ile mücadele etmeye çalışan NetzDG gibi ulusal kanunların faydasız ve işlevsiz olduğuna dair eleştiriler bulunsada Almanya'nın NetzDG düzenlemesinin çevrimiçi nefret söylemi içeren ifadelerin süratle kaldırılmasını temin etmesi, bunun yanında getirdiği raporlama yükümlülüğü ile konuya ilişkin istatistiksel verilerin kamuya açık hale getirilmesi bakımından da faydalı bir düzenleme niteliğinde olduğu yönündedir.

Bu çalışmanın sonuçlanmasına yakın bir zaman içerisinde ülkemizde de kamuoyunda "sosyal medya yasası" olarak bilinen sosyal ağ sağlayıcılarına ilişkin düzenlemeler 5651 sayılı "İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun"a getirilmiştir. Böylelikle ülkemizde sosyal ağ sağlayıcılığı kavramı tanımlanmış ve Türkiye'den günlük erişimi bir milyondan fazla olan yurt dışı kaynaklı sosyal ağ sağlayıcılarına ilişkin düzenlemeler getirilmiştir. Söz konusu değişiklik ile NetzDG'ye benzer düzenlemeler getirilmiştir. Böylelikle temsilci bulundurma, belirli süre içerisinde cevap zorunluluğu, ağır idari yaptırımlar ve suça konu içeriğin yayından kaldırılmasına ilişkin benzer düzenlemeler yasallaşmıştır. Suça konu içeriğin çerçevesi ise hukuka aykırılığı hâkim veya mahkeme kararı ile tespit edilen içerik olarak belirlenmiş ve nefret söylemine ilişkin özel bir husus tanımlanmamıştır.

NetzDG'den yola çıkarak Türkiye için getirilebilecek önerilere bakıldığında; öncelikle yapılacak düzenlemeler veya yapılan düzenlemedeki değişiklikler ile çevrimiçi nefret söylemlerinin, sosyal ağlardan

⁸² KUCZERAWY

⁸³ TWOREK / LEERSEN, s.9.

⁸⁴ TWOREK / LEERSEN, s.1.

⁸⁵ ECHIKSON / KNODT, s.i.

⁸⁶ THEIL, Stefan: Freedom of Expression on Social Media- Conceptual And Regulatory Challenges in Europe and the US, Erişim tarihi: 03.04.2019; <http://blogs.oii.ox.ac.uk/policy/wp-content/uploads/sites/77/2018/08/IPP2018-Theil.pdf>

⁸⁷ TWOREK / LEERSEN, s.7.

kaldırılması gereken yasadışı içerik kapsamında detaylandırılması gerektiği değerlendirilmektedir. Ancak, düzenlemenin birtakım içeriklerin internet ortamından kaldırılmasını gerektirmesi sebebi ile çevrimiçi nefret söyleminden ne anlaşılması gerektiği, yapılacak düzenlemede ifade özgürlüğünü de koruyacak biçimde mümkün olduğunca net olarak belirlenmelidir. Yapılan düzenlemede sosyal ağ sağlayıcılarına kişilik hakları ve özel hayatın gizliliğine ilişkin kişiler tarafından yapılacak başvurularda olumlu ya da olumsuz cevap verilmesi şartı koşulmuş iken özellikle milli ve manevi değerlere ilişkin hem bireysel hem ülke bazında nefret söylemi içerik türleri tanımlanmalıdır.

Türkiye'de de çevrimiçi nefret söylemi içeriklerinin sosyal ağlara bildiriminden itibaren sosyal ağın belirli süre içerisinde bu içeriği incelemesi, NetzDG'de olduğu gibi yasadışı içeriklerin belirli süreler içerisinde kaldırılması gerektiği yönünde düzenleme yapılabileceği değerlendirilmektedir. Bunun yanı sıra sosyal ağların şeffaflık raporlarında, nefret söylemi içerikleri ile mücadele yöntemleri ve konuya ilişkin istatistiksel verilerin açıklanmasının faydalı olacağı değerlendirilmektedir. 5651 sayılı yasaya getirilen düzenlemelerde bu hususlar belirtilmiş olmakla birlikte nefret söylemi özelinde de belirtilebileceği değerlendirilmektedir.

Yukarıda sayılan hususlara ilaveten sosyal ağın, kendisine gelen şikâyetleri incelemekle sorumlu personeline belirli periyotlarda ve sürekli olarak eğitim vermesi gerektiğine dair düzenleme yapılmasının nefret söylemi içeriklerinin tespiti ve kaldırılmasında başarı sağlamak üzere faydalı olacağı değerlendirilmektedir.

Çevrimiçi nefret söylemlerinin failinin tespitinde zorluklar yaşanabilmektedir. Failin tespiti konusunda kolaylık sağlamak ve diğer bilgi taleplerinin kısa zaman içerisinde cevaplanmasını temin etmek üzere, NetzDG'de bulunduğu gibi, sosyal ağ tarafından resmi makamların bilgi taleplerine belirli sürede cevap verme yükümlülüğü altında bulunan kişilerin görevlendirilmesine dair düzenleme yapılabileceği değerlendirilmektedir⁸⁸.

Yukarıda yer verilen tüm hususlar neticesinde; Almanya'nın NetzDG düzenlemesinin çevrimiçi nefret söylemi ile mücadelede etkin bir araç olduğu görülmektedir. Bundan dolayı ülkemiz mevzuat düzenlemelerinde de örnek alınmasının faydalı olabileceği değerlendirilmektedir.

KAYNAKÇA

ALP, Hakan, "Çingenelere Yönelik Nefret Söyleminin Ekşi Sözlük'te Yeniden Üretilmesi", *Ankara Üniversitesi İLEF Dergisi*, C.3, S.2, 2016, s. 143-172.

ALTUNAY, Alper, "Bir Sosyalleşme Aracı Olarak Yeni Medya, Selçuk İletişim, C.9, S.1, 2015, s.410-428.

ARSLAN, Sevcan, "Sosyal Medya Platformları Üzerinden Kişilik Hakları İhlali, Korunmasına Yönelik Düzenlemeler, Ülke Uygulamaları, Sorunlar ve Çözüm Önerileri", *Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu, Bilişim Uzmanlığı Tezi*, Ankara.

CLAUSSEN, Victor, "Fighting Hate Speech and Fake News. The Network Enforcement Act (netzdg) in Germany in the Context of European Legislation, *Rivista Di Diritto Dei Media*, C. 3, s.1-27.

Code of conduct on countering illegal hate speech online: Erişim tarihi: 20.03.2019; https://ec.europa.eu/newsroom/just/item-detail.cfm?item_id=54300

Community Empowerment for Progress Organisation: Introduction to Hate Speech on Social Media; Erişim tarihi: 20.03.2019; https://defyhatenow.net/wp-content/uploads/2016/06/defyhatenow_whatishatespeech_JUL27.pdf

ÇAKAR, Bekir, "Avrupa ve ABD'de Artan Salgın: Nefret Suçu", *The Global a Journal of Policy and Strategy*, C.1, S.2, 2015, s.91-113.

ÇOMU, Tuğrul / BİNARK, Mutlu, *Yeni Medya Ortamlarında Nefret Söylemi*, Hrant Dink Vakfı Yayınları,

⁸⁸ ARSLAN, Sevcan, "Sosyal Medya Platformları Üzerinden Kişilik Hakları İhlali, Korunmasına Yönelik Düzenlemeler, Ülke Uygulamaları, Sorunlar ve Çözüm Önerileri", *Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu, Bilişim Uzmanlığı Tezi*, Ankara.

Ankara.

DALIA RESEARCH: 87% of Germans Approve of Social Media Regulation Law, Erişim tarihi: 28.05.2019; <https://daliaresearch.com/blog-germans-approve-of-social-media-regulation-law/>

DONDURUCU, Zeynep Benan / ULUÇAY, Ayşe Pınar, “Yeni Medya Ortamlarında Nefret Söylemi: Eşcinsellere Yönelik Nefret Söylemi İçeren Videoların Youtube Üzerinden İncelenmesi”, *International Journal of Social Sciences and Education Research*, C.1, S.3, 2015, s. 875- 902.

DÜLGER, Murat Volkan / OTLAKCIOĞLU, Mustafa Temmuz, “Alman Sosyal Ağlarda Hukuk Uygulamasının İyileştirilmesi Hakkında Kanuna İlişkin Değerlendirme”, *CHD*, C.13, 2018, s.87-109.

ECHIKSON, William / KNOTT, Olivia, Germany's NetzDG: A key test for combatting online hate, Erişim tarihi: 20.03.2019; https://www.counterextremism.com/sites/default/files/CEP-CEPS_Germany%27s%20NetzDG_020119.pdf

European Commission: Countering illegal hate speech online #NoPlace4Hate, Erişim tarihi: 20.03.2019; https://ec.europa.eu/newsroom/just/item-detail.cfm?item_id=54300

Facebook: NetzDG Transparency Report, Erişim tarihi: 01.06.2019; https://fbnewsroomus.files.wordpress.com/2019/01/facebook_netzdg_january_2019_english71.pdf?fbclid=IwAR0DIXICvuiQ1hUMkI9fFdKDXt_H9GEoWE2rvnrMUqWL7f8hc0pEs2L_gOZU

Facebook: Topluluk Standartları, Erişim tarihi: 20.03.2018; https://www.facebook.com/communitystandards/objectionable_content

GELASHVILI, Teona, “Hate Speech on Social Media: Implications of Private Regulation and Governance Gaps”, JAMM07 Master Thesis, 2018.

Global Network Initiative: Proposed German Legislation Threatens Free Expression Around the World, Erişim tarihi: 30.05.2019; <http://globalnetworkinitiative.org/proposed-german-legislation-threatens-free-expression-around-the-world/>

GOLLATZ, Kirsten / RIEDL, Martin J. / POHLMANN, Jens, Removals Of Online Hate Speech in Numbers, Erişim tarihi: 01.06.2019; <https://zenodo.org/record/1342325#.XPJSYogzbIV>

Google+: Şeffaflık Raporu, Ağ İcra Yasası kapsamındaki kaldırma işlemleri, Erişim tarihi: 01.06.2019; <https://transparencyreport.google.com/netzdg/googleplus?hl=tr>

GÜRANLIOĞLU, Nurhayat, Nefret Söylemi ve Nefret Suçunun Türkiye Üzerinden Örneklerle İncelenmesi, Erişim tarihi: 01.04.2019; https://www.academia.edu/9694839/Nefret_Söylemi_ve_Nefret_Suçunun_Türkiye_Üzerinden_Örneklerle_İncelenmesi

HAERTING: NetzDG as a Source of Censorship – A Summary of Recent Effects, Erişim tarihi: 21.03.2019; <https://www.haerting.de/neuigkeit/netzdg-source-censorship-summary-recent-effects>

HELDT, Amélie P., “Taking speech regulation slightly: The NetzDG reports”, SSRN, 2018.

Instagram Yardım Merkezi, Erişim tarihi: 22.03.2019; <https://www.facebook.com/help/instagram/130785144276082>

JOUROVA, Vera, Code of Conduct on countering illegal hate speech online, Erişim tarihi: 20.03.2019; https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/code_of_conduct_factsheet_7_web.pdf

KUCZERAWY, Aleksandra: Phantom Safeguards? Analysis of the German law on hate speech NetzDG, Erişim tarihi: 02.06.2019; <https://www.law.kuleuven.be/citip/blog/phantom-safeguards-analysis-of-the-german-law-on-hate-speech-netzdg/>

LAANPERE, Liina: Online Hate Speech:Hate or Crime?, Erişim tarihi: 27.03.2019; https://files.elsa.org/AA/Online_Hate_Speech_Essay_Competition_runner_up.pdf

MAYFIELD, Anthony: What is Social Media?, Erişim tarihi:21.03.2019; https://www.icrossing.com/uk/sites/default/files_uk/insight_pdf_files/What%20is%20Social%20Media_iCrossing_ebook.pdf

MURUGESAN, San, “Understanding Web 2.0”, *IT Professional*, C.9, S.4, 2007, s. 34-41.

Network Enforcement Act (Netzdurchsetzungsgesetz, NetzDG), Erişim Tarihi: 20.03.2019; <http://germanlawarchive.iuscomp.org/?p=1245>

ÖZTEKİN, Hülya, “Yeni Medyada Nefret Söylemi: Ekşi Sözlük Örneği”, *Journal of International Social Research*, C.8, S.38, 2016, s.925-936.

SEZGİN, Ayşe Aslı, “Çevrimiçi Gazetelerin Okur Yorumlarında Nefret Söylemi: Reina Saldırısı Örneği”,

AJIT-e: Online Academic Journal of Information Technology, C.8, 2017.

SILVA, Leandro / MONDAL, Mainack / CORREA, Denzil / BENEVENUTO, Fabricio / WEBER, Ingmar, "Analyzing the Targets of Hate in Online Social Media", *In Tenth International AAAI Conference on Web and Social Media*, 2016.

SPENCER-SMITH, Charlotte: Dealing With Hate Speech on Social Media, Erişim tarihi: 04.04.2019; <https://static1.squarespace.com/static/5a04d25332601e4102718c45/t/5a85fbb70d92975679fa18db/1518730167290/Hate+Speech+on+Social+Media.pdf>

STAVINOHA, Vlastislav, "Law Regulation of Social Media in Germany", *Poder y medios en las sociedades del siglo XXI*, 2018.

TAŞ, Eray, "Yeni Medyada Nefret Söylemi", *Yeni Medya Elektronik Dergi*, C.1, S.1, 2017, s.60-71.

The Guardian: Mark Zuckerberg tells Facebook staff to stop defacing Black Lives Matter slogans, Erişim tarihi: 27.03.2019; <https://www.theguardian.com/technology/2016/feb/25/mark-zuckerberg-facebook-defacing-black-lives-matter-signs>

THEIL, Stefan: Freedom of Expression on Social Media- Conceptual And Regulatory Challenges in Europe and the US, Erişim tarihi: 03.04.2019; <http://blogs.oii.ox.ac.uk/policy/wp-content/uploads/sites/77/2018/08/IPP2018-Theil.pdf>

TÜRKİYE BÜYÜK MİLLET MECLİSİ: Bilgi Toplumu Olma Yolunda Bilişim Sektöründeki Gelişmeler ile İnternet Kullanımının Başta Çocuklar, Gençler ve Aile Yapısı Üzerinde Olmak Üzere Sosyal Etkilerinin Araştırılması Amacıyla Kurulan Meclis Araştırması Komisyonu Raporu, Erişim tarihi: 02.04.2019; <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss381.pdf>

Twitter Yardım Merkezi, Erişim tarihi: 21.03.2019; <https://help.twitter.com/tr/rules-and-policies/twitter-rules>

TWOREK, Heidi /LEERSEN, Paddy: An Analysis of Germany's NetzDG Law, Erişim tarihi:28.05.2019; https://www.ivir.nl/publicaties/download/NetzDG_Tworek_Leerssen_April_2019.pdf

UNESCO: Countering online hate speech, Erişim tarihi: 26.03.2019; <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000233231>

VARDAL, Zeynep Burcu, "Nefret Söylemi ve Yeni Medya", *Maltepe Üniversitesi İletişim Fakültesi Dergisi*, C.2, S.1, 2015, s. 132-156.

WASEEM, Zeerak / HOVY, Dirk, "Hateful Symbols or Hateful People? Predictive Features for Hate Speech Detection on Twitter", *Proceedings of the NAACL Student Research Workshop*, 2016.

We are Social / Hootsuite: Digital 2019 Reports, Erişim tarihi: 20.03.2019; <https://wearesocial.com/blog/2019/01/digital-2019-global-internet-use-accelerates>

WEBER, Anne, Nefret Söylemi El Kitabı, Erişim tarihi: 01.04.2019; <http://panel.stgm.org.tr/vera/app/var/files/n/e/nefret-soylemi.pdf>

WILSON, David W. / LIN, Xiaolin / LONGSTREET, Phil / SARKER, Saonee, "Web 2.0: A Definition, Literature Review, and Directions for Future Research", *In AMCIS*, 2011.

Youtube: Şeffaflık Raporu, Ağ İcra Yasası kapsamındaki kaldırma işlemleri, Erişim tarihi: 26.03.2019; <https://transparencyreport.google.com/netzdg/youtube?hl=tr>

Yapı Denetim Kuruluşuna İmar Kanunu Kapsamında Para Cezası Verilip Verilemeyeceği Hakkında Bir İnceleme: Yapı Denetim Kuruluşlarının Fennî Mesuliyet Sorumlulukları

Selman Özdemir 

Dr., Hâkim / Konya Bölge İdare Mahkemesi Üyesi, selmanoedemir3@gmail.com

Makale Bilgileri	ÖZ
Makale Geçmişi Geliş: 25.06.2020 Kabul: 27.11.2020 Yayın: 31.12.2020	<p>İmar koluğu kapsamında yapı denetimi işi ülkemizde mahallî düzeyde yürütülmektedir. Bu kapsamda yapı denetimi ile esas olarak görevli olan idarelerin, belediyeler ve il özel idareleri olduğu görülmektedir. Ancak yapı denetimi konusunda belediyeler ve il özel idareleri bazı özel hukuk kişilerinden de teknik destek almaktadırlar. Yapı denetimi konusunda kamu idarelerine teknik destek veren özel kişilerin başında ise yapı denetim kuruluşları ile fennî mesuller gelmektedir. Bazı hallerde il özel idaresi yahut belediye encümeni tarafından, yapı denetim firmalarına İmar Kanunu kapsamında para cezası verilmektedir. Yapı denetim firmalarına verilen bu cezalar dava konusu edilebilmektedir. Bu cezalara ilişkin davalarda, yargının önce bu firmalara imar Kanununa göre ceza verilemeyeceği görüşünü benimsediği görülmüştür. Daha sonra yargının, bu görüşten dönmeye başladığı anlaşılmıştır. Bu çalışmada yargının konuya ilişkin kararları tahlil edilecek; yapı denetim firmasına İmar Kanununa göre idarî para cezası verilip verilemeyeceği konusu incelenecektir.</p>
Anahtar Kelimeler: Yapı denetimi, Fennî mesul, İdarî para cezası, Kabahat, İmar hukuku.	

A Review About Under the Construction and Zoning Law Whether to Give or Not Fined to Building Audit Establishment: Technical Application Responsibility of The Building Audit Establishments

Article Info	ABSTRACT
Article History Received: 25.06.2020 Accepted: 27.11.2020 Published: 31.12.2020	<p>In law enforcement in our country building inspection work is done at local level. In this context, administrations charged with building inspection are municipalities and special provincial administrations. However, municipalities and special provincial administrations also receive technical support from some private persons on building inspections. Construction supervisors and technical officers are among the primary technical supporters to public administrations in the field of building supervision. In some cases, fines are issued by the special provincial administration council or the municipal council to the building inspection companies under the Zoning Code. These fines imposed on building inspection firms should be the subject of litigation. In cases related to these penalties it has been observed that the judiciary first adopted the view that these companies cannot be punished according to the zoning law. Later, it was understood that the judiciary started to turn from this view. In this study, these verdicts of the judiciary analyzed; the issue of whether an administrative fine can be imposed on the building inspection company according to the Zoning Law has been examined.</p>
Keywords: Building inspection, Technical responsible, Administrative fine, Misdemeanor, Zoning law.	

Atf/Citation: Özdemir, S. “Yapı Denetim Kuruluşuna İmar Kanunu Kapsamında Para Cezası Verilip Verilemeyeceği Hakkında Bir İnceleme: Yapı Denetim Kuruluşlarının Fennî Mesuliyet Sorumlulukları”, *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 3, S. 2, 2020, 182-207.



“This article is licensed under a [Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/). (CC BY-NC 4.0)”

GİRİŞ

Yapı Denetimi Hakkında Kanunda, “Yapı denetim kuruluşu: Bakanlıktan aldığı izin belgesi ile münhasıran yapı denetimi görevini yapan, ortaklarının tamamı mimar ve mühendislerden oluşan tüzel kişi” olarak tanımlanmıştır (m.1). Bu tüzel kişilerin neredeyse tamamının limited şirket statüsünde tüzel kişilik edindikleri müşahade edilmektedir. Şirket unvanlarında ise ekseriyetle “yapı denetimi” ibaresi yer almaktadır.

Şirket unvanında “yapı denetimi” ibaresi yer alan bu kuruluşlara bazı belediyeler tarafından, İmar Kanununun 42’nci maddesi kapsamında para cezaları verilmektedir. İmar Kanununun 42’nci maddesi kapsamında verilen para cezalarının iptali talebi ile açılan davalarda idarî yargının temyiz mercii olan Danıştay’ın uzunca bir süre “yapı denetimi kuruluşlarına İmar Kanununun 42’nci maddesine göre ceza verilemeyeceği” yönünde olduğu; temyiz merciinin bu tutumuna istinaden idarî yargı ilk derece mahkemelerinin ve istinaf mahkemelerinin büyük bölümünün de, İmar Kanununun 42’nci maddesinin yapı denetim kuruluşlarına uygulanmayacağından bahisle, belediye encümenleri tarafından verilen cezaların iptaline karar verdikleri gözlenmektedir. Ancak başta Danıştay olmak üzere, idarî yargı mahkemelerinin yavaş yavaş bu görüşten de dönmeye başladıkları da dikkati çekmektedir. Bu konuya ilişkin kararların muhteviyatına aşağıda değinilecektir.

Bu çalışmada, yapı denetim kuruluşu unvanlı şirketlere İmar Kanununa göre ceza vermenin mümkün olup olmadığı, mümkünse bunun yasal dayanağının ne olduğu hususu incelenmeye çalışılacaktır. Bu kapsamda evvelâ yapı denetiminin konusuna, yapı denetiminin kolluk niteliğine ve konuyla ilgisi bakımından yapı denetim kuruluşlarının sorumluluklarına değinilecektir. Ardından çalışmada, unvanında “yapı denetimi” yazan tüzel kişinin İmar Kanunu kapsamında görevlerinin ve sorumluluklarının olup olmadığı tartışılarak bir sonuca varılmaya çalışılacaktır. Ancak çalışma konusunun daha çok yargı kararları etrafında şekillendiğini çalışma girişinde vurgulamak uygun olacaktır. Zira çalışma konusuna ilişkin akademik çalışmalar mevcut olmadığından, bu çalışmada tahliller mevzuat ve yargı kararları etrafında yapılarak bir sonuca varılmıştır.

Öte yandan; Yapı Denetimi Hakkında Kanunun 1/1’inci maddesinde, Yapı Denetimi Hakkında Kanun kapsamında kalmayan yapılardan bahsedilmiştir. Yapı Denetimi Hakkında Kanun kapsamında olmadığı belirtilen yapıların, yapı ruhsatı alarak inşa edilmesi zorunlu olanlarının denetimleri ve fennî mesuliyet işlemleri Yapı Denetimi Hakkında Kanuna göre değil, İmar Kanununa göre yürütülmektedir. Bu itibarla; bu çalışma kapsamındaki açıklamaların, Yapı Denetimi Hakkında Kanun kapsamında kalmayan yapıları değil, yapı denetimine tabi olan yapıları kapsamaktadır.

YAPI DENETİMİNİN KONUSU

Denetim, plânlanan eylem ile gerçekleşen eylemin karşılaştırılması ve bu karşılaştırma neticesinde gerçekleşen durumun plânlanan durumdan saptığının belirlenmesi halinde, bu sapmanın sebebini bulma, bu sebepleri ortadan kaldırarak plânlanan duruma ulaşılması süreci olarak açıklanabilir¹. Zira gerçekleşen olay ile gerçekleşmesi istenilen sonuçların karşılaştırılması, denetim ile mümkündür².

Öte yandan; etkin bir yapı denetimden bahsedebilmek için, bir plânın ve planlama aracının olması şarttır³. Plâna ve plânlama aracına göre, inşa sonucu ortaya çıkan ürünün mukayese edilmesi ve denetlenmesi mümkün olabilecektir. Mevzuatta ise, bir yapının inşa edilme sürecinin denetlenmesi

¹ PALA Murat / DEMİR, Mehmet Şirin, “Güneydoğu Anadolu Bölgesinde Yapı Denetimi Uygulamasında Karşılaşılan Sorunlar Ve Bu Sorunlara İlişkin Çözüm Önerileri”, *Adıyaman Üniversitesi Mühendislik Bilimleri Dergisi*, Y. 2017, S. 6, s.21.

² PALA / DEMİR, s.21.

³ PALA / DEMİR, , s.21.

suretiyle hem yapının proje denetiminin, hem de yapının inşasının (kendisinin) denetlenmesinin amaçlandığı belirtilmiştir.

Yapı Denetimi Hakkında Kanun hükümlerine göre, yapının projesinin denetimi ve yapının kendisinin denetimi sağlanınca “imar plânına, fen kurallarına, sanat kurallarına, sağlık kurallarına ve standartlara uygun biçimde, ‘kaliteli yapı’ yapılmış olacaktır” (m.1). Bu noktada “imar plânına, fen kurallarına, sanat kurallarına, sağlık kurallarına ve standartlara uygun biçimde, ‘kaliteli yapı’ yapmak” ile ne amaçlanmaktadır?” sorusunun cevabı, yapı denetiminin amacını daha iyi ortaya koyacaktır. Bu soruyu kanun koyucu, “can güvenliğini ve mal güvenliğini temin etmek” şeklinde cevaplamaktadır. Dolayısıyla yapı denetimi müessesesi esas olarak, can güvenliğini ve mal güvenliğini temin edecek biçimde kaliteli yapıların yapılması konusu ile ilgilenmektedir. Diğer bir deyişle, “projenin hazırlanması ve ardından başlanan inşâ faaliyet süresince” (yapı kullanma izin belgesi verilmesi sürecine kadar) imar plânına, fen kurallarına, sanat kurallarına, sağlık kurallarına ve standartlara “uygunluğun” sağlanıp sağlanmadığının denetlenmesi hususu, yapı denetiminin konusuna girmektedir.

Bu yönüyle yapı denetimi, her yapının türü ve kendi özellikleri dikkate alınarak fonksiyonellik, güvenilirlik ve ekonomiklik özelliklerini sağlamak amacı ile sistem bütünlüğü içinde yapının her parçası için projeler ve ilgili mevzuat – standart - şartname ve talimatnamelere uygunluğu; ayrıca ekonomi ve çevre değerlerini, zaman, estetik, konfor kayıplarını önlemeye yönelik laboratuvar dâhil her türlü teknik ve idarî çalışmaların, incelemelerin ve faaliyetlerin tümüdür şeklinde açıklanabilir⁴.

YAPI DENETİMİNİN KOLLUK NİTELİĞİ

Ülkemizin deprem kuşağında yer alması, ülkemizde yaşayan insanları her an deprem tehlikesi ile karşı karşıya bırakmaktadır⁵. İnsanları deprem tehlikesinden korumak, deprem öncesinde - deprem sırasında ve deprem sonrasında gerekli önlemleri almak, bunun için kurallar koymak ve bu kuralların uygulanmasını sağlamak, devletin en önemli görevlerinden birisidir⁶. Nitekim 7.5 büyüklüğündeki Gölcük Depremi ve 7.2 büyüklüğündeki Van Depremi, büyük çapta can ve mal kaybına neden olmuştur. Gelişmiş ülkelerde aynı büyüklükteki depremlerde ortaya çıkan kayıpların, ülkemizdeki kayıplara göre az olmasının nedenleri incelenmiş ve gelişmiş ülkelere göre ülkemizdeki yapıların kalitelerinin düşük olması ve yapıların denetimsiz şekilde imâl edilmesi, ülkemizdeki kayıpların fazla olmasının nedenlerinden en önemlisi olduğu anlaşılmıştır⁷.

Esasında Tanzimat döneminden itibaren başlayarak yapılara ilişkin kurallar getirildiği bilinmekle birlikte, yapı denetimine ilişkin modern kuralların Cumhuriyet dönemi ile birlikte mevzuatımızda yer almaya başladığı görülmektedir. Bu kapsamda 1930 yılında 1580 sayılı “Belediye Kanunu” ve “Umumi Hıfzıssıhha Kanunu” ile başlayan süreç, 1933 yılında “Belediye, Yapı ve Yollar Kanunu”, 1944 yılında “Yer Sarsıntılarında Evvel ve Sonra Alınacak Tedbirler Hakkında Kanun” ile devam etmiş⁸; nihayetinde 2001 yılında Yapı Denetimi Hakkında Kanun çıkarılarak, yapı denetimi konusuna ilişkin norm süreci devam etmiştir.

⁴ KURAL, Recep / ÜNAL, Osman, “İnşaat Sektöründe Yapı Denetimi ve Afyonkarahisar İlindeki Uygulamaların Araştırılması”, *Afyon Kocatepe Üniversitesi Fen ve Mühendislik Bilimleri Dergisi*, Y. 2015, S. 15, s.1.

⁵ ÖMÜRBEK, Nuri / KARAATLI, Meltem / CÖMERT Hafize Gonca, “Ahp-Saw Ve Ahp-Electre Yöntemleri ile Yapı Denetim Firmalarının Değerlendirmesi”, *Yönetim Bilimleri Dergisi*, C. 14, S. 27, Y. 2016, s. 172.

⁶ ÖMÜRBEK v.d., s.172.

⁷ DAVRAZ, Metin / BAŞPINAR, Ebru, CEYLAN, Hakan, “Yapı Denetim Kurumları Öncesi Isparta ve Yakın Çevresindeki Hazır Beton Kalitesi”, *Teknik Bilimler Dergisi*, Y. 2012, C. 2, S. 1, s.18.

⁸ ATABEY, İsmail İsa / BOZDOĞAN, Kanat Burak, “Yapı Denetim Kanunu Uygulamalarında Sivas Örneği”, *Engineering Sciences*, C. 7, S. 1, Y. 2012, s.120. KURAL / ÜNAL, s.1.

Anayasa Mahkemesi, yapı denetiminin özünün deprem, heyelan, toprak kayması, çığ düşmesi, sel gibi tabii afetlerden kaynaklanan yapı hasarlarının önlenmesi ve hasarların en aza indirilmesiyle birlikte; yapının varlığının, insan sağlığını ve insan hayatını güvence altına alacak şekilde sürdürülmesi, bu suretle toplum düzeninin sağlanması olduğunu belirtmektedir⁹. İnsanların barınarak, üreterek, çalışarak ya da sosyal ve kültürel faaliyetlerde bulunarak hayatlarının önemli bir bölümünü içinde geçirdikleri yapılarda can ve mal güvenliklerine ilişkin endişe duymadan yaşayabilmeleri, yapıların doğru projelendirilmesi ve doğru imal edilmesine, etkili bir yapı denetiminin sağlanmasına bağlıdır¹⁰.

Bu sebeple yapıların güvenli şekilde imâl edilmeleri gerekmektedir ve yapıların güvenli şekilde imâl edilmesinde, kamu yararı bulunmaktadır. Yapıların gerek tasarım, gerek imalat aşamasında insanların can ve mal güvenliğini sağlamak amacıyla denetlenmeleri gerekmekte olup¹¹; bu yönüyle yapı denetimi süreci de başlı başına bir kolluk/zabıta faaliyetinin yürütülmesi işini ihtiva etmektedir. Zira imar hukuku bağlamında mekâna etki eden plânlama işlemleri ile plânlara zemine tatbikine dair uygulama işlemlerinin tamamı kolluk faaliyeti kapsamında kalmaktadır¹². Bu açıdan “imar hukukunun bütün işlemleri, kolluk niteliğindeki işlemlerdir”¹³. Bu husus, bir imar plânının kolluk/zabıta niteliğinin mevcut olduğuna, keza bir yapı ruhsatının yahut yapı kullanma izninin de kolluk/zabıta niteliğinin mevcut olduğuna işaret etmektedir. Bu bağlamda yapı denetimi de, kolluk faaliyetleri kapsamında yürütülen işlerin bir parçasıdır.

Ancak belirtmek gerekir ki, “proje denetimi ve yapı denetimi görevi, İmar Kanununa göre (esas olarak) belediyelere ve il özel idarelerine ait bir görevdir”¹⁴. Dolayısıyla yapılardaki kolluk/zabıta, diğer bir ifadeyle denetim yetkisinin asli sahibi, belediyeler ve il özel idareleridir.

Nitekim Anayasa Mahkemesi de, yapıların denetimi konusunda Yapı Denetimi Hakkında Kanun ile yeni ve özel bir düzenlemeye gidildiğini; yapıların denetiminin, “Devletin denetim yetkisi saklı kalmak kaydıyla”, yapı denetim kuruluşu adı verilen özel hukuk tüzel kişilerine verildiğini ifade etmektedir¹⁵. Anayasa Mahkemesi’nin bu değerlendirmesi de, yapı denetiminde asli görevin idareye ait olduğunu, yapı denetim firmalarının denetim yapmasının ilgili idarelerin denetim yetkilerini ortadan kaldırmadığını göstermektedir.

Bilindiği üzere mahallî idareler, mahallî müşterek nitelikteki ihtiyaçları karşılamak üzere kurulmuşlardır¹⁶. Mahallî idare teşkilâtlarına, bu ihtiyaçları karşılamaya yönelik görevler ve bu görevlerin ifasına yönelik yetkiler verilmiştir. Sorumluluk sahalarındaki “proje denetimi ve yapı denetimi görevi” de, belediye bakımından ve il özel idaresi bakımından mahallî müşterek ihtiyacın karşılanması görevi kapsamında kalan işlerdendir. Anayasa Mahkemesi, Yapı Denetimi Hakkında Kanun ile yapı denetim kuruluşlarına mahallî nitelikteki müşterek ihtiyaçların karşılanmasında belediyelere ve il özel idarelerine “teknik destek görevi”nin verildiğini söylemektedir¹⁷. Buna göre, yapı denetim kuruluşlarına, belediyeye ve il özel idaresine proje denetiminde ve yapı denetiminde teknik destek sağlayan şirketlerdir denilebilir. Fakat yapı denetim kuruluşlarının denetleme yetkisinin içeriğinde, tek başına kamu gücünün kullanılması ve bu bağlamda icraî bir idarî yetki kullanma hali söz konusu değildir. Zira yapı denetim kuruluşu, projede

⁹ Anayasa Mahkemesinin 03.11.2011 tarih ve E: 2010/75, K: 2011/150 sayılı kararı.

¹⁰ Anayasa Mahkemesinin 03.11.2011 tarih ve E: 2010/75, K: 2011/150 sayılı kararı.

¹¹ Anayasa Mahkemesinin 03.11.2011 tarih ve E: 2010/75, K: 2011/150 sayılı kararı.

¹² ÖZDEMİR, Selman, “Yapı Ruhsatının Kolluk / Zabıta Niteliği”, *Mahallî İdareler Dergisi*, S. 51, Mart 2017, s.6.

¹³ ÖZDEMİR, Selman, *İmar – İdare Hukukunda Kazanılmış Hak*, Adalet Yayınları, Ankara, 2019, s.391.

¹⁴ Anayasa Mahkemesinin 29.11.2012 tarih ve E: 2011/106, K: 2012/192 sayılı kararı.

¹⁵ Anayasa Mahkemesinin 03.11.2011 tarih ve E: 2010/75, K: 2011/150 sayılı kararı.

¹⁶ GÖZLER, Kemal, *Mahallî İdareler Hukuku*, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa, 2018, s.72-73.

¹⁷ Anayasa Mahkemesinin 09.11.2002 tarih ve E: 2001/377, K: 2002/59 sayılı kararı.

ve yapıda herhangi bir mevzuata aykırılığın olduğunu tespit etmesi halinde, durumu ilgili idareye bildirmekle görevli olup, kamu gücünü kullanarak icraî idarî işlemi uygulama görevi ve yetkisi, kural olarak ilgili idarede bulunmaktadır.

Anayasa Mahkemesi ilâveten, yapı denetim kuruluşlarının hizmetlerinin, diğer bir deyişle yapı denetimi kuruluşlarının proje denetimine ve yapı denetimine yönelik mahallî idarelere teknik destek verme işlerinin, devletin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü olduğu aslî ve sürekli görevler arasında bulunmadığını ifade etmiştir¹⁸. Bu bakımdan yapı denetim kuruluşlarının bir kolluk teşkilâtı ya da kolluk birimi olmadığı, ancak mahallî idarelerin imar kolluğu faaliyetinin yardımcı elemanları olarak işlev gördükleri söylenebilir.

Netice itibarıyla kamu düzeni, kamu güvenliği ve kamu yararı amacıyla ihdas edilen yapı denetimi müessesesi ile yapı denetim kuruluşlarına, mahallî idarelerin yerine geçme ve onlar gibi karar alma yetkisi verilmemiş, mahallî nitelikteki müşterek ihtiyaçların karşılanması için mahallî idarelere teknik destek sağlanması işi verilmiştir¹⁹. Ayrıca, yukarıda da ifade edildiği üzere, Yapı Denetimi Hakkında Kanun ile, İmar Kanunu'nu ile düzenlenen mahallî idarelerin yapı denetim yetkileri de kaldırılmamıştır²⁰.

YAPI DENETİM KURULUŞUNUN SORUMLULUKLARI

Bu başlık altında yapı denetim kuruluşlarının sorumluluklarının neler olduğunun tek tek sayılması yerine; konuyla olan ilgisi bağlamında, yapı denetim kuruluşlarının sorumluluk türlerine kısaca değinilerek, ardından idarî sorumluluk kapsamında yaptırım uygulanması hususu incelenmiştir.

Hukukî Sorumluluk

Yapı denetim kuruluşunun sorumluluğunu hukukî sorumluluk, cezaî sorumluluk ve idarî sorumluluk olarak üçe ayırmak mümkündür. Hukukî sorumluluğu evvela kendi içerisinde, yapı denetim kuruluşunun yapı sahibine olan hukukî sorumluluğu ve yapı denetim kuruluşunun ilgili idareye olan hukukî sorumluluğu olarak ikiye ayırmak mümkündür.

Hukukî sorumluluk, kişinin başkasına verdiği zarar sebebiyle ortaya çıkan zararın giderilmesi yükümlülüğü olarak ifade edilebilir²¹. Başka bir deyişle hukukî sorumluluk, iki patrimonium arasında bozulan ekonomik dengenin yeniden kurulmasını amaçlayan, bunun yaptırım gücünü içine alan bir kurumdur²². Bir eylem neticesinde ortaya çıkan zarardan kimin sorumlu olduğunu gösteren, zarar görenin, zarar verenden zararını telafi etmesine dair talep hakkını düzenleyen normlar bütünüdür²³. Sorumluluk hukuku, “haksız fiil sorumluluğu” ve “sözleşme sorumluluğu” olarak iki türde kendisini göstermekte olup; haksız fiil sorumluluğu, objektif ve soyut hukuk kurallarının yüklediği bazı yükümlülüklerin ihlâlinden doğarken; sözleşme sorumluluğunun esasını, hukuka aykırılık değil, “borca -sözleşmeye- aykırılık” oluşturmaktadır²⁴. Söz konusu hukukî sorumluluk türleri ayrı ayrı ortaya çıkabileceği gibi; bir davranış hem sözleşmeye aykırılık oluşturabilir hem de haksız fiil niteliğinde olabilir²⁵.

¹⁸ Anayasa Mahkemesinin 03.11.2011 tarih ve E: 2010/75, K: 2011/150 sayılı kararı.

¹⁹ Anayasa Mahkemesinin 09.11.2002 tarih ve E: 2001/377, K: 2002/59 sayılı kararı.

²⁰ Anayasa Mahkemesinin 09.11.2002 tarih ve E: 2001/377, K: 2002/59 sayılı kararı.

²¹ ÖZEN, Mustafa, “İş Kazalarında Hukuki, Cezai ve İdari Sorumluluk”, *Ankara Barosu Dergisi*, Y. 2015, S. 2, s.189.

²² ESİN, Yüksel, *İdarenin Hukukî Sorumluluğu*, Balkanoğlu Matbaacılık, Ankara, 1973, s.14.

²³ ÖZEN, s.189.

²⁴ DEMİRCİOĞLU, Huriye Reyhan, “Sorumluluk Hukukunun İkili Yapısının Aşılması Çabalarının Ürünleri Olarak Culpa In Contrahendo Ve Güven Sorumlulukları”, *Sorumluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu-2009, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları*, Ankara, 2009, s.219.

²⁵ REİSOĞLU, Safa, *Borçlar Hukuku – Genel Hükümler*, Beta Yayınları, İstanbul, 2004, s.333.

Yapı denetim kuruluşunun yapı sahibi ile olan ilişkisine bakıldığında, bu süreçte yapı sahiplerinin; yapının ruhsat ve eklerine, fen kurallarına, sanat kurallarına ve sağlık kurallarına aykırı, eksik, hatalı ve kusurlu yapılmış olmasına karşı korundukları gözlenmektedir. Bu kapsamda denetimi yapan yapı denetim kuruluşlarına, görevlerini gereklerine uygun şekilde yapmalarına yönelik sorumluluklar yüklenmiştir²⁶. Her şeyden evvel yapı denetim hizmeti; yapı denetim kuruluşu ile yapı sahibi arasında akdedilen hizmet sözleşmesi hükümlerine göre yürütülmektedir. Bu sözleşmede; taahhüt edilen hizmetin konusu, hizmetin yeri, inşaat alanı, inşa süresi, varsa yapı sahibi ile yapı müteahhidi arasında akdedilen sözleşmede yer alan yapının fizikî özellikleri, yapı denetimi hizmet bedeli, yapı denetiminde görev alacak teknik personelin listesi ve tarafların diğer yükümlülükleri yer almaktadır. Bu açıdan yapı denetim kuruluşunun sözleşme ilişkisi dolayısıyla ve denetim esnasındaki haksız fiil niteliğindeki davranışlarının sonuçları dolayısıyla yapı sahibine karşı hukukî sorumluluğu bulunmaktadır.

Ayrıca yapı denetim kuruluşunun ilgili idareye karşı hukukî sorumluluğu da bulunmaktadır. Yapı denetimine ilişkin süreçte aslî görevin ilgili idarelerde olması nedeniyle, yapı denetiminin gereği gibi ifa edilmemesi sebebiyle “hizmet kusuruna dayanarak” ilgili idareler aleyhine açılacak olan tam yargı davaları sonucunda, ilgili idarelerin (belediyenin veya il özel idaresinin) bir tazminat ödemesi durumunda, ilgili idarenin yapı denetim kuruluşuna ödediği tazminatı rücu etmesi mümkündür. Bu husus da yapı denetim kuruluşunun hukukî sorumluluğu kapsamında kalan bir konudur.

Öte yandan; yapı denetim kuruluşunun bir de kanundan kaynaklanan hukukî sorumluluğu bulunmaktadır. Yapı alanında, yapı işleri kapsamında kazı, yarma, doldurma, hafriyat, inşaat, montaj, tadilat, söküm, boyama, restorasyon, tamir, yıkım, elektrik, doğrama gibi çeşitli sanat, inşaat ve mühendislik işleri yürütülmektedir²⁷. Bu işlerin yürütülmesi esnasında çalışanın düşmesi, çalışanın üzerine malzeme düşmesi, elektrik çarpması, yapı makinesi kazaları, çökme ve göçüğe bağlı kazalar, şantiye içi trafik kazaları, patlayıcı madde kullanımına bağlı kazalar, montaj vd işlere bağlı kazalar dolayısıyla pek çok ölüm ve yaralanma olayları ortaya çıkabilmektedir²⁸. Yapı denetim sisteminin, inşa faaliyet esnasında iş sağlığı ve güvenliği konusunda tespit edilecek eksikliklerin giderilmesini temin bakımından da bir takım ödevleri bulunmaktadır²⁹. İş sağlığı ve güvenliği noktasında gereken denetim, uyarı ve bildirim ödevlerinin objektif olarak, usûlünce yerine getirilmemesi halinde, yapı denetim kuruluşunun meydana gelecek zarar verici olaydan ötürü sorumluluğu ortaya çıkacaktır ki; bu durum da yapı denetim kuruluşunun kanundan kaynaklı olan hukukî sorumluluğu kapsamında kalmaktadır³⁰.

Cezaî Sorumluluk

Yapı denetim kuruluşlarının bir diğer sorumluluğu ise, cezaî sorumluluktur. Burada kastedilen cezaî sorumluluk, Türk Ceza Kanununa ilişkin cezaî sorumluluktur. Yapı Denetimi Hakkında Kanunda kuruluşun ortakları, yöneticileri, mimarları ve mühendisleri, yapı müteahhidi, şantiye şefi, proje müellifi gerçek kişiler ile laboratuvar görevlileri, görevi kötüye kullanma suç isnadının sübuta ermesi halinde, hapis cezası ile cezalandırılacaklardır³¹. Esas çalışma konusu cezaî sorumluluk olmadığından, bu sorumluluk türüne ilişkin detaylı açıklama yapılması yerinde görülmemiştir.

²⁶ Anayasa Mahkemesinin 21.01.2010 tarih ve E: 2008/94, K: 2010/13 sayılı kararı.

²⁷ DUMAN, Barış, “4708 Sayılı Kanun Çerçevesinde Yapı Denetim Kuruluşunun İş Sağlığı ve Güvenliği Sorumluluğu”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Y. 2019, S. 143, s.285.

²⁸ Duman, s.286.

²⁹ Duman, s.287.

³⁰ Duman, s.299 vd.

³¹ KIRANER, Cihan, “Yapı Denetimi Kuruluşları ve Türkiye’de Yapı Denetimi Uygulamaları”, <http://www.leventbicakci.com/cihan.pdf>, s.8, erişim tarihi 18.06.2020.

İdarî Sorumluluk

Hukukî sorumluluğun haricinde, yapı denetim kuruluşlarının idareye karşı sorumluluk olarak ifade edilebilecek, idare hukukuna ve kabahatler hukukuna müteallik sorumlulukları da bulunmaktadır. Bu sorumluluğun “fennî mesuliyet” sorumluluğu olarak ifade edilmesi mümkündür³².

Yapı denetim kuruluşunun idareye karşı sorumlulukları, daha çok bu kuruluşların ilgili idarelere yönelik üstlendikleri görevlerle ilgilidir³³. Yapı denetim kuruluşunun idareye karşı sorumluluklarının (esas olarak) iki kanuna dayalı olduğu görülmektedir. Bu bağlamda yapı denetim kuruluşlarının idareye karşı sorumluluklarını Yapı Denetimi Hakkında Kanuna göre sorumluluk ve İmar Kanununa göre sorumluluk olarak iki başlık altında ele almak mümkündür.

Yapı Denetimi Hakkında Kanunda ve bu Kanun ile ilgili olan mevzuatta öngörülen esaslara göre denetim görevini yerine getirmediği tespit edilen yapı denetim kuruluşlarına, Yapı Denetimi Hakkında Kanunun 8’inci maddesinde yer verilen idarî yaptırımlar uygulanacaktır. Yapı Denetimi Hakkında Kanunda idarî yaptırımların, “yapı denetim kuruluşu tüzel kişiliğine yönelik idarî yaptırımlar” ve yapı denetim şirketinde çalışan “gerçek kişi teknik personele yönelik idarî yaptırımlar” olarak iki şekilde kurgulandığı görülmektedir. Yapı denetim kuruluşu tüzel kişiliğine yönelik idarî yaptırımları ise; i) Para cezası, ii) Bir yıl yeni iş almaktan men cezası, iii) İzin belgesinin iptal edilerek faaliyete son verme yaptırımı şeklinde özetlenebilir.

Yapı denetim kuruluşunun idareye karşı sorumluluğunun bir diğer yasal dayanağı ise, İmar Kanunu’dur. İmar Kanununun 42’nci maddesine göre, tüzel kişi şirkete para cezası verilmektedir. Bu çalışmanın ana konusu, yapı denetim kuruluşunun idareye karşı İmar Kanunu kapsamındaki sorumluluğu ve sorumluluğu yerine getirmemenin müeyyidesidir. Diğer bir ifadeyle İmar Kanunu kapsamında yapı denetim kuruluşlarına ceza verilip verilemeyeceği bu çalışmada incelenmektedir.

YAPI DENETİM ŞİRKETİNE İMAR KANUNUNUN 42’NCİ MADDESİ KAPSAMINDA İDARİ PARA CEZASI VERİLİP VERİLEMeyeceğİNİN İNCELENMESİ

İlgili Yargı Kararlarının Özeti

Bu başlık altında, ülkedeki her bir mahkemede ne tür kararlar verildiği incelenmeyecektir. Zaten çalışmanın konusu da bu değildir. Bu başlık altında, yapı denetim kuruluşlarına İmar Kanununa göre para cezası verilebilecek midir? Verilemeyecek midir? Konusunda yargı tarafından ortaya konan iki ana görüşe değinilecektir. Bu görüşlerden ilki, yapı denetim kuruluşlarına İmar Kanununa göre ceza verilemeyeceği noktasında toplanmakta iken, görüşlerden diğeri de ceza verilebileceği noktasında toplanmaktadır.

Konuyla ilgili yargı kararlarına bakıldığında, yargı kararlarının başlangıçta yapı denetim kuruluşlarına hangi sıfatla olursa olsun, İmar Kanununa göre ceza verilemeyeceği yönünde iken, bu makalenin kaleme alınmaya başladığı tarihten sonra bu görüşün değiştiği ve yapı denetim kuruluşuna İmar Kanununa göre ceza verilebileceğinin kabul edildiği anlaşılmaktadır.

³² AKBIYIKLI, Rıfat / OPOÇİN, Gülhan / AKDEMİR, Merve / GÜNDÜZ, Emre, “Türkiye’de Yapı Denetim Kavramı, Amacı, Yasal Dayanağı ve Uygulamaları Üzerine Bir İnceleme”, *Uluslararası Katılımlı 7. İnşaat Yönetimi Kongresi Bildiriler Kitabı*, TMMOB İnşaat Mühendisleri Odası Samsun Şubesi Yayınları, Samsun, 2017, s.222.

³³ AKAT, Ali, “4708 Sayılı Yapı Denetimi Hakkında Kanun Ve İlgili Mevzuatında; Kontrol Elemanı İnşaat Mühendislerinin Görev Ve Sorumlulukları”, *Yapı Denetimi Bilgilendirme Sunumu*, TMMOB İnşaat Mühendisleri Odası İzmir Şubesi, İzmir, 2016, s.3 vd., http://www.imo.org.tr/resimler/dosya_ekler/42beb6074c14528_ek.pdf?tipi=2&turu=X&sube=16, erişim tarihi 18.06.2020.

Yapı denetim kuruluşlarına İmar Kanununa göre ceza verilemeyeceği görüşü esas olarak, “bir yapı denetim şirketinin görev ve sorumlulukları ile uygulanacak idarî yaptırımların Yapı Denetimi Hakkında Kanunda düzenlendiği, (yapı denetim kuruluşlarının) İmar Kanununda düzenlenen fennî mesullük yetkilerinin ve sorumluluğunun bulunmadığı, dolayısıyla söz konusu inşaatın ruhsat ve eklerine aykırı yapılmasından yapı denetim kuruluşunun fennî mesul olarak sorumlu tutulamayacağını; bu nedenle yapının ruhsat ve eklerine aykırı yapıldığından bahisle yapı denetim kuruluşuna fennî mesul sıfatı ile İmar Kanununun 42’nci maddesi kapsamında para cezası verilmesinin hukuka aykırı olduğu” düşüncesine dayanmaktadır³⁴.

Danıştay da, “fennî mesullerin denetimi olmaksızın inşaat ve tesisatlara ilişkin yapım işlerinin sürdürülemeyeceği yolundaki İmar Kanununun 28’inci maddesi ile yapı denetim kuruluşlarının sorumluluğunu düzenleyen Yapı Denetimi Hakkında Kanun maddeleri birlikte incelendiğinde; yapı denetim şirketinin görev ve sorumlulukları ile uygulanacak idarî yaptırımların Yapı Denetimi Hakkında Kanun maddelerinde düzenlendiği, uyumsuzluk konusu inşaatın ruhsat ve eklerine aykırı yapılmasından dolayı yapı denetim kuruluşunun İmar Kanunu kapsamında para cezasıyla cezalandırılmayacağı; yapı denetim şirketine İmar Kanununun 42’nci maddesi uyarınca para cezası verilmesine ve cezanın tahsili amacıyla tesis edilen işlemde hukuka uygunluk bulunmadığı” görüşündedir³⁵. Danıştay’ın bu görüşünü 4 Kasım 2019 tarihine kadar sürdürdüğü; nitekim konuya ilişkin olan ve yukarıdaki görüş doğrultusunda verilen son karar olan 4 Kasım 2019 tarihli kararda da, yukarıdaki gerekçelere yer verildiği görülmüştür³⁶.

Yaptığımız incelemede, Danıştay’ın 28 Kasım 2019 tarihinden itibaren görüş değiştirdiği gözlenmektedir. Bu tarihten itibaren verdiği kararlarda, yapı denetim kuruluşuna İmar Kanununa göre para cezası verilebileceği yönünde kararlar verdiği görülmektedir³⁷. Danıştay’ın bu yöndeki kararları ise, “yapı denetim kuruluşlarının fennî mesul hükümlerine tabi olduğu” düşüncesine dayanmaktadır.

Durumun Değerlendirilmesi

Yapı denetim kuruluşuna İmar Kanunu kapsamında para cezası verilip verilemeyeceğinin açıklığa kavuşturulabilmesi için, yapı denetim kuruluşuna İmar Kanununa ilişkin bir görev ve sorumluluk verilip verilmediğinin incelenmesi gerekmektedir. Esasında İmar Kanununda, yapı denetim kuruluşuna ceza verileceğine yönelik bir hüküm bulunmamaktadır. Belediye ve il özel idaresi encümenleri de, yapı denetim kuruluşu sıfatlarına istinaden bu şirketlere para cezası vermemektedirler. İmar Kanununda, fennî mesullerin sorumlulukları ile fennî mesullere para cezası verilmesine ilişkin hükümlere yer verilmiştir. Belediye (ve il özel idaresi) encümenleri de fennî mesuliyet görevinin mevzuata uygun yerine getirilmemesi nedeniyle yapı denetim kuruluşlarına ceza vermektedirler.

Bu bağlamda, yapı denetim unvanlı bir şirkete İmar Kanunu kapsamında para cezası verilip verilmeyeceğinin açıklığa kavuşturulabilmesi için;

i) Evvelâ yapı denetim kuruluşlarının fennî mesullük görevlerinin olup olmadığının ele alınması,

ii) Sonra yapı denetim kuruluşunun fennî mesullük görevinin mevcut olduğuna kanî olunursa, yapı denetim kuruluşunun hangi mevzuat/mevzuatlar kapsamında fennî mesuliyet görevlerinin ve sorumluluklarının bulunduğu incelenmesi,

³⁴ Konya Bölge İdare Mahkemesi 2’nci İdarî Dava Dairesinin 09.05.2019 tarih ve E: 2018/1786, K: 2019/999 sayılı kararı.

³⁵ Danıştay 6 ncı Dairesinin 15.10.2019 tarih ve E: 2019/7029, K: 2019/9400 sayılı kararı.

³⁶ Danıştay 6 ncı Dairesinin 04.11.2019 tarih ve E: 2019/5807, K: 2019/10218 sayılı kararı.

³⁷ Danıştay 6 ncı Dairesinin 28.11.2019 tarih ve E: 2019/20126, K: 2019/12558 sayılı kararı.
Danıştay 6 ncı Dairesinin 24.12.2019 tarih ve E: 2019/5398, K: 2019/14931 sayılı kararı.

iii) Arından, fennî mesuliyet sebebiyle yapı denetim kuruluşuna İmar Kanunu kapsamında ceza uygulanıp uygulanamayacağını tartışılması icab etmektedir.

Fennî Mesuliyet Kavramı

Fen kelimesi, “fenn” kelimesinin günümüz Türkçesine dönüşmüş halidir. “Fenn” (فن) kelimesi bilim, teknik, ilim, hüner, sanat mânâlarına gelmektedir³⁸. “Fennî mesuliyet” tamlamasında kullanılan “Fennî” (فنى) kelimesi ise fen ile ilgili olan, bilimsel yöntemlere ve tekniğe uygun biçimde yapılan anlamlarına gelmektedir³⁹. Yine “fennî mesuliyet” tamlamasında yer alan ve günümüzde “mesuliyet” olarak ifade edilen kelime ise aslında “mesuliyet” şeklinde kullanılan bir kelimedir. Mesuliyet (مسئولية) kelimesi de sorumlu olma, sorumluluk anlamına gelmektedir⁴⁰. Kelime mânâlarından yola çıkıldığında “fennî mesuliyet” kavramının bir işin teknik yönünden sorumlu olma, işin bilime – sanat kurallarına – teknik kurallara uygun olup olmamasından mesul olma halini ifade ettiği söylenebilir.

Mevzû anlamda ise, bir inşaatın bilime – sanat kurallarına ve teknik kurallara uygun olup olmadığına ilişkin sorumluluğa, “fennî mesuliyet” adı verilmektedir. Planlı Alanlar İmar Yönetmeliğinde⁴¹ “Fennî mesul: Yapının tüm malzemeleri ve tesisatı ile birlikte plâna, ruhsata, ruhsat eki etüt ve projelere, standartlara, teknik şartnâmelere uygun olarak inşa edilmesinin kamu adına denetimini üstlenen, ruhsat eki etüt ve projelerin gerektirdiği uzmanlığı haiz meslek mensupları” olarak tanımlanmıştır (m.4/aa).

İmar Kanununda ise, “Fennî mesul mimarlar ve mühendisler uzmanlık alanlarına göre; yapının, tesisatı ve malzemeleri ile birlikte bu Kanuna, ilgili diğer mevzuata, uygulama imar plânına, ruhsata, ruhsat eki etüt ve projelere, standartlara ve teknik şartnâmelere uygun olarak inşa edilmesini denetlemekle görevlidir” hükmüne yer verilmiştir (m.26/1).

İmar Kanunundaki ve Planlı Alanlar İmar Yönetmeliğindeki bu hükümlerden fennî mesuliyeti; “mimarî fennî mesuliyet”, “statik fennî mesuliyet” ve “tesisat fennî mesuliyet” olarak sınıflandırmak mümkündür. Buna göre yapının fennî mesuliyeti konusu, ilgisi ve yapım aşamasına göre mimar, inşaat mühendisi, makina mühendisi ve elektrik mühendisi tarafından ayrı ayrı yürütülmektedir. Fakat ilgili idare, yapıya ilişkin olarak mimarî proje – statik proje ve tesisat proje haricinde başka ek projeler bulunmakta ise, bu ek proje hangi meslek alanını ilgilendirmekte ise, bu meslek alanından Yönetmelikte “meslek adamı” diye tabir edilen kişilerin ek projelerin fennî mesuliyetini istemesi zorunludur.

Fennî mesuller, teknik uygulama sorumlusu olarak iş alan serbest mimarları ve serbest mühendisleri ifade etmektedir⁴². İmar Kanununda yapım ve denetim ayrı sorumluluklar olarak düzenlenmiş olup; fennî mesul, yapım işlerinin teknik denetiminden sorumlu olanları kapsamına almaktadır⁴³.

Fennî mesullerin, inşaatın başlamasından inşaatın tamamlanması sonrasında, yapı kullanma izin belgesi aşamasına kadar, hatta yapı kullanma izin belgesine ilişkin olarak sorumlulukları bulunmaktadır.

³⁸ KANAR, Mehmet, *Osmanlı Türkçesi Sözlüğü*, Say Yayınları, İstanbul, 2009.

DEVELLİOĞLU, Ferit, *Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lûgat*, Aydın Kitabevi Yayınları, Ankara, 2007, s.256.

³⁹ DEVELLİOĞLU, s.256. Türk Dil Kurumu, “Fennî”, <https://sozluk.gov.tr/>, erişim tarihi 13.02.2020.

⁴⁰ KANAR, s.301.

⁴¹ 03.07.2017 tarih ve 30113 sayılı Resmî Gazetede yayımlanmıştır.

⁴² ATABEY, İsmail İsa / BOZDOĞAN, Kanat Burak, “Yapı Denetim Kanunu Uygulamalarında Sivas Örneği”, 6. *İnşaat Yönetimi Kongresi Kitabı*, TMMOB İnşaat Mühendisleri Odası Yayınları, Bursa, 2011, s.308.

⁴³ MEYDANLI ATALAY, Hilâl / ENGİN, Serkan, “Yapı Denetiminin İstihdama Katkısı”, *TMMOB İnşaat Mühendisleri Odası 3. Yapı Denetimi Sempozyumu, 5-6 Ekim 2013 Diyarbakır Sempozyum Kitabı*, İnşaat Mühendisleri Odası Yayınları, Ankara, 2013, s.332.

Fennî mesullerin yapı kullanma izin belgesini imzalamak zorunda olmalarının altında ise, bütün yapım aşamalarını imar planına uygunluktan başlayarak fennî mesulün son olarak bir kez daha incelemesi, varsa yanlışları tespit etmesi ve varsa hatalı imalâtla ilgili imar mevzuatı kurallarının uygulanmasını (yapı kullanılmaya başlanmadan evvel) sağlanmasını temin etme görevi yer almaktadır⁴⁴.

Fennî mesuliyeti üzerine alan fen adamı; kamuya karşı sorumludur⁴⁵. Zira denetimi kamu adına yapmaktadır. Bu sebeple, kamuya karşı sorumluluğa ilişkin ceza normları öngörülmüştür. Fennî mesul aynı zamanda ilgili idareye (belediyeye) karşı da sorumludur. Bu sorumluluklarını yerine getirmek maksadıyla yine ceza normları öngörülmüştür. Ve nihayet fennî mesul yapı sahibine karşı, hem sözleşme hem de kanun ve yönetmelik gereği sorumludur.

Yapı Denetimi Kuruluşunun İdareye Karşı Fennî Mesul Sıfatının Olup Olmadığı Konusu

Yapı denetimi kuruluşunun idareye karşı fennî mesullük görevinin olup olmadığını açıklığa kavuşturabilmek için, Yapı Denetimi Hakkında Kanunun neden çıkarıldığı konusunu kısaca ele almak, ayrıca mevzuatta yapı denetim kuruluşuna fennî mesul sorumluluğunun (da) tevdi edilip edilmediğini sorgulamak gerekmektedir.

Yapı Denetimi Hakkında Kanunun genel gerekçesinde, “Ülkemizde yerleşme ve yapılaşmalara, İmar Kanunu ve ilgili yönetmelik hükümleri ile getirilen denetime ilgili idarelerce uyulmadığı; yapılan araştırmalarda, proje denetimi aşamasında dahi projelerin % 91’inde tasarım, hesap ve çizim hatalarının olduğu, uygulamanın ise hiç denetlenmediği, şantiyelerin % 90’ında yönetmelik ve standartlara aykırı beton döküldüğü, beton mukavemet değerlerinin projelerde öngörülenden ortalama % 40 daha az olduğu tespit edilmiştir” tespitlerine yer verilmiştir⁴⁶.

Bu tespitlerin ardından genel gerekçe içinde, “araştırmalar ve yaşanan son depremler, İmar Kanununda yapım işlerinde rol alan teknik uygulama sorumlusunun (fennî mesulün), yapı projelerini ve uygulamalarını denetlemekle sorumlu olan belediyelerin ve valiliklerin, uygulamayı hiç denetleyemediklerini bütün çıplaklığı ile ortaya koymuştur” açıklamasına yer verilmiştir⁴⁷.

Ardından, “Ülkemizdeki yapı denetim sistemi ve yapım aşamasında görev alan fennî mesullerin sorumluluklarını yeniden düzenlemek ve kâğıt üzerinde denetlenmiş gibi görülen, ancak hemen hemen hiç denetlenmeyen yapıların teknik uygulama sorumlusu fennî mesullere verilecek cezalar ile ilgili yeni bir kanunî düzenleme getirmek zorunlu olmuştur” değerlendirmelerine yer verilmiştir⁴⁸. Nitekim konuya ilişkin bir panelde konuşmacı, “Birebir konuştuğum fennî mesullere inşaatın nerede olduğunu sorduğumda cevap veremediklerini gördüm” beyanında bulunarak⁴⁹, inşaatın nerede olduğunu dahi bilmeden, inşaatı görmeden, kâğıt üzerinde inşaatların denetiminin yapıldığını çarpıcı biçimde ifade etmiştir.

⁴⁴ DİNÇ, Güney, “Depremler, Mimar – Mühendisler ve Hukuk”, <http://www.guneydinc.com/makaleler/122.pdf>, erişim tarihi 11.01.2020.

⁴⁵ ARTUKMAÇ, Sadık, *Türk İmar Hukuku*, Ayyıldız Matbaası, Ankara, 1969, s.232.

⁴⁶ TBMM, Başbakanlık Kanunlar ve Kararlar Genel Müdürlüğü’nün 22.01.2001 Tarih ve 3065 Sayılı Yazısı Eki “Yapı Denetimi Hakkında Kanun Tasarısı ve Tasarı Gerekçesi”, s.1, <https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d21/c068/tbmm21068128ss0732.pdf>, 10.01.2020.

⁴⁷ Başbakanlık Kanunlar ve Kararlar Genel Müdürlüğü’nün 22.01.2001 Tarih ve 3065 Sayılı Yazısı Eki “Yapı Denetimi Hakkında Kanun Tasarısı ve Tasarı Gerekçesi”, s.2.

⁴⁸ Başbakanlık Kanunlar ve Kararlar Genel Müdürlüğü’nün 22.01.2001 Tarih ve 3065 Sayılı Yazısı Eki “Yapı Denetimi Hakkında Kanun Tasarısı ve Tasarı Gerekçesi”, s.2.

⁴⁹ ÇELİK, Mehmet, “Yapı Denetim Mevzuatı Ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar – Tartışmalar Kısmı”, *V. Ulusal Tesisat Mühendisliği Kongresi Ve Sergisi Paneller Kitabı*, TMMOB Makine Mühendisler Odası Yayınları, İzmir, 2001, s.20.

Kanunun gerekçesinden de anlaşılacağı üzere kanun koyucu, belediyelerin ve il özel idarelerinin proje ve yapı denetimine ilişkin görevlerini ihmal ettikleri tespitini yapmıştır. Belediyeler ve il özel idareleri yapı denetimine ilişkin görevlerini yapmadıkları gibi, belediyelerin ve il özel idarelerinin rehavetinden etkilenerek fennî mesullerin de yapı denetimine ilişkin görevlerini yerine getirmedikleri görülmüştür. Bu nedenle kanun koyucu tarafından görevlerini ihmal eden belediyelere, il özel idarelerine ve fennî mesullere görevlerini ihmal ettirmemeyi sağlayan mekanizmaları uygulamak (örneğin adli ve idarî soruşturmalar yapıp müeyyideler uygulamak) yerine, proje ve yapı denetimi işini başka bir müessese ihdas ederek çözülmeye çalışılmıştır. Bu müessesenin ihdasının, proje ve yapı denetimi sorunlarını çözüp çözmediği ise tartışmalıdır⁵⁰.

Yapı Denetimi Hakkında Kanunun 2'nci maddesinin gerekçesinde, “yapı denetim kuruluşları(nın) imar mevzuatında yer alan fennî mesulün yerine ikame edildiği” belirtilmiştir⁵¹. Yapı Denetimi Hakkında Kanunun genel gerekçesinde ve madde gerekçesinde yer alan yukarıdaki açıklamalardan yola çıkarak yargının, İmar Kanununda yer alan fennî mesullere ilişkin cezaların yapı denetim kuruluşlarına uygulanamayacağı yönündeki kararları verdiği anlaşılmaktadır. Zira genel gerekçedeki açıklamalara göre, Yapı Denetimi Hakkında Kanun fennî mesullerin sorumluluklarını ve bunlara verilecek cezalarla ilgili yeni bir sistem getirmiştir. Anayasa Mahkemesi de, genel gerekçedeki ve madde gerekçesindeki yukarıdaki değerlendirmelerden yola çıkarak, “(Yapı Denetimi Hakkında Kanun’la) İmar Kanununda yer alan fennî mesul müessesesinin yerine tüzel kişiliğe sahip “yapı denetim kuruluşları”nın ikame edildiği”ni söylemektedir⁵².

Yapı Denetimi Hakkında Kanunun gerekçesindeki açıklamalardan ve Anayasa Mahkemesi’nin değerlendirmesinden, İmar Kanunundaki fennî mesullük müessesesi yerine yapı denetimi müessesesinin getirildiği; bu duruma istinaden yargının da “yapı denetim kuruluşlarına İmar Kanunundaki fennî mesuller içi öngörülen cezaî hükümlerin değil, Yapı Denetimi Hakkında Kanununda yapı denetim kuruluşları için öngörülen cezaî hükümlerin uygulanması gerektiği” yorumunu yaptığı anlaşılmaktadır. Ancak Yapı Denetimi Hakkında Kanunun, imar mevzuatındaki fennî mesuliyet kurumunu tamamen ilga etmediği açıktır. Çünkü Yapı Denetimi Hakkında Kanunun 3/1’inci maddesinde, “Bu Kanunun uygulanmasında, yapı denetim kuruluşları imar mevzuatı uyarınca öngörülen fennî mesuliyeti ilgili idareye karşı üstlenir” hükmü yer almaktadır.

Görüldüğü üzere Yapı Denetimi Hakkında Kanun, yapı denetim kuruluşlarına bir sorumluluk (daha) yüklemektedir. Bu sorumluluk, yapı denetim kuruluşunun aynı zamanda imar mevzuatındaki fennî mesuliyeti üstlenme sorumluluğudur. Dolayısıyla yapı denetimi ile ilgili özel mevzuat olan Yapı Denetimi Hakkında Kanun, yapı denetim kuruluşlarına;

- a) Hem Yapı Denetim Kanunu kapsamında yapı denetim görevi ve bu göreve ilişkin sorumluluğu,
- b) Hem de İmar Kanunu kapsamında fennî mesuliyet görevi ve bu göreve ilişkin sorumluluğu vermiştir.

Yapı denetim kuruluşunun aynı zamanda idareye (belediyeye veya il özel idaresine) karşı imar mevzuatında öngörülen fennî mesuliyeti üstlendiğine ilişkin Kanun maddesinin gerekçesinde de, “Madde ile, yapı denetim kuruluşlarının yapı sahibi ile ilgili idareye karşı sorumlulukları, sorumluluğun kapsamı

⁵⁰ Konuya ilişkin muhtelif değerlendirmeler için Bkz.: BAYRAM, Savaş / AYDINLI, Serkan / BUDAK, Abdülkadir / ORAL, Emel, “Türkiye’de Yapı Üretiminde Ve Denetiminde Yaşanan Etik Sorunlar”, *Pamukkale Üniversitesi Mühendislik Bilimleri Dergisi*, C. 24, S. 3, Y. 2018, s.461-467.

⁵¹ Başbakanlık Kanunlar ve Kararlar Genel Müdürlüğü’nün 22.01.2001 Tarih ve 3065 Sayılı Yazısı Eki “Yapı Denetimi Hakkında Kanun Tasarısı ve Tasarı Gerekçesi”, s.2.

⁵² Anayasa Mahkemesinin 26.02.2002 tarih ve E: 2001/377, K: 2002/59 sayılı kararı.

ile sorumlu olacakları durumların düzenlendiği” açıklamasına yer verilmiştir⁵³. Madde metni ve madde gerekçesinde yer alan açıklama birlikte değerlendirildiğinde; yapı denetimi işini üstlenen şirketin, aynı zamanda inşaatın fennî mesuliyet görevini (de) üstlendiği anlaşılmaktadır. Bu husus da, hukukî statü olarak yapı denetimi kuruluşunun;

i) Hem yapı denetçisi hukukî statüsüne tabi olduğunu,

ii) Hem de fennî mesul hukukî statüsüne tabi olduğunu göstermektedir⁵⁴. Bu duruma istinaden, yapı denetimi ile ilgili özel mevzuat olan Yapı Denetimi Hakkında Kanunun, yapı denetim kuruluşlarına “hem Yapı Denetimi Hakkında Kanun kapsamında yapı denetim görevi”, “hem de İmar Kanunu kapsamında fennî mesuliyet görevi” tevdi ettiği anlaşılmaktadır. Söz konusu görevler dolayısıyla,

1) Yapı Denetimi Hakkında Kanun ve ikincil mevzuatı kapsamındaki görev ve sorumlulukları bakımından yapı denetim kuruluşunun “yapı denetçisi sıfatı ile” Yapı Denetimi Hakkında Kanun'a tabi olduğu,

2) İmar Kanunu ve ikincil mevzuatı kapsamındaki görev ve sorumlulukları bakımından yapı denetim kuruluşunun “fennî mesul sıfatı ile” İmar Kanununa tabi olduğu sonucuna varılmaktadır.

Bu bakımdan; bir yapı denetimi kuruluşunun, yapı denetimi görevi ve sorumluluğu yanında, aynı zamanda idareye (belediyeye veya il özel idaresine) karşı imar mevzuatında öngörülen fennî mesullük görevinin ve sorumluluğunun da bulunduğu, fennî mesuliyet görevi bakımından yapı denetimi kuruluşunun İmar Kanunu hükümlerine tabi olduğu sonucuna varılmaktadır.

Yapı Denetim Kuruluşuna “Fennî Mesuliyet Görevi Nedeniyle” İmar Kanunu Kapsamında Ceza Uygulanıp Uygulanamayacağını İncelenmesi

Yapı denetim kuruluşunun idareye (belediyeye veya il özel idaresine) karşı imar mevzuatında öngörülen fennî mesullük görevinin ve sorumluluğunun bulunmasına istinaden, fennî mesuliyet görevi bakımından yapı denetimi kuruluşunun İmar Kanunu hükümlerine tabi olmasının bir sonucu olarak, İmar Kanununda yer alan fennî mesuliyete ilişkin görevlerini gereği gibi yerine getirmemesi halinde yapı denetim kuruluşunun İmar Kanunu kapsamında yaptırıma tabî tutulacağı açıktır.

İmar Kanununun 42/3'üncü maddesinde, “*İmar Kanununun 18, 28, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 40 ve 41'inci maddelerde belirtilen mükellefiyetleri yerine getirmeyen veya bu maddelere aykırı davranan (...) fennî mesullere (...) ikibin Türk Lirası, bu fiillerin çevre ve sağlık şartlarına aykırı olması halinde dörtbin Türk Lirası, can ve mal emniyetini tehdit etmesi halinde altıbin Türk Lirası idarî para cezası verilir*” hükmüne yer verilmiştir.

Kanun maddesinde yer alan ceza miktarları 2020⁵⁵ yılı için sırasıyla 5.698,88 TL, 11.397,77 TL ve 17.096,66 TL'dir⁵⁶. Buna göre yapı denetim kuruluşu, fennî mesuliyet görevinden kaynaklı olarak İmar Kanununun 42/3'üncü maddesinde belirtilen mükellefiyetlerden birisini yerine getirmez ise, bu halde belediye encümeni ya da il özel idaresi encümeni kararıyla fennî mesul sıfatıyla 2020 yılı için 5.698,88 TL veya 11.397,77 TL veya 17.096,66 TL para cezası verilmesi mümkündür.

⁵³ Başbakanlık Kanunlar ve Kararlar Genel Müdürlüğü'nün 22.01.2001 tarih ve 3065 Sayılı Yazısı Eki “Yapı Denetimi Hakkında Kanun Tasarısı ve Tasarı Gerekçesi”, s.2.

⁵⁴ Konya Bölge İdare Mahkemesi 2'nci İdarî Dava Dairesinin 25.02.2020 tarih ve E: 2019/2042, K: 2020/548 sayılı kararı.

⁵⁵ 2021 yılında, yeniden değerlendirilme oranında ceza miktarları artırılarak uygulanacaktır.

⁵⁶ DİLKEN, Uğur, “İmar Kanununun 42'nci Maddesi Uyarınca 2020 Yılında Uygulanacak İdarî Para Cezaları”, *Mahallî İdareler Dergisi*, S. 85, Ocak 2020, s.73.

Aynı Davranış Nedeniyle Birden Fazla Ceza Verilmesi Yönünden Konunun İncelenmesi

Yapı denetim kuruluşları, imar mevzuatı uyarınca verilen fennî mesuliyet görevlerini gereği gibi yerine getirmedikleri durumlarda İmar Kanununa göre; yapı denetimi mevzuatına göre verilen yapı denetimi görevlerini gereği gibi yerine getirmedikleri durumlarda Yapı Denetimi Hakkında Kanun'a göre idarî para cezası ile karşı karşıya kalabilmektedirler. Böyle bir durumda nasıl hareket etmek gerektiği hususunda, idarî yaptırım kavramı çerçevesinde konunun ele alınması gerekmektedir. Zîra idarî para cezası, bir idarî müeyyide (idarî yaptırım) çeşididir⁵⁷. Oğurlu'nun ifadesiyle konu idarî yaptırım olunca, ister istemez ceza hukukunun kavramlarına ve ceza hukukunun ilkelerine başvurmak kaçınılmaz olmaktadır⁵⁸. Bu bakımdan bir inşaatın denetimi kapsamında yapı denetim kuruluşunun hem fennî mesul sıfatıyla İmar Kanununa göre hem de yapı denetim kuruluşu sıfatıyla Yapı Denetimi Hakkında Kanuna göre ceza ile karşılaşması durumunda nasıl hareket edileceğinin açıklığa kavuşturulabilmesi için, evvelâ kısaca idarî yaptırım kavramına değinilecektir.

İdarî yaptırım kavramı

Erdoğan idarî yaptırımı, idarî düzeni ihlâl edenlere karşı idarenin karar verip, idarenin uyguladığı yaptırımlar olarak açıklamaktadır⁵⁹. Sürbehan idarî yaptırım kavramı yerine, idarî müeyyide kavramını kullanarak; idarî müeyyideyi, idarenin aldığı kararlar ve itihaz ettiği tedbirlerin kabulünü ve uygulanmasını sağlamak üzere kanunlara konulmuş zorlayıcı hükümler olarak açıklamaktadır⁶⁰. Bu bağlamda, çerçevesi kanunlarla çizilen hallerde, araya herhangi bir yargı kararı girmeksizin, idare tarafından yapılan inceleme/soruşturma neticesinde, yine idarece doğrudan doğruya işlem tesisi suretiyle ve idare hukukuna özgü usullerle, idare hukuku alanındaki düzene aykırı davranışlara uygulanan yaptırımlara “idarî yaptırım” adı verilmektedir⁶¹.

Hukuk kuralları, genel bir emri yahut yasağı içerirler ve aynı zamanda bu emre veya yasağa uymamanın yaptırımını da barındırırlar⁶². Aynı zamanda hukuk, kişilere bir taraftan yetkiler (haklar) verirken, diğer taraftan kişilere bazı ödevler de yüklemektedir⁶³. Bu ödevler gereği gibi yerine getirilmez ise, kamu kudreti denilen unsur devreye girerek, o ödevin yapılmaması nedeniyle kişiye yaptırım uygulanmaktadır⁶⁴. Böylelikle hem bozulan idarî düzenin düzeltilmesi, hem de kişilerin düzeni bozucu davranışlardan kaçınmaları amaçlanmaktadır. Öte yandan; kurala uymamanın cezası ve bu cezanın uygulanması şahıslara bırakılırsa, her şahıs kendince bir kural ihlali görebilecek ve kendince bir ceza uygulayacak, bu da keyfilikle ve ölçsüzlükle karşılaşılmasına sebep olacaktır. Bu nedenle, herkesin kabul edebileceği ortak bir otoriteye ceza verme yetkisinin verilmesi gereği ortaya çıkmış olup⁶⁵; bu otoritenin kim olacağı günümüzde anayasalarla ve kanunlarla belirlenmektedir.

⁵⁷ GÖZLER, Kemal, *İdare Hukuku – Cilt I*, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa, 2009, s.1080.

⁵⁸ OĞURLU, Yücel, *İdarî Yaptırımlar Karşısında Yargısal Korunma*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2001, s.16.

⁵⁹ ERDİNÇ, Burcu, “İdarî Yaptırımların Kavramsal Çerçevesi ve Cezaî Yaptırımlarla Karşılaştırılması”, *Ankara Barosu Dergisi*, Y. 2012, S. 2, s.242.

⁶⁰ SÜRBEHAN, Sadrettin, “İdarî Müeyyide Ve İdarî Ceza Hukuku”, *Türk İdare Dergisi*, Y. 1971, S. 328, s.133.

⁶¹ ÖZDEMİR, Selman, “İmar Para Cezaları Özelinde İdarî Yaptırımların Zaman Bakımından Uygulanması”, *Türk İdare Dergisi*, S. 473, Aralık 2011, s.116. ASLAN, M. Yasin, “İdarî Yaptırımlar”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 85, 2009, s.177.

⁶² OĞURLU, s.20.

⁶³ OĞURLU, s.21.

⁶⁴ OĞURLU, s.21.

⁶⁵ OĞURLU, s.21.

İdarî yaptırımlar, idareler tarafından idarî para cezası uygulanması, işten yasaklama, iş yerinin kapatılması, mülkiyetin kamuya geçirilmesi, ehliyetin geri alınması, yapının yıkılmasına karar verilmesi gibi idarî işlemler (tasarruflar) şeklinde tezahür ettirilmiştir⁶⁶. Bu yaptırımlar, birer idarî işlem teşkil etmekle beraber, bilinen idarî işlemlerden, caydırıcılık ve cezalandırma özelliklerine sahip olmaları nedeniyle farklılık arz etmektedirler⁶⁷.

Diğer taraftan; idarî yaptırımlar, idarî kolluk yetkisinin kullanımı kapsamında uygulanmaktadır. Bu sebeple, kural ihlâlinin “kendiliğinden” (düzeni bozmak sureti ile) zararlı bir durum doğurduğu kabul edilmektedir⁶⁸. Dolayısıyla idarî yaptırımın uygulanması için ihlâlin somut bir zarar ortaya çıkarması şart değildir. Somut bir zarar ortaya çıksa da çıkmasa da, bir kuralın ihlâli karşılığında idarî yaptırım uygulanması durumu ile karşılaşılmaktadır⁶⁹.

İmar Kanununun 42’nci maddesinde düzenlenen para cezası, bir idarî yaptırımdır. Bu para cezasını verme yetkisi ise, kanun koyucu tarafından belediye ve il özel idaresi encümenlerine tevdi edilmiştir. Yapı Denetimi Hakkında Kanunun 8’inci maddesinde düzenlenen para cezası da bir idarî yaptırımdır. Bu cezayı verme yetkisi ise kanun koyucu tarafından Çevre ve Şehircilik İl Müdürlüklerine tevdi edilmiştir.

Hem fennî mesuliyet hem de yapı detimi görevi nedeniyle bir firmaya “aynı fiilden dolayı” iki ayrı ceza verilip verilemeyeceğinin incelenmesi

Bir yapı denetim kuruluşunun, Yapı Denetimi Hakkında Kanunda yazılı görevlerini gereği gibi yerine getirmemesi halinde Yapı Denetimi Hakkında Kanun hükümlerine göre idarî yaptırıma maruz kalacaktır. Aynı yapı denetim kuruluşu, İmar Kanununda yazılı fennî mesuliyet görevlerini gereği gibi yerine getirmemesi halinde ise (fennî mesul sıfatıyla) İmar Kanunu hükümlerine göre idarî yaptırıma idarî yaptırıma maruz kalacaktır. Bazı fiiller (hareketler) ise, hem Yapı Denetimi Hakkında Kanunda hem de İmar Kanununda kabahat olarak düzenlenmiştir. Böyle bir durumda, bir adet hareket sonucunda iki ayrı kanunun ihlâli ve iki ayrı kanun gereği yaptırımla karşılaşma durumu söz konusu olabilmektedir.

Örneğin, Yapı Denetimi Hakkında Kanunun 2’nci maddesinin 4/g bendinde, “*Ruhsat ve eklerine aykırı uygulama yapılması halinde yapı denetim kuruluşunun durumu üç iş günü içinde ilgili idareye bildirme*” görevinin olduğu belirtilmiştir. Yapı Denetimi Hakkında Kanunun 8’inci maddesinde ise yapı denetim kuruluşuna, “*Hataların yapının taşıyıcı sistemini etkilememesi kaydı ile, 2’nci maddenin dördüncü fıkrasının (...) (g) bendinde belirtilen görevlerin yerine getirilmediğinin tespiti hâlinde, tespiti konu olan yapı denetimi hizmet sözleşmesi bedelinin %20’si kadar idarî para cezası verileceği*”; “*Hataların yapının taşıyıcı sistemini etkilemesi hâlinde 2’nci maddenin dördüncü fıkrasının (...) (g) bendinde belirtilen görevlerin yerine getirilmemesi (...) hâlinde, cezayı gerektiren fiil ve hâlin yetkililer tarafından yapılan inceleme ve denetimlerle tespit edilip öğrenilmesinden veya son idarî para cezasının tebliğinden itibaren İl Yapı Denetim Komisyonunun teklifi üzerine Bakanlıkça bir yıl yeni iş almaktan men cezası verileceği*” hüküm altına alınmıştır.

Öte yandan; İmar Kanununun 32/1’inci maddesinde, “*Bu Kanun hükümlerine göre; (...) ruhsat ve eklerine (...) aykırı yapı yapıldığının (...) fennî mesulce tespiti ve ihbarı (...) üzerine, belediye veya il özel idaresince o andaki inşaat durumunun tespit edileceği ve yapının mühürlenerek inşaatın derhal*

⁶⁶ BARDAKÇI, Mehmet Akif, *Kabahatler Kanununa Göre İdarî Para Cezaları ve İdarî Para Cezalarının Yargısal Denetimi*, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Tezi, İstanbul, 2006, s.24.

⁶⁷ ERDİNÇ, s.242.

⁶⁸ OKAY TEKİNSOY, Özge, “Kolluk”, *İdare Hukuku*, YILDIRIM, Turan / YASİN, Melikşah / KAMAN, Nur / ÖZDEMİR, H. Eyüp / ÜSTÜN, Gül / OKAY TEKİNSOY, Özge, XII Levha Yayınları, İstanbul, 2013, s.561.

⁶⁹ OKAY TEKİNSOY, s.561.

durdurulacağı” belirtilmiştir. Dolayısıyla İmar Kanununun 32/1’inci maddesi ile fennî mesule, bir yapının ruhsat ve eklerine aykırı yapıldığını tespit etme ve durumu derhal ilgili idareye bildirme yükümlülüğü yüklenmiştir. İmar Kanununun 42/3’üncü maddesinde ise, “İmar Kanununun 32’nci maddesinde belirtilen yükümlülüğü yerine getirmeyen, bir yapının ruhsat ve eklerine aykırı yapıldığını tespit etmeyen, yahut tespit etmekle birlikte durumu derhal ilgili idareye bildirmeyen fennî mesule (...) ikibin Türk Lirası, bu fiillerin çevre ve sağlık şartlarına aykırı olması dörtbin Türk Lirası, can ve mal emniyetini tehdit etmesi halinde altıbin Türk Lirası idari para cezası verileceği” hüküm altına alınmıştır⁷⁰.

Buna göre, İmar Kanununun 32’nci maddesinde belirtilen yükümlülüğü yerine getirmeyen, yani fennî mesuliyet görevini üstlendiği bir yapının ruhsat ve eklerine aykırı yapıldığını tespit etmeyen, yahut tespit etmekle birlikte durumu derhal ilgili idareye bildirmeyen yapı denetim kuruluşuna, fennî mesuliyetten kaynaklanan bu görevi yerine getirmeme sebebiyle (2020 yılı oranları ile) 5.698,88 TL, fennî mesulün bu fiili sonucunda yapının çevre ve sağlık şartlarına aykırı olması durumunda yapı denetim kuruluşuna, fennî mesul sıfatıyla 11.397,77 TL ve fennî mesulün bu fiili sonucunda yapılan yapının can ve mal emniyetini tehdit etmesi halinde yapı denetim kuruluşuna, fennî mesul sıfatıyla 17.096,66 TL tutarında para cezası verilecektir.

Yapı Denetimi Hakkında Kanunun 8’inci maddesi ile İmar Kanununun 42’nci maddesinin ilgili hükümleri mukayeseli olarak incelendiğinde; yapının ruhsat ve eklerine aykırı yapıldığını tespit ederek bildirmeme fiilinin karşılığında,

- a) Yapı denetim kuruluşu sıfatı ile firmanın Yapı Denetimi Hakkında Kanuna göre,
- b) Fennî mesul sıfatı ile firmanın İmar Kanununa göre cezalandırılması durumu söz konusu olacaktır.

Bu durum bir simülasyon üzerinden daha somut şekilde örneklendirilebilir. A Yapı Denetim Ltd. Şti.’nin, yapı sahibi T ile imzaladığı sözleşme kapsamında, T tarafından yaptırılacak olan binanın yapı denetimi işini üstlendiğini varsayalım. Yapının B belediyesi sorumluluk sahasında olduğunu kabul edelim. A Yapı Denetim Ltd. Şti.’nin T ile imzaladığı yapı denetim sözleşmesine istinaden A Yapı Denetim Ltd. Şti., B belediyesine karşı da yapının fennî mesuliyet görevini üstlenmiştir. A Yapı Denetim Ltd. Şti. yapı denetimi görevine istinaden Yapı Denetimi Hakkında Kanun hükümlerine, fennî mesuliyet görevine istinaden İmar Kanunu hükümlerine tabi hale gelmektedir. Yapının bir bodrum kat, bir zemin kat ve 5 normal kattan oluşan bir apartman binası olduğunu; mimarî projede her bir katın yüksekliğinin 2.80 cm olmasına karşın, fiilen yapı kat yüksekliklerinin 2.90 m olarak inşa edildiğini, ancak bu durumun yapı tamamlandıktan sonra tespit edildiğini varsayalım. A Yapı Denetim Ltd. Şti.’nin yapıyı temelden itibaren her bir katın inşaatı sürecinde kontrol ederek, bodrum kat kolonlarının ve zemin kat tabliye kalıplarının hazırlanması esnasında kat yüksekliğinin projeye aykırılığını tespit etmesi ve durumu belediyeye bildirmesi gerekmektedir. Yapı Denetimi Hakkında Kanuna göre, yapı denetim kuruluşu sıfatı ile yapı denetim firmasının durumu tespitten itibaren üç iş günü içinde belediyeye bildirmesi gerekmektedir. İmar Kanununa göre ise, fennî mesul sıfatı ile firmanın durumu tespitten itibaren gecikmeksizin (derhal) belediyeye bildirmesi gerekmektedir.

Fakat A Yapı Denetim Ltd. Şti.’nin hem Yapı Denetimi Hakkında Kanuna göre, hem de İmar Kanununa göre durumu tespit ederek belediyeye bildirmediğini Kabul edelim. A Yapı Denetim Ltd. Şti.’nin bu hareketi esnasında her iki kanun bakımından aynı harekettir; bu hareket, ruhsat ve eklerine (mimarî projeye) aykırı imâlatı tespit ederek idareye bildirmeme hareketidir.

⁷⁰ Bu maddede belirtilen cezaların 2020 yılı yeniden değerlendirilme oranlarına göre miktarları sırasıyla 5.698,88 TL, 11.397,77 TL ve 17.096,66 TL’dir.

Yapı Denetimi Hakkında Kanunda, “Hataların yapının taşıyıcı sistemini etkilememesi kaydı ile, 2’nci maddenin dördüncü fıkrasının (...) (g) bendinde belirtilen görevlerin yerine getirilmediğinin tespiti hâlinde, tespitte konu olan yapı denetimi hizmet sözleşmesi bedelinin %20’si kadar idarî para cezası verileceği” hüküm altına alınmıştır. Yapının taşıyıcı sistemi etkilenmekte ise, bu durumda yapı denetimi kuruluşuna, yapı denetimi hizmet sözleşmesi bedelinin %20’si kadar idarî para cezası değil, “bir yıl yeni iş almaktan men cezası” verilecektir.

Fennî mesuliyet görevine istinaden ise (projeyle aykırı imalatın can ve mal güvenliğini tehdit etmesi halinde) A Yapı Denetim Ltd. Şti.’ye (2020 yılı oranına göre) 17.096,66 TL para cezası verilecektir. Böyle bir durumda A Yapı Denetim Ltd. Şti.’ne aynı fiil nedeniyle Çevre ve Şehircilik İl Müdürlüğü tarafından “hizmet sözleşmesi bedelinin %20’si kadar idarî para cezası” veya (şartları mevcutsa) “bir yıl yeni iş almaktan men cezası”; belediye encümeni tarafından karşılık geldiği fiilin niteliğine göre “5.698,88 TL” veya “17.096,66 TL para cezası” verilmesi durumu söz konusu olacaktır. Bu durum ise, aynı fiil nedeniyle A Yapı Denetim Ltd. Şti.’nin iki kere idarî yaptırım ile cezalandırılması sonucunu ortaya çıkaracaktır. Böyle bir durumda, aşağıda yer verilen içtima müessesesi çerçevesinde konunun ele alınması gerekmektedir.

“Non bis in idem” kuralı

Hem İmar Kanununda hem de Yapı Denetimi Hakkında Kanunda, bir kısım fiillerin karşılığı hem idarî müeyyide, hem de adlî müeyyide olarak techiz edilmiştir. İdarî yaptırımların müsebbibi olan kural ihlallerinin “kabahat” kabul edilmelerine karşın; her ikisi de hukuk kuralını ihlâl etmek suretiyle ortaya çıkan kabahat ve suç kavramları kimi zaman karıştırılmaktadır. Bu karıştırılma durumu sebebiyle İmar Kanunu ve Yapı Denetimi Hakkında Kanun bakımından “non bis in idem” kuralı konusuna değinilmeden evvel, kabahat kavramı ile suç kavramına kısaca değinmenin uygun olduğu değerlendirilmiştir.

Bir fiilin kabahat olarak nitelenmesinin temel ayırıcı özelliği; kabahatlerde zarurî olarak, özel bir kişi hakkının/menfaatinin veya özel bir kamu hakkının/menfaatinin ihlâlinin yahut tehdidinin söz konusu olmaması halidir⁷¹. Kabahatlerde, gayesi sosyal menfaatlerin veya varlıkların himayesi olan bir hukuk normunun ihlâli söz konusudur⁷². Ancak, bu varlıklar veya menfaatler, kişiye ait (özel/subjektif) hakları/menfaatleri teşkil etmemektedir. Bunlar, sadece objektif şekilde (devlet tarafından genel ve objektif olarak) hukuken himaye edilen varlıklar veya menfaatlerdir⁷³. Ancak yapılan ihlâl (kamu düzeni, kamu sağlığı gibi) genel/objektif şekilde korunan varlıklara veya menfaatlere değil de; (kişi hakları, devlet sırları gibi) subjektif/özel olarak korunan varlıklara veya menfaatlere yönelmiş ise; bu durumda ihlâlin kaynağı olan fiil, suç niteliğine bürünecektir. Nitekim önem arz eden (yani subjektif/özel menfaate yönelmiş olan) bazı kabahat niteliğindeki fiillerin müeyyidesi adlî nitelikli ceza olarak öngörülmüştür ki; bunlardan birisi Türk Ceza Kanununun 123’üncü maddesinde düzenlenen “kişilerin huzur ve sükûnunu bozma” fiilidir⁷⁴, bu fiil özel olarak suç niteliğinde düzenlenmiştir⁷⁵. Dolayısıyla aynı fiil hem toplumun genel menfaatlerine, hem de özel bir menfaate zarar verebilir ve fiilin toplumun genel menfaatine vermiş olduğu zarar dolayısıyla idarî müeyyide yolu ile fiili işleyen tecziye edilebileceği gibi; fiilin özel bir menfaate zarar vermesi

⁷¹ TOROSLU, Nevzat, *Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukukî Konusu*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1970, s. 98.

⁷² TOROSLU, s. 98.

⁷³ TOROSLU, s. 98.

⁷⁴ AÇIKGÖZ, Ali Nevzat, *Gerekçeli – Karşılaştırmalı – Açıklamalı Yeni Türk Ceza Kanunu*, (Kendi Yayımı), Van, 2005, s. 393.

⁷⁵ Diğer taraftan, idarî yaptırımların müsebbibi niteliğindeki fiiller suçtan ziyade kabahat niteliğinde olmakla birlikte; bir fiilin aynı zamanda suç olması hususu o fiile ilişkin idarî yaptırım uygulanamayacağı anlamına gelmemekte olduğundan; her idarî nitelikli fiil bir suç olmayabilirken; her suç bir idarî nitelikli fiilin ihlâli sonucunu doğurabilmektedir.

dolayısıyla da fail adlî müeyyide ile de tecziye edilebilir ki; bu iki alanın birbirinden ayrı ve bağımsız olmasının doğal bir sonucu olarak “non bis in idem” kuralı, adlî ve idarî uygulamalarda kural olarak dikkate alınmaz⁷⁶. Ancak bu durumun istisnasının kanun koyucu tarafından belirlenmesi elbette mümkündür. Nitekim Kabahatler Kanununda⁷⁷ ve İmar Kanununda⁷⁸, adlî ve idarî cezalar bakımından “non bis in idem” kuralına ilişkin istisnaî hükümlere yer verilmiştir.

Fennî mesuliyet sıfatı dolayısıyla bir yapı denetim kuruluşunun hem adlî hem de idarî ceza ile karşılaşması; kezâ yapı denetim görevi dolayısıyla bir yapı denetim kuruluşunun hem adlî hem de idarî ceza ile karşılaşılması söz konusu olabilir. Böyle bir durumda ne şekilde hareket edileceği hususları, bu çalışmanın inceleme konusu dışında kalmaktadır. Bu çalışmada non bis in idem kuralı bağlamında incelenecek husus, bir firmaya hem fennî mesuliyet görevi hem de yapı denetim görevi kapsamında, “aynı fiil nedeniyle” iki adet idarî yaptırım uygulanıp uygulanamayacağı hususudur.

“Aynısı için iki kez olmaz” şeklinde çevirisi yapılan⁷⁹, fiilin aynılığı ve kişinin aynılığı olmak üzere iki unsuru bulunan “non bis in idem” kavramı; aynı kişi hakkında aynı fiil nedeniyle birden çok ceza verilmemesini ihtiva etmektedir⁸⁰. Bu ilke (adlî) ceza hukuku alanında mutlak olarak uygulanmaktadır⁸¹. Bu ilkenin idarî ceza hukuku alanında, mutlak manâda uygulama alanı bulduğunu söylemek güçtür.

Ekinci, idarî tedbir ve idarî yaptırım ayırımına giderek, aynı fiil nedeniyle hem idarî yaptırım hem de idarî tedbir uygulanmasının mümkün olduğunu ifade etmektedir⁸². Aslında bu duruma mevzuat cevaz vermektedir. Ekinci, idarî tedbirler teknik olarak ceza niteliğinde sayılmadığı için, aynı fiil nedeniyle hem idarî yaptırım hem de idarî tedbir uygulanması halinde non bis in idem ilkesine aykırı bir durumun, yani birden fazla cezalandırma durumunun söz konusu olmayacağını belirtmektedir⁸³. Ekinci, mevzuata aykırı faaliyette bulunan bir işyerine hem idarî para cezası verilip hem de geçici olarak işyerinin kapatılması, işyerinin mühürlenmesi veya işyerinin faaliyetten men edilmesi durumunu bu konuya örnek olarak göstermektedir⁸⁴.

⁷⁶ GÖLCÜKLÜ, Feyyaz, “İdarî Ceza Müeyyideleri ve Bunlara Karşı Kanun Yolları”, *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, C. 18, S. 3-4, Y. 1963, s. 212.

⁷⁷ Kabahatler Kanununun 15/3’üncü maddesinde, “Bir fiil hem kabahat hem de suç olarak tanımlanmış ise, sadece suçtan dolayı yaptırım uygulanabilir. Ancak, suçtan dolayı yaptırım uygulanamayan hallerde kabahat dolayısıyla yaptırım uygulanır” hükmüne yer verilerek, adlî ceza ve idarî cezaya ilişkin non bis idem kuralının uygulama esasları belirtilmiştir. KART, Aslıhan / KETİZMEN, Muammer, “Kabahatler Kanunu'nun İçtima Hükümleri Açısından Kişisel Verilerin Korunmasına İlişkin Suç ve Kabahatler ile Kurul'un İdarî Ceza Kararlarına İlişkin Bir Değerlendirme”, *Kişisel Verileri Koruma Dergisi*, C. 1, S. 2, Y. 2019, s.19.

⁷⁸ Bu durumun istisnası olarak addedilebilecek bir diğer duruma da İmar Kanununun 42/7 nci fıkrası örnek olarak gösterilebilir. İmar Kanununun 42’nci maddesine göre idarî para cezası verilen kişiden para cezasının tahsil olunması sonrasında, kişi aynı fiil nedeniyle Türk Ceza Kanununun 184 üncü maddesine göre mahkûm olmuş ise, bu kişilere tahsil olunan para cezası faizsiz olarak iade edilecektir.

⁷⁹ CEBECİ, Şeyma, *Türk Ceza Hukuku Bağlamında Ne Bis In Idem İlkesi*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2018, s.3.

⁸⁰ ÖZEN, Mustafa, “Non Bis İn İdem (Aynı Fiilden Dolayı İki Kez Yargılama Olmaz) İlkesi”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 14, Y. 2010, s.391.

⁸¹ KURT, Hayrettin, “İdarî Yaptırımlara Karşı Güvenceler”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 18, Y. 2014, s.168.

⁸² EKİNCİ, Murat, “Ceza Hukuku Açısından İdarî Yaptırımlar”, *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, Y. 2017, S. 3, s.46.

⁸³ EKİNCİ, s.46.

⁸⁴ EKİNCİ, s.46.

Bu ilke idarî yaptırımlar alanında mutlak olarak kabul edilmemekle birlikte, kısmî olarak idarî yaptırımlar alanında bu ilkenin uygulama alanı bulunduğu söz edilebilir⁸⁵.

Kabahatler Kanununun hazırlanmasının sebeplerinden birisi de, idarî yaptırımlarla ilgili olarak ülkemizde genel bir kanuna ihtiyaç duyulmasıdır⁸⁶. Bu kapsamda, Kabahatler Kanununa “Genel Kanun Niteliği” şeklinde bir madde başlığı konulmuştur. Bu maddede, “*Bu Kanunun; (...) genel hükümleri, idarî para cezası veya mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırımını gerektiren bütün fiiller hakkında uygulanır*” hükmüne yer verilmiştir (m.3).

Maddeye göre, sadece idarî para cezası yaptırımı ile sadece mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırımı gerektiren fiiller bakımından, Kabahatler Kanununun idarî yaptırım içeren kanunlar için genel kanun olarak düzenlendiği ve bu hususlar bakımından Kabahatler Kanununun genel hükümlerinin, diğer mevzuat alanında da uygulanacağı anlaşılmaktadır.

Esasında, kaç adet kanun maddesinin ihlâli mevcut ise, o kadar sayıda kabahatten bahsetmek ve her bir kanun hükmü ihlâline ayrı ayrı yaptırım uygulamak mümkündür. Ancak kanun koyucu bazen birden çok ihlâli tek kabahat sayarak, faile tek ceza verilmesini öngörebilmektedir⁸⁷. İşte bu tür bir düzenlemeye Kabahatler Kanununda da yer verildiği görülmekte olup; birden çok ihlâl olmasına rağmen faile tek ceza verilmesi müessesesinin adına, içtima denilmektedir.

İdarî para cezası içeren kanunlar bakımından dikkate alınması gereken Kabahatler Kanununun “Genel Hükümleri” arasında yer alan 15’inci maddede, “içtima” müessesesine yer verilmiştir. Kabahatler Kanununun 15/1’inci maddesinde, “*Bir fiil ile birden fazla kabahatin işlenmesi halinde bu kabahatlere ilişkin tanımlarda sadece idarî para cezası öngörülmüşse, en ağır idarî para cezası verilir. Bu kabahatlerle ilgili olarak kanunda idarî para cezasından başka idarî yaptırımlar da öngörülmüş ise, bu yaptırımların her birinin uygulanmasına karar verilir*” hükmüne yer verilmiştir.

Bu hükmün, Türk Ceza Kanununun farklı nev’iden fikrî içtimaya ilişkin hükmüne paralel bir düzenleme olduğu anlaşılmaktadır⁸⁸. Ancak Kabahatler Kanunundaki bu hüküm, sadece idarî para cezaları açısından uygulanabilmektedir⁸⁹. Bu itibarla, bir fiille gerçekleştirilen birden fazla kabahatten her birisi açısından idarî para cezası dışında başka idarî yaptırımlar öngörülmüş ise, bu yaptırımların hepsine ayrı ayrı karar verilmesi gerekmektedir⁹⁰.

“Non bis in idem” kuralı bakımından 20 Şubat 2020 tarihinden önceki durum

20 Şubat 2020 tarihinde 7221 sayılı Coğrafi Bilgi Sistemleri İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun yürürlüğe girmiştir⁹¹. Bu Kanun ile muhtelif kanunlarda değişiklikler yapıldığı gibi, Yapı Denetimi Hakkında Kanunda da değişiklikler yapılmıştır.

⁸⁵ EKİNCİ, s.47.

⁸⁶ GİŞİ, Selçuk, “Kabahatleri Suç Olmaktan Çıkarma Eğilimi Ve Kabahatler Kanunu”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 8, S. 1, Y. 2017, s.136.

⁸⁷ TOROSLU, Nevzat, *Ceza Hukuku*, Savaş Yayınevi, Ankara, 2005, s.230.

⁸⁸ YURTCAN, Erdener, *Yargıtay Kararları Işığında Kabahatler Kanunu ve Yorumu*, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2016, s.99.

⁸⁹ YURTCAN, s.99.

⁹⁰ BEKÂR, Elif, “Kabahatler Kanunu'nun Genel Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 69, S. 1-2, s.1049. YURTCAN, s.99.

⁹¹ 7221 sayılı Kanun ile ilgili değişiklikler hakkında bkz. BİLGİN, Hüseyin, “7221 sayılı Kanunla 3194 sayılı Kanunda Yapılan Değişiklikler Hakkında Bir İnceleme”, *Mahalli İdareler Dergisi*, Mayıs-Haziran 2020, S. 89-90, s.10-34.

Yukarıda yer verilen açıklamalar bağlamında konu ele alındığında, söz konusu değişiklik öncesindeki durumda; aynı fiil nedeniyle fennî mesuliyet sıfatı kapsamında İmar Kanununa göre, yapı denetim görevi kapsamında Yapı Denetimi Hakkında Kanuna göre aynı firmaya ayrı ayrı yaptırım uygulanıp uygulanamayacağı, her bir yaptırımın türüne göre netleşecektir.

Yapı denetim kuruluşuna uygulanacak olan yaptırım hem İmar Kanununda hem de Yapı Denetimi Hakkında Kanunda para cezası olarak düzenlenmiş ise, bu halde ağır olan ceza hangisi ise, bu cezanın verilmesi gerekmektedir. Örneğin Yapı Denetimi Hakkında Kanundaki ceza ağır ise, bu halde belediye encümeninin İmar Kanununa göre ceza vermemesi; İmar Kanunundaki ceza ağır ise, bu halde de çevre ve şehircilik il müdürlüğünün ceza vermemesi gerekmektedir. Şayet her iki idare de ceza vermiş ve her iki cezanın iptali talebi ile dava açılmış ise, bu durumda idare mahkemesince hafif olan ceza hangisi ise, o cezanın “içtima hükümleri kapsamında” iptaline karar verilmesi gerekmektedir. Neden böyle bir uygulama yapılmalıdır? Çünkü, Kabahatler Kanununun genel hükümleri arasında yer alan içtima müessesesi, Kabahatler Kanununun 3’üncü maddesi gereği İmar Kanunu ve Yapı Denetimi Hakkında Kanun uygulamasında da göz önünde bulundurulmak zorundadır.

Ancak fiile, İmar Kanununa göre fennî mesul sıfatıyla para cezası, Yapı Denetimi Hakkında Kanuna göre ise yapı denetimi görevi nedeniyle para cezası haricinde başka bir yaptırım (örneğin bir yıl yeni iş almaktan men cezası) uygulanacak ise, bu durumda Kabahatler Kanunu gereği içtima hükümleri uygulanmayacak; her bir ceza ayrı ayrı verilir ayrı ayrı infaz edilecektir.

“Non bis in idem” kuralı bakımından 20 Şubat 2020 tarihinden sonraki durum

Yukarıda yer verilen değerlendirmeler, 20 Şubat 2020 tarihinden önce verilen ve belirtilen tarihten önce kesinleşen cezalar bakımından geçerli olacaktır. 20 Şubat 2020 tarihinden sonra verilen cezalar ile 20 Şubat 2020 tarihinden önce verilmekle birlikte henüz kesinleşmemiş (dava konusu edilmiş ve davaları devam eden) cezalar bakımından ise uygulamanın aşağıda açıklanan biçimde yürütülmesi gerektiği değerlendirilmektedir.

20 Şubat 2020 tarihinde yürürlüğe giren 7221 sayılı Coğrafi Bilgi Sistemleri İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun ile içtima müessesesi ile ilgili yeni ve Kabahatler Kanununa göre özel nitelikte bir düzenlemenin getirildiği görülmektedir. 7221 sayılı Kanun ile Yapı Denetimi Hakkında Kanuna bir fıkra eklenerek, Yapı Denetimi Hakkında Kanun kapsamındaki yapı denetim sorumluluğu ile yapı denetim firmasının İmar Kanunundaki fennî mesuliyet sorumluluğu bakımından cezaî sorumluluğa ilişkin düzenleme yapılmıştır.

7221 sayılı Kanunun genel gerekçesinde konuya ilişkin olarak, “(...) şehircilik alanında (...) temel kanunlar olan 3194 sayılı İmar Kanununda, 3621 sayılı Kıyı Kanunda, 4708 sayılı Yapı Denetimi Hakkında Kanunda, 5543 sayılı İskân Kanunda ve diğer bazı kanunlarda değişiklik yapılması ihtiyacı doğmuştur⁹². (...) fiil – yaptırım dengesi gözetilerek görevini mevzuata uygun yerine getirmeyen sorumlulara ilişkin idarî müeyyideler yeniden düzenlenmektedir. Kanunun ceza maddesi daha açık ve net hale getirilerek tereddütlerin ortadan kaldırılması amaçlanmaktadır” açıklamasına yer verilmiştir⁹³.

Kabahatler Kanununun “Genel Hükümleri” arasında, zaman bakımından uygulamanın nasıl olacağına ilişkin kurallara yer verilmiştir. Kabahatler Kanununun “Zaman Bakımından Uygulama” başlıklı 5/1’inci maddesinde, “5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun zaman bakımından uygulamaya ilişkin

⁹² TBMM, İstanbul Milletvekili Mustafa Demir ile 70 Milletvekilinin Coğrafi Bilgi Sistemleri ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Teklifi (2/2512) ve Bayındırlık, İmar, Ulaştırma ve Turizm Komisyonu Raporu, s.6, <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem27/yil01/ss161.pdf>, erişim tarihi 22.05.2020.

⁹³ TBMM, s.7.

hükümlerinin kabahatlar bakımından da uygulanacağı” hüküm altına alınmıştır. İdarî yaptırımlarda zaman bakımından uygulama için yollama yapılan 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun “Zaman Bakımından Uygulama” başlıklı 7/2'nci maddesinde ise, “*suçun işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanun ile sonradan yürürlüğe giren kanunların hükümleri farklı ise, failin lehine olan kanunun uygulanacağı ve infaz olunacağı”* hükmüne yer verilmiştir.

Buna göre kabahat fiili işlendikten sonra, kabahat fiiline karşılık uygulanacak yaptırımla ilgili olarak bir kanun yürürlüğe girmiş ise, sonraki kanun failin aleyhineyse geriye yürümeyecek, kendinden önceki fiile tesir etmeyecektir. Ancak sonraki kanunda fail lehine bir durum ortaya çıkıyorsa, yeni kanun geriye yürüyecek, fiilin işlendiği zaman yürürlükte olmasa dahi olayda uygulama alanı bulacaktır⁹⁴. Fiil işlendikten ve tespit edildikten sonra lehe olacak bir kanun hükmü yürürlüğe girmiş ise, bu halde zaman bakımından uygulamaya ilişkin hükmün, ceza(lar) verilmeden önce idare tarafından dikkate alınması gerekmektedir. İdare tarafından verilen cezaların iptali talebiyle dava açılmış, dava derdest ve yargısal açıdan ceza(lar) henüz kesinleşmemiş ise, bu durumda zaman bakımından uygulamaya ilişkin kuralın mahkeme tarafından göz önünde bulundurulması icab etmektedir.

20 Şubat 2020 tarihinde yürürlüğe giren 7221 sayılı Kanunun 25'inci maddesi ile Yapı Denetimi Hakkında Kanunun 8'inci maddesine eklenen son fıkrada “*Bu Kanun ve ilgili mevzuata göre görevini yerine getirmeyen yapı denetim kuruluşları hakkında bu madde uyarınca idari para cezası uygulanmasını gerektiren fiillerin tespiti halinde ayrıca 3194 sayılı Kanun uyarınca idari para cezası uygulanmaz”* hükmüne yer verilmiştir.

Söz konusu fıkranın gerekçesinde ise, “*Aynı ihlalin karşılığı olarak hem 3194 sayılı Kanunda hem de 4708 sayılı Kanunda farklı cezalar öngörüldüğünden, mükerrerliği önlemek amacıyla özel kanun niteliğinde olan 4708 sayılı Kanundaki idarî para cezalarının uygulanması amaçlanmaktadır”* açıklamasına yer verilmiştir⁹⁵.

Bu düzenlemelere göre, yapı denetim kuruluşunun mevzuata aykırı fiili hakkında, hem Yapı Denetimi Hakkında Kanunda hem de İmar Kanununda ceza öngörülmüş ise, bu durumda sadece Yapı Denetimi Hakkında Kanuna göre ceza verilecek, İmar Kanununa göre ceza verilemeyecektir. Yapı denetim kuruluşunun mevzuata aykırı fiili hakkında, Yapı Denetimi Hakkında Kanunda ceza öngörülmemiş ise, bu durumda fennî mesul sıfatıyla yapı denetim kuruluşuna İmar Kanununa göre ceza verilecektir.

Ancak bu maddenin uygulanabilmesi için, yapı denetim kuruluşunun fiilinin her iki Kanunda da kabahat (idarî suç) olarak düzenlenmiş olması gerekmektedir. Fiil, her iki kanunda da aynı kabahat (idarî suç) olarak düzenlenmemiş ise, bu halde de her iki Kanuna göre ceza uygulanması mümkündür.

Konuya ilişkin bir olayda, bir yapı denetim şirketi, bir yapının Yapı Denetimi Hakkında Kanun'a göre yapı denetimi işini üstlenmiştir. Şirket, Yapı Denetimi Hakkında Kanunun 3'üncü maddesi gereği, bu yapının aynı zamanda fennî mesulüdür. Yapıda yapılan inceleme sonrasında, yapı müteahhidine şirket tarafından 03.08.2018 tarihinde bir yazı yazılmıştır. Yazıda özetle “*inşaatın temel çukurunda toprak kayması riskinin bulunduğu ve tehlike arz ettiği; oluşacak herhangi bir kaza sonucunda can ve mal kaybına mahal vermemek adına gerekli tedbirlerin alınması gerektiği; 45 iş günü içinde gerekli tedbirler alınmaz ise Yapı Denetimi Hakkında Kanun'a istinaden durumun ilgili idareye bildirimde bulunularak, idare tarafından inşaatın durdurulacağı”* belirtilmiştir. Yapı denetim kuruluşu olan şirket, 08.10.2018 tarihinde (...) Belediye Başkanlığı İmar ve Şehircilik Müdürlüğü'ne başvurularak, “*müteahhitliğini (...) İnşaat Ltd.*

⁹⁴ TULAY, Muhammed Emre, “Kanunilik İlkesi Işığında Ceza Hukuku Kurallarının Zaman Bakımından Uygulanması Ve Delil Elde Etme Yöntemlerinde Zaman Bakımından Uygulanma Sorunu”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi - Cevdet Yavuz'a Armağan*, C. 22, S. 3, Y. 2016, s.2721.

⁹⁵ TBMM, s.12.

Şti.'nin üstlendiği (...) sayılı parselde inşa edilen yapının inşaatının temel kazısı işlemleri gerçekleştirilirken, iş ve işçi sağlığı ile çevre binaların olumsuz yönde etkilenmemesi için gerekli önlemlerin alınması için müteahhide 45 iş günü süre tanınmasına rağmen, tanınan sürenin dolduğu tarih itibariyle müteahhit tarafından halen gerekli tedbirlerin alınmadığı” belediyeye bildirilmiştir.

Yapı denetim kuruluşu olan şirket tarafından belediyeye yapılan bildirim üzerine belediye tarafından mahallinde denetim yapılarak inşaat %15 seviyede iken mühürlenmiştir. Mühürleme sonrasında belediye encümeni fennî mesul sıfatıyla yapı denetim şirketine para cezası vermiştir.

Cezanın iptali talebi ile açılan davada ilk derece mahkemesi cezanın iptaline karar vermiştir⁹⁶. İstinaf incelemesinde ise yapı denetim kuruluşunun aynı zamanda fennî mesul sıfatının bulunduğu vurgulandıktan sonra, istinaf mahkemesi dairesi, “Nüfus yoğunluğunun ve buna bağlı yapılaşma sayısının artması ile birlikte yerleşim yerlerinde, arsa sınırlarında, eğimli alanlarda, bitişik nizam yapıların bulunduğu alanlarda ve/veya yola sınırı bulunan bölgelerde yeni yapılan yapıların inşası aşamasında ve öncesinde gerekli tedbirlerin alınarak, mevcut komşu yapılara, yollara ve alt yapıya zarar vermeden inşa çalışmalarının yürütülmesi gerekmektedir. Yapı inşasının bulunduğu alanlarda ihmal sonucu veya tedbirlerin yeterince alınmamasına istinaden, inşaata bitişik nizamda bulunan veya inşaat alanı yakınında olan diğer yapılarda, park etmiş araçlarda, alt yapıda zararların oluştuğu yahut da zararların oluşma riskinin mevcut olduğu; bu durumun ise hem çevre sakinleri hem de inşaatta çalışan kişilerin can ve mal güvenliklerini tehlikeye attığı, riskin gerçekleşmesi sonucunda ise maddî ve manevî kayıpların ortaya çıkmasına sebep olduğu bilinmektedir” açıklamalarına yer vermiştir⁹⁷.

Ardından daire, “Söz konusu tehlikeli durumların ortaya çıkmasının önüne geçilmesi maksadıyla ilgililerin mevzuattaki güvenlik tedbirlerini alması zorunludur. İmar Kanunu ve Plânlı Alanlar İmar Yönetmeliği gereği, can ve mal kaybının önüne geçilmesi ve tehlike halinin önlenmesi maksadıyla, mevzuattaki tedbirlerin gereği gibi alınmadığının ve tehlike halinin mevcut olduğunun anlaşılması durumunda fennî mesulün tehlike halinin varlığını gecikmeksizin - derhal (İmar Kanunu'nun 28/2'nci maddesine göre, kabul edilebilir mazeretler varsa, en geç 6 iş günü içinde) belediyeye bildirmesi gerekmekte olup; olayda, fennî mesul davacının tehlike arz eden durumdan 03.08.2018 tarihi itibariyle haberdar olmasına karşın, belediyeye durumu 08.10.2018 tarihinde bildirdiği dikkate alındığında; davacının fennî mesul olarak İmar Kanunu'nun 28/2'nci maddesindeki ve Plânlı Alanlar İmar Yönetmeliğindeki mükellefiyetini mevzuata uygun şekilde yerine getirmediği, bu duruma istinaden mükellefiyeti yerine getirmeme fiilinin sübuta erdiği sonucuna varılmıştır.” açıklamalarına yer vermiştir⁹⁸.

Temel kazısı esnasında toprak kayması riskinin bulunması ve bununda komşu yapılara, yola ve diğer alt yapıya zarar verme tehlikesi durumunu gecikmeksizin bildirmeyen yapı denetim kuruluşunun, bu bildirim 66 gün sonra yapmış olmasının mevzuata aykırı bir davranış olduğu tespiti yapıldıktan sonra istinaf mahkemesi konuyu ayrıca 20 Şubat 2020 tarihinde yürürlüğe giren Yapı Denetimi Hakkında Kanunun 8'inci maddesine eklenen son fıkrada yer alan “Bu Kanun ve ilgili mevzuata göre görevini yerine getirmeyen yapı denetim kuruluşları hakkında bu madde uyarınca idari para cezası uygulanmasını gerektiren fiillerin tespiti halinde ayrıca 3194 sayılı Kanun uyarınca idari para cezası uygulanmaz” hükmü kapsamında da değerlendirmiş; bu kapsamda maddî olaydaki fiilinin, Yapı Denetimi Hakkında Kanuna göre idarî para cezası uygulanmasını gerektiren bir fiil olup olmadığı ele alınmıştır.

⁹⁶ Adana 2'nci İdare Mahkemesinin 18.06.2019 tarih ve E: 2019/61, K: 2019/540 sayılı kararı.

⁹⁷ Konya Bölge İdare Mahkemesi 2'nci İdarî Dava Dairesinin 25.02.2020 tarih ve E: 2019/2042, K: 2020/548 sayılı kararı.

⁹⁸ Konya Bölge İdare Mahkemesi 2'nci İdarî Dava Dairesinin 25.02.2020 tarih ve E: 2019/2042, K: 2020/548 sayılı kararı.

Bölge idare mahkemesi dairesi, “Davacının cezalandırılmasına esas olan çevre güvenliği, alt yapı güvenliği, civardaki binaların toprak kaymasına istinaden zarar görme tehlikesi altında bulunması durumunun kural olarak gecikmeksizin/derhal (makul mazeretler varsa en geç altı iş günü içinde) belediyeye bildirilmesi mükellefiyeti ile Yapı Denetimi Hakkında Kanunun 2’nci maddesinde sayılan fiiller mukayeseli olarak incelendiğinde; Yapı Denetimi Hakkında Kanunun 2/4 üncü maddesinin (f) bendinin, davacı şirketin cezalandırılmasına esas fiile en yakın fiil olduğunu, Yapı Denetimi Hakkındaki Kanunda yer alan diğer bentlerin ise olayda davacının cezalandırılmasına esas fiil ile ilgili olmadığını” belirtmiştir⁹⁹.

Ardından, “Yapı Denetimi Hakkında Kanunun 2/4 üncü maddesinin (f) bendinin içeriğinde ise işyerinde çalışanların iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili durumun düzenlediği, ancak davacı şirketin cezalandırılmasına esas durumun çevredeki binaların ve altyapının toprak kaymasından zarar görme ihtimalini de esas aldığı, bu nedenle davacı şirketin cezalandırılmasına esas durumun Yapı Denetimi Hakkında Kanunun 2/4 üncü maddesinin (f) bendi ile de ilgisinin bulunmadığı, zîra her iki durumun tehlikenin sonuçları ve oluşan zararlar bakımından farklı halleri kapsama aldığı anlaşıldığından; fiilin Yapı Denetimi Hakkında Kanunun 8’inci maddesine eklenen son fıkra kapsamında kalmadığı, bu nedenle şirkete fennî mesul sıfatıyla İmar Kanununa göre ceza verilmesinin hukuken mümkün olduğu, cezaî işlemde içtima hükümleri ve zaman bakımından uygulama kuralları bakımından hukuka aykırılık bulunmadığı” gerekçesine yer verilerek ilk derece mahkemesi kararı kaldırılmıştır ki; bize göre kararda hukuka uygun bir değerlendirme yapılmıştır.

Yapı denetim kuruluşunun, projeye aykırı inşâî faaliyeti bildirmeme nedeniyle cezalandırılması halinde durum değişecektir. Zira Yapı Denetimi Hakkında Kanunun 2/4 üncü maddesinin (c) bendinde, “Yapının, ruhsat ve ekleri ile mevzuata uygun olarak yapılmasını denetlemek” görevi yapı denetim kuruluşu görevleri arasında sayılmış; 8’inci maddede ise projeye aykırılığın denetlenmeyerek idareye bildirilmemesi, cezaî yaptırıma tabi tutulmuştur. Bu bakımdan, şayet fennî mesul sıfatıyla projeye aykırılığı idareye bildirmeme nedeniyle İmar Kanununa göre yapı denetim kuruluşuna ceza verilse idi, bu halde 20 Şubat 2020 tarihinde yürürlüğe giren düzenleme kapsamında konunun ele alınmasının mümkün olduğu anlaşılmaktadır.

Sonuç olarak 20 Şubat 2020 tarihinde yürürlüğe giren düzenlemeye göre, yapı denetim kuruluşuna sadece Yapı Denetimi Hakkında Kanuna göre ceza verilebilmesi ve İmar Kanunu kapsamında ceza uygulanamaması için, yapı denetim kuruluşunun fiilinin her iki Kanunda da kabahat (idarî suç) olarak düzenlenmiş olması gerekmektedir. Her iki kanun bakımından fiil aynı fiil değil ise, kezâ fiil, her iki kanunda da aynı kabahat (idarî suç) olarak düzenlenmemiş ise, bu halde her iki Kanuna göre ceza uygulanmasının hukuken mümkün olduğu değerlendirilmektedir.

SONUÇ

Yapı denetimi, geniş anlamda idarenin imar kolluğu faaliyetleri kapsamında takip ettiği görevleri arasında yer almaktadır. Kanun koyucu, yapı denetimi işinin sahada tatbikinin özel firmalar eli ile yürütülmesini öngörmüştür. Ancak özel firmaların yapı denetimi işini yürütmeleri, belediyelerin ve il özel idarelerinin denetim yetkilerini de kaldırmamıştır.

Öte yandan; yapı denetim kuruluşlarına kanun koyucu aynı zamanda imar mevzuatına göre fennî mesuliyet görevini tevdi etmiştir. Dolayısıyla yapı denetimi işini üstlenen firma, aynı zamanda fennî mesuliyeti de üstlenmektedir.

⁹⁹ Konya Bölge İdare Mahkemesi 2’nci İdarî Dava Dairesinin 25.02.2020 tarih ve E: 2019/2042, K: 2020/548 sayılı kararı.

Yapı denetimi görevinin Yapı Denetimi Hakkında Kanunda yer alan kurallara uygun şekilde yapılmaması halinde, yapı denetimi firmasına Yapı Denetimi Hakkında Kanun hükümlerine göre idarî yaptırım uygulanması; fennî mesuliyet görevinin ise imar mevzuatında yer alan kurallara uygun şekilde yapılmaması halinde ise, yine aynı firmaya bu kez fennî mesul sıfatı ile İmar Kanunu hükümlerine göre idarî yaptırım uygulanması söz konusu olmaktadır.

Fennî mesuliyet görevinin mevzuata uygun şekilde yapılmamasına istinaden İmar Kanununun 42'nci maddesi gereği belediye yahut il özel idaresi encümeni tarafından verilen para cezalarına karşı açılan davalarda yargının genel tutumunun, firmanın ticaret unvanında “yapı denetim şirketi” yazması nedeniyle, yapı denetim şirketine İmar Kanununa göre ceza verilemeyeceği, Yapı Denetimi Hakkında Kanuna göre ceza verilebileceği gerekçesi ile, İmar Kanununa göre verilen cezaların iptali yönünde olduğu gözlenmektedir.

Bize göre, şirketin unvanında “yapı denetim şirketi” yazması, bu şirkete İmar Kanunu kapsamında ceza verilemeyeceği anlamına gelmemektedir. Zira Yapı Denetimi Hakkında Kanun açıkça, yapı denetim şirketinin ilgili belediyeye karşı aynı zamanda imar mevzuatına göre fennî mesuliyeti de üstlenmiş olduğunu hüküm altına almıştır. Yapı Denetimi Hakkında Kanunda yapı denetim görevinin, İmar Kanununda ise fennî mesuliyet görevinin mevzuata uygun şekilde yerine getirilmemesi durumunda uygulanacak müeyyidelere ayrı ayrı yer verilmiştir. Buna göre, fennî mesuliyet görevi bakımından mevzuata aykırı hareketin İmar Kanununun 42'nci maddesi kapsamında, yapı denetimi görevi bakımından mevzuata aykırı hareketin ise Yapı Denetimi Hakkında Kanunun 8'inci maddesi kapsamında yaptırıma tabi tutulacağı tabiidir.

20 Şubat 2020 tarihinden önce verilen ve kesinleşen cezalar bakımından uygulamanın Kabahatler Kanunu hükümleri çerçevesinde icra edilmesi gerekmektedir. Zira Kabahatler Kanununun genel hükümleri, idarî para cezası veya mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırımını gerektiren diğer kanunlar bakımından uygulanmak zorundadır (m.3). Bu manâda “aynı hareket” nedeniyle, örneğin projeye aykırı imâlâtı tespit edip ilgili idareye bildirmeme hareketi nedeniyle, hem İmar Kanununa hem de Yapı Denetimi Hakkında Kanuna göre aynı firmaya ceza verilmesi durumunda, Kabahatler Kanununda düzenlenen “içtima” müessesesi kapsamında verilen cezanın çeşidine bakılarak bir değerlendirme yapılması uygun olacaktır. 20 Şubat 2020 tarihinden önce verilen ve kesinleşen cezalar yönünden, şayet her iki kanuna göre verilen ceza para cezası ve fiil sübuta ermiş ise, bu halde hangi ceza ağır ise bu ceza bakımından mahkemenin davanın reddine, hafif olan ceza bakımından cezanın iptaline karar vermesi yönteminin benimsenmesinin mevzuata uygun olacaktır. 20 Şubat 2020 tarihinden önce verilen ve kesinleşen cezalar yönünden her iki kanuna göre verilen cezalardan birisi para cezası iken diğeri para cezası haricindeki bir yaptırım ise, (fiil sübuta ermiş ise) her iki ceza bakımından da mahkemenin davanın reddine karar verilmelidir.

Öte yandan; 20 Şubat 2020 tarihinde Yapı Denetimi Hakkında Kanuna eklenen bir fıkra ile, içtima müessesesine ilişkin olarak Kabahatler Kanununa göre özel nitelikli bir düzenlemenin yapıldığı görülmektedir. Bu nedenle 20 Şubat 2020 tarihinden sonra işlenen fiillere cezaların uygulanması ya da bu cezaların yargısal denetiminin yapılması esnasında, Yapı Denetimi Hakkında Kanunun 8'inci maddesine son fıkra olarak eklenen fıkranın göz önünde bulundurulmalıdır. Kezâ 20 Şubat 2020 tarihinden önce işlenmiş olan ve/veya İmar Kanununa göre ceza verilmiş olan fiillerin iptai talebiyle davalar açılmış ve bu davalar derdest ise, bu durumda mahkemelerin, Kabahatler Kanununun zaman bakımından uygulamaya ilişkin kuralları gereği, konuyu Yapı Denetimi Hakkında Kanunun 8'inci maddesine son fıkra olarak eklenen hüküm bakımından da ele almasının gerekmektedir. Bu kapsamda yapılacak incelemede, 20 Şubat 2020 tarihinde yürürlüğe giren düzenlemeye göre, yapı denetim kuruluşuna sadece Yapı Denetimi Hakkında Kanuna göre ceza verilebilmesi ve İmar Kanunu kapsamında ceza uygulanamaması için, yapı denetim kuruluşunun fiilinin her iki Kanunda da kabahat (idarî suç) olarak düzenlenmiş olması gerektiği;

her iki kanun bakımından fiil aynı fiil değil ise, kezâ fiil her iki kanunda da aynı kabahat (idarî suç) olarak düzenlenmemiş ise, bu halde her iki Kanuna göre ayrı ayrı ceza uygulanmalıdır.

Bu itibarla; yukarıda arz ve izah edilen sebeplerle, yapı denetimi işini üstlenen firmanın aynı zamanda fennî mesuliyet görevini de üstlendiği, yapı denetimi görevi bakımından Yapı Denetimi Hakkında Kanuna fennî mesuliyet görevi bakımından İmar Kanununa tabi olduğu hususları göz önünde bulundurmaksızın; yargının şirket unvanında “yapı denetim şirketi” yazdığından bahisle, firmalara sadece Yapı Denetimi Hakkında Kanuna göre ceza verilebileceği yönündeki yorumunun yeniden gözden geçirilmesi gerekmektedir.

KAYNAKÇA

AÇIKGÖZ, Ali Nevzat, *Gereççeli – Karşılaştırmalı – Açıklamalı Yeni Türk Ceza Kanunu*, (Kendi Yayını), Van, 2005.

AKAT, Ali, “4708 Sayılı Yapı Denetimi Hakkında Kanun Ve İlgili Mevzuatında; Kontrol Elemanı İnşaat Mühendislerinin Görev Ve Sorumlulukları”, *Yapı Denetimi Bilgilendirme Sunumu*, TMMOB İnşaat Mühendisleri Odası İzmir Şubesi, İzmir, 2016, http://www.imo.org.tr/resimler/dosya_ekler/42beb6074c14528_ek.pdf?tipi=2&turu=X&sube=16, erişim tarihi 18.06.2020.

AKBIYIKLI, Rıfat / OPÇİN, Gülhan / AKDEMİR, Merve / GÜNDÜZ, Emre, “Türkiye’de Yapı Denetim Kavramı, Amacı, Yasal Dayanağı ve Uygulamaları Üzerine Bir İnceleme”, *Uluslararası Katılımlı 7. İnşaat Yönetimi Kongresi Bildiriler Kitabı*, TMMOB İnşaat Mühendisleri Odası Samsun Şubesi Yayınları, Samsun, 2017.

ARTUKMAÇ, Sadık, *Türk İmar Hukuku*, Ayyıldız Matbaası, Ankara, 1969.

ASLAN, M. Yasin, “İdarî Yaptırımlar”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 85, 2009.

ATABEY, İsmail İsa / BOZDOĞAN Kanat Burak, “Yapı Denetim Kanunu Uygulamalarında Sivas Örneği”, *6. İnşaat Yönetimi Kongresi Bildiriler Kitabı*, TMMOB İnşaat Mühendisleri Odası Yayınları, Bursa, 2011.

ATABEY, İsmail İsa / BOZDOĞAN, Kanat Burak, “Yapı Denetim Kanunu Uygulamalarında Sivas Örneği”, *Engineering Sciences*, Cilt 7, Sayı 1, Yıl 2012.

BARDAKÇI, Mehmet Akif, *Kabahatler Kanununa Göre İdarî Para Cezaları ve İdarî Para Cezalarının Yargısal Denetimi*, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Tezi, İstanbul, 2006.

BAYRAM, Savaş / AYDINLI, Serkan / BUDAK, Abdülkadir / ORAL, Emel, “Türkiye’de Yapı Üretiminde Ve Denetiminde Yaşanan Etik Sorunlar”, *Pamukkale Üniversitesi Mühendislik Bilimleri Dergisi*, Cilt 24, Sayı 3, Yıl 2018.

BEKÂR, Elif, “Kabahatler Kanunu'nun Genel Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt 69, Sayı 1-2.

BİLGİN, Hüseyin, “7221 sayılı Kanunla 3194 sayılı Kanunda Yapılan Değişiklikler Hakkında Bir İnceleme”, *Mahallî İdareler Dergisi*, Mayıs-Haziran 2020, Sayı 89-90.

CEBECİ, Şeyma, *Türk Ceza Hukuku Bağlamında Ne Bis In Idem İlkesi*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2018.

ÇELİK, Mehmet, “Yapı Denetim Mevzuatı Ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar – Tartışmalar Kısmı”, *V. Ulusal Tesisat Mühendisliği Kongresi Ve Sergisi Paneller Kitabı*, TMMOB Makine Mühendisler Odası Yayınları, İzmir, 2001.

DAVRAZ, Metin / BAŞPINAR, Ebru, CEYLAN, Hakan, “Yapı Denetim Kurumları Öncesi Isparta ve Yakın Çevresindeki Hazır Beton Kalitesi”, *Teknik Bilimler Dergisi*, Yıl 2012, Cilt 2, Sayı 1.

DEMİRCİOĞLU, Huriye Reyhan, “Sorumluluk Hukukunun İkili Yapısının Aşılması Çabalarının Ürünleri Olarak Culpa In Contrahendo Ve Güven Sorumlulukları”, *Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu*, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 2009.

DEVELLİOĞLU, Ferit, *Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lûgat*, Aydın Kitabevi Yayınları, Ankara, 2007.

DİLKEN, Uğur, “İmar Kanununun 42’nci Maddesi Uyarınca 2020 Yılında Uygulanacak İdarî Para Cezaları”, *Mahallî İdareler Dergisi*, Sayı 85, Ocak 2020.

DİNÇ Güney, “Depremler, Mimar – Mühendisler ve Hukuk”, <http://www.guneydinc.com/makaleler/122.pdf>, erişim tarihi 11.01.2020.

DUMAN, Barış, “4708 Sayılı Kanun Çerçevesinde Yapı Denetim Kuruluşunun İş Sağlığı ve Güvenliği Sorumluluğu”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Yıl 2019, Sayı 143.

EKİNCİ, Murat, “Ceza Hukuku Açısından İdarî Yaptırımlar”, *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, Yıl 2017, Sayı 3.

ERDİNÇ, Burcu, “İdarî Yaptırımların Kavramsal Çerçevesi ve Cezaî Yaptırımlarla Karşılaştırılması”, *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl 2012, Sayı 2.

ESİN, Yüksel, *İdarenin Hukukî Sorumluluğu*, Balkanoğlu Matbaacılık, Ankara, 1973.

GİŞİ, Selçuk, “Kabahatleri Suç Olmaktan Çıkarma Eğilimi Ve Kabahatler Kanunu”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 8, Sayı 1, Yıl 2017.

GÖLCÜKLÜ, Feyyaz, “İdarî Ceza Müeyyideleri ve Bunlara Karşı Kanun Yolları”, *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, C. 18, Sayı 3-4, Yıl 1963.

GÖZLER, Kemal, *İdare Hukuku – Cilt I*, Ekin kitabevi Yayınları, Bursa, 2009.

GÖZLER, Kemal, *Mahallî İdareler Hukuku*, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa, 2018.

KANAR, Mehmet, *Osmanlı Türkçesi Sözlüğü*, Say Yayınları, İstanbul, 2009.

KART, Aslıhan / KETİZMEN, Muammer, “Kabahatler Kanunu'nun İçtima Hükümleri Açısından Kişisel Verilerin Korunmasına İlişkin Suç ve Kabahatler ile Kurul'un İdarî Ceza Kararlarına İlişkin Bir Değerlendirme”, *Kişisel Verileri Koruma Dergisi*, Cilt 1, Sayı 2, Yıl 2019.

KIRANER, Cihan, “Yapı Denetimi Kuruluşları ve Türkiye’de Yapı Denetimi Uygulamaları”, <http://www.leventbicakci.com/cihan.pdf>, erişim tarihi 18.06.2020.

KURAL, Recep / ÜNAL, Osman, “İnşaat Sektöründe Yapı Denetimi ve Afyonkarahisar İlindeki Uygulamaların Araştırılması”, *Afyon Kocatepe Üniversitesi Fen ve Mühendislik Bilimleri Dergisi*, Yıl 2015, Sayı 15.

KURT, Hayrettin, “İdarî Yaptırımlara Karşı Güvenceler”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 18, Yıl 2014.

MEYDANLI ATALAY, Hilâl / ENGİN, Serkan, “Yapı Denetiminin İstihdama Katkısı”, *TMMOB İnşaat Mühendisleri Odası 3. Yapı Denetimi Sempozyumu Kitabı*, İnşaat Mühendisleri Odası Yayınları, Ankara, 2013.

OĞURLU, Yücel, *İdarî Yaptırımlar Karşısında Yargısal Korunma*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2001.

OKAY TEKİNSOY, Özge, “Kolluk”, *İdare Hukuku*, YILDIRIM, Turan / YASİN, Melikşah / KAMAN, Nur / ÖZDEMİR, H. Eyüp / ÜSTÜN, Gül / OKAY TEKİNSOY, Özge, XII Levha Yayınları, İstanbul, 2013.

ÖMÜRBEK, Nuri / KARAATLI, Meltem / CÖMERT Hafize Gonca, “Ahp-Saw Ve Ahp-Electre Yöntemleri ile Yapı Denetim Firmalarının Değerlendirmesi”, *Yönetim Bilimleri Dergisi*, Cilt 14, Sayı 27, Yıl 2016.

ÖZDEMİR, Selman, “İmar Para Cezaları Özelinde İdarî Yaptırımların Zaman Bakımından Uygulanması”, *Türk İdare Dergisi*, Sayı 473, Aralık 2011.

ÖZDEMİR, Selman, “Yapı Ruhsatının Kolluk/Zabita Niteliği”, *Mahallî İdareler Dergisi*, Sayı 51, Mart 2017.

ÖZDEMİR, Selman, *İmar – İdare Hukukunda Kazanılmış Hak*, Adalet Yayınları, Ankara, 2019.

ÖZEN, Mustafa, “Non Bis İn İdem (Aynı Fiilden Dolayı İki Kez Yargılama Olmaz) İlkesi”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 14, Yıl 2010.

ÖZEN, Mustafa, “İş Kazalarında Hukuki, Cezai ve İdari Sorumluluk”, *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl 2015, Sayı 2.

PALA Murat / DEMİR, Mehmet Şirin, “Güneydoğu Anadolu Bölgesinde Yapı Denetimi Uygulamasında Karşılaşılan Sorunlar Ve Bu Sorunlara İlişkin Çözüm Önerileri”, *Adıyaman Üniversitesi Mühendislik Bilimleri Dergisi*, Yıl 2017, Sayı 6.

REİSOĞLU, Safa, *Borçlar Hukuku – Genel Hükümler*, Beta Yayınları, İstanbul, 2004.

SÜRBEHAN, Sadrettin, “İdarî Müeyyide Ve İdarî Ceza Hukuku”, *Türk İdare Dergisi*, Yıl 1971, Sayı 328.

TBMM, Başbakanlık Kanunlar ve Kararlar Genel Müdürlüğü’nün 22.01.2001 Tarih ve 3065 Sayılı Yazısı Eki “Yapı Denetimi Hakkında Kanun Tasarısı ve Tasarı Gerekçesi”, <https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d21/c068/tbmm21068128ss0732.pdf>, erişim tarihi 10.01.2020.

TBMM, İstanbul Milletvekili Mustafa Demir ile 70 Milletvekilinin Coğrafi Bilgi Sistemleri ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Teklifi (2/2512) ve Bayındırlık, İmar, Ulaştırma ve Turizm Komisyonu Raporu, <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem27/yil01/ss161.pdf>, erişim tarihi 22.05.2020.

TOROSLU, Nevzat, *Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukukî Konusu*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1970.

TOROSLU, Nevzat, *Ceza Hukuku*, Savaş Yayınevi, Ankara, 2005.

TULAY, Muhammed Emre, “Kanunilik İlkesi Işığında Ceza Hukuku Kurallarının Zaman Bakımından Uygulanması Ve Delil Elde Etme Yöntemlerinde Zaman Bakımından Uygulanma Sorunu”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi - Cevdet Yavuz’a Armağan*, Cilt 22, Sayı 3, Yıl 2016.

Türk Dil Kurumu, “Fennî”, <https://sozluk.gov.tr/>, erişim tarihi 13.02.2020.

YURTCAN, Erdener, *Yargıtay Kararları Işığında Kabahatler Kanunu ve Yorumu*, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2016.

Anayasa Mahkemesi Kararları; www.anayasa.gov.tr

Danıştay, Bölge İdare Mahkemesi, İdare Mahkemesi Kararları; UYAP Bilişim Sistemi.

Mevzuatlar; www.resmigazete.gov.tr / www.mevzuat.gov.tr

Confederal Agreements: A Proposal to Resolve Secession-Related Minority Issues

Hakan Kolçak 

Dr. Öğr. Üyesi, Recep Tayyip Erdoğan Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, hakan.kolcak@erdogan.edu.tr

Article Info	ABSTRACT
Article History Received: 30.09.2020 Accepted: 30.10.2020 Published: 31.12.2020	<p>There are various minority-led separatist movements in Europe that seek to transform self-governing regions into sovereign states. The existing European states are not eager to fulfil this minority demand, but the growing separatist trends continue to cause numerous constitutional problems across Europe. The existing states are likely to resolve such problems in the name of preserving their constitutional orders. According to this article, confederal settlements would contribute to the resolution of the problems. It is possible for separatist national minorities to achieve their main aim – i.e. to construct their sovereign states – via confederal settlements. These settlements would enable secessionist minorities and their host states to preserve and promote their constitutional links. The protected and developed links would ultimately urge confederal allies – national minorities and their parent states – to turn their unions into highly stable federations or unitary states.</p>
Keywords: Separatist movements, Secession, Sovereign statehood, Confederalism, Autonomy, National minorities.	

Konfederal Antlaşmalar: Ayrılmaya İlişkin Azınlık Sorunlarını Çözmek İçin Bir Öneri

Makale Bilgileri	ÖZ
Makale Geçmişi Geliş: 30.09.2020 Kabul: 30.10.2020 Yayın: 31.12.2020	<p>Özerk bölgeleri egemen devletlere dönüştürmeyi hedefleyen, azınlık-odaklı pek çok ayrılıkçı akım Avrupa’da varlığını sürdürmektedir. Mevzu bahis hedefi gerçekleştirmek için mevcut Avrupa devletleri hevesli gözüküyor olsa da büyüyen ayrılıkçı eğilimler, Avrupa çapında sayısız anayasal soruna yol açmaya devam etmektedir. Mevcut devletlerin kendi anayasal düzenlerini koruma adına söz konusu sorunları çözmesi ihtimal dahilindedir. Bu çalışmaya göre; konfederal antlaşmalar, bahsi geçen sorunların çözümünde katkı sunabilir. Ayrılıkçı ulusal azınlıklar, bu tip antlaşmalar marifetiyle egemen devlet kurmak şeklinde ifade ettikleri ana hedeflerine ulaşabilirler. Ek olarak; konfederal antlaşmalar, ayrılıkçı azınlıklar ve bu azınlıkları barındıran devletler arasında bulunan anayasal bağların korunmasını ve geliştirilmesini mümkün kılabilir. Korunan ve geliştirilen bağların nihai bir sonucu olarak; konfederal müttefikler – ulusal azınlıklar ve bu azınlıkları barındıran devletler – kurmuş oldukları birliklerini istikrarlı federasyonlara yahut üniter devletlere dönüştürebilir.</p>
Anahtar Kelimeler: Ayrılıkçı akımlar, Ayrılma, Egemen devlet olma, Konfederalleşme, Özerklik, Ulusal azınlıklar.	

Atıf/Citation: Kolçak, H. “Confederal Agreements: A Proposal to Resolve Secession-Related Minority Issues”, *Necmettin Erbakan University Faculty of Law Review*, V. 3, I. 2, 2020, 208-232.



“This article is licensed under a [Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/) (CC BY-NC 4.0)”

INTRODUCTION

There are a significant number of active secessionist movements across Europe that are led by territorially concentrated national minorities, including the Catalans and the Scots.¹ The movements seek to turn minority-dominated autonomous regions, e.g. Catalonia and Scotland, into sovereign states.² The existing European states are unwilling to satisfy this minority demand, but the number of minority-led separatist movements are growing dramatically.³ This circumstance would ultimately stimulate the existing states to alter their attitudes towards the demand and accordingly resolve secession-related minority issues in the name of safeguarding their constitutional orders.⁴

This article argues that confederal arrangements would help sovereign states to resolve their secession-concerned minority issues. These arrangements would enable separatist national minorities to achieve their main purpose, i.e. to establish their sovereign states. The arrangements would provide secessionist minorities and their host or parent states with concrete opportunities to construct common unions, enabling them to secure and develop some of their existing constitutional ties. The secured and developed ties would eventually create highly stable federations or unitary states when regional loyalties turn into confederal allegiance built on shared common interests and mutual trusts.

As an interdisciplinary study drawing on the methods of general public law and constitutional politics, this article seeks to scrutinise how sovereign states resolve their secession-concerned minority questions. The article is organised in the following fashion. It initially analyses separatist national minorities. It then examines the basic characteristics of confederal governance. Finally, the article explains how confederal arrangements contribute to the resolution of the aforementioned questions.

Secessionist National Minorities

The concept of minority refers to groups who find themselves in “*a position of relative subordination in a given societal context*”.⁵ Sheer numerical inferiority is considered as the main reason for subordination.

¹ Müller-Plotnikow, Sabrina. “Beyond Catalonia: Separatist Movements in Western Europe”, *Deutsche Welle*, (30.09.2017), <https://www.dw.com/en/beyond-catalonia-separatist-movements-in-western-europe/a-40761144>, (Access-ed on: 24.09.2020); Çetin, Şerife. “EU Response on Catalonia Reveals Fears of Separatism”, *Anadolu Agency*, (11.10.2017), <https://www.aa.com.tr/en/europe/eu-response-on-catalonia-reveals-fears-of-separatism/933025>, (Access-ed on 24.09.2020); Henley, Jon / Sheehy, Finbarr / Swann, Glenn / Fenn, Chris. “Beyond Catalonia: Pro-independence Movements in Europe”, *The Guardian*, (27.10.2017), <https://www.theguardian.com/world/ng-interactive/2017/oct/27/-beyond-catalonia-pro-independence-movements-in-europe-map>, (Accessed on: 25.09.2020).

² Morice, Sarah. “2017 Year in Review: Europe’s Secessionist Movements”, *TRT World*, (25.12.2017), <https://www.trtworld.com/europe/2017-year-in-review-europe-s-secessionist-movements-13595>, (Accessed on: 25.09.2020); Ellyatt, Holly. “If Catalonia Goes Independent, These Places Could be Next”, *CNBC*, (06.10.2017), <https://www.cnbcm.com/2017/10/06/if-catalonia-goes-independent-these-places-could-be-next.html>, (Accessed on: 25.09.2020); Raja, Irfan. “Can the United Kingdom Hold its Union?”, *Daily Sabah*, (21.02.2020), <https://www.dailysabah.com/op-ed/2020/02/21/can-the-united-kingdom-hold-its-union>, (Accessed on: 24.09.2020).

³ Torres, Diego. “Europe’s Separatists Feel Catalan Chill”, *Politico*, (04.09.2018), <https://www.politico.eu/article/catalan-chill-for-european-separatist-movements-aland-islands-south-tyrol/>, (Accessed on: 26.09.2020); Schreuer, Milan. “Catalan Separatists Want Independence. Who Else?”, *The New York Times*, (17.12.2017), <https://www.nytimes.com/2017/12/17/world/europe/catalonia-independence-europe.html>, (Accessed on: 26.09.2020).

⁴ Griffiths, Ryan. “Between Dissolution and Blood: How Administrative Lines and Categories Shape Secessionist Outcomes”, *International Organization*, vol. 69, no. 3, 2015, pp. 731-751; Coggins, Bridget. “Friends in High Places: International Politics and the Emergence of States from Secessionism”, *International Organization*, vol. 65, no.3, 2011, pp. 433-468.

⁵ Kraus, Peter. “Democracy’s Challenge: Nordic Minority Politics in the European Context”, *The Challenge of Minority Integration: Politics and Policies in the Nordic Nations*, edited by Peter Kraus and Peter Kivisto, De Gruyter, Berlin 2015, p. 46.

However, numbers are always connected to other distinct factors concerning cultural, ethnic, linguistic or religious characteristics. Francesco Capotorti takes into account several potential factors and proposes the most widely agreed upon definition of minority as follows: “A group numerically inferior to the rest of the population of a State, in a non-dominant position, whose members – being nationals of the State – possess ethnic, religious or linguistic characteristics differing from those of the rest of the population and show, if only implicitly, a sense of solidarity, directed towards preserving their culture, traditions, religion or language”.⁶ This broad approach is embraced by Article 1 of the United Nations (UN) General Assembly Resolution 47/135 on the rights of minorities, which was approved unanimously on 18 December 1992.⁷ Objective and subjective definitional criteria are originated from Capotorti’s definition. The objective criteria are those certain features that distinguish a group from the majority, e.g. a distinct culture, ethnicity, language or religion. The subjective criteria are those that provide a group with minority consciousness.⁸

Minorities are classified into two main categories in accordance with the aforementioned criteria, namely (i) cultural minorities and (ii) national minorities. Cultural minorities (immigrants and their descendants) are those who fulfil the objective conditions but fail to satisfy the subjective criteria due to their desire to integrate into the majority culture. National minorities are those who satisfy both objective and subjective criteria. This definition of national minority is recognised by the Parliamentary Assembly of the Council of Europe (PACE). According to Article 1 of the Draft Additional Protocol on the Rights of Minorities to the European Convention on Human Rights (Recommendation 1201 (1993)), national minority is a group of persons in a state who:

- a) reside on the territory of that state and are citizens thereof;
- b) maintain longstanding, firm and lasting ties with that state;
- c) display distinctive ethnic, cultural, religious or linguistic characteristics;
- d) are sufficiently representative, although smaller in number than the rest of the population of that state or of a region of that state; and
- e) are motivated by a concern to preserve together that which constitutes their common identity, including their culture, traditions, religion or language.⁹

There are two main types of national minorities under the light of the above definition: (i) indigenous peoples and (ii) stateless nations. Indigenous peoples are those whose “*traditional lands were overrun by settlers and then forcibly, or through treaties, incorporated into states run by outsiders*”.¹⁰ These peoples seek to protect certain traditional ways of life and beliefs whilst nonetheless participating in the contemporary world on their own terms.¹¹ Many indigenous peoples, e.g. the Sami in Scandinavia, the

⁶ Capotorti, Francesco. *Study on the Rights of Persons Belonging to Ethnic, Religious and Linguistic Minorities*, Official Publications of the United Nations, New York, 1979, p. 96.

⁷ *Declaration on the Rights of Persons Belonging to National or Ethnic, Religious and Linguistic Minorities*, 3 February 1992, UN General Assembly Resolution A/RES/47/135, art. 1.

⁸ Goldman, Olivia. “The Need for an Independent International Mechanism to Protect Group Rights: A Case Study of the Kurds”, *Tulsa Journal of Comparative and International Law*, vol. 2, no. 1, 1994, pp. 45-60.

⁹ The Protocol was adopted by the PACE on 1 February 1993. It was not endorsed by the Committee of Ministers, preventing the Protocol from entering into force.

¹⁰ Kymlicka, Will / Norman, Wayne. “Citizenship in Culturally Diverse Societies: Issues, Contexts and Concepts”, *Citizenship in Diverse Societies*, edited by Will Kymlicka and Wayne Norman, Oxford University Press, Oxford, 2000, p. 20.

¹¹ Levy, Jacob. “Three Modes of Incorporating Indigenous Law”, *Citizenship in Diverse Societies*, edited by Will Kymlicka and Wayne Norman, Oxford University Press, Oxford, 2000, p. 297.

Aboriginals in Australia and Canada, the Maori in New Zealand and the Inuit in Greenland, try to achieve this goal via self-government, land and special representation rights.¹²

Stateless nations are those who may constitute regionally concentrated minority groups in sovereign states.¹³ Their historic territories “*may have been conquered and annexed by a larger state or empire in the past; ceded from one empire to another; or united with another kingdom through royal marriage [or through voluntary agreements aimed at forming a mutually beneficial union]*”.¹⁴ These nations typically mobilise along nationalist lines, utilising the language of nationhood to protect and promote their distinct ethnic, cultural, linguistic, religious or other basic characteristics. They intend to enhance their political autonomy in protecting and promoting these characteristics.¹⁵

The term ‘autonomy’ derives from the following Greek-origin words: *auto* (self) and *nomos* (law or rule). The basic meaning of autonomy is to make one’s own laws. In the modern world, the term is used so widely in many branches of science, from theology to philosophy and psychology. It is worth noting that autonomy has numerous meanings and interpretations in the disciplines of constitutional law and political science. Ruth Lapidoth classifies the definitional debate into four main categories: (i) autonomy as a right to act upon one’s own discretion in specific matters, whether on an individual basis or via a public body; (ii) autonomy as synonymous to independence; (iii) autonomy as a synonym of decentralisation; and (iv) autonomy as a reference to a (non)territorial unit which enjoys exclusive legislative, executive and/or judicial powers in certain areas.¹⁶ The fourth concept is defined by many eminent scholars as political autonomy.¹⁷ There is indeed no consensus upon what political autonomy certainly means as a term of constitutional law. However, it is still possible to make a general definition by paying a particular attention to common points of various relevant definitions: political autonomy is “*a means of internal power-sharing aimed to preserve the cultural and ethnic variety, while respecting the unity of a state*”.¹⁸ There are three

¹² These rights provide indigenous peoples with a significant degree of political autonomy. For more details on indigenous peoples, see Kymlicka, Will. “The Essentialist Critique of Multiculturalism: Theory, Policies and Ethos”, *Multiculturalism Rethought: Essays in Honour of Bhikhu Parekh*, edited by Tariq Modood and Varun Uberoi, Edinburgh University Press, Edinburgh, 2015, pp. 219-245; Borrows, John. “Landed Citizenship: Narratives of Aboriginal Political Participation”, *Citizenship in Diverse Societies*, edited by Will Kymlicka and Wayne Norman, Oxford University Press, Oxford, 2000, pp. 326-342; Kymlicka, Will. “The Rise and Fall of Multiculturalism? New Debates on Inclusion and Accommodation in Diverse Societies”, *International Social Science Journal*, vol. 61, no. 199, 2010, pp. 97-105; Kymlicka, Will. “Beyond the Indigenous/Minority Dichotomy”, *Reflection on the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, edited by Stephen Allen and Alexandra Xanthaki, Hart Publishing, Oxford, 2011, pp. 183-208.

¹³ It is worth noting that some stateless nations would be territorially dispersed, such as the Roma in western European countries. For more details on territorially dispersed stateless nations, see Kymlicka, Will. “The Internationalization of Minority Rights”, *International Journal of Constitutional Law*, vol. 6, no. 1, 2008, pp. 1-32; Kymlicka, Will. “Categorizing Groups, Categorizing States: Theorizing Minority Rights in a World of Deep Diversity”, *Ethnic & International Affairs*, vol. 24, no. 3, 2009, pp. 371-388.

¹⁴ Kymlicka / Norman, pp. 19-20.

¹⁵ Kymlicka / Norman, p. 20.

¹⁶ Lapidoth, Ruth. *Autonomy: Flexible Solutions to Ethnic Conflicts*, United States Institute for Peace Press, Washington, 1997, pp. 2-15.

¹⁷ For such definitions, see Nordquist, Kjell. “Autonomy as a Conflict-Solving Mechanism: An Overview”, *Autonomy: Applications and Implications*, edited by Markku Suksi, Kluwer Law International, The Hague, 1998, pp. 59-77; Ghai, Yash. “Ethnicity and Autonomy: A Framework for Analysis”, *Autonomy and Ethnicity: Negotiating Competing Claims in Multi-Ethnic States*, Cambridge University Press, Cambridge, 2000, pp. 1-26; Hannum, Hurst. *Autonomy, Sovereignty and Self-determination: The Accommodation of Conflicting Rights*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 1996; Heintze, Hans. “On the Legal Understanding of Autonomy”, *Autonomy: Applications and Implications*, edited by Markku Suksi, Kluwer Law International, The Hague, 1998, pp. 7-32.

¹⁸ Benedikter, Thomas. *The World’s Modern Autonomy Systems: Concepts and Experiences of Regional Territorial Autonomy*, EURAC Institute of Minority Rights, Bolzano, 2009, p. 19.

main types of political autonomy: (1) personal/cultural autonomy, (2) administrative (local) autonomy and (3) territorial autonomy.¹⁹

It is theoretically possible to distinguish personal autonomy from its cultural counterpart, but these two autonomy types are almost the same in practice, encouraging us to explain them in a unitary manner.²⁰ Personal/cultural autonomy is a type of political autonomy that applies to all *individual* members of an ethnic, cultural, linguistic or religious community which is mostly, but not always, territorially dispersed. This autonomy “*grants a precisely defined set of rights to individuals on the basis of their membership in a particular group*”.²¹ Personal/cultural autonomy would recognise and safeguard personal rights (e.g. double citizenship, access to educational facilities, etc.), cultural rights (e.g. broadcasting and language rights) and political freedoms (such as a certain number of reserved parliamentary seats).²² These rights are generally exercised by a *self-administering association of persons*. This association would have its self-governing representative institutions which do not enjoy legislative powers, and which refer to no particular territory. Historically, the Ottoman Empire granted its non-Muslim inhabitants – mainly Armenians, Greeks and Jews – personal/cultural autonomy through its administrative practise, known as ‘the *millet* system’.²³

Administrative (local) autonomy is “*an expression of decentralisation and sets forth a delegation of certain powers but not includes any legislative powers exercised by locally elected bodies*”.²⁴ This form of political autonomy generally applies to territorially concentrated national minorities. It is much more comprehensive and extensive than personal/cultural autonomy. In administrative autonomies, there are special administrative institutions, (partially) funded by states, in addition to general administrative units (e.g. districts, municipalities and counties). These special institutions are permitted to make secondary laws (decrees and bylaws) in the fulfilment of various tasks, ultimately empowering the residents of administrative units to look after their own (minority-related) matters. A current example of administrative autonomy is that being exercised by the Danish minority in the German city of Flensburg.²⁵

¹⁹ This study classifies political autonomies in accordance with Thomas Benedikter’s legalistic approach, which takes into account basic principles of constitutional law and democratic governance. There are other approaches that would be used in categorising political autonomies, including the objectivist approach and its pragmatist counterpart. For a detailed analysis of all these approaches, see Schulte, Felix. *Conflict Regulation through Self-Rule: Success Factors of Territorial Autonomy Systems*, Aland Islands Peace Institute, Mariehamn, 2015.

²⁰ Several studies differentiate personal autonomy from its cultural counterpart. According to these studies, cultural autonomy is a community-based formulation, rendering it a communitarian (collectivistic) form of autonomy. Personal autonomy is an individual-centred formulation, making it an individualistic form of autonomy. This individualistic form seeks to protect individuals by granting them with the right to act upon their own discretion. This is not the case with the communitarian form, which tries to secure and develop collective identities. For more details, see Tkacik, Michael. “Characteristics of Forms of Autonomy”, *International Journal on Minority and Group Rights*, vol. 15, no. 2, 2008, pp. 369-401; Abushov, Kavus. “Autonomy as a Possible Solution to Self-determination Disputes: Does It Really Work?”, *International Journal on Minority and Group Rights*, vol. 22, no. 2, 2015, pp. 182-201; Weller, Marc. “Introduction”, *Asymmetric Autonomy and the Settlement of Ethnic Conflicts*, edited by Marc Weller and Katherine Nobbs, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 2010, pp. 1-13.

²¹ Benedikter, p. 39.

²² The ultimate scope of personal/cultural autonomy encompasses all powers regarded necessary for the protection and advancement of ethnic, cultural, linguistic and/or religious identities. For more details, see Benedikter, p. 51.

²³ This system permitted non-Muslim Ottoman groups to establish their own schools, courts and cultural sites. For more details, see Barkey, Karen / Gavrillis, George. “The Ottoman Millet System: Non-Territorial Autonomy and its Contemporary Legacy”, *Ethnopolitics*, vol. 15, no. 1, 2016, pp. 24-42.

²⁴ Benedikter, p. 41.

²⁵ Administrative autonomies may adopt secondary laws in several areas, e.g. local festivities, traditional customs, local/regional police and security, local/regional memorials and monuments, local/regional ethno-national symbols, etc. For more details, see Benedikter, p. 51.

Territorial autonomy is the most common form of political autonomy. It provides territorially concentrated national minorities with the highest degree of self-rule. The carrier of territorial autonomy is a local (or regional) authority rather than an association of persons. Therefore, local (or regional) institutions established through this form of autonomy are independent from central state entities. Local or regional institutions exercising territorial autonomy are bestowed with both executive and legislative powers. This implies that they can adopt not only secondary laws (directives and regulations) but also primary laws (acts). The degree of self-rule provided via territorial autonomy exceeds that of personal/cultural and administrative autonomy. Not only matters concerning culture, language and education, but also economic and social policies are governed by local or regional authorities enjoying territorial autonomy.²⁶

A significant number of European states, e.g. Belgium, Finland, Italy, Spain and the United Kingdom (UK), have adopted several constitutional arrangements since the 1950s that allow their national minorities to exercise territorial autonomy.²⁷ These arrangements were strongly supported by European national minorities until the early 2000s. Since then some territorially concentrated national minorities have initiated strong secessionist movements aimed at transforming their autonomous regions into sovereign states.²⁸ It is possible to find out many separatist movements across today's Europe that are led by self-ruling national minorities.²⁹

The Scots provide a good example. Scotland began exercising legislative devolution (territorial autonomy) in 1998. The Scottish Parliament (Holyrood) was initially dominated by the unionist parties – the Scottish Conservative Party, the Scottish Labour Party and the Scottish Liberal Democrats – who seek to protect Scotland's constitutional ties with the UK.³⁰ Holyrood began changing its unionist character in 2007, when the pro-independence Scottish National Party (SNP) came into power via a minority government.³¹ The Parliament gained a strong separatist character in 2011, when the secessionist SNP and the Scottish Green Party gained 71 out of 129 seats.³² This resulted in a *de jure* Scottish independence

²⁶ For a comprehensive analysis of territorial autonomy, see Légaré, André / Suksi, Markku. "Rethinking the Forms of Autonomy at the Dawn of the 21st Century", *International Journal on Minority and Group Rights*, vol. 15, no. 2, 2008, pp. 143-155; Olausson, Pär. *Autonomy and Islands, a Global Study of the Factors that Determine Island Autonomy*, Åbo Akademi University Press, Åbo, 2007.

²⁷ For an extensive analysis of these arrangements, see Boulden, Jane / Kymlicka, Will. "Introduction", *International Approaches to Governing Ethnic Diversity*, edited by Jane Boulden and Will Kymlicka, Oxford University Press, New York, 2015, pp. 1-21; Suksi, Markku. *Sub-state Governance through Territorial Autonomy: A Comparative Study in Constitutional Laws of Powers, Procedures and Institutions*, Springer-Verlag, Heidelberg, 2011.

²⁸ Secession refers to political disintegration and territorial dismemberment. It enables a territorial unit to establish its own sovereign state by withdrawing from an established and internationally recognised state. For a constitutional analysis of this concept, see Bartkus, Ona. *The Dynamic of Secession*, Cambridge University Press, Cambridge, 1999; Pavkovic, Aleksandar / Radan, Peter. *Creating New States: Theory and Practice of Secession*, Ashgate, Hampshire, 2007; Crawford, James. *The Creation of States in International Law*, 2nd edition, Clarendon Press, Oxford, 2006; Buchanan, Allen. *Secession: The Morality of Political Divorce from Fort Sumter to Lithuania and Quebec*, Westview Press, Boulder, 1991.

²⁹ Antunes, Sandrina / Loughlin, John. "The European Union, Subnational Mobilization and State Rescaling in Small Unitary States: A Comparative Analysis", *Regional & Federal Studies*, vol. 30, no. 2, 2020, pp. 121-136; Loughlin, John / Antunes, Sandrina. "State Rescaling and a 'Europe of the Regions' in Small Unitary States: A Damp Squib?", *Regional & Federal Studies*, vol. 30, no. 2, 2020, pp. 303-321.

³⁰ Connolly, Christopher. "Independence in Europe: Secession, Sovereignty, and the European Union", *Duke Journal of Comparative and International Law*, vol. 24, no. 1, 2013, pp. 51-52.

³¹ Meer, Nasar. "Looking up in Scotland? Multinationalism, Multiculturalism and Political Elites", *Ethnic and Racial Studies*, vol. 38, no. 9, 2015, pp. 1478-1480.

³² Adam, Elisanda. "Self-Determination and the Use of Referendums: The Case of Scotland", *International Journal of Politics, Culture, and Society*, vol. 27, no. 1, 2014, pp. 47-48.

referendum held on 18 September 2014.³³ In the referendum, 55.3 per cent of Scots rejected Scottish independence on a turnout of 84.6 per cent.³⁴ This did not settle the independence issue.³⁵

In the 2016 Scottish parliamentary election, the pro-independence SNP and Scottish Greens obtained 69 out of 129 seats, and the Scottish Nationalists formed a minority government.³⁶ Not long after, the UK held a referendum on its European Union (EU) membership, regarded as the ‘Brexit Referendum’, on 23 June 2016. In the referendum, British voters endorsed the UK to withdraw from the EU. 51.9 per cent of Britons voted to leave on a turnout of 72.2 per cent.³⁷ There was no UK-wide consensus on the leave vote. While England and Wales backed the leave vote, Scotland, Northern Ireland and Gibraltar opted to remain.³⁸ In Scotland, there was a consensus on the remain vote because all local authority areas saw remain majorities.³⁹ The Brexit Referendum has resulted in another constitutional crisis for Scotland’s future.⁴⁰ The ruling SNP argues that “*Scotland faces the prospect of being taken out of the EU against our will*”.⁴¹ This motivates the separatist Scottish Nationalists and Greens to hold another independence referendum after all Brexit terms become clear.⁴²

In March 2017, the Scottish Parliament backed a Scottish government motion by a majority of 69 to 59, authorising Scotland’s First Minister Nicola Sturgeon to make a formal request to the British government to hold a Scottish independence referendum.⁴³ In December 2019, Sturgeon sent an official letter to British Prime Minister Boris Johnson that asked for the adoption of a settlement akin to the 2012 Edinburgh Agreement, which paved the way for the 2014 independence referendum.⁴⁴ This request was rejected by Boris Johnson, who underlined in his official response to Sturgeon that the 2014 referendum

³³ Dardanelli, Paolo / Mitchell, James. “An Independent Scotland? The Scottish National Party’s Bid for Independence and its Prospects”, *The International Spectator: Italian Journal of International Affairs*, vol. 49, no. 3, 2014, pp. 88-91; Tierney, Stephen. “Legal Issues Surrounding the Referendum on Independence for Scotland”, *European Constitutional Law Review*, vol. 9, no. 3, 2013, p. 360.

³⁴ Tierney, Stephen. “Reclaiming Politics: Popular Democracy in Britain after the Scottish Referendum”, *The Political Quarterly*, vol. 86, no. 2, 2015, p. 226.

³⁵ Keating, Michael. “The Scottish Independence Referendum and After”, *Revista d’Estudis Autònoms i Federals*, vol. 21, no. 1, 2015, pp. 73-74.

³⁶ Kolçak, Hakan. “Associate Statehood for Scotland as the Way to Stay in both the United Kingdom and the European Union: The Liechtenstein Example”, *Romanian Journal of European Affairs*, vol. 17, no. 1, 2017, p. 42.

³⁷ Dodds, Anneliese. “Why People Voted to Leave and What to Do Now: A View from the Doorstep”, *The Political Quarterly*, vol. 87, no. 3, 2016, p. 360.

³⁸ Ashcroft, Richard / Bevir, Mark. “Pluralism, National Identity and Citizenship: Britain after Brexit”, *The Political Quarterly*, vol. 87, no. 3, 2016, pp. 355-356.

³⁹ Goodwin, Matthew / Heath, Oliver. “The 2016 Referendum, Brexit and the Left Behind: An Aggregate-Level Analysis of the Result”, *The Political Quarterly*, vol. 87, no. 3, 2016, pp. 323-324.

⁴⁰ Hobolt, Sara. “The Brexit Vote: A Divided Nation, a Divided Continent”, *Journal of European Public Policy*, vol. 23, no. 9, 2016, pp. 1260-1263.

⁴¹ Sturgeon, Nicola. “Nicola Sturgeon Responds to the Brexit Vote – Read her Speech in Full”, *Holyrood*, (24.06.2016), <https://www.holyrood.com/articles/inside-politics/%20nicola-sturgeon-responds-brexit-vote-read-her-speech-full>, (Accessed on: 10.09.2020).

⁴² Dickie, Mure. “SNP ‘Resets’ Plans for Second Scottish Independence Referendum”, *Financial Times*, (27.06.2017), <https://www.ft.com/content/84e08f70-b852-3f95-9619-279fc5b93-683>, (Accessed on: 24.09.2020).

⁴³ Carrell, Severin. “Scottish Parliament Votes for Second Independence Referendum”, *The Guardian*, (28.03.2017), <https://www.theguardian.com/politics/2017/mar/28/scottish-parliament-votes-for-second-independence-referendum-ni-cola-sturgeon>, (Accessed on: 25.09.2020).

⁴⁴ Brooks, Libby. “Sturgeon Demands Independence Referendum Powers be Devolved”, *The Guardian*, (19.12.2019), <https://www.theguardian.com/politics/2019/dec/19/nicola-sturgeon-requests-independence-referendum-powers>, (Accessed on: 23.09.2020).

was a “*once in a generation vote*”.⁴⁵ The rejection did not settle the Scottish independence issue. In January 2020, the Scottish Parliament adopted a government motion by a majority of 64 to 54 that expressed support for an independence referendum taking place on a date and in a manner determined by Holyrood.⁴⁶ In the same month, the Parliament voted in favour of another motion ensuring that the EU flag continues to fly daily at the Holyrood building after the UK leaves the bloc.⁴⁷

Since then the secessionist Scots have advocated holding an independence referendum. According to them, self-government rights set out in *The Scotland Act 1998* – the backbone of the constitutional arrangement between Scotland and the UK – have enabled the Scots to exercise significant decision-making powers on several areas.⁴⁸ However, they also underline that Scotland does not enjoy its sovereignty under the current constitutional settlement, undermining its capacity to fulfil Scottish demands.⁴⁹ They believe that the people of Scotland should enjoy a democratic right to determine their own future.⁵⁰ The Brexit Referendum indicates that Scotland’s apparent choice is to stay in the EU. The constitutional organs of the Scottish devolved region are unable to satisfy this demand. Scotland is obliged to come out of the EU though this is not asked by the Scottish people.⁵¹ Therefore, the obligation is not consistent with the basic understanding of democracy that calls on the ruler to govern in accordance with demands of the ruled.⁵² The separatist Scots consider a new independence referendum as a step that should be taken in advancing Scottish democracy.⁵³ According to them, backing Scottish independence in such a referendum would create a sovereign Scotland fulfilling all EU accession criteria in a short span of time.⁵⁴ This would render

⁴⁵ Learmonth, Andrew. “Boris Johnson Publishes Response to SNP’s Section 30 Request”, *The National*, (14.01.2020), <https://www.thenational.scot/news/18158724.johnson-publishes-response-snps-section-30-request>, (Accessed on: 23.09.2020).

⁴⁶ Macnab, Scott. “Scottish Parliament Backs Holding Indyref2 Vote This Year”, *The Scotsman*, (29.01.2020), <https://www.scotsman.com/news/scottish-news/scottish-parliament-backs-holding-indyref2-vote-year-1395741>, (Accessed on: 27.08.2020).

⁴⁷ Read, Carly. “Scottish Parliament to Keep Flying EU Flag after Brexit in Huge Snub to Referendum Result”, *The Express*, (29.01.2020), <https://www.express.co.uk/news/politics/123-5177/scottish-parliament-eu-flag-brexit-day-snp-nicola-sturgeon-latest>, (Accessed on: 26.09.2020).

⁴⁸ Sturgeon, Nicola. “We’ve Made a Real Difference: Nicola Sturgeon Reflects on 20 Years of Devolution”, *Yes*, (01.07.2019), <https://www.yes.scot/weve-made-a-real-difference-nicola-sturgeon-reflects-on-20-years-of-devolution/>, (Accessed on: 25.09.2020).

⁴⁹ Davidson, Jenni. “Independence Referendum must be ‘Legal and Legitimate’, Nicola Sturgeon Emphasises in Brexit Day Speech”, *Holyrood*, (31.01.2020), <https://www.holyrood.com/news/view/independen-ce-referendum-must-be-legal-and-legitimate-nicola-sturgeon-emphas-15048.htm>, (Accessed on: 20.09.2020).

⁵⁰ Jefferson, Rodney / Morales, Alex. “Scotland’s Leader Warns Johnson He ‘can’t Deny Democracy’”, *Bloomberg*, (10.02.2020), <https://www.bloomberg.com/news/articles/2020-02-10/scotlands-leader-warns-boris-johnson-he-can-t-deny-democracy>, (Accessed on: 23.09.2020).

⁵¹ Robertson, Angus. “A Whopping Majority Believes Scotland has Right to Decide over Indyref2”, *The Scotsman*, (28.01.2020), <https://www.scotsman.com/news/politics/scottish-independence/whopping-majority-believes-scotland-has-right-decide-over-indyref2-angus-robertson-1376832>, (Accessed on: 25.09.2020).

⁵² Nutt, Kathleen. “Scotland could Rejoin EU Four-Five Years after Indy, Expert Says”, *The National*, (22.05.2020), <https://www.thenational.scot/news/18469817.scotland-rejoin-eu-four-five-years-indy-expert-says>, (Accessed on: 18.09.2020).

⁵³ Crowcroft, Orlando. “Scottish Independence Referendum: Sturgeon Says ‘Democracy will Prevail’ after New Vote Refused”, *Euronews*, (14.01.2020), <https://www.euronews.com/2020/01/14/democracy-will-prevail-says-sturgeon-after-johnson-refuses-second-scottish-referendum>, (Accessed on: 27.08.2020).

⁵⁴ Webster, Laura. “Unionists Furious as EU Boss Indicates Indy Scotland can Rejoin”, *The National*, (20.05.2020), <https://www.thenational.scot/news/18462298.unionists-furious-eu-boss-indicates-indy-scotland-can-rejoin>, (Accessed on: 23.08.2020).

the current devolved region a sovereign state within the EU, ultimately resulting in a scenario in harmony with the Scottish political choice.⁵⁵

The Scots are not the only people who would like to transform their devolved region into a sovereign state. There is an active movement in Wales, a devolved region of the UK, that asks for the establishment of an independent Wales. This political movement is led by the Party of Wales (*Plaid Cymru*), which has been an important actor in Welsh constitutional politics since the establishment of the Welsh devolved region in 1998.⁵⁶

A dominant secessionist movement is growing in Catalonia, a self-ruling region of the Spanish Kingdom. The autonomous community is ruled by the separatists who would like to establish a sovereign Catalan republic. This Catalan demand is rejected by the Spanish government, which does not authorise its Catalan counterpart to hold a *de jure* independence referendum.⁵⁷ There are other separatist organisations, political parties and alliances active in some Spanish autonomous communities, e.g. the Balearic Islands, the Basque Country, the Canary Islands and Galicia.⁵⁸

⁵⁵ For a detailed analysis of how Scotland would become an EU member state after its independence, see Bullock, Steve. “What Representation Would an Independent Scotland Have in the EU?”, *An Independent Scotland in the EU: Issues for Accession*, edited by Kirsty Hughes, Scottish Centre on European Relations Publication Office, Edinburgh, 2020, pp. 20-22; Lock, Tobias. “Negotiating EU Accession: Lessons for an Independent Scotland”, *An Independent Scotland in the EU: Issues for Accession*, edited by Kirsty Hughes, Scottish Centre on European Relations Publication Office, Edinburgh, 2020, pp. 9-12; McEwen, Nicola. “Devolution and Alignment with EU Laws”, *An Independent Scotland in the EU: Issues for Accession*, edited by Kirsty Hughes, Scottish Centre on European Relations Publication Office, Edinburgh, 2020, pp. 13-16; Zuleeg, Fabian. “Transition from the UK and to the EU”, *An Independent Scotland in the EU: Issues for Accession*, edited by Kirsty Hughes, Scottish Centre on European Relations Publication Office, Edinburgh, 2020, pp. 17-19.

⁵⁶ For a comprehensive analysis of the Welsh case, see Kolçak, Hakan. “Unionist Wales: A Comprehensive Analysis of the Welsh Devolved Region via Constitutional and Legal Perspectives”, *Public Administrative Studies*, edited by Sefer Yılmaz, Akademisyen Publishing House, Ankara, 2020, pp. 1-21; Mullen, Tom. “Brexit and the Territorial Governance of the United Kingdom”, *Contemporary Social Science*, vol. 14, no. 2, 2019, pp. 276-293.

⁵⁷ For all significant details of the Catalan case, see Kolçak, Hakan. “From Unionism to Secessionism: A Comprehensive Analysis of Contemporary Catalan Politics”, *Journal of Society and Politics*, vol. 12, no. 1, 2017, pp. 25-52; Andreu, Josep. “Constitution and Referendum on Secession in Catalonia”, *Claims for Secession and Federalism: A Comparative Study with a Special Focus on Spain*, edited by Alberto López-Basaguren and Leire Escajedo San-Epifanio, Springer, New York, 2019, pp. 405-422; Castillo, Antonio. “State Integration and Disintegration within the European Union: Regarding the Purported Secession of Catalonia and its Hypothetical Membership of the EU”, *Claims for Secession and Federalism: A Comparative Study with a Special Focus on Spain*, edited by Alberto López-Basaguren and Leire Escajedo San-Epifanio, Springer, New York, 2019, pp. 563-574; Swan, Brown / Cetra, Daniel. “Why Stay Together? State Nationalism and Justifications for State Unity in Spain and the UK”, *Nationalism and Ethnic Politics*, vol. 26, no. 1, 2020, pp. 46-65; Wagner, Andrea / Marin, Jianna / Kroqi, Dorian. “The Catalan Struggle for Independence and the Role of the European Union”, *Regional Science Policy & Practice*, vol. 11, no. 5, 2019, pp. 787-803.

⁵⁸ For more details on the secessionist movements in Spain, see Corral, Benito / Freijedo, Francisco. “Constitutionalizing Secession in Order to Harmonize Constitutionality and Democracy in Territorial Decentralized States Like Spain”, *Claims for Secession and Federalism: A Comparative Study with a Special Focus on Spain*, edited by Alberto López-Basaguren and Leire Escajedo San-Epifanio, Springer, New York, 2019, pp. 265-285; Gray, Caroline. *Territorial Politics and the Party System in Spain: Continuity and Change since the Financial Crisis*, Routledge, London, 2020; Kolçak, Hakan. “Ongoing Unionism: A Comprehensive Analysis of Galicia via Constitutional and Legal Perspectives”, *Selected Studies on Social Science*, edited by Özlem Kaya, Iksad Publications, Ankara, 2020, pp. 3-42; Mas, Joaquin. “Secession and Federalism: The Spanish Case”, *Claims for Secession and Federalism: A Comparative Study with a Special Focus on Spain*, edited by Alberto López-Basaguren and Leire Escajedo San-Epifanio, Springer, New York, 2019, pp. 389-404.

It is possible to find out similar political movements in other European countries. A strong separatist movement is effective in the Flemish Region of the Belgian Kingdom. The movement is led by the New Flemish Alliance (*Nieuw-Vlaamse Alliantie*), which is a mainstream political party in Flemish constitutional politics. A less powerful movement is developed in Wallonia, which is a federal component of Belgium.⁵⁹ The Bavaria Party (*Bayernpartei*) develops a political movement aimed at transforming the Free State of Bavaria – a federal constituent of Germany – into a sovereign state.⁶⁰ Similar developments exist in France and Finland. The For Corsica Coalition (*Pè a Corsica*) is a political alliance between the autonomists (*Femu a Corsica*) and separatists (*Corsica Libera*). The Coalition intends to turn Corsica – a French island in the Mediterranean Sea – into a sovereign state.⁶¹ The Future of Åland (*Ålands Framtid*) seeks to achieve a similar goal transforming the Åland Islands – a self-governing Finnish archipelago – into a sovereign state.⁶² Similar parties are found in Sardinia and Sicily, which are designed as autonomous regions by the Italian Constitution.⁶³ It is worth noting that the movements in Belgium, France, Finland, Germany and Italy are not as powerful as those developed in the UK (Scotland) and Spain (Catalonia). But nevertheless, these movements are still undergoing their gradual enlargement operations. It is always possible for them to become mass-based political movements as strong as their Scottish and Catalan counterparts.

All in all, there are many secessionist movements across Europe that are led by territorially concentrated national minorities. These minorities are not satisfied with self-government rights allowing them to exercise territorial autonomy within their home states. Rather, they would like to turn their self-ruling regions into sovereign states. This demand is considered by secessionist national minorities as a democratic requirement. Sovereign home states that seek to protect their territorial integrity have been unwilling to fulfil this minority demand so far. It is worth noting, however, that the number of separatist national minorities is increasing day by day. This circumstance would eventually stimulate sovereign states to find out constitutional resolutions to secession-related minority issues. Confederal arrangements would play a significant role in formulating such resolutions. Let us first comprehend confederalism in the next section.

Understanding Confederal Governance

Various scholars define the constitutional notion of confederation differently though there are certain common features in all definitions, e.g. the existence of founding treaties, extensive self-rule, limited shared rule, sovereign regional governments and weak central governments. Daniel Elazar defines confederation as “*a situation in which two or more polities come together to establish a limited-purpose general government that functions through the constituent states, which retain their position as the primary political*”

⁵⁹ For a detailed analysis of the separatist movements in Belgium, see Mastromarino, Anna. “Secessionist Claims in a Federal System: The Belgian Case”, *Claims for Secession and Federalism: A Comparative Study with a Special Focus on Spain*, edited by Alberto López-Basaguren and Leire Escajedo San-Epifanio, Springer, New York, 2019, pp. 221-232.

⁶⁰ For more details on the Bavarian separatist movement, see Ene, Angela-Mihaela. “The Integrative Process of the European Union from the Perspective of Intra-Community Secessionist Movements”, *European Integration Realities and Perspectives*, vol. 14, no. 1, 2019, pp. 313-318.

⁶¹ For more details on the Corsican case, see Boylan, Brandon / Turkina, Ekaterina. “Calling on Europe? Secessionist Political Parties and Their Communications to the European Union”, *Journal of Common Market Studies*, vol. 57, no. 6, 2019, pp. 1310-1332.

⁶² For more details on the secessionist movement in Åland, see Koev, Dan. “Why Ethnic Parties? A New Theory of Ethnic Minority Political Strategy in Europe”, *Nations and Nationalism*, vol. 25, no. 1, 2019, pp. 229-297.

⁶³ For more details on the Italian cases, see Keating, Michael. “Is a Theory of Self-Determination Possible?”, *Ethnopolitics*, vol. 18, no. 3, 2019, pp. 315-323.

communities, retaining ultimate sovereignty within the overall polity”.⁶⁴ Similarly, Valery Perry argues that “sovereignty is held by the lower-level [regional] units of government” while its central counterpart “has very weak competencies, perhaps limited to matters of joint foreign policy and defence”.⁶⁵ Ivo Ducháček underlines the strong regional nature of confederal governance by noting that “confederal components cannot and do not accept a subordination to a numerical majority of other sovereignties except in marginal matters”.⁶⁶

Ronald Watts recognises confederation as “a species of federal system in which the institutions of shared rule are dependent on the constituent governments, being composed of delegates from the constituent governments and therefore having only an indirect electoral and fiscal base”.⁶⁷ In a similar vein, Michael Stevens underpins the indirect electoral base of confederation by declaring that “the scope of political integration is limited to the interactions of the constituent-states while the individual citizen is excluded from direct participation”.⁶⁸ Frederick Lister sees confederation “as an undertaking by a group of states to create a special order among themselves that is superior to that of the international order (or disorder) to which all states belong”.⁶⁹ Stefan Wolff considers it as “a voluntary association of sovereign member states”, providing them with “extensive self-rule without institutionalised shared rule”.⁷⁰ Finally, Alfred Stepan regards confederation as “an agreement between states”, authorising them to “make a unilateral decision not to participate in a collective foreign policy endeavour, unless such a decision violates the specific treaty creating the confederation”.⁷¹

As a type of governance, confederalism unites states without depriving them of their statehood. The main purpose for unification is to form “viable federal-type unions”.⁷² Any practice of confederal governance is based upon a written basic law (treaty or constitution) that is legally binding on all confederal allies. The central division of confederal government is bestowed by the basic law only with a minimalist mandate, e.g. military integration or coordination, internal commerce and external trade, common markets, etc. Confederal governance is indeed “a means of unifying diverse peoples”.⁷³ It rests upon and operates

⁶⁴ Elazar, Daniel. *Federalism: An Overview*, Human Sciences Research Council Publishers, Pretoria, 1995, p. 6.

⁶⁵ Perry, Valery. “Constitutional Reform in Bosnia and Herzegovina: Does the Road to Confederation Go through the EU?”, *International Peacekeeping*, vol. 22, no. 5, 2015, p. 497.

⁶⁶ Ducháček, Ivo. “Consociational Cradle of Federalism”, *Publius: The Journal of Federalism*, vol. 15, no. 2, 1985, p. 46.

⁶⁷ Watts, Ronald. “Federalism, Federal Political Systems, and Federations”, *Annual Review of Political Science*, vol. 1, no. 1, 1998, p. 121.

⁶⁸ Stevens, Michael. “Asymmetrical Federalism: The Federal Principle and the Survival of the Small Republic”, *Publius: The Journal of Federalism*, vol. 7, no. 4, 1977, p. 182.

⁶⁹ Lister, Frederick. *The European Union, the United Nations, and the Revival of Confederal Governance*, Greenwood Press, London, 1996, p. 33.

⁷⁰ Wolff, Stefan. “Post-Conflict State Building: The Debate on Institutional Choice”, *Third World Quarterly*, vol. 32, no. 10, 2011, p. 1785; Wolff, Stefan. “Conflict Management in Divided Societies: The Many Uses of Territorial Self-Governance”, *International Journal on Minority and Group Rights*, vol. 20, no. 1, 2013, p. 32.

⁷¹ Stepan, Alfred. “A Revised Theory of Federacy and a Case Study of Civil War Termination in Aceh, Indonesia”, *Power Sharing in Deeply Divided Places*, edited by Joanne McEvoy and Brendan O’Leary, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 2013, pp. 238-239.

⁷² Lister, p. 33.

⁷³ Wirt, Frederick. “The Tenacity of Confederacy: Local Service Agreements in the Family of Governments”, *Publius: The Journal of Federalism*, vol. 12, no. 4, 1982, p. 111.

through confederal allies or member states that exercise significant sovereign powers.⁷⁴ This circumstance renders confederations voluntary associations of sovereign states or leagues of independent polities.⁷⁵

Member states in a confederation are considered as the regional governments of that confederation. They are authorised to exercise legislative, executive and judicial powers. This authorisation is provided by supreme laws (treaties) rather than the central administration of the confederation. This means that the regional level of confederal governance is not subordinated to its central counterpart. As the regional governments of the confederation, member states enjoy their sovereign statehood. They are entitled to exercise treaty-making powers, rendering them subjects of international law.⁷⁶ The sovereign nature of the states is recognised by the UN, enabling them to enjoy equal status with independent states at the international political level.⁷⁷ Their sovereignty is acknowledged in the constitutional framework of the confederation. They are bestowed with the authority to construct and develop their own domestic public and private law spheres without any central interferences of the confederation. The sovereign status of member states is protected by a treaty-based protection mechanism. This means that the sovereignty of member states is recognised by a bilateral or multilateral treaty establishing the confederation concerned.⁷⁸

The confederal form of governance (confederalism) attracted a negative evaluation in *The Federalist*, a collection of eighty-five essays that laid the foundation for the Constitution of the United States of America (USA).⁷⁹ Confederal governance has been in a stage of revival particularly since the second half of the twentieth century when various international economic unions and transnational associations were

⁷⁴ Ducháček, Ivo. “Consociations of Fatherlands: The Revival of Confederal Principles and Practices”, *Publius: The Journal of Federalism*, vol. 12, no. 4, 1982, p. 129.

⁷⁵ Elazar, Daniel. “From Statism to Federalism: A Paradigm Shift”, *Publius: The Journal of Federalism*, vol. 25, no. 2, 1995, p. 5.

⁷⁶ Treaty-making powers allow sovereign states or self-ruling regions to negotiate, sign, ratify and conclude treaties. There are two more treaty-related powers, namely treaty-affecting and treaty-implementing. Treaty-affecting powers permit self-governing regions to participate in treaty-making processes. Treaty-implementing powers enable autonomous regions to exclude treaty provisions (fully or partly) from entering into force in regional jurisdictions. For more details, see Silverström, Sören. “The Competence of Autonomous Entities in the International Arena: With Special Reference to the Åland Islands in the European Union”, *International Journal on Minority and Group Rights*, vol. 15, no. 2, 2008, pp. 259-271.

⁷⁷ The international political level is a dimension where only intergovernmental political organisations, e.g. the UN, the EU or the Nordic Council, are involved. Other international organisations, e.g. the Union of European Football Association and the International Federation of Association Football, are not included in the scope of this political dimension. For more details, see Ichijo, Atsuko. “Sovereignty and Nationalism in the Twenty-first Century: The Scottish Case”, *Ethnopolitics*, vol. 8, no. 2, 2009, pp. 155-172; MacCormick, Neil. *Questioning Sovereignty: Law, State and Practical Reason*, Oxford University Press, Oxford, 1999.

⁷⁸ The treaty-based protection mechanism adopts its legal provisions via multilateral treaties. It provides a sort of international protection for constitutional arrangements. It is possible to establish different protection systems, including ordinary legal protection systems, conventionally entrenched protection systems and constitutionally entrenched protection systems. These systems are shaped via various principles and rules on mutual consultation, judicial review, supermajority change and mutual assent. For more details, see Kolçak, Hakan. “Multinational Federalism, Accommodation Policies and State Models: The Management of National Minorities”, 2. *International 19 May Innovative Scientific Approaches Congress Proceedings*, 27-29 December 2019, Samsun, edited by Iasha Bekadze and Samira Khadhraoui Ontunç, Farabi Publications, Gaziantep, 2019, pp. 1304-1333; Rezvani, David. *Surpassing the Sovereign State: The Wealth, Self-rule and Security Advantages of Partially Independent Territories*, Oxford University Press, Oxford, 2014; Rezvani, David. “Partial Independence Beats Full Independence”, *Territory, Politics, Governance*, vol. 4, no. 3, 2015, pp. 269-296; Suksi, Markku. “Explaining the Robustness and Longevity of the Åland Example in Comparison with Other Autonomy Solutions”, *International Journal on Minority and Group Rights*, vol. 20, no. 1, 2013, pp. 51-66.

⁷⁹ The essays were written by Alexander Hamilton, John Jay and James Madison. For more details on them, see Elazar, Daniel. “Confederation and Federal Liberty”, *Publius: The Journal of Federalism*, vol. 12, no. 4, 1982, pp. 1-14.

constructed on confederal bases.⁸⁰ Danial Elazar underscores this rise of confederalism by saying that “*with the emergence of permanent multinational communities, of which the European Community [EU] is the prime example, we are now witnessing a revival of confederal arrangements*”.⁸¹ He considers permanent multinational communities, e.g. the EU, the Caribbean Community and the Association of South East Asian Nations, as confederal unions of specific functions. According to him, these communities have enabled their member states to remain independent while creating an energetic form of transnational governance in certain areas.⁸²

Confederal Arrangements: The Elements of Resolution

It is a common goal of almost all secessionist national minorities to transform their autonomous regions into sovereign states. As a basic political and constitutional term, sovereignty has two essential conceptions: an empirical conception and its juridical counterpart. The empirical conception of sovereignty refers to “*the location of supreme power within a particular territorial unit, necessarily came from within and therefore did not require the recognition of other States or princes*”.⁸³ Under the empirical conception, a community is required to satisfy the following four conditions for sovereign statehood: (a) a defined territory; (b) a permanent population; (c) effective authority over the territory and population; and (d) independence from external control.⁸⁴ The juridical conception of sovereignty refers to a legal status in international law which is bestowed upon a state who has fulfilled all the four requirements of the empirical conception and whose sovereign statehood has been recognised by the international community, namely the UN.⁸⁵

The modern meaning of sovereignty includes both empirical and juridical conceptions. To clarify, there are many cases in which states obviously meet all requirements of the empirical conception, but their sovereign statehood is questioned as they have not been recognised by the international community. A significant number of secessionist national minorities, such as the Abkhazians and Transnistrians, successfully challenged their home states – Georgia and Moldova, respectively. They constructed their own civil administrations in their territories to maintain order and provide main social services to their people. Despite the fact that these groups are very likely to have fulfilled the traditional empirical conditions for sovereign statehood, they have been regarded as quasi or sham, but not sovereign, states due to the lack of their recognition by the international community. In the modern world, a state can gain its sovereignty after its recognition by the international community, thereby providing the state with both an opportunity to become a subject of international law and an equal status with independent states at the international political level.⁸⁶ Hence, sovereignty is the essential characteristic of statehood that authorises a state (1) to rule its internal and foreign affairs without any external interferences; (2) to locate the supreme legitimate power within its own jurisdiction (e.g. the king, the parliament, etc.); (3) to enjoy an equal status with independent states at the international political level; and (4) to become a subject of international law. The first two elements of this definition are reflections of the empirical conception. The first element empowers the state to establish and develop its own public and private law spheres. The second element enables the state to officially recognise the ultimate sovereign power within its domestic jurisdiction. The last two

⁸⁰ Elazar, Daniel. “Introduction: Using Federalism Today”, *International Political Science Review*, vol. 17, no. 4, 1996, p. 349.

⁸¹ Elazar, Daniel. *Exploring Federalism*, University of Alabama Press, Tuscaloosa, 1987, pp. 50-51.

⁸² Elazar, Daniel. “Contrasting Unitary and Federal Systems”, *International Political Science Review*, vol. 18, no. 3, 1997, pp. 237-251.

⁸³ Crawford, James. “The Criteria for Statehood in International Law”, *British Yearbook of International Law*, vol. 48, no. 1, 1976, p. 96.

⁸⁴ Bartkus, p. 219.

⁸⁵ Bartkus, pp. 220-222.

⁸⁶ Ichijo, pp. 159-170.

elements are indications of the juridical conception. The third element allows for the recognition of the state not only by independent states but also by the UN. The last element permits the state to exercise treaty-related powers that are key tools to become a subject of international law.

Admission to UN membership is regarded as the ultimate task that an independent state should fulfil for international recognition.⁸⁷ According to the UN, not only is outright independence a form of full self-government, but free association is also another type that enables a state to enjoy full self-government.⁸⁸ This approach permits various freely-associated states to become UN member states. Associate states are established via confederal arrangements. These arrangements enable a sovereign state to devolve some of its powers, such as those in the fields of diplomacy and defence, to another sovereign state without endangering its sovereignty status in international law.⁸⁹ The devolution process is mostly completed by means of bilateral or multilateral treaties that would be terminated by state parties without receiving permission from each other.⁹⁰ In the presence of such treaties, associate states have its own constitutions, authorising them to construct, secure and advance their domestic public and private law spheres.⁹¹

There are many freely associated sovereign states across the globe, including the Principality of Monaco (France), the Republic of San Marino (Italy), the Principality of Liechtenstein (Switzerland), the Principality of Andorra (Spain-France), the Republic of the Marshall Islands (USA), the Republic of Palau (USA) and the Federal States of Micronesia (USA).⁹² All these associate states are the products of confederal arrangements shaped via bilateral or multilateral treaties. For instance, Liechtenstein and Switzerland established the roots of their confederal relationship via a customs union treaty that entered into force on 1 January 1924. The relationship was further developed and consolidated via subsequent treaties, e.g. the Patent Protection Treaty of 1979 and the Currency Treaty of 1980. All treaties have eventually institutionalised the confederal relationship and rendered Liechtenstein a sovereign UN member state in free association with Switzerland.⁹³

Similar confederal arrangements would be adopted in order to resolve secession-specific minority issues. Secession is not the only way of establishing sovereign states. Confederal arrangements are potential alternatives that would lead to the establishment of sovereign associate states. This implies that separatist national minorities would achieve their main goal via confederal settlements. Some may argue that confederal arrangements adopted between national minorities and their home states lead to the certain break-up of the established constitutional systems as happened in Czechoslovakia, the Soviet Union and Yugoslavia. It is possible to support this argument from a theoretical point of view. The institutional structures of the aforementioned three states were built on some confederal features.⁹⁴ However, it is unlikely for us to back the argument from a practical perspective. Czechoslovakia, the Soviet Union and Yugoslavia implemented *sham* or *pseudo* confederal arrangements. They were not democratic confederal

⁸⁷ Kolçak, 2019, p. 1311.

⁸⁸ *Principles which Should Guide Members in Determining whether or not an Obligation Exists to Transmit to the Information Called for under Article 73(e) of the Charter*, 15 December 1960, UN General Assembly Resolution 1541/15, principle VII.

⁸⁹ Mautner, Menachem. "West Bank and Gaza: The Case for Associate Statehood", *Yale Journal of International Law*, vol. 6, no. 2, 1981, pp. 297-360.

⁹⁰ Benedikter, p. 294.

⁹¹ Lapidot, pp. 50-58.

⁹² Dumieński, Zbigniew. *Microstates as Modern Protected States: Towards a New Definition of Micro-Statehood*, Institute of International Affairs, Auckland, 2014, p. 25.

⁹³ For an extensive constitutional analysis of the confederal relationship between Liechtenstein and Switzerland, see Kolçak, "Associate Statehood...", pp. 48-51.

⁹⁴ Antić, Slobodan. "Could a Confederation Have Saved Yugoslavia?", *Nationalities Papers: The Journal of Nationalism and Ethnicity*, vol. 25, no. 3, 1997, pp. 469-472.

states, but tightly centralised Marxist dictatorships.⁹⁵ The regional governments of the dictatorships were subject to the whims of the extremely centralised Communist Party.⁹⁶

Some would assert that confederal arrangements resolve secession-related minority issues temporarily because separatist national minorities are loyal to their regional states rather than confederal relationships with their host states. It is worth noting that regional loyalties would turn into confederal allegiance constructed upon shared common interests and mutual trust, leading to the foundation of powerful federations or unitary states. This is what happened with all four of the prototypical confederal states (American, Dutch, German and Swiss Confederations). These states “*evolved in ways that made it possible for them to become highly stable federal or unitary states*”.⁹⁷ They were collective security confederations once established. This implies that they were founded since their member states had faced a long-term threat to their existence or independence. The American Confederation was established to fend off the British attacks; the Dutch Confederation against the Spanish Habsburgs and the French; the Swiss Confederation in response to the Austrian Habsburgs and other invaders; and finally the Germanic Confederation to keep out the post-Napoleonic French. These loose political unions then initiated a process of social integration which, in each instance, ultimately resulted in “*the emergence of a new people living in the closer union of a federal or of a centralised ‘unitary’ state*”.⁹⁸

In the second half of the sixteenth century, the western provinces forming the Dutch Republic (Holland, Utrecht and Zeeland) had different ethnic, cultural and religious characteristics from those of the eastern provinces (Friesland, Gelderland, Groningen and Overijssel). The only common feature between the two regions was a dislike of Philip II, who was the Spanish Habsburg overlord. In the late sixteenth century, the eastern provinces were forcibly incorporated in the Dutch Republic because Holland and Zeeland required a territorial barrier to safeguard them from overland attacks. Not long after this incorporation, the antagonism of the easterners disappeared since the Republic thrived. Their provinces were acknowledged as full members of the States-General, which was the legislative body of the Republic. This circumstance set the eastern provinces above their neighbours, including the Flemings of Brabant and Flanders, who had various cultural, ethnic and linguistic characteristics akin to those of the Hollanders and Zeelanders. The inhabitants of the eastern provinces became loyal Dutchmen with the disappearance of this hostility, leading to the creation of the current unitary Netherlands.⁹⁹

Similar to the early period of the Dutch Confederation, there were various ethno-cultural differences among the Bavarians, Saxons and Rhinelanders in post-Napoleonic Germany. With the establishment of the Germanic Confederation (1815-1866), a common German identity grew that helped Bismarck succeed in unifying German states.¹⁰⁰ Following the unification, Germany established and developed a federal trust with the principle of *Bundestreue*, which is still given life and concretisation. The principle is enshrined by the German Federal Constitutional Court (*Bundesverfassungsgericht*).¹⁰¹ *Bundestreue*, rendering federalism an overriding constitutional norm in the present Federal Republic of Germany, is now “*a founding principle of post-totalitarian German political culture, based on constitutional patriotism, a substitute to the former ‘national patriotism’*”.¹⁰² The German concept of constitutional patriotism is

⁹⁵ McGarry, John. “Asymmetry in Federations, Federacies and Unitary States”, *Ethnopolitics*, vol. 6, no. 1, 2007, p. 110.

⁹⁶ Kymlicka, Will / Raviot, Jean-Robert / Lee, Steve. “Living Together: International Aspects of Federal Systems”, *Canadian Foreign Policy Journal*, vol. 5, no. 1, 1997, p. 18.

⁹⁷ Lister, p. 23.

⁹⁸ Lister, p. 12.

⁹⁹ Lister, pp. 12-13.

¹⁰⁰ Lister, p. 13.

¹⁰¹ Kymlicka / Raviot / Lee, p. 32.

¹⁰² Kymlicka / Raviot / Lee, pp. 32-33.

inclined to replace the notion of nation. Having respect for the German Constitution “*is supposed to be a substitute for the sense of belonging to the nation*”.¹⁰³ With the existence of this unwritten constitutional principle, all inhabitants of Germany’s federal components (*Länder*), except for few Bavarians, are loyal to their republican federal state.

The early histories of the American and Swiss Confederations were similar to their Dutch and German counterparts. The city-state and mountain cantons of the Swiss Confederation were initially disparate entities whose peoples had only one common feature, namely the need for security against the Austrian Habsburgs and other external enemies. Similarly, in the early period of the American Confederation, there were many crosscurrents of antagonism among several states, such as the hostility between the Virginians and New Englanders. The peoples of the thirteen American states had different social and religious characteristics. Each state acquired its unique identity during the long British colonial period. After establishing their collective security confederations, the principal regional loyalties of the Swiss cantons and American states turned into confederal allegiance, enabling the USA and Switzerland to establish their current federal states.¹⁰⁴

In each of the above prototypical confederal cases, a loose political union was founded first. Then, popular communities were shaped with the transformation of regional loyalties to confederal allegiance. The Benelux Union, which is a confederation made up of the Low Countries (Belgium, Luxembourg and the Netherlands), has pursued a similar transformation process since its establishment.¹⁰⁵ The Low Countries are the precursors of European integration.¹⁰⁶ They have shared close geographic and socio-cultural ties for hundreds of years, albeit their various distinct linguistic and political characteristics.¹⁰⁷ The Benelux Union is the ultimate product of a three-step evolution process: (i) the establishment of a customs union; (ii) the construction of an economic union as the successor of the customs union; and (iii) the foundation of a confederation as the successor of the economic union.

The Benelux Union had its historic roots in the integrative attempt between the Low Countries and the Nordic Countries in the 1930s. At that time, these countries tried to make a tariff alliance, known as the Oslo Alliance. This initial attempt was unsuccessful due to the opposition of larger countries. Nevertheless, it enabled the Low Countries to realise the significance of institutionalised collective action, encouraging them to initiate a new integration process during the Second World War.¹⁰⁸ The governments of the Low Countries signed a monetary agreement in London on 21 October 1943. This agreement was adopted by their national parliaments in 1946. The agreement fixed exchange rates between the Dutch guilder and the

¹⁰³ Kymlicka / Raviot / Lee, p. 33.

¹⁰⁴ For more details on the American and Swiss cases, see Lister, pp. 11-33.

¹⁰⁵ Bursens, Peter / Crum, Ben. “The Benelux Countries: How Politicization Upset a Pro-Integration Coalition”, *National Politics and European Integration: From the Constitution to the Lisbon Treaty*, edited by Maurizio Carbone, Edward Edgar Publishing, Cheltenham, 2010, pp. 144-148.

¹⁰⁶ Casier, Tom. “The Bilateral Relations of the Benelux Countries with Russia: Between Rhetorical EU Engagement and Competitive Business Interests”, *Journal of Contemporary European Studies*, vol. 19, no. 2, 2011, pp. 237-239; Maes, Ivo / Verdun, Amy. “Small States and the Creation of EMU: Belgium and the Netherlands, Pace-setters and Gate-keepers”, *Journal of Common Market Studies*, vol. 43, no. 2, 2005, pp. 327-330.

¹⁰⁷ Meijer, Erik. “The Radical Left in Benelux”, *Socialism and Democracy*, vol. 29, no. 3, 2015, pp. 71-73.

¹⁰⁸ Jones, Erik. *The Benelux Countries: Identity and Self-Interest*, John Hopkins Bologna Centre, Bologna, 2003, pp. 3-9.

Belgian franc.¹⁰⁹ The monetary agreement was followed by a customs union settlement that entered into force on 1 January 1948. This settlement created one tariffs union among the Low Countries.¹¹⁰

In the late 1940s, the Low Countries embarked on a new process to create an economic union that would move beyond its customs counterpart. They signed a preliminary Benelux union treaty on 15 October 1949. This was followed by the treaty of 18 February 1950. The treaty sought to unify excise duties and simplify collections at the borders. A new convention on customs and excise was signed on 5 September 1952. At that time, another convention on mutual assistance to recover fiscal debts was signed. The Protocol on Foreign Trade Policy, including several import and export regulations, was signed on 9 December 1953. The next three steps were taken with the Agreement on the Liberalisation of Capital Movements (8 July 1954), the Treaty for the Free Movement of Labour (7 June 1956) and the Protocol on Government Procurement (6 July 1956). All these attempts eventually empowered the Low Countries to sign the Treaty Establishing the Benelux Economic Union on 3 February 1958. The Treaty became effective on 1 November 1960, rendering the former customs union an economic union through establishing a single market.¹¹¹ The Treaty brought about total economic integration by providing free movement of capital, goods, persons and services among all Benelux regions. It allowed the Low Countries to not only coordinate economic, financial and social policies but also pursue a common foreign trade policy.¹¹²

In the following years, a more integrationist and collaborative Benelux programme was adopted in light of the Treaty of 1958.¹¹³ This programme (i) standardised postal and transport rates; (ii) coordinated welfare policies; (iii) annulled exit controls at the internal borders of the Low Countries;¹¹⁴ and (iv) adopted common policies on infrastructural issues (e.g. communication, sewage handling and disposal, etc.) and environmental matters (such as air, water and noise pollution).¹¹⁵

The Treaty of 1958 was limited to a period of fifty years, meaning that it would expire on 31 October 2010. This circumstance led the Benelux Countries enter a new period re-establishing the confederation. On 17 June 2008, the governments of the Low Countries decided to deepen, strengthen and extend their cooperation by introducing a new legal framework – the Treaty Revising the Treaty Establishing the Benelux Economic Union – rather than prolonging the existing treaty. The 2008 Treaty of the Benelux Union came into effect on 1 January 2012.¹¹⁶ The 2008 Treaty defines the existing confederation as the

¹⁰⁹ There was an economic union between Belgium and Luxembourg as a corollary of the Brussels Convention, which was signed on 25 July 1921 with the aims of equalising customs tariffs and moving towards a single balance of payments.

¹¹⁰ Wouters, Jan / Vidal, Maarten. *Towards a Rebirth of Benelux?*, Leuven Centre for Global Governance Studies, Leuven, 2008, pp. 8-20; Belkahl, Mehdi. *Benelux Court of Justice*, Max Planck Institute, Luxembourg, 2017, pp. 3-4.

¹¹¹ de Vries, Jochem. “Venturing into Unknown Territory: The Preparation and Formulation of the Second Benelux Structural Outline”, *European Planning Studies*, vol. 16, no. 6, 2008, pp. 853-859; Zonneveld, Wil / Faludi, Andreas. “Vanishing Borders: The Second Benelux Structural Outline”, *Built Environment*, vol. 23, no. 1, 1997, pp. 4-6.

¹¹² Cogen, Marc. *An Introduction to European Intergovernmental Organizations*, Ashgate, Surrey, 2015, pp. 12-19; Witlox, Frank / Dullaert, Wout / Jourquin, Bart. “Fostering Transport and Logistics Research in the Benelux Countries”, *Transportation Planning and Technology*, vol. 30, no. 4, 2007, p. 325.

¹¹³ It is worth noting that the Treaty was amended on 16 March 1971, 26 January 1976 and 16 February 1990.

¹¹⁴ This enabled not only the nationals of the Benelux Countries but also those of other states to move freely across all Benelux frontiers.

¹¹⁵ Groenendijk, Kees. “Reinstatement of Controls at the Internal Borders of Europe: Why and Against Whom?”, *European Law Journal*, vol. 10, no. 2, 2004, pp. 153-161.

¹¹⁶ *The Treaty Establishing the Benelux Union*, 3 February 1958, 381 UNTS 5471 (as revised by the Treaty Revising the Treaty Establishing the Benelux Economic Union, 17 June 2008 (hereinafter the 2008 Treaty of the Benelux Union)).

Benelux Union.¹¹⁷ It gives the Union an international legal personality for the goal of granting privileges and immunities.¹¹⁸ The Treaty is a framework law that is in force for an unlimited period.¹¹⁹ According to the Treaty, the Low Countries “establish a Benelux Union in order to defend their common interests and to promote the well-being of their populations”.¹²⁰ The Treaty reads that “[t]he purpose of the Benelux Union is to deepen and expand the cooperation between the High Contracting Parties [...] and strengthen and improve cross-border cooperation at every level”.¹²¹ The Treaty lists the main objectives of the confederation as follows: (i) the maintenance and development of the Benelux internal market; (ii) the promotion of sustainable development and the protection of environment; and (iii) the establishment of collaborative organs in the fields of justice and home affairs.¹²² The Low Countries and the central institutions of the Benelux Union – the Committee of Ministers, the Benelux Council, the Benelux Inter-parliamentary Advisory Council, the Benelux Court of Justice and the Benelux General Secretariat – not only seek to achieve these objectives, they also intend to adopt multilateral treaties in the areas of police and defence that would create a fully integrated union, perhaps a Benelux federation.¹²³

It is possible for associate states and their host states to undergo similar integrationist operations. For example, Liechtenstein and Switzerland formed their loose political union via a customs union treaty became effective in 1923. They created a monetary union in the following year. The confederal relationship was further developed and intensified via bilateral treaties in the subsequent years, resulting in the foundation of several common mechanisms, e.g. a common consular and diplomatic representation system, a common defence system, a common patent protection system, a common alien office and a common value-added tax system. All these common mechanisms and their forthcoming counterparts would turn the associate state of Liechtenstein into a federal component of Switzerland in the long run.¹²⁴

CONCLUSION

There are numerous separatist movements across Europe that are organised by territorially concentrated national minorities, e.g. the Catalans and the Scots. These minorities would like to turn their autonomous regions into sovereign states. European states are unwilling to fulfil this minority demand. It

¹¹⁷ The 2008 Treaty of the Benelux Union, art. 1.

¹¹⁸ The 2008 Treaty of the Benelux Union, art. 28.

¹¹⁹ According to Article 39/2 of the Treaty, the Benelux Countries would “denounce the Treaty with a period of three years commencing on the day of receipt at the General Secretariat of the notice of denunciation”. It is noteworthy that Article 39/5 of the Treaty allows the state parties to denounce the Treaty only after 31 January 2021.

¹²⁰ The 2008 Treaty of the Benelux Union, art. 1.

¹²¹ The 2008 Treaty of the Benelux Union, art. 2/1.

¹²² The 2008 Treaty of the Benelux Union, art. 2/2.

¹²³ For an extensive analysis of the process aimed at a fully integrated Benelux Union, see Biscop, Sven / Coelmont, Jo / Drent, Margriet / Zandee, Dick. *The Future of the Benelux Defence Cooperation*, Netherlands Institute of International Relations, The Hague, 2013; Drent, Margriet / Homan, Kees / Zandee, Dick. *Bold Steps in Multinational Cooperation: Taking European Defence Forward*, Netherlands Institute of International Relations, The Hague, 2013; Drent, Margriet. *Sovereignty, Parliamentary Involvement and European Defence Cooperation*, Netherlands Institute of International Relations, The Hague, 2014; Drent, Margriet / Zandee, Dick / Casteleijn, Lo. *Defence Cooperation in Clusters: Identifying the Next Steps*, Netherlands Institute of International Relations, The Hague, 2014; van Nimwegen, Stephan. “The Need for the Netherlands and Belgium to Further Integrate Police Cooperation: An Example for Europe?”, *New Journal of European Criminal Law*, vol. 8, no. 3, 2017, pp. 323-333; Venema, Agnes. “The Sum of All Friends: Improving Cross-border Intelligence Sharing in Europe – The Case of the Benelux”, *The International Journal of Intelligence, Security, and Public Affairs*, vol. 22, no. 1, 2020, pp. 5-19.

¹²⁴ For more details on the confederal relationship between Liechtenstein and Switzerland, see Kolçak, “Associate Statehood...”, pp. 48-51; Veenendaal, Wouter. “A Big Prince in a Tiny Realm: Smallness, Monarchy, and Political Legitimacy in the Principality of Liechtenstein”, *Swiss Political Science Review*, vol. 21, no. 2, 2015, pp. 333-349.

is likely for them to change their attitudes towards the minority demand because the number of secessionist national minorities is gradually increasing, resulting in many secession-specific constitutional issues. This circumstance would eventually urge sovereign states to resolve such issues in the name of protecting their constitutional orders.

According to this article, sovereign states would take into account the confederal form of governance in finding permanent resolutions to their secession-related minority questions. It is possible for secessionist national minorities to establish their sovereign states via confederal settlements. Moreover, these settlements would provide certain opportunities for separatist minorities and their host states to construct common unions, allowing them to protect and advance their constitutional links. Furthermore, the preserved and developed links would ultimately stimulate confederal allies – national minorities and their host states – to turn their unions into federations or unitary states in the long run.

REFERENCES

- ABUSHOV, Kavus. “Autonomy as a Possible Solution to Self-determination Disputes: Does It Really Work?”, *International Journal on Minority and Group Rights*, vol. 22, no. 2, 2015, pp. 182-201.
- ADAM, Elisanda. “Self-Determination and the Use of Referendums: The Case of Scotland”, *International Journal of Politics, Culture, and Society*, vol. 27, no. 1, 2014, pp. 47-66.
- ANDREU, Josep. “Constitution and Referendum on Secession in Catalonia”, *Claims for Secession and Federalism: A Comparative Study with a Special Focus on Spain*, edited by Alberto López-Basaguren and Leire Escajedo San-Epifanio, Springer, New York, 2019, pp. 405-422.
- ANTONIĆ, Slobodan. “Could a Confederation Have Saved Yugoslavia?”, *Nationalities Papers: The Journal of Nationalism and Ethnicity*, vol. 25, no. 3, 1997, pp. 469-479.
- ANTUNES, Sandrina; LOUGHLIN, John. “The European Union, Subnational Mobilization and State Rescaling in Small Unitary States: A Comparative Analysis”, *Regional & Federal Studies*, vol. 30, no. 2, 2020, pp. 121-136.
- ASHCROFT, Richard; BEVIR, Mark. “Pluralism, National Identity and Citizenship: Britain after Brexit”, *The Political Quarterly*, vol. 87, no. 3, 2016, pp. 355-359.
- BARKEY, Karen; GAVRILIS, George. “The Ottoman Millet System: Non-Territorial Autonomy and its Contemporary Legacy”, *Ethnopolitics*, vol. 15, no. 1, 2016, pp. 24-42.
- BARTKUS, Ona. *The Dynamic of Secession*, Cambridge University Press, Cambridge, 1999.
- BELKAHLA, Mehdi. *Benelux Court of Justice*, Max Planck Institute, Luxembourg, 2017.
- BENEDIKTER, Thomas. *The World’s Modern Autonomy Systems: Concepts and Experiences of Regional Territorial Autonomy*, EURAC Institute of Minority Rights, Bolzano, 2009.
- BISCOP, Sven; COELMONT, Jo; DRENT, Margriet; ZANDEE, Dick. *The Future of the Benelux Defence Cooperation*, Netherlands Institute of International Relations, The Hague, 2013.
- BORROWS, John. “Landed Citizenship: Narratives of Aboriginal Political Participation”, *Citizenship in Diverse Societies*, edited by Will Kymlicka and Wayne Norman, Oxford University Press, Oxford, 2000, pp. 326-342.
- BOULDEN, Jane; KYMLICKA, Will. “Introduction”, *International Approaches to Governing Ethnic Diversity*, edited by Jane Boulden and Will Kymlicka, Oxford University Press, New York, 2015, pp. 1-21.
- BOYLAN, Brandon; TURKINA, Ekaterina. “Calling on Europe? Secessionist Political Parties and Their Communications to the European Union”, *Journal of Common Market Studies*, vol. 57, no. 6, 2019, pp. 1310-1332.
- BROOKS, Libby. “Sturgeon Demands Independence Referendum Powers be Devolved”, *The Guardian*, (19.12.2019), <https://www.theguardian.com/politics/2019/dec/19/nicola-sturgeon-requests-independence-referendum-powers>, (Accessed on: 23.09.2020).
- BUCHANAN, Allen. *Secession: The Morality of Political Divorce from Fort Sumter to Lithuania and Quebec*, Westview Press, Boulder, 1991.
- BULLOCK, Steve. “What Representation Would an Independent Scotland Have in the EU?”, *An Independent Scotland in the EU: Issues for Accession*, edited by Kirsty Hughes, Scottish Centre on European Relations Publication Office, Edinburgh, 2020, pp. 20-22.

BURSENS, Peter; CRUM, Ben. "The Benelux Countries: How Politicization Upset a Pro-Integration Coalition", *National Politics and European Integration: From the Constitution to the Lisbon Treaty*, edited by Maurizio Carbone, Edward Edgar Publishing, Cheltenham, 2010, pp. 144-163.

CAPOTORTI, Francesco. *Study on the Rights of Persons Belonging to Ethnic, Religious and Linguistic Minorities*, Official Publications of the United Nations, New York, 1979.

CARRELL, Severin. "Scottish Parliament Votes for Second Independence Referendum", *The Guardian*, (28.03.2017), <https://www.theguardian.com/politics/2017/mar/28/scottish-parliament-votes-for-second-independence-referendum-ni-cola-sturgeon>, (Accessed on: 25.09.2020).

CASIER, Tom. "The Bilateral Relations of the Benelux Countries with Russia: Between Rhetorical EU Engagement and Competitive Business Interests", *Journal of Contemporary European Studies*, vol. 19, no. 2, 2011, pp. 237-248.

CASTILLO, Antonio. "State Integration and Disintegration within the European Union: Regarding the Purported Secession of Catalonia and its Hypothetical Membership of the EU", *Claims for Secession and Federalism: A Comparative Study with a Special Focus on Spain*, edited by Alberto López-Basaguren and Leire Escajedo San-Epifanio, Springer, New York, 2019, pp. 563-574.

COGEN, Marc. *An Introduction to European Intergovernmental Organizations*, Ashgate, Surrey, 2015.

COGGINS, Bridget. "Friends in High Places: International Politics and the Emergence of States from Secessionism", *International Organization*, vol. 65, no.3, 2011, pp. 433-468.

CONNOLLY, Christopher. "Independence in Europe: Secession, Sovereignty, and the European Union", *Duke Journal of Comparative and International Law*, vol. 24, no. 1, 2013, pp. 51-105.

CORRAL, Benito; FREIJEDO, Francisco. "Constitutionalizing Secession in Order to Harmonize Constitutionality and Democracy in Territorial Decentralized States Like Spain", *Claims for Secession and Federalism: A Comparative Study with a Special Focus on Spain*, edited by Alberto López-Basaguren and Leire Escajedo San-Epifanio, Springer, New York, 2019, pp. 265-285.

CRAWFORD, James. "The Criteria for Statehood in International Law", *British Yearbook of International Law*, vol. 48, no. 1, 1976, pp. 93-182.

CRAWFORD, James. *The Creation of States in International Law*, 2nd edition, Clarendon Press, Oxford, 2006.

CROWCROFT, Orlando. "Scottish Independence Referendum: Sturgeon Says 'Democracy will Prevail' after New Vote Refused", *Euronews*, (14.01.2020), <https://www.euronews.com/2020/01/14/democracy-will-prevail-says-sturgeon-after-johnson-refuses-second-scottish-referendum>, (Accessed on: 27.08.2020).

ÇETİN, Şerife. "EU Response on Catalonia Reveals Fears of Separatism", *Anadolu Agency*, (11.10.2017), <https://www.aa.com.tr/en/europe/eu-response-on-catalonia-reveals-fears-of-separatism/933025>, (Accessed on 24.09.2020).

DARDANELLI, Paolo; MITCHELL, James. "An Independent Scotland? The Scottish National Party's Bid for Independence and its Prospects", *The International Spectator: Italian Journal of International Affairs*, vol. 49, no. 3, 2014, pp. 88-105.

DAVIDSON, Jenni. "Independence Referendum must be 'Legal and Legitimate', Nicola Sturgeon Emphasises in Brexit Day Speech", *Holyrood*, (31.01.2020), https://www.holy-rood.com/news/view-independence-referendum-must-be-legal-and-legitimate-nicola-sturgeon-on-emphas_15048.htm, (Accessed on: 20.09.2020).

DE VRIES, Jochem. "Venturing into Unknown Territory: The Preparation and Formulation of the Second Benelux Structural Outline", *European Planning Studies*, vol. 16, no. 6, 2008, pp. 853-876.

DICKIE, Mure. "SNP 'Resets' Plans for Second Scottish Independence Referendum", *Financial Times*, (27.06.2017), <https://www.ft.com/content/84e08f70-b852-3f95-9619-279fc5b93-683>, (Accessed on: 24.09.2020).

DODDS, Anneliese. "Why People Voted to Leave and What to Do Now: A View from the Doorstep", *The Political Quarterly*, vol. 87, no. 3, 2016, pp. 360-364.

DRENT, Margriet. *Sovereignty, Parliamentary Involvement and European Defence Cooperation*, Netherlands Institute of International Relations, The Hague, 2014.

DRENT, Margriet; HOMAN, Kees; ZANDEE, Dick. *Bold Steps in Multinational Cooperation: Taking European Defence Forward*, Netherlands Institute of International Relations, The Hague, 2013.

DRENT, Margriet; ZANDEE, Dick; CASTELEIJN, Lo. *Defence Cooperation in Clusters: Identifying the Next Steps*, Netherlands Institute of International Relations, The Hague, 2014.

- DUCHÁČEK, Ivo. "Consociations of Fatherlands: The Revival of Confederal Principles and Practices", *Publius: The Journal of Federalism*, vol. 12, no. 4, 1982, pp. 129-177.
- DUCHÁČEK, Ivo. "Consociational Cradle of Federalism", *Publius: The Journal of Federalism*, vol. 15, no. 2, 1985, pp. 35-49.
- DUMIŃSKI, Zbigniew. *Microstates as Modern Protected States: Towards a New Definition of Micro-Statehood*, Institute of International Affairs, Auckland, 2014.
- ELAZAR, Daniel. "Confederation and Federal Liberty", *Publius: The Journal of Federalism*, vol. 12, no. 4, 1982, pp. 1-14.
- ELAZAR, Daniel. *Exploring Federalism*, University of Alabama Press, Tuscaloosa, 1987.
- ELAZAR, Daniel. *Federalism: An Overview*, Human Sciences Research Council Publishers, Pretoria, 1995.
- ELAZAR, Daniel. "From Statism to Federalism: A Paradigm Shift", *Publius: The Journal of Federalism*, vol. 25, no. 2, 1995, pp. 5-18.
- ELAZAR, Daniel. "Introduction: Using Federalism Today", *International Political Science Review*, vol. 17, no. 4, 1996, pp. 349-351.
- ELAZAR, Daniel. "Contrasting Unitary and Federal Systems", *International Political Science Review*, vol. 18, no. 3, 1997, pp. 237-251.
- ELLYATT, Holly. "If Catalonia Goes Independent, These Places Could be Next", *CNBC*, (06.10.2017), <https://www.cnn.com/2017/10/06/if-catalonia-goes-independent-these-places-could-be-next.html>, (Accessed on: 25.09.2020).
- ENE, Angela-Mihaela. "The Integrative Process of the European Union from the Perspective of Intra-Community Secessionist Movements", *European Integration Realities and Perspectives*, vol. 14, no. 1, 2019, pp. 313-318.
- GHAI, Yash. "Ethnicity and Autonomy: A Framework for Analysis", *Autonomy and Ethnicity: Negotiating Competing Claims in Multi-Ethnic States*, Cambridge University Press, Cambridge, 2000, pp. 1-26.
- GOLDMAN, Olivia. "The Need for an Independent International Mechanism to Protect Group Rights: A Case Study of the Kurds", *Tulsa Journal of Comparative and International Law*, vol. 2, no. 1, 1994, pp. 45-89.
- GOODWIN, Matthew; HEATH, Oliver. "The 2016 Referendum, Brexit and the Left Behind: An Aggregate-Level Analysis of the Result", *The Political Quarterly*, vol. 87, no. 3, 2016, pp. 323-332.
- GRAY, Caroline. *Territorial Politics and the Party System in Spain: Continuity and Change since the Financial Crisis*, Routledge, London, 2020.
- GRIFFITHS, Ryan. "Between Dissolution and Blood: How Administrative Lines and Categories Shape Secessionist Outcomes", *International Organization*, vol. 69, no. 3, 2015, pp. 731-751.
- GROENENDIJK, Kees. "Reinstatement of Controls at the Internal Borders of Europe: Why and Against Whom?", *European Law Journal*, vol. 10, no. 2, 2004, pp. 150-170.
- HANNUM, Hurst. *Autonomy, Sovereignty and Self-determination: The Accommodation of Conflicting Rights*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 1996.
- HEINTZE, Hans. "On the Legal Understanding of Autonomy", *Autonomy: Applications and Implications*, edited by Markku Suksi, Kluwer Law International, The Hague, 1998, pp. 7-32.
- HENLEY, Jon; SHEEHY, Finbarr; SWANN, Glenn; FENN, Chris. "Beyond Catalonia: Pro-independence Movements in Europe", *The Guardian*, (27.10.2017), <https://www.theguardian.com/world/ng-interactive/2017/oct/27/-beyond-catalonia-pro-independence-movements-in-europe-map>, (Accessed on: 25.09.2020).
- HOBOLT, Sara. "The Brexit Vote: A Divided Nation, a Divided Continent", *Journal of European Public Policy*, vol. 23, no. 9, 2016, pp. 1259-1277.
- ICHIJO, Atsuko. "Sovereignty and Nationalism in the Twenty-first Century: The Scottish Case", *Ethnopolitics*, vol. 8, no. 2, 2009, pp. 155-172.
- JEFFERSON, Rodney; MORALES, Alex. "Scotland's Leader Warns Johnson He 'can't Deny Democracy'", *Bloomberg*, (10.02.2020), <https://www.bloomberg.com/news/articles/2020-02-10/scotlands-leader-warns-boris-johnson-he-can-t-deny-democracy>, (Accessed on: 23.09.2020).
- JONES, Erik. *The Benelux Countries: Identity and Self-Interest*, John Hopkins Bologna Centre, Bologna, 2003.
- KEATING, Michael. "The Scottish Independence Referendum and After", *Revista d'Estudis Autònoms i Federals*, vol. 21, no. 1, 2015, pp. 73-98.

KEATING, Michael. "Is a Theory of Self-Determination Possible?", *Ethnopolitics*, vol. 18, no. 3, 2019, pp. 315-323.

KOEV, Dan. "Why Ethnic Parties? A New Theory of Ethnic Minority Political Strategy in Europe", *Nations and Nationalism*, vol. 25, no. 1, 2019, pp. 229-297.

KOLÇAK, Hakan. "Associate Statehood for Scotland as the Way to Stay in both the United Kingdom and the European Union: The Liechtenstein Example", *Romanian Journal of European Affairs*, vol. 17, no. 1, 2017, pp. 40-58.

KOLÇAK, Hakan. "From Unionism to Secessionism: A Comprehensive Analysis of Contemporary Catalan Politics", *Journal of Society and Politics*, vol. 12, no. 1, 2017, pp. 25-52.

KOLÇAK, Hakan. "Multinational Federalism, Accommodation Policies and State Models: The Management of National Minorities", 2. *International 19 May Innovative Scientific Approaches Congress Proceedings*, 27-29 December 2019, Samsun, edited by Iasha Bekadze and Samira Khadhraoui Ontunç, Farabi Publications, Gaziantep, 2019, pp. 1304-1333.

KOLÇAK, Hakan. "Ongoing Unionism: A Comprehensive Analysis of Galicia via Constitutional and Legal Perspectives", *Selected Studies on Social Science*, edited by Özlem Kaya, Iksad Publications, Ankara, 2020, pp. 3-42.

KOLÇAK, Hakan. "Unionist Wales: A Comprehensive Analysis of the Welsh Devolved Region via Constitutional and Legal Perspectives", *Public Administrative Studies*, edited by Sefer Yılmaz, Akademisyen Publishing House, Ankara, 2020, pp. 1-21.

KRAUS, Peter. "Democracy's Challenge: Nordic Minority Politics in the European Context", *The Challenge of Minority Integration: Politics and Policies in the Nordic Nations*, edited by Peter Kraus and Peter Kivisto, De Gruyter, Berlin 2015, pp. 38-51.

KYMLICKA, Will. "The Internationalization of Minority Rights", *International Journal of Constitutional Law*, vol. 6, no. 1, 2008, pp. 1-32.

KYMLICKA, Will. "Categorizing Groups, Categorizing States: Theorizing Minority Rights in a World of Deep Diversity", *Ethnic & International Affairs*, vol. 24, no. 3, 2009, pp. 371-388.

KYMLICKA, Will. "The Rise and Fall of Multiculturalism? New Debates on Inclusion and Accommodation in Diverse Societies", *International Social Science Journal*, vol. 61, no. 199, 2010, pp. 97-105.

KYMLICKA, Will. "Beyond the Indigenous/Minority Dichotomy", *Reflection on the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, edited by Stephen Allen and Alexandra Xanthaki, Hart Publishing, Oxford, 2011, pp. 183-208.

KYMLICKA, Will. "The Essentialist Critique of Multiculturalism: Theory, Policies and Ethos", *Multiculturalism Rethought: Essays in Honour of Bhikhu Parekh*, edited by Tariq Modood and Varun Uberoi, Edinburgh University Press, Edinburgh, 2015, pp. 219-245.

KYMLICKA, Will; NORMAN, Wayne. "Citizenship in Culturally Diverse Societies: Issues, Contexts and Concepts", *Citizenship in Diverse Societies*, edited by Will Kymlicka and Wayne Norman, Oxford University Press, Oxford, 2000, pp. 1-41.

KYMLICKA, Will; RAVIOT, Jean-Robert; LEE, Steve. "Living Together: International Aspects of Federal Systems", *Canadian Foreign Policy Journal*, vol. 5, no. 1, 1997, pp. 1-50.

LAPIDOTH, Ruth. *Autonomy: Flexible Solutions to Ethnic Conflicts*, United States Institute for Peace Press, Washington, 1997.

LEARMONTH, Andrew. "Boris Johnson Publishes Response to SNP's Section 30 Request", *The National*, (14.01.2020), <https://www.thenational.scot/news/18158724.johnson-publishes-response-snps-section-30-request>, (Accessed on: 23.09.2020).

LÉGARÉ, André; SUKSI, Markku. "Rethinking the Forms of Autonomy at the Dawn of the 21st Century", *International Journal on Minority and Group Rights*, vol. 15, no. 2, 2008, pp. 143-155.

LEVY, Jacob. "Three Modes of Incorporating Indigenous Law", *Citizenship in Diverse Societies*, edited by Will Kymlicka and Wayne Norman, Oxford University Press, Oxford, 2000, pp. 297-325.

LISTER, Frederick. *The European Union, the United Nations, and the Revival of Confederal Governance*, Greenwood Press, London, 1996.

LOCK, Tobias. "Negotiating EU Accession: Lessons for an Independent Scotland", *An Independent Scotland in the EU: Issues for Accession*, edited by Kirsty Hughes, Scottish Centre on European Relations Publication Office, Edinburgh, 2020, pp. 9-12.

LOUGHLIN, John; ANTUNES, Sandrina. "State Rescaling and a 'Europe of the Regions' in Small Unitary States: A Damp Squib?", *Regional & Federal Studies*, vol. 30, no. 2, 2020, pp. 303-321.

MACCORMICK, Neil. *Questioning Sovereignty: Law, State and Practical Reason*, Oxford University Press, Oxford, 1999.

MACNAB, Scott. "Scottish Parliament Backs Holding Indyref2 Vote This Year", *The Scotsman*, (29.01.2020), <https://www.scotsman.com/news/scottish-news/scottish-parliament-backs-holding-indyref2-vote-year-1395741>, (Accessed on: 27.08.2020).

MAES, Ivo; VERDUN, Amy. "Small States and the Creation of EMU: Belgium and the Netherlands, Pace-setters and Gate-keepers", *Journal of Common Market Studies*, vol. 43, no. 2, 2005, pp. 327-348.

MAS, Joaquin. "Secession and Federalism: The Spanish Case", *Claims for Secession and Federalism: A Comparative Study with a Special Focus on Spain*, edited by Alberto López-Basaguren and Leire Escajedo San-Epifanio, Springer, New York, 2019, pp. 389-404.

MASTROMARINO, Anna. "Secessionist Claims in a Federal System: The Belgian Case", *Claims for Secession and Federalism: A Comparative Study with a Special Focus on Spain*, edited by Alberto López-Basaguren and Leire Escajedo San-Epifanio, Springer, New York, 2019, pp. 221-232.

MAUTNER, Menachem. "West Bank and Gaza: The Case for Associate Statehood", *Yale Journal of International Law*, vol. 6, no. 2, 1981, pp. 297-360.

MCEWEN, Nicola. "Devolution and Alignment with EU Laws", *An Independent Scotland in the EU: Issues for Accession*, edited by Kirsty Hughes, Scottish Centre on European Relations Publication Office, Edinburgh, 2020, pp. 13-16.

MCGARRY, John. "Asymmetry in Federations, Federacies and Unitary States", *Ethnopolitics*, vol. 6, no. 1, 2007, pp. 105-116.

MEER, Nasar. "Looking up in Scotland? Multinationalism, Multiculturalism and Political Elites", *Ethnic and Racial Studies*, vol. 38, no. 9, 2015, pp. 1477-1496.

MEIJER, Erik. "The Radical Left in Benelux", *Socialism and Democracy*, vol. 29, no. 3, 2015, pp. 71-80.

MORICE, Sarah. "2017 Year in Review: Europe's Secessionist Movements", *TRT World*, (25.12.2017), <https://www.trtworld.com/europe/2017-year-in-review-europe-s-secessionist-movements-13595>, (Accessed on: 25.09.2020).

MULLEN, Tom. "Brexit and the Territorial Governance of the United Kingdom", *Contemporary Social Science*, vol. 14, no. 2, 2019, pp. 276-293.

MÜLLER-PLOTNIKOW, Sabrina. "Beyond Catalonia: Separatist Movements in Western Europe", *Deutsche Welle*, (30.09.2017), <https://www.dw.com/en/beyond-catalonia-separatist-movements-in-western-europe/a-40761144>, (Accessed on: 24.09.2020).

NORDQUIST, Kjell. "Autonomy as a Conflict-Solving Mechanism: An Overview", *Autonomy: Applications and Implications*, edited by Markku Suksi, Kluwer Law International, The Hague, 1998, pp. 59-77.

NUTT, Kathleen. "Scotland could Rejoin EU Four-Five Years after Indy, Expert Says", *The National*, (22.05.2020), <https://www.thenational.scot/news/18469817.scotland-rejoin-eu-four-five-years-indy-expert-says>, (Accessed on: 18.09.2020).

OLAUSSON, Pär. *Autonomy and Islands, a Global Study of the Factors that Determine Island Autonomy*, Åbo Akademi University Press, Åbo, 2007.

PAVKOVIC, Aleksandar; RADAN, Peter. *Creating New States: Theory and Practice of Secession*, Ashgate, Hampshire, 2007.

PERRY, Valery. "Constitutional Reform in Bosnia and Herzegovina: Does the Road to Confederation Go through the EU?", *International Peacekeeping*, vol. 22, no. 5, 2015, pp. 490-510.

RAJA, Irfan. "Can the United Kingdom Hold its Union?", *Daily Sabah*, (21.02.2020), <https://www.dailysabah.com/op-ed/2020/02/21/can-the-united-kingdom-hold-its-union>, (Accessed on: 24.09.2020).

READ, Carly. "Scottish Parliament to Keep Flying EU Flag after Brexit in Huge Snub to Referendum Result", *The Express*, (29.01.2020), <https://www.express.co.uk/news/politics/1-23-5177/scottish-parliament-eu-flag-brexit-day-snp-nicola-sturgeon-latest>, (Accessed on: 26.09.2020).

REZVANI, David. *Surpassing the Sovereign State: The Wealth, Self-rule and Security Advantages of Partially Independent Territories*, Oxford University Press, Oxford, 2014.

REZVANI, David. "Partial Independence Beats Full Independence", *Territory, Politics, Governance*, vol. 4, no. 3, 2015, pp. 269-296.

ROBERTSON, Angus. "A Whopping Majority Believes Scotland has Right to Decide over Indyref2", *The Scotsman*, (28.01.2020), <https://www.scotsman.com/news/politics/scottish-independence/whopping-majority-believes-scotland-has-right-decide-over-indyref2-angus-robertson-1376832>, (Accessed on: 25.09.2020).

SCHREUER, Milan. "Catalan Separatists Want Independence. Who Else?", *The New York Times*, (17.12.2017), <https://www.nytimes.com/2017/12/17/world/europe/catalonia-independence-europe.html>, (Accessed on: 26.09.2020).

SCHULTE, Felix. *Conflict Regulation through Self-Rule: Success Factors of Territorial Autonomy Systems*, Aland Islands Peace Institute, Mariehamn, 2015.

SILVERSTRÖM, Sören. "The Competence of Autonomous Entities in the International Arena: With Special Reference to the Aland Islands in the European Union", *International Journal on Minority and Group Rights*, vol. 15, no. 2, 2008, pp. 259-271.

STEPAN, Alfred. "A Revised Theory of Federacy and a Case Study of Civil War Termination in Aceh, Indonesia", *Power Sharing in Deeply Divided Places*, edited by Joanne McEvoy and Brendan O'Leary, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 2013, pp. 231-252.

STEVENS, Michael. "Asymmetrical Federalism: The Federal Principle and the Survival of the Small Republic", *Publius: The Journal of Federalism*, vol. 7, no. 4, 1977, pp. 177-203.

STURGEON, Nicola. "Nicola Sturgeon Responds to the Brexit Vote – Read her Speech in Full", *Holyrood*, (24.06.2016), <https://www.holyrood.com/articles/inside-politics/%20nicola-sturgeon-responds-brexit-vote-read-her-speech-full>, (Accessed on: 10.09.2020).

STURGEON, Nicola. "We've Made a Real Difference: Nicola Sturgeon Reflects on 20 Years of Devolution", *Yes*, (01.07.2019), <https://www.yes.scot/weve-made-a-real-difference-nicola-sturgeon-reflects-on-20-years-of-devolution/>, (Accessed on: 25.09.2020).

SUKSI, Markku. *Sub-state Governance through Territorial Autonomy: A Comparative Study in Constitutional Laws of Powers, Procedures and Institutions*, Springer-Verlag, Heidelberg, 2011.

SUKSI, Markku. "Explaining the Robustness and Longevity of the Aland Example in Comparison with Other Autonomy Solutions", *International Journal on Minority and Group Rights*, vol. 20, no. 1, 2013, pp. 51-66.

SWAN, Brown; CETRA, Daniel. "Why Stay Together? State Nationalism and Justifications for State Unity in Spain and the UK", *Nationalism and Ethnic Politics*, vol. 26, no. 1, 2020, pp. 46-65.

TIERNEY, Stephen. "Legal Issues Surrounding the Referendum on Independence for Scotland", *European Constitutional Law Review*, vol. 9, no. 3, 2013, pp. 359-390.

TIERNEY, Stephen. "Reclaiming Politics: Popular Democracy in Britain after the Scottish Referendum", *The Political Quarterly*, vol. 86, no. 2, 2015, pp. 226-233.

TKACIK, Michael. "Characteristics of Forms of Autonomy", *International Journal on Minority and Group Rights*, vol. 15, no. 2, 2008, pp. 369-401.

TORRES, Diego. "Europe's Separatists Feel Catalan Chill", *Politico*, (04.09.2018), <https://www.politico.eu/article/catalan-chill-for-european-separatist-movements-aland-islands-south-tyrol/>, (Accessed on: 26.09.2020).

VAN NIMWEGEN, Stephan. "The Need for the Netherlands and Belgium to Further Integrate Police Cooperation: An Example for Europe?", *New Journal of European Criminal Law*, vol. 8, no. 3, 2017, pp. 323-333.

VEENENDAAL, Wouter. "A Big Prince in a Tiny Realm: Smallness, Monarchy, and Political Legitimacy in the Principality of Liechtenstein", *Swiss Political Science Review*, vol. 21, no. 2, 2015, pp. 333-349.

VENEMA, Agnes. "The Sum of All Friends: Improving Cross-border Intelligence Sharing in Europe – The Case of the Benelux", *The International Journal of Intelligence, Security, and Public Affairs*, vol. 22, no. 1, 2020, pp. 5-19.

WAGNER, Andrea; MARIN, Jianna; KROQI, Dorian. "The Catalan Struggle for Independence and the Role of the European Union", *Regional Science Policy & Practice*, vol. 11, no. 5, 2019, pp. 787-803.

WATTS, Ronald. "Federalism, Federal Political Systems, and Federations", *Annual Review of Political Science*, vol. 1, no. 1, 1998, pp. 117-137.

WEBSTER, Laura. "Unionists Furious as EU Boss Indicates Indy Scotland can Rejoin", *The National*, (20.05.2020), <https://www.thenational.scot/news/18462298.unionists-furious-eu-boss-indicates-indy-scot-land-can-rejoin>, (Accessed on: 23.08.2020).

WELLER, Marc. "Introduction", *Asymmetric Autonomy and the Settlement of Ethnic Conflicts*, edited by Marc Weller and Katherine Nobbs, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 2010, pp. 1-13.

WIRT, Frederick. "The Tenacity of Confederacy: Local Service Agreements in the Family of Governments", *Publius: The Journal of Federalism*, vol. 12, no. 4, 1982, pp. 103-127.

WITLOX, Frank; DULLAERT, Wout; JOURQUIN, Bart. "Fostering Transport and Logistics Research in the Benelux Countries", *Transportation Planning and Technology*, vol. 30, no. 4, 2007, pp. 325-329.

WOLFF, Stefan. "Post-Conflict State Building: The Debate on Institutional Choice", *Third World Quarterly*, vol. 32, no. 10, 2011, pp. 1777-1802.

WOLFF, Stefan. "Conflict Management in Divided Societies: The Many Uses of Territorial Self-Governance", *International Journal on Minority and Group Rights*, vol. 20, no. 1, 2013, pp. 27-50.

WOUTERS, Jan; VIDAL, Maarten. *Towards a Rebirth of Benelux?*, Leuven Centre for Global Governance Studies, Leuven, 2008.

ZONNEVELD, Wil; FALUDI, Andreas. "Vanishing Borders: The Second Benelux Structural Outline", *Built Environment*, vol. 23, no. 1, 1997, pp. 4-13.

ZULEEG, Fabian. "Transition from the UK and to the EU", *An Independent Scotland in the EU: Issues for Accession*, edited by Kirsty Hughes, Scottish Centre on European Relations Publication Office, Edinburgh, 2020, pp. 17-19.

Yetkili Servis Sözleşmesi ve Yetkili Servislerin Sorumluluğu

Onur İlhan 

Arş. Grv., Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi, ilhanonur70@gmail.com

Makale Bilgileri	ÖZ
<p>Makale Geçmişi Geliş: 10.07.2020 Kabul: 17.09.2020 Yayın: 31.12.2020</p> <p>Anahtar Kelimeler: Yetkili servis, Teknik servis, Yetkili servis sözleşmesi, Yetkili servisin sorumluluğu, Satış sonrası hizmetler.</p>	<p>Yetkili servisler, bir üretici veya ithalatçıya bağlı olarak yahut bağımsız bir tüzel kişilik altında faaliyet gösteren, belli ürünlerin bakım, onarım ve montajıyla ilgilenen birimlerdir. Günümüzde artan tüketim hızı ve ürün çeşitliliğinden dolayı, satın alınan ürünlerin zaman içerisinde bakımının veya onarımının yapılması oldukça önem arz etmektedir. Tüketiciler açısından, bir ürünü satın alırken ürünün kalitesi, fiyatı ve sair özellikleri kadar, teknik servis imkânları da göz önünde bulundurulmaktadır. Dolayısıyla üretici, ithalatçı veya satıcılar açısından, müşteriye iyi bir teknik servis ağı ve imkânı sağlamak tercih edilme sebebi oluşturacaktır. Ayrıca belli ürünler açısından öngörülen süreler içerisinde servis ve yedek parça imkânı sunmak zorunluluğu da üretici ve ithalatçılar açısından söz konusudur. Ticarî hayatta aktif şekilde yer alan yetkili servisler, çoğu kez tüketiciyle doğrudan muhatap olabilmekte ve tüketicinin bazı hukukî talepleriyle karşı karşıya kalabilmektedir. Yetkili servisler, verdikleri hizmetle ilgili ayıplarından sorumludur. Ancak yetkili servislerin bu sorumluluğu, her zaman tüketiciye karşı tek başına bir sorumluluk olarak değil, üretici veya ithalatçı ile beraber bir müteselsil sorumluluk olarak meydana gelir.</p>

Authorized Service Contracts and Liability of Authorized Services

Article Info	ABSTRACT
<p>Article History Received: 10.07.2020 Accepted: 17.09.2020 Published: 31.12.2020</p> <p>Keywords: Authorized service, Technical service, Authorized service contract, Liability of the authorized service, After sales services.</p>	<p>Authorized services are units that depending a producer or importer else under operate independent legal person and are concerned with maintenance, repair and installation of apparent products. Nowadays it is very important that the purchased products are maintained or repaired due to the increasing consumption rate and product variety. From the point of the consumer, when purchasing a product, technical service opportunities are considered as well as the quality, price and other features of the product. Thereby, providing a good technical service network and facility to the consumer will be reason for preference in terms of producer, importer or sellers. Also, it is compulsory for producer and importers to submit service and spare parts within stipulated time for the certain products. Authorized services who are actively in business life, can mostly direct deal with consumer and face with legal request of the consumer. Authorized services are responsible, about the defects related to service they provide. But, liability of authorized service, occur as joint liability with producer or importer, not always singly liability against consumer.</p>

Atıf/Citation: İlhan, O. "Yetkili Servis Sözleşmesi ve Yetkili Servislerin Sorumluluğu", *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 3, S. 2, 2020, 233-261.



"This article is licensed under a [Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/) (CC BY-NC 4.0)"

GİRİŞ

Günümüzde, çağdaş endüstriyel üretim olanaklarının gelişmesi ve buna bağlı olarak tüketimin de toplum arasında yayılması, hızla üretilip satın alınan ürünlerde arıza veya herhangi bir sorunla karşılaşma oranını arttırmaktadır. Bu tip olumsuz durumlardaki mağduriyeti giderebilmek için Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun (TKHK), Türk Borçlar Kanunu (TBK) vs. mevzuatta ayıplı ürünlere karşı sorumluluk hükümleri getirilmiştir. Hatta ayıplı ürünün sebep olduğu (refakat ettiği) birtakım zararların da nasıl karşılanacağı düzenlenmiştir. Genellikle ilk akla gelen, ayıplı bir ürünle karşılaşıldığında bu malı satan kişi olan satıcının sorumluluğudur. Satıcının ayıba karşı sorumluluğu söz konusu olmakla birlikte, ayıp sonucunda tüketici/alıcının kullanabileceği seçimlik haklardan ücretsiz onarım veya değişim gibi seçeneklerde, üretici veya ithalatçının sorumluluğu da gündeme gelmektedir (TKHK m. 11). Toplumdaki genel algı da, ayıplı bir ürün olduğunda ve bu sebeple bir zarar meydana geldiğinde, bu zararın üretim hatasından kaynaklandığı düşüncesiyle sorumlu olanın üretici olduğu yönündedir¹. Kanundaki düzenlemelere paralel olan bu düşünce, hakkaniyete de uygun görünmektedir.

Ayıplı bir maldan ve bu malın neden olduğu zararlardan satıcı, üretici ve ithalatçının müteselsil sorumlu olduğu konusunda ihtilaf yoktur. Fakat tüketiciye karşı satış sonrası hizmetler yerine getirilirken karşılaşılan servis istasyonlarının, ayıplı maldan ve bu malın sebep olduğu zararlardan herhangi bir sorumluluğunun olup olmadığı açıkça belirtilmemiştir. Uygulamada sıklıkla karşılaşılan gerek yetkili gerek yetkisiz (bağımsız) istasyonlar, teknik konulardaki uzmanlıkları ve bilgileri nedeniyle, bir üründe görülen problem ve arızalarda ilk başvurulacak yerler haline gelmiştir. Bu denli sık kullanılan servis istasyonlarının; tüketiciyle, üreticiyle veya ithalatçıyla olan ilişkilerini incelemek önem arz etmektedir. Nitekim uygulamada görülen bazı davalarda, servis istasyonundaki onarım sonrasında, malın kullanımı sebebiyle oluşan zararlarda doğrudan servis istasyonlarına karşı açılan davalara rastlanmaktadır. Bu nedenle çalışmada, öncelikle satış sonrası hizmetler ve servis istasyonu kavramları, servis istasyonlarının yükümlülükleri, daha sonra yetkili servis sözleşmesinin hukukî niteliği, ardından servis istasyonları ile tüketici ve üretici ilişkileri, servis istasyonlarının verdikleri hizmetler neticesindeki sorumlulukları incelenerek bir sonuca varmaya çalışılacaktır.

SATIŞ SONRASI HİZMETLER VE SERVİS İSTASYONU KAVRAMI

Satış Sonrası Hizmetler

6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 58. maddesinde, satış sonrası hizmetler madde başlığı altında, üretici veya ithalatçılar için, ürettikleri veya ithal ettikleri mallarla ilgili Bakanlıkça belirlenen kullanım ömrü süreleri boyunca satış sonrası bakım ve onarım hizmetlerinin sağlanması gerektiği düzenlenmiştir. Bu hükümlerle beraber, üretici veya ithalatçılar için, satılan malların ayıplarının onarımı veya bakımlarıyla ilgili olarak kanunda düzenlenen iki yıllık süreden sonraki kısım için de bazı sorumluluklar doğmuştur. Böylece ithalatçı ve üreticiler, tüketiciye (alıcıya) satılan malların zaman içerisinde tamiri gerektirmesi hususunda sadece ayıptan doğan sorumluluk süresi olan iki yıllık sürede değil, Satış Sonrası Hizmetler Yönetmeliği² gereğince ekli listede yer alan malların kullanım ömrü süreleri boyunca azami özeni göstermek ve söz konusu hizmeti sağlamakla yükümlü olacaklardır³. Zaten uygulamadaki asıl sorun da iki yıllık sürede değil bundan sonraki süreçte ortaya çıkmaktadır ve üreticiler/ ithalatçılar, söz konusu olan iki yıllık garanti sürelerinde gerekli özeni göstermekle beraber sürenin dolmasından sonra aynı özen

¹ Aslan, İ. Yılmaz. *Tüketici Hukuku Dersleri*, 6. Baskı, Ekin Yayınevi, 2016, s. 134.

² 13.06.2014 tarih ve 29029 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Satış Sonrası Hizmetler Yönetmeliği.

³ Aydoğdu, Murat. *Tüketici Hukuku Dersleri*, Adalet Yayınevi, Ankara 2015, s. 78.

ve gayreti göstermeyebilmektedir⁴. Haliyle bu durum da tüketicilerin mağduriyetine yol açmaktadır. TKHK m. 56'daki garanti belgesi ve m. 58'deki satış sonrası hizmetler düzenlemeleri bu olumsuz sonuçları önlemeye yöneliktir⁵. Bu hükümlerde bahsedilen satış sonrası hizmetler olarak bakım ve onarım yapılması, sadece ayıplı bir mal söz konusu olduğu zaman uygulama alanı bulmayıp, garanti süresi içinde veya dışında ortaya çıkan arızaların tamiriyle ilgili olarak da gündeme gelebilecektir. Kanun tarafından üretici veya ithalatçılara getirilen bu zorunluluk, tüketicilere, Bakanlıkça belirlenen malların kullanım ömürleri süresince, ücreti karşılığında bakım-onarım imkânı sağlayarak bir güvence oluşturmaktadır⁶.

Üretici veya ithalatçılar, satış sonrası hizmetleri sağlamak üzere, yeterli teknik kadroya sahip yetkili servis istasyonları kurmak zorundadırlar. Bu servis istasyonlarını kendileri kurabilecekleri gibi, hali hazırda kurulu bulunan servis istasyonu veya organizasyonlarından, kendileri sorumlu olmak şartıyla faydalanabilirler (SSHY m. 5, TKHK m. 58/4). Bu şekilde yetki verilen tesis, üretici veya ithalatçıya doğrudan bağlı olmayıp fiziksel ve ekonomik bağımsızlığa sahiptir⁷. Üretici veya ithalatçıların söz konusu servis istasyonlarını kurabilmeleri, yönetmelikle belirlenen mallar için Bakanlıkça onaylı satış sonrası hizmet yeterlilik belgesi almaları zorunluluğuna bağlıdır (TKHK m. 58/2).

Doktrinde “*satış sonrası hizmetler*” kavramının biri geniş diğeri dar olmak üzere iki anlama geldiği ifade edilmiştir. Geniş anlamda satış sonrası hizmet, malın tüketiciye satılmasından sonra malla ilgili yapılan bütün işlemler ve sunulan tüm hizmetlerdir⁸. Dar anlamda satış sonrası hizmet ise, satış fiyatı kapsamına girmeyip ayrıca ek bir ödeme gerektiren hizmetlerdir⁹. Satış sonrası hizmetler; müşterilerin, ürünleri doğru ve amaca uygun kullanımlarını sağlama, arıza veya şikâyet durumlarında yedek parça ve servis hizmetlerini doğru, çabuk ve makul fiyatla sunma, müşteriye memnun etme çabalarını ifade eder. Satış sonrası hizmetler satışın devamı olan bir olgu olarak görülürse, satıcının müşteriye, satışla beraber olanca memnuniyeti sağlama çabaları olarak ifade edilebilir¹⁰. Modern endüstri bağlamında duruma bakılırsa, ürün çeşitliliğinin ve tüketimin oldukça yüksek olduğu bu yıllarda, satıcı/ üretici/ ithalatçılar için, rakiplerinden farklı olabilmek adına müşteriye memnun etmek oldukça önem arz etmekte ve bu durum da satış sonrası hizmetlerin daha doğru ve nitelikli verilmesini gerekli kılmaktadır¹¹.

Satış sonrası hizmetlere örnek olarak, garanti, sigorta, bakım/ onarım hizmetleri, ürün güncellemeleri, firmaların tüketiciye sundukları çağrı merkezleri, kargo hizmeti ve farklı kanallardan iletişim olanakları verilebilir¹².

⁴ Karakocalı, Ahmet. *Otomotiv Sektörü Bakımından Garanti Belgesi ve Satış Sonrası Hizmetlere İlişkin Yasal Düzenlemelerin Değerlendirilmesi, Sektörel Bazda Tüketici Hukuku ve Uygulamaları 2015-2016*, Bilge Yayınevi, Ankara 2016 (Ed. TOPBAŞ, Hakan/ ÜÇİŞİK, H. Fehim), s. 146-166, s. 160.

⁵ Aslan, s. 112.

⁶ Aslan, s. 112; Özdemir, Şerife Gül/ Sarı, Cahide Gülnur. *Tüketicinin Korunması Hukuku*, Danışman Yayınevi, İstanbul 2006, s. 96.

⁷ Dokutan, Canan. *Tüketici Hukuku Bakımından Ayıplı İfa Çerçevesinde Bayi ve Servisin Sorumluluğu*, <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp>, (Et: 16.03.2018) s. 86.

⁸ Dokutan, s. 88; Baykan, Renan. *Tüketici Hukuku Mevzuata İlişkin Yorum Eleştirisi Öneri*, 2. Baskı, İstanbul Ticaret Odası Yayınları, 2005, s. 309.

⁹ Dokutan, s. 88; Baykan, s. 309.

¹⁰ Korkmaz, Sezer. “Satış Sonrası Hizmetler Ve Satış Sonrası Hizmetlerin Tüketiciler Açısından Değerlendirilmesi”, <https://www.mevzuatdergisi.com/2001/06a/02.htm>, (Et: 19.03.2018).

¹¹ Akunal, Teoman. “Onarım Garantisi”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 38, S. 1-4, 1973, s. 547-570, s. 550.

¹² Karakocalı, s. 159.

Servis İstasyonu Kavramı

Genel Olarak

Kavram olarak “servis” kelimesi, sözlükte¹³; “*otomobil, beyaz eşya vb. ürünlerin bakım ve onarımlarının yapıldığı yer*” şeklinde tanımlanmıştır. Çalışmanın konusunu oluşturan servis istasyonları da belli ürünlerle ilgili teknik bilgi ve destek hizmeti sunarak bakım ve onarım yapan yerleri ifade etmektedir. Günümüzde endüstriyel ürünlerin çeşitliliğinin artması ve bu ürünler ile ilgili teknik bilginin önem kazanmasından dolayı profesyonel anlamda servis istasyonu olarak hizmet veren yerler, ekonomik düzen içerisinde önemli bir yere sahiptir. Bu servis istasyonlarının bazıları, üretici veya ithalatçılara bağlı şekilde çalışırken bir kısmı da herhangi bir yerle anlaşması olmadan bağımsız şekilde faaliyet göstermektedir. Aşağıda bu iki farklı tür istasyonlar tanımlanarak çalışmanın devamında da konuyla ilgili olarak yeri geldikçe karşılaştırmalı olarak incelenecektir.

Yetkili Servis

Satış Sonrası Hizmetler Yönetmeliğinin m. 4/1-m bendine göre; “*Yetkili servis istasyonu, üretici veya ithalatçıların ürettikleri veya ithal ettikleri mallar için; kullanım ömürleri süresince satış sonrası montaj, bakım ve onarım hizmetlerini yürütmek üzere, kendileri tarafından veya aralarındaki sözleşme uyarınca, bu amaçla yetki verilen gerçek veya tüzel kişiler tarafından kurulan ya da kurulmuş bulunan tesisleri*” ifade eder. Maddedeki ifadeden de anlaşıldığı üzere, satış sonrası hizmetler kapsamında, üretici veya ithalatçının sorumlu olduğu bu konuda, ya bizzat kendileri tarafından söz konusu hizmetler yerine getirilecek ya da bu amaçla herhangi bir servis istasyonuna sözleşme vasıtasıyla yetki verilecektir. Yetki verilen servis istasyonu yeni kurulabileceği gibi önceden bu tip hizmetleri sunan bir servis istasyonu da söz konusu olabilir. Her iki durumda da yetkili servisin sunduğu hizmet ve yaptığı işle ilgili olarak, üretici/ ithalatçının kontrolünün bulunması zorunludur. Doktrinde, üretici veya ithalatçının kendisinin kurduğu servise “*iç servis*”, satış sonrası hizmetlerin sunulması için başka servislerle anlaşma yapılması hâlinde “*bağımlı servis istasyonu (anlaşmalı özel servis)*” şeklinde bir adlandırma ileri sürülmüştür¹⁴.

Üretici/ ithalatçı, salt servis istasyonunu kurarak veya bir servise yetki vererek sorumluluktan kurtulamaz. Bu süreçte devamlı servis istasyonunu izlemek, denetlemek ve görülen eksiklikleri gidermek durumundadır¹⁵. Çünkü yetkili servislerin ayrı bir tüzel kişiliği bulursa dahi, faaliyetlerinden dolayı üretici veya ithalatçıların müteselsil sorumluluğu bulunmaktadır (SSHY m. 14). Bu sorumlulukla ilgili olarak yetkili servisler ve üretici/ ithalatçı arasındaki ilişki ilerleyen bölümlerde incelenecektir¹⁶.

Bağımsız (Özel) Servis

Bağımsız (özel) servis istasyonları ise, üretici veya ithalatçıyla aralarında herhangi bir anlaşma/ sözleşme bulunmayan ve bu nedenle yetkilendirilmemiş, faaliyetlerini üretici/ ithalatçının organizasyonundan ayrı yürüten servislerdir. Bağımsız servisler, yetkili servislerin bir alternatifini oluşturur¹⁷. Bu tip bağımsız servis istasyonları herhangi bir üretici veya ithalatçıyla ilişki içerisinde olmadığından faaliyetlerinden dolayı da kendileri sorumlu olacaktır. Ancak üretici veya ithalatçılar bu konuda bağımsız servis istasyonuna herhangi bir yönlendirme yapmışlar ise sorumlulukları söz konusu olabilecektir¹⁸.

¹³ http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts&arama=kelime&guid=TDK.GTS.5aabb1d9685210.78408315

¹⁴ Aydoğdu, s. 78.

¹⁵ Dokutan, s. 87.

¹⁶ Bkz. V, A.

¹⁷ Uyumaz, Alper. *Yetkili Servis Sözleşmesi*, Oniki Levha Yayınları, İstanbul 2018, s. 25.

¹⁸ Aydoğdu, s. 79.

Satış sonrası hizmetler, yetkili servis istasyonları vasıtasıyla verilebileceği gibi, bağımsız servis istasyonları aracılığı ile de verilebilir. Ancak, Yönetmelik'te, bağımsız servis istasyonlarının kuruluşu ve işleyişine ilişkin esaslar düzenlenmemiştir¹⁹. Bu hâlde, yetkili servis istasyonlarına uygulanacak hükümler, niteliğine uygun düştüğü oranda bağımsız servis istasyonlarına da uygulanmalıdır. Fakat, bağımsız servis istasyonlarının kuruluş ve işleyişine yönelik hükümlerin getirilmesi daha uygun olacaktır.

YETKİLİ SERVİS İSTASYONLARININ KURULUŞU VE YÜKÜMLÜLÜKLERİ

Servis İstasyonlarının Kuruluşu

Servis istasyonlarını kurma yükümlülüğü yukarıda da bahsedildiği gibi üretici veya ithalatçıya ait bir yükümlülüktür²⁰. TKHK kapsamında tüketicinin seçimlik haklarından biri olan satılanın ücretsiz onarımı, satıcıdan talep edilebileceği gibi müteselsil sorumluluktan dolayı üretici veya ithalatçıdan da talep edilebilir (TKHK m. 11/1 ve 2). Buradaki gibi talep satıcıya yöneltildiğinde onarım masrafları satıcıya ait olmakla beraber onarım fiilinin teknik bilgi ve ekipmanı gerektirmesi nedeniyle yine bir servis istasyonunun varlığına ihtiyaç duyulur. Bu nedenle kanun onarım ve bakım hizmetleri için bir servis istasyonunun kurulmasını veya yetkilendirilmesini zorunlu kılmıştır. Fakat bu zorunluluk satıcı için değil ürünü meydana getiren üretici veya yurt dışından ithal eden ithalatçıya yüklenmiştir. Servis istasyonlarının kurulması belli bir prosedüre bağlanmıştır. Üretici veya ithalatçıların servis istasyonu kurabilmeleri, yönetmelikle belirlenen mallar için Bakanlıkça onaylı satış sonrası hizmet yeterlilik belgesi almalarına bağlıdır (TKHK m. 58/2). Yönetmelikteki ekli listede yer almayan mallar veya bu listede yer alıp da servis istasyonu kurulması gerekmeyen mallar için ise söz konusu belge düzenlenmez²¹ (SSHY m.6/1). Satış sonrası hizmet yeterlilik belgelerinin geçerlilik süresi ise iki yıldır (SSHY m.7/1). Belgenin süresi dolmadan önce yenilenmesi gerekmektedir (SSHY m. 7/1)²².

Servis İstasyonlarının Yükümlülükleri

Onarım ve Bakım Yükümlülüğü

Servis istasyonlarının, kuruluş amaçları düşünüldüğünde, en doğal yükümlülüklerinin bakım ve onarım yükümlülüğü olduğu ifade edilebilir. Onarım (tamir) kavramı sözlükte, “*bozulmuş bir aygıt, makine ya da nesneyi; eskimiş bir yapı, döşem vb. düzeltip, yararlı ve yeniden işler duruma getirme, yenileştirme*”

¹⁹ Karakocalı, Ahmet. *Tüketici Hukuku Davaları, Teori-Uygulama*, (Ed. Şahin Mccarthy, Oya/ Dinç, Mutlu), Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017, s. 722.

²⁰ Bkz. I, A.

²¹ Servis istasyonlarının kuruluşu hakkında ayrıntılar için ilgili yönetmelik maddesi; “Başvuru ve izin

MADDE 6 – (1) Üretici veya ithalatçıların, ekli listede yer alan mallar için Bakanlıkça onaylı satış sonrası hizmet yeterlilik belgesi alması zorunludur. Bu Yönetmeliğin ekli listesinde yer alan ancak servis istasyonu gerekmeyen mallar için satış sonrası hizmet yeterlilik belgesi düzenlenmez.

(2) Satış sonrası hizmet yeterlilik belgesine yönelik başvurular, Bakanlığın internet sayfasında, elektronik imza ile yapılır ve elektronik imza ile onaylanır.

(3) Başvuru ile ilgili hususlar Bakanlığın internet sayfasında ilan edilir.

(4) Başvuru üzerine Genel Müdürlükçe, Kanun ve bu Yönetmeliğe uygunluk açısından gerekli incelemeler yapılarak yeterli görülenlere satış sonrası hizmet yeterlilik belgesi verilir.

(5) Genel Müdürlük, başvuruları değerlendirirken gerek duyması halinde tüketicilerin sağlık ve güvenliği ile ekonomik çıkarlarını korumak amacıyla; belgelendirme yapılacak ürünle ilgili olarak, gerekli incelemeleri yapmaya veya yaptırmaya yetkili olup, daha önce onaylanmış kuruluşlardan alınacak raporları ve ürünle ilgili olarak diğer kamu kurum ve kuruluşları tarafından verilen belgeleri de dikkate alabilir”.

²² 12 Şubat 2020 tarih ve 31037 sayılı Satış Sonrası Hizmetler Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik'in yayınlanmasından önce, iki yıllık süre dolduktan sonra belgenin yenilenmesi için başvurulabilmekteydi.

olarak tanımlanmıştır²³. Hukukî anlamda onarım kavramına bakıldığında ise, “*alıcının, ayıba karşı tekeffül dolayısıyla sahip olduğu kanuni ayıba karşı tekeffül hükümlerinin yerine getirilmesine engel olunması için, satılmış bir maldaki ayıpların giderilmesidir*” şeklinde tanım yapıldığı görülmektedir²⁴. Onarım borcu niteliği itibarıyla bir iş görme borcudur bu nedenle edim türleri açısından olumlu ve yapma edimi olarak nitelendirilir. Çünkü olumlu edimlerde borçlu, bir faaliyette bulunmak, böylece bir işi yapmak veya bir şeyi vermek zorundadır²⁵. Onarım borcu bir iş görme borcu olduğundan, bu borcun ifası için teknik bilgiye sahip personel çalıştırılması, malın değişmesi gereken parçaları için yedek parça bulundurulması, karmaşık ve zor tamir işleri için sürekli kullanılması gerekebilecek alet ve ekipmana sahip olunması gerekebilir²⁶.

Onarım borcu, TKHK m. 11/1-c’de yer alır ve ayıplı bir mal söz konusuysa, tüketicinin başvurabileceği seçimlik haklardan biridir. Buna göre, onarım seçimlik hakkının kullanılabilmesi, ancak bunun aşırı bir masrafı gerektirmemesine bağlıdır. Onarım faaliyetiyle ilgili yapılacak tüm masraflardan satıcı sorumludur. Tüketici, bu hakkını satıcıya karşı kullanabileceği gibi üretici veya ithalatçıya karşı da kullanabilir. Bu konuda satıcı, üretici ve ithalatçı müteselsilen sorumludur. (TKHK m. 11/2).

Ayıplı malın onarımı, TKHK’daki düzenlemeyle paralel şekilde TBK’nın 227. maddesinde de bulunmaktadır. Buradaki hüküm de satış sözleşmelerinde ayıplı çıkan malın akıbetinin ne olacağıyla ilgilidir ve TKHK’ya benzer şekilde alıcıya bazı seçimlik haklar tanımıştır (TBK m. 227). Bu düzenlemenin TKHK m. 11’den farkı, alıcının tüketici olmadığı durumlarda uygulama alanı bulabilmesidir. Aynı zamanda bu hüküm, satış sözleşmesindeki ayıptan doğan sorumluluk durumuyla ilgilidir. Eser sözleşmelerindeki ayıptan doğan sorumluluk hükümleri ise TBK m. 475’te düzenlenmiştir. Bu hükümde de, iş sahibinin, eserdeki ayıbın giderilmesi yönünde yükleniciye karşı ileri sürebileceği onarım seçimlik hakkı bulunmaktadır. Bu düzenlemeye benzer şekilde TKHK m. 15’te de ayıplı hizmet sonucu tüketicinin seçimlik haklarına değinilmiş ve bunların arasında onarım hakkının da bulunduğu belirtilmiştir²⁷.

Onarım hakkıyla ilgili değinilmesi gereken bir diğer önemli husus, onarım hakkının sadece ayıptan doğan sorumluluk durumlarında söz konusu olmayıp, garanti süresi içinde veya dışında, malın kullanım ömrü süresince mevcut olması gereken bir hak olduğudur. Garanti süresi içinde, maldaki bir ayıp veya arıza nedeniyle onarım talep edilmişse, bu talep ücretsiz olarak yerine getirilecektir (GBY m. 8)²⁸. Garanti süresinin dolduğu hallerde, malın kullanım ömrü süresi devam ediyorsa, yine servis hizmeti sağlanmak zorunda olduğundan, tüketici, malın onarımı imkânından faydalanabilecektir. Bu durumun garanti süresi

²³ http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts&arama=kelime&guid=TDK.GTS.5ab24eb9d01aa6.93443437, Et: 31.05.2020.

²⁴ Arbek, Ömer. *Satım Konusu Ayıplı Malın Tamir Edilmesi*, Yetkin Yayınları, Ankara 2005, s. 45.

²⁵ Eren, Fikret. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 23. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2018, s. 102; Kocayusufpaşaoğlu, Necip. *Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme*, C. 1, 7. Tıpkı Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2017, s. 35; Tekinay, Selahattin Sulhi/ Akman, Serhat/ Burcuoğlu, Haluk/ Altop, Atilla. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 7. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 1993, s. 9; Akıncı, Şahin. *Borçlar Hukuku Bilgisi*, 10. Baskı, Sayram Yayınları, Konya 2017, s. 24; Hatemi, Hüseyin/ Gökyayla, Emre. *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, 3. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2015, s. 8; Kılıçoğlu, Ahmet M. *Borçlar Hukuku (Genel Hükümler)*, 22. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2018, s. 6; Antalya, O. Gökhan. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C. 1, Legal Yayınevi, İstanbul 2018, s. 50.

²⁶ Aslan, Bayram. “Onarım Borcunun İfa Edilmesi”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.25, S.1, 2017, s. 294.

²⁷ Hizmet kavramı, TKHK m.3/1-d’ye göre, “bir ücret veya menfaat karşılığında yapılan ya da yapılması taahhüt edilen mal sağlama dışındaki her türlü tüketici işleminin konusunu” ifade etmektedir.

²⁸ Uygulamada, malın onarımıyla ilgili olarak farklı kavram ve nitelendirmelerle tüketiciden bedel talep edildiği görülmektedir. Ancak, bu gibi hallerde de tüketiciden ücret talep edilemez. Bununla birlikte, malzeme masrafı, işçilik masrafı gibi yapılan çeşitli harcamaların tüketiciden talep edilmesi mümkün değildir. Ücretsiz onarım kavramının geniş olarak anlaşılması gerektiği yönünde bkz., Arbek, s. 204.

içindeki onarımlardan farkı, ücrete tabi olmasıdır²⁹. Malın garanti süresi dışında meydana gelen arızalarda, servis istasyonları tarafından verilen bakım-onarım hizmetleriyle ilgili, aynı arıza bir yıl içinde tekrar ederse, bu hâlde tüketiciden herhangi bir ücret talep edilemeyecektir. Tüketicinin malı, kullanım kılavuzundaki hususlara aykırı kullanması hali bunun dışındadır (SSHY m. 10/6).

Onarım hakkının kullanılması ile beraber servis istasyonlarına gelen malların, orada tamir ve bakım için kalması gereken süreler sınırsız değildir. TKHK m. 58/3'e göre bu konuda tamir süresinin üst sınırı yönetmeliğe bakılarak belirlenecektir. Söz konusu yönetmelik olan SSHY'nin ek listesinde belirli ürün çeşitleri için azami tamir süreleri belirlenmiştir. Bu süre birkaç istisnai ürün dışında yirmi iş günüdür³⁰. Yönetmelikle, bu şekilde üst süre sınırının belirlenmesi, servis istasyonlarının keyfi davranmaları ihtimalinin önüne geçerek hizmetin savsaklanmasını engelleyecek ve müşteri mağduriyetini bu anlamda giderecektir³¹. Sürenin başlangıç tarihi, ürünün garanti kapsamında olup olmamasına göre değişecektir. Bu süre, garanti süresi içerisinde mala ilişkin arızanın yetkili servis istasyonuna veya satıcıya bildiri tarihinde, garanti süresi dışında ise malın yetkili servis istasyonuna teslim tarihinden itibaren başlar (SSHY m. 10/4). Görüldüğü gibi malın garanti kapsamında olup olmamasının tamir süresine bir etkisi yokken, tamir süresinin başlangıcı açısından önemli bir etkisi söz konusudur. Belirtilen süre içerisinde ücretsiz onarım talebi yerine getirilmezse, tüketici diğer seçimlik haklarına başvurabilir³².

Onarım hakkı kapsamında, servis istasyonları, tüketicinin bu hakkının gereği olarak, söz konusu malı ücretsiz olarak tamir etmek durumundadır. Bu tamir ile ilgili masraflara da TKHK m. 11 ve TBK m. 227 gereği satıcı (talep yöneltildiyse üretici veya ithalatçı) katlanmak zorundadır. Bu masraflara örnek olarak, posta ve nakliye masrafları, bilirkişi ücreti, vekâlet ücreti gibi mahkeme masrafları verilebilir. Ayrıca tüketici, yapmadığında malın zararına sebep olacak masraflar (zorunlu masraf), bir zorunluluk olmasa bile yarar elde etmek amacıyla yapılan masraflar (faydalı masraf) ve zevk amaçlı yapılan (lüks masraf) masrafları da satıcıdan talep edebilir. Tabi tüketicinin maldaki ayıbı öğrendikten sonra yaptığı lüks masrafları talep edebilmesi mümkün olmayıp, bunları ancak mala zarar vermeden söküp alabilmesi mümkündür³³. Peki bu masrafların çok fazla olması durumunda ne olacaktır? Satıcı (veya üretici/ithalatçı), masraflar ne kadar yüksek olursa olsun katlanmak zorunda mıdır? Bununla ilgili olarak TKHK m. 11 ve TBK m. 227 düzenlenmelerine göre, ücretsiz onarım hakkı ancak bu durumun aşırı bir masrafı gerektirmemesi hâlinde mümkündür. İki kanunda da paralel şekilde düzenlenen “aşırı bir masrafı gerektirmeme” halinin tespitinde kullanılacak ölçütler belirtilmemiştir. Her şeyden önce, onarımın aşırı bir masrafı gerektirmeme hali kanunda düzenlenmemiş olsaydı bile, TMK m. 2'de düzenlenen dürüstlük ilkesi gereği, hakların kullanılmasının üst sınırını hakkın kötüye kullanılması yasağı oluşturacağından, onarım masrafları aşırı olursa bu hak kullanılmayıp diğer seçimlik haklara gitmek gerekecektir. Hali hazırda iki kanunda da aşırı bir masrafı gerektirmeme durumu söz konusu olup ve aşırı masraftan kastın ne olduğu da belirtilmemiş olduğundan doktrinde yer alan bazı kıstasları göz önüne almak gerekir. Bu kıstaslardan biri, ayıplı malın tamir edilmesi için yapılması gereken masraflar ile malın satış fiyatının karşılaştırılmasıdır. Eğer tamir için gereken masraflar malın satış fiyatını geçiyorsa, tamirin aşırı bir masrafı gerektirdiği söylenebilir. Bir diğer husus, malın tamiri için yapılan masraflarla tüketicinin malın tamiriyle sağlayacağı yarar arasında bir dengesizlik söz konusuysa, bu hâlde de tamir masrafının aşırılığından bahsedilebilir³⁴. Fakat ayıplı malın tamir edilmesi için yapılan masraflar, satıcının sözleşmeden dönme, bedel indirimi veya ayıpsız misliyle değiştirme seçimlik haklarına nazaran daha fazla zarara uğramasına sebebiyet veriyor olsa

²⁹ Dokutan, s. 94; Göçer, Ahmet Alpaslan. *Garanti Belgeleri*, <http://acikerisim.selcuk.edu.tr:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/5610/337689.pdf?sequence=1&isAllowed=y>, (Et: 31.05.2020), s. 233.

³⁰ İstisnai olarak azami tamir süresi, binek otomobil ve kamyonetlerde otuz iş günüdür.

³¹ Dokutan, s. 94.

³² Özel, Çağlar. *Tüketicinin Korunması Hukuku*, 3. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2016, s. 123.

³³ Özel, s. 123.

³⁴ Arbek, s. 179.

bile, bu tamir masrafının aşırı olduğu anlamına gelmez. Hatta, satıcının tamir için yaptığı masraflardan dolayı bu satıştan hiç kâr edememesi veya zarar etmesi, tamir masrafının aşırı olarak kabul edilmesini gerektirmez³⁵. Son olarak belirtilmelidir ki, tamir masraflarının aşırılığı belirlenmesi yapılırken, her somut olay açısından ayrı ayrı değerlendirme yapıp bir sonuca varılmalıdır³⁶.

Onarım yeri, üretici veya ithalatçıların bu yükümlülüklerini yetkili servis istasyonları aracılığıyla yerine getireceği düşünülürken, tüketicinin bulunduğu yerdeki servis istasyonudur. Zira SSHY'nin 10. maddesinden anlaşıldığı üzere, öncelikle tüketicinin bulunduğu yerdeki servis istasyonu sorumlu olacak, eğer bu yerde istasyon yok ise tüketiciye en yakın yerdeki servis istasyonu sorumlu tutulacaktır. Tüketicide en yakın servis istasyonunda hizmet verilemiyorsa, malın firma merkezi veya diğer bir istasyona gönderilmesiyle ilgili tüketiciden herhangi bir isim altında ulaşım gideri talep edilemeyecektir (SSHY m. 10/2). Bu hüküm tüketici lehine yerinde bir düzenleme olup, uygulamada bir sorun olarak karşılaşılan, servis istasyonlarının, daha yetkili veya donanımlı oldukları gerekçesiyle onarım için malı uzak istasyonlara göndermek istemeleri ve bunun masrafını tüketiciye yansıtabilmelerini engellemiştir³⁷.

Servis Fişi Düzenleme Yükümlülüğü

Servis fişi, servis istasyonlarının, malla ilgili arıza tespitleri ve buna bağlı yapılan onarım işlemlerinin gösterildiği, eğer onarım garanti süresi dışında gerçekleşmişse buna ilişkin ücreti, servis istasyonu ile ilgili bilgileri içeren ve bu istasyonlar tarafından düzenlenip tüketiciye verilmesi zorunlu olan bir belgedir³⁸. Bu belgenin içeriğinde yer alması gerekenlerden biri de, onarımdan sonraki bir yıl içerisinde aynı arızanın tekrar ortaya çıkması hâlinde yapılacak olan tamir sonucunda, tüketiciden yeniden ücret talep edilemeyeceğidir. Fakat bu durum garanti süresi kapsamı dışında kalmış olan ürünler için geçerli olup tüketicinin malı kullanma kılavuzuna uygun kullandığı hallere ilişkindir. Garanti süresi içinde olan ürünler için ise zaten ücretsiz onarım söz konusu olduğundan bu hususta bir problem oluşmamaktadır³⁹.

Teslim Alma Belgesi Düzenleme Yükümlülüğü

Satış Sonrası Hizmetler Yönetmeliği m. 11'e göre servis istasyonları, kargoyla gönderilen mallar hariç olmak üzere, kendilerine teslim edilen veya kendileri tarafından teslim alınan arızalı mallar ile ilgili olarak söz konusu malın teslim alındığına dair belli bazı bilgileri içeren bir teslim alma belgesi düzenlemek zorundadır⁴⁰. Buna göre teslim alma belgesi, servis istasyonlarına gelen mallarla ilgili gerekli işlemlere

³⁵ Arbek, s. 180; Aslan, s. 326.

³⁶ Aynı yönde bkz., Dokutan, s. 97.

³⁷ Dokutan, s. 95; Aslan, s. 308; Çınar Ural, Nihal. *Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a Göre Ayıba Karşı Tekeffül*, <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp>, (Et: 04.04.2018).

³⁸ SSHY m. 11/2'ye göre, "Servis istasyonlarının, tüketicilere teslim edilen mallarla ilgili olarak aşağıdaki bilgileri içeren servis fişini tekemmül ettirmesi ve tüketicilere vermesi zorunludur:

a) Servis istasyonunun unvan, adres, telefon, faks ve diğer erişim bilgileri,

b) Malın tüketiciye teslim tarihi,

c) Malın arızasına ve yapılan işlemlere ilişkin bilgi,

ç) Garanti kapsamı dışında ise ücreti,

d) Servis istasyonu yetkilisinin imzası,

e) Bu Yönetmeliğin 10 uncu maddesinde yer alan, servis istasyonlarının sorumluluklarını gösterir hususlar,

f) Kargo ile teslim alınan ürünler haricinde, tüketicinin adı, soyadı, adresi ve telefonu ile imzası."

Servis fişi ve teslim alma belgesi düzenleme yükümlülüğü, hem yetkili servis istasyonları hem de bağımsız (özel) servis istasyonları için söz konusudur. Bkz., KARAKOCALI, Tüketici, s. 723.

³⁹ Dokutan, s. 93; Özdemir/ Sarı, s. 98.

⁴⁰ Servis istasyonlarınca düzenlenecek belgeler

MADDE 11 – (1) Servis istasyonlarının, kendilerine kargo ile gönderilen arızalı mallar hariç olmak üzere, kendilerine teslim edilen veya kendileri tarafından teslim alınan arızalı mallar ile ilgili olarak malın teslim alındığına dair aşağıdaki bilgileri içeren bir belge düzenlemesi zorunludur:

a) Malı teslim edenin adı, soyadı ve imzası,

başlamadan önce, servis tarafından düzenlenmesi yönetmelikte öngörülen bir belgedir. Bu belgenin içeriğinde bulunması gereken teslim eden ve teslim alan kişilerin ad-soyad ve imzaları, malla ilgili sorunun ne olduğuna dair açıklama, malın teslim veya arızanın bildirim tarihi gibi bilgiler sayesinde malın ilgili servis istasyonuna bırakılıp onarımın gerçekleşmesi için arıza bildiriminin yapılması gibi önemli işlemler açığa kavuşmaktadır. Bu sayede daha sonra ortaya çıkabilecek herhangi bir ihtilafın çözümü için ilgili belge yol gösterici olacaktır.

Satış Sonrası Hizmetler Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik'in⁴¹ 5. maddesiyle, Satış Sonrası Hizmetler Yönetmeliği m. 11'e eklenen beşinci fıkraya göre, onarım, malın kullanıldığı yerde yapılmaktaysa, teslim alma belgesinin düzenlenmesine gerek yoktur. Bu düzenleme ile, servislerin doğrudan, malın bulunduğu yer olan tüketicinin evi veya işyerine giderek onarım faaliyetini gerçekleştirmeleri durumunda, teslim alma belgesi düzenleme zorunluluğu kaldırılmış olmaktadır. Esasen, bu tip durumlarda, onarılabilecek ürün servise teslim edilmemekte, onarım, ürünün bulunduğu yerde gerçekleştirilmektedir. Bu hâlde de, ayrıca bir teslim alma belgesinin varlığına gerek kalmamış olmaktadır.

Onarım için kargo ile servise gönderilen ürünler hakkında, SSHY m.11/1'deki "kargo ile gönderilen arızalı mallar hariç" ifadesiyle, bu tip ürünler için teslim alma belgesi düzenleme zorunluluğu getirilmemiştir. Öğretide, kargo ile servise gönderilen ürünler için teslim alma belgesi düzenleme zorunluluğunun bulunması, hükmün getiriliş amacına aykırı bulunarak eleştirilmektedir⁴². Teslim alma belgesi düzenlenmesini öngören hükmün konuluş amacı, ürünün servise teslim edildiğine ilişkin bir ispat vesikası oluşturulmasını sağlayarak tüketiciyi korumaktır. Kargo ile servise gönderilen ürünün kaybolması durumunda, tüketici, ürünü ne şikâyetle ve nasıl teslim ettiğini ispatlamakta güçlük çekebilir⁴³. Ayrıca, teslim alma belgesinde, ürün ile ilgili ayırt edici özellikler de bulunacağından (telefonlarda IMEI numarası, bilgisayarlarda model ve seri numaraları gibi) ürünlerin kaybolması veya karışmasının önüne geçilecektir. Bununla birlikte, teslim alma belgesinde ürünün servise teslim tarihi belgeleneceğinden hem tüketicinin seçimlik haklarını kullanabilmesi için şartları ispatlayabilmesi kolaylaşacak hem de ürünün garanti kapsamında olup olmadığı ve tamirinin ücrete tabi olup olmayacağı belirlenebilecektir⁴⁴. Bu sebeplerle, tüketicinin korunması amacına hizmet edebilmek için hükümde değişikliğe gidilmesi ve kargo ile gönderilen ürünler açısından da teslim alma belgesinin düzenlenmesinin zorunlu olması gerekir⁴⁵.

Kullanım Hatasını Tespit Etme Yükümlülüğü

Malların kullanılmasıyla ortaya çıkan zararlardan, üretici/ ithalatçı/ satıcıyı sorumlu tutabilmek için, öncelikle malın normal kullanım amaç ve şekillerine uygun kullanılması gerekmekte olup, kullanım kılavuzu mevcut ise, burada belirtilen kullanım ile ilgili kurallara da riayet edilmesi gerekir. Malın normal kullanımı dışındaki kullanımlardan doğan zararlardan, üretici/ ithalatçı/ satıcı aleyhine herhangi bir sorumluluk doğmayacaktır. Bu konuda çoğunluk görüşüne göre, kusurlu olan, malı normal kullanım amacı

b) Malı teslim alanın adı, soyadı ve imzası,

c) Tüketicinin mala ilişkin şikâyet ve talepleri,

ç) Malın cinsi, markası ve modeli,

d) Garanti kapsamı içindeki malların arızasının on iş günü içerisinde giderilmemesi halinde üretici veya ithalatçının; malın tamiri tamamlanıncaya kadar, tüketiciye benzer özelliklere sahip başka bir malın verileceğine dair bilgi,

e) Malın teslim veya arızanın bildirim tarihi.

⁴¹ 31037 sayılı Yönetmelik (12.02.2020).

⁴² Uyumaz, s. 163.

⁴³ Uyumaz, s. 163.

⁴⁴ Uyumaz, s. 163-164.

⁴⁵ Uyumaz, s. 164. Kargoyla ürünü teslim alan servis, teslim alma belgesini e-mail, sms ya da belgenin açıkça anlaşılır olduğu başka bir elektronik iletişim vasıtasıyla müşterisine gönderebilir.

dışında kullanan kişidir ve kanun kusurlu olanları koruma kapsamına almaz⁴⁶. Sorumluluğun tayinini etkileyecek kadar önemli olan bu hususun kimin tarafından tespit edileceğine ilişkin düzenleme GBY m. 11'dir. Bu düzenlemeye göre, arızalarda kullanım hatasının bulunup bulunmadığını tespit etme, bu konuda rapor düzenleme yetkisi yetkili servis istasyonlarına verilmiştir. Yetkili servis istasyonu mevcut değilse sırasıyla; malın satıcısı, ithalatçısı veya üreticisinden birisi tarafından mala ilişkin azami tamir süresi içinde, kullanım hatası olup olmadığı raporla tespit edilmeli ve bu raporun bir nüshasının da tüketiciye verilmesi zorunludur (GBY m. 11). Bu şekilde bir düzenleme, sorumlu olabilecek kişilerin kendileri hakkında rapor düzenlemelerine imkân tanıdığından ve bu da raporun doğruluğuna gölge düşürebileceğinden, durum tüketici aleyhine görünmektedir⁴⁷. Fakat bu sakıncayı giderip taraflar arasında bir denge kurabilmek adına, aynı maddenin son fıkrasında, tüketicinin, söz konusu raporla ilgili, bilirkişi tarafından tespit yapılabilmesi amacıyla, uyuşmazlığın parasal değerine göre, tüketici hakem heyetine veya tüketici mahkemesine başvurabileceği düzenlenmektedir (GBY m. 11/3).

Yedek Parça Stoku Bulundurma Yükümlülüğü

Yedek parça stoku bulundurma yükümlülüğü, servis istasyonlarının onarım ve bakım yükümlülükleriyle doğrudan ilişkili bir yükümlülüktür⁴⁸. Bu yükümlülük sayesinde, tüketicinin bakım-onarım talebinin karşılanması zamanında ve daha etkin olacaktır⁴⁹. Yedek parça stoku bulundurmaya ilgili 4077 sayılı Kanun döneminde çıkarılan Sanayi Mallarının Satış Sonrası Hizmetleri Hakkında Yönetmelik ile 6502 sayılı Kanuna dayanılarak çıkarılan Satış Sonrası Hizmetler Yönetmeliği farklılık içermektedir. Mülga Kanuna dayanılan Yönetmeliğin 12. maddesinde “*Tek servis ile hizmet verilebilecek mallara ait yedek parça stoku, imalatçı-üretici ve/ veya ithalatçının merkezinde veya servis istasyonunda tam olarak bulundurulmak zorundadırlar. Birden fazla yetkili servis istasyonu ile hizmet verilmesi zorunlu olan ürünleri imal veya ithal eden imalatçı- üretici ve/ veya ithalatçılar; söz konusu ürünlere ait yedek parçanın tamamını firma merkezlerinde veya belirleyecekleri bir serviste, diğer servis istasyonlarında ise Bakanlıkça belirlenen miktarda yedek parça stoku bulundurmak zorundadırlar*” (SMSHY m. 12). Yürürlükte olan SSHY'nin yedek parçayla ilgili düzenlemesi daha kısa olup bu parçaların nerede bulundurulmak zorunda olduğuna değinilmemiştir. Söz konusu madde olan SSHY m. 12'ye göre; üretici veya ithalatçılar, tüketicilerin talebi üzerine yedek parça satışından kaçınamayacaktır. Aynı maddenin ikinci fıkrasında ise, servis istasyonlarının, yedek parça fiyat listesini, tüketicilerin görebileceği bir yere asmaları veya katalog hâlinde ya da elektronik ortamda göstermeleri gerektiği düzenlenmiştir. Fiyat listesinin gösterilmesi gerekliliği her iki yönetmelikte de ortaktır fakat yedek parçaların nerede bulunması gerektiği yürürlükteki yönetmelikte belirtilmemiştir. Bunun bir eksiklik olup olmadığı düşünülürse, şu anki düzenlemeye bakıldığında, üretici veya ithalatçılara, tüketicilerin talebi olduğu sürece yedek parça satışı yapmak zorunluluğu şeklinde bir emredici düzenleme yapıldığı görülür. Bu açıdan bakıldığında, yedek parçanın nerede bulundurulması gerektiği düzenlenmemiş olsa bile, üretici/ ithalatçılara yüklenen yedek parça satış zorunluluğu, onların bu parçaları tüketicinin talepte bulunabileceği yerlerde bulundurma yükümlülüğünü de dolaylı olarak getirmiş bulunmaktadır. Ancak, günümüz şartlarındaki hızlı tedarik imkânları göz önüne

⁴⁶ Atabek, Reşat. “İmalatçının Üçüncü Kişilere Karşı Sorumluluğu”, *BATİDER*, C. 10, S. 1, Haziran 1979, s. 159-175, s. 162.

⁴⁷ Göçer, s. 241; Dokutan, s. 98; Üstün, Zübeyde Meltem, *Türk ve Avrupa Birliği Tüketici Hukukunda İmalatçının Hukuki Sorumluluğu*, <http://dspace.deu.edu.tr/xmlui/handle/12345/11566> (Et: 23.03.2018), s. 79; Türkmen, Ahmet. “Tüketici İşlemlerinde Ayıplı Mal ve Hizmetten Doğan Seçimlik Hakların Tabi Olduğu Zamanaşımı ve Bunun Garanti Taahhütleriyle İlişkisi”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 16, Özel Sayı 2014, s. 3389-3448, 2015, s. 3439.

⁴⁸ Esasen, yedek parça üretimi, üretici/ ithalatçı firmaların yaptığı bir işlemdir. Ürettiği malı piyasaya sürdükten sonra, o mala ilgili parçaları da tüketiciler açısından belli bir süre ulaşabilir tutması gerekir (SSYH m. 14/5). Yedek parça üretme zorunluluğu, üretici/ ithalatçı firmalar açısından bir zorunluluk olsa da, aynı zamanda onlar için önemli bir gelir kaynağı da oluşturmaktadır. Bkz., Uyumaz, s. 171.

⁴⁹ Dokutan, s. 98; Özdemir/ Sarı, s. 99.

alınırsa, üretici/ ithalatçıların, yedek parça stoklarını mutlaka servislerde bulundurması gerekmeyip, firma merkezinde de yedek parça stoku bulundurabilecekleri kabul edilmelidir⁵⁰.

Onarımın Mümkün Olmadığının Tespitiyle İlgili Yükümlülüğü

Ayıplı malın tamir edilmesi, diğer seçimlik haklardan farklı olarak, nitelik itibarıyla aynen ifadır⁵¹. Onarım bakımından yükümlü olanların bu borçlarını yerine getirebilmeleri için, her şeyden önce, ayıplı malın tamirinin tamamen veya kısmen objektif olarak mümkün olması gerekmektedir⁵². GBY m. 9/1-c'ye göre, yetkili servis istasyonu, satıcı, üretici veya ithalatçı tarafından, bir raporla malın tamirinin mümkün olmadığına tespit edilmesi hâlinde; tüketici diğer seçimlik hakları olan, bedel iadesi, ayıp oranında bedel indirimi veya imkân varsa malın ayıpsız misliyle değiştirilmesini satıcıdan talep edebilir. Satıcı, tüketicinin bu talebini reddedemez. Bu talep yerine getirilmezse, satıcı, üretici ve ithalatçının müteselsil sorumluluğu söz konusu olur.

Onarımın mümkün olmadığına tespiti, maldaki arıza ister ayıp sebebiyle isterse herhangi bir sebepten ileri gelsin, seçimlik hakların bir kez kullanılmasıyla tükenmesi gerektiği ilkesine önemli bir istisna teşkil etmektedir⁵³. Bu sayede tüketici, söz konusu tespit üzerine, onarıma alternatif olarak diğer seçimlik haklarına yönelebilecektir⁵⁴.

Ayıplı malın tamir edilmesinin kısmen mümkün olduğu hallerde ise, bu tespit objektif kriterlere göre yapılacak ve sonrasında ayıplı malın objektif olarak tamirinin kısmen de olsa mümkün olduğu anlaşılırsa, tüketicinin talebi üzerine onarım gerçekleştirilecektir. Kısmen onarım gerçekleşse bile, tüketicinin malın ayıplı olmasından kaynaklanan mağduriyeti giderilemeyebileceğinden, ayıptan doğan sorumluluğa bağlı diğer seçimlik hakların da tüketici tarafından kullanılabilmesi mümkün olmalıdır⁵⁵.

YETKİLİ SERVİS SÖZLEŞMESİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

Genel Olarak

Üretici veya ithalatçılar, satış sonrası hizmet sunmakla yükümlüdür ve bu yükümlülüklerini yerine getirebilmek için de yönetmelikte belirlenen mallarla ilgili, Bakanlık onaylı satış sonrası hizmetler yeterlilik belgesi almak zorundadırlar (TKHK m. 58/1 ve 2). Bu belgeyi aldıktan sonra ise, söz konusu satış sonrası hizmeti, üretici veya ithalatçıların kendileri yerine getirebileceği gibi (iç servis), bu hizmeti sunmaları için başka servislerle de anlaşabilirler (bağımlı servis istasyonu)⁵⁶. Bu hâlde, üretici veya ithalatçının satış sonrası hizmeti verirken servis istasyonlarıyla anlaşarak tüketicilere hizmet sunması, yetkili servisler aracılığıyla hareket etmesi, yetkili servis sözleşmesini gündeme getirir. Yetkili servis sözleşmesinin tanımı

⁵⁰ Uyumaz, s. 172, dn. 424.

⁵¹ Atamer, Yeşim M./ Baş, Ece. "Avrupa Birliği Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak 6502 Sayılı Yeni Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Uyarınca Satım Sözleşmesinde Ayıptan Doğan Sorumluluk", *İstanbul Barosu Dergisi*, C. 88, Özel Sayı, 2014, s. 19-61, s. 35. Seçimlik hakların niteliği ile ilgili bkz., Yavuz, Cevdet/ Acar, Faruk/ Özen, Burak. *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, Beta Yayınevi, İstanbul 2014, s. 148 vd.

⁵² Arbek, s. 176.

⁵³ Esasen, öğretideki bir görüşe göre, tüketicinin onarım seçimlik hakkını kullanması, aynen ifaya yönelik bir hak olarak nitelendirilmekte ve seçimlik hak olarak kabul edilmemektedir. Bkz., Atamer/ Baş, s. 35; aksi yönde bir görüş için bkz., Yavuz/ Acar/ Özen, Özel, s. 154. Ancak, Yargıtay'ın görüşü, onarım hakkının seçimlik bir hak olduğu yönündedir. Bkz., 13. HD., 14.5.2019, E. 2016/ 30596 K. 2019/ 6097 (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi). Onarım hakkı seçimlik hak olarak kabul edilmezse, onarımın mümkün olmadığı tespit edildikten sonra, tüketicinin diğer haklarına başvurabilmesinin teknik olarak açıklanması daha uygun olmaktadır.

⁵⁴ Dokutan, s. 99.

⁵⁵ Arbek, s. 178. Örneğin, tüketici, kısmen ayıplı olan malın onarımını talep ettikten ve mal onarıldıktan sonra, malın değer kaybı söz konusuysa bedelden indirim hakkını da kullanabilecektir.

⁵⁶ Aydoğdu, s. 78.

ne kanunda ne de yönetmelikte bulunmaktadır⁵⁷. Bu hâliyle yetkili servis sözleşmesi, bir isimli sözleşmedir. İsimli sözleşmeler, unsurları itibarıyla tamamen veya kısmen kanunda düzenlenmemiş ya da kanunun başka sözleşme tipleri için düzenlediği unsurların kanunun öngörmediği tarzda bir araya getirilmesiyle oluşan, dolayısıyla kanunda ayrıca düzenlenmeyen veya kanunda ismen bahsedilse bile (mesela ön sözleşme, şerh sözleşmesi vb.) esaslı unsurları gösterilmeyen sözleşmelerdir⁵⁸. İsimli sözleşmeler, bileşik sözleşme, karma sözleşme ve kendine özgü yapısı olan sözleşme olmak üzere üçe ayrılır. Bu ayrımlar, isimli sözleşmenin nasıl oluşturulduğu, esaslı unsurlarının neler olduğu ve kanunda düzenlenen sözleşmelerle ilişkisi olup olmadığı ve ilişkisi var ise nasıl olduğuna bakılarak sınıflandırmaya tabi tutulmaktadır. Bu nedenle, yetkili servis sözleşmesinin hukukî niteliğini belirlerken, onun kanunda düzenlenmiş diğer sözleşmelerle olan benzerlikleri ve farklılıklarından hareket edilerek bir sonuca gidilmeye çalışılacaktır.

Hukukî Niteliği

Hizmet Sözleşmesi Açısından

Hizmet sözleşmesi, TBK'nın 393. maddesinde düzenlenen, işçinin işverene bağımlı olarak belirli veya belirsiz süreyle iş görmeyi ve işverenin de ona zamana veya yapılan işe göre ücret ödemeyi üstlendiği sözleşmedir. İşçinin işverene karşı yerine getirdiği bu hizmet, kısmi süreli olarak fakat düzenli şekilde de görülebilir. Hizmet sözleşmesini oluşturan temel unsurlar; işçinin belirli veya belirsiz bir süre işverene bağımlı olarak bir hizmet görmesi veya görmeyi vaat etmesi, bu hizmetin görülmesinin bir ivaz (ücret) karşılığında olması ve tarafların anlaşması ya da anlaşma mevcut olmamasına rağmen bir karşılık ödenmesini gerektirecek hizmet ilişkisinin varlığıdır⁵⁹. Bir özel hukuk sözleşmesi olan hizmet sözleşmeleri, şekle bağlı olmadan yapılabilir. Hizmet sözleşmesi, tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olup işçinin kişiliğine bağlıdır.

⁵⁷ Uygulamada da bu isimle kullanılan yetkili servis sözleşmesiyle ilgili örnek kararlar için bkz.; 19. HD. 18.9.2019, E. 2019/2802 K. 2019/4398; 11. HD. 12.6.2013, E. 2012/13637 K. 2013/12248 (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi); 11. HD. 25.12.2017, E. 2016/5185 K. 2017/7563 (Kazancı İçtihat); 11. HD. 26.12.2017, E. 2016/5208 K. 2017/7595.

⁵⁸ Yavuz, Cevdet/ Acar, Faruk/ Özen, Burak. *Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler*, Beta Yayınevi, 13. Baskı, İstanbul 2014, s. 13; Feyzioğlu, Necmeddin F. *Borçlar Hukuku Hususî Kısım Akin Muhtelif Nevîleri*, C. 1, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul 1970, s. 33; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 56; Kuntalp, Erden. *Karışık Muhtevalı Akit*, 2. Baskı, Bankacılık Enstitüsü Yayınları, Ankara 2013, s. 3; Feyzioğlu, Necmeddin F. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C. 1, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul 1976, s. 371; Eren, Fikret. *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, Yetkin Yayınevi, 6. Baskı, Ankara 2018, s. 865; Eren, Fikret. "İsimli Sözleşmelere İlişkin Bazı Sorunlar", *Turgut Akıntürk'e Armağan*, Beta Yayınevi, 2008, s. 85-111, s. 86; Oğuzman, M. Kemal/ Öz, Turgut. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C. 1, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2018, s. 41; Aral, Fahrettin/ Ayrancı, Hasan. *Borçlar Hukuku (Özel Borç İlişkileri)*, 11. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara 2018, s. 53; Serozan, Rona/ Baysal, Başak/ Sanlı, Kerem Cem. *Borçlar Hukuku Özel Bölüm*, 4. Baskı, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019, s. 70; Kılıçoğlu, Özel, s.18; Zevkliler, Aydın/ Gökyayla, Emre. *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 18. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2018, s. 10; Oktay, Saibe. "İsimli Sözleşmelerin Geçerliliği, Yorumu ve Boşlukların Tamamlanması", *İÜHF.M.*, C. 55, S. 1-2, 1996, s. 263-296, s. 264; Kuntalp, Erden. *Karışık Muhtevalı Akit*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1971, s. 9; Hatemi, Hüseyin/ Serozan, Rona/ Arpacı, Abdülkadir. *Borçlar Hukuku Özel Bölüm*, Filiz Kitabevi, İstanbul 1992, s. 35; Aydoğdu, Murat/ Kahveci, Nalan. *Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 4. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2019, s. 22; Aktürk Yücer, İpek. *İsimli Sözleşme Genel Teorisi ve Uzaktan Öğretim Sözleşmesi*, Yetkin Yayınları, Ankara 2016, s. 29. İsimli sözleşme kavramı ilk kez 12. yüzyılda Roma döneminde Justinianus hukukunda görülmüş ve anlam itibarıyla kullanılmaya başlanmıştır. Bkz., Oktay, s. 266.

⁵⁹ Yavuz/ Acar/ Özen, s. 475; Eren, Özel, s. 534; Zevkliler/ Gökyayla, s. 452; Yavuz/ Acar/ Özen, Özel, s. 873 vd.; Hatemi/ Serozan/ Arpacı, s. 305 vd.; Kılıçoğlu, Ahmet M. *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, Turhan Kitabevi, Ankara 2019, s. 387 vd.

Yetkili servis sözleşmeleri de hizmet sözleşmesi gibi bir iş görme sözleşmesidir. Yetkili servisin göreceği iş, bir malın bakımı, onarımı, montajını, sözleşmede öngörülen şekilde yapmaktır⁶⁰. Her iki sözleşme de belli bir süreçte gerçekleştiği için sürekli sözleşmelerdendir⁶¹. Üretici veya ithalatçının, satış sonrasında müşterilere hizmet sunmak zorunda olmaları, yetkili servis sözleşmelerinin sürekliliğini gerekli kılar. Hizmet sözleşmesiyle yetkili servis sözleşmesini kıyaslarken dikkate alınacak bir diğer husus, hizmeti gören ile işveren arasındaki bağımlılık ilişkisi noktasıdır. Hizmet sözleşmelerinde yukarıda da belirtildiği gibi, işçi, hizmet borcunu ifa ederken işverene bağımlı olup onun talimatlarıyla hareket etmektedir ve bu durum hizmet sözleşmesini, diğer iş görme borcu doğuran sözleşmelerden ayıran önemli bir özelliktir⁶². Bu hususta, yetkili servis sözleşmesi ile hizmet sözleşmesi arasındaki fark belirginleşmektedir. Yetkili servis sözleşmesinin tarafı olup iş görme borcunu ifa edecek olan servis istasyonları, alanında uzman elemanlardan oluşup teknik bilgiye sahip olan yerleri ifade etmektedir. Yargıtay da kararlarında⁶³ “...*Bu istasyonlar satılan araçların teknik özellikleri itibariyle arıza ve ayıbı doğru ve tam teşhis edebilecek, en kısa sürede ve tam anlamıyla giderebilecek elemanlar bulundurmaları zorundadır*” şeklinde bir ifadeyle servis istasyonlarında uzman, teknik bilgiye sahip eleman bulundurulması gerekliliğini belirtmiştir. Bu teknik bilgiye sahip olmanın, üretici veya ithalatçı karşısında, servis istasyonlarına talimat verme konusunda bir kısıtlama yarattığı ifade edilebilir. Üretici veya ithalatçılar, servis istasyonlarına ancak aralarındaki yetkili servis sözleşmesine uygun davranmaları gerektiği konusunda bir uyarı ve talimatta bulunabilir ve bu talimatın sınırı da yetkili servisin, iş görme borcunu yerine getirebilmesi için kullanması gereken teknik bilgisini kullanmasına engel olunmamasıdır⁶⁴.

Hizmet sözleşmesinin esaslı unsurlarından biri olan ücret konusunda bir karşılaştırma yapılacak olursa durum, garanti süresi içinde ve dışında olmak üzere ikiye ayrılarak incelenmelidir. Garanti kapsamında olan ürünlerde garanti süresi⁶⁵ dolmamışsa, ürünle ilgili arızalarda, garanti veren ücretsiz onarım hizmeti sunmak durumundadır⁶⁶. Bu sebeple servis istasyonları da yaptıkları bakım-onarım hizmeti karşılığında tüketiciden herhangi bir ücret talep edemeyeceklerdir. Ancak servis istasyonları, işçilik masrafının karşılığı olarak, yetkili servis sözleşmesi kapsamında üretici veya ithalatçıdan ücret talebinde bulunabilecektir. Bu şekilde bir ücret ödemesinin varlığı yetkili servis sözleşmesini hizmet sözleşmesine yaklaştırır da, salt bir hizmetin karşılığında ücret ödeme borcunun olması, hizmet sözleşmesi nitelendirmesi için yeterli olmayacaktır. Garanti kapsamı dışındaki ürünlerde, tüketici elindeki ürünü haricen tamir ettireceğinden yetkili servis istasyonuna bir ücret ödeme borcu doğar. Burada üretici/ithalatçının herhangi bir sorumluluğu söz konusu olmayıp, tüketici ve yetkili servis istasyonu arasındaki ilişki ön planda olduğundan, üretici/ithalatçı ile servis istasyonu arasında hizmet ilişkisinin varlığından söz edilemez⁶⁷.

Eser Sözleşmesi Açısından

Eser sözleşmesi, yüklenicinin bir eser meydana getirip iş sahibine teslim etmeyi üstlendiği, iş sahibinin de bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiği sözleşmedir⁶⁸ (TBK m. 470). Bu

⁶⁰ Dokutan, s. 103.

⁶¹ Yetkili servis sözleşmesinin sürekli edimli bir sözleşme olduğu yönünde bkz., Uyumaz, s. 28.

⁶² Yavuz/ Acar/ Özen, s. 475; Kılıçoğlu, Özel, s. 387; Hatemi/ Serozan/ Arpacı, s. 305; Eren, Özel, s. 535.

⁶³ HGK. 5.10.2005, E. 2005/487 K. 2005/553 (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi); HGK. 25.02.2004, E. 2004/4-84 K. 2004/99, (Sinerji İçtihat Programı).

⁶⁴ Dokutan, s. 104.

⁶⁵ Garanti Belgesi Yönetmeliği m. 6/1'ye göre; “Garanti süresi; malın tüketiciye teslim tarihinden itibaren başlar ve asgari iki yıl veya bu Yönetmeliğe ekli listedeki ölçü birimi ile tespit edilen değer kadardır.”

⁶⁶ Göçer, s. 109.

⁶⁷ Göçer, s. 71; Dokutan, s. 105.

⁶⁸ Eren, Özel, s. 583; Yavuz/ Acar/ Özen, s. 537; Zevkliler/ Gökyayla, s. 489; Säcker, Franz Jürgen/ Rixecker, Roland/ Oetker, Hartmut/ Limperg, Bettina. *Münchener Kommentar zum BGB*, 8. Auflage, Verlag C.H.

sözleşmenin esaslı unsurları, bir eseri meydana getirme, bedel ödeme ve anlaşmadır. Eser meydana getirme karşılığında bedel ödenmesi öngörülmezse ya bir vekâlet sözleşmesi ya da isimsiz bir işgörmeye sözleşmesinin varlığından bahsedilebilir⁶⁹. “*Meydana getirme*” kavramından anlaşılması gereken ise sadece var olmayan, yeni bir şey ortaya koymayı değil, kavramı geniş yorumlayarak var olan bir şeyi değiştirme, onarma ve hatta yok etme de bu kapsamda değerlendirilmelidir⁷⁰. Bir malın onarımı da eser sözleşmesinin konusu kapsamında olabileceğinden, yetkili servis sözleşmesiyle eser sözleşmesi, aralarında benzerlik gösterir⁷¹.

Eser sözleşmeleri, bir eser meydana getirmeye yönelik olduğundan edimin ifası belli bir zaman alır. Bu durum, edimin sürekli borç ilişkisi doğuran bir ifa türü olduğu izlenimini uyandırır da sözleşmenin yapılmasıyla eserin tamamlanması arasında ne kadar uzun süre olursa olsun, yine de ani edimli bir sözleşmedir ve ifa tek seferde yerine getirilmekle tamamlanır⁷². Yetkili servis sözleşmesi ise, üretici/ithalatçı ve servis istasyonları arasında belli bir zaman sürecek olan ilişkiyi kapsadığından ve bu süre içerisinde servis istasyonlarının bakım-onarım yükümlülüklerinin bulunmasından dolayı sürekli nitelikte bir sözleşme olup bu yönüyle eser sözleşmesinden ayrılmaktadır⁷³.

Yetkili servis sözleşmesini eser sözleşmesiyle karşılaştırırken incelenmesi gereken bir diğer husus, ücret konusudur. Bir eser meydana getirme karşılığında ödenmesi gereken ücret, eser sözleşmesinin asli unsurlarından biridir⁷⁴. Yetkili servis sözleşmelerinde ücret ödenmesi gereken durumlar incelenirken ikili bir ayırım yapılmalı ve bakım-onarımın garanti süresi içinde mi dışında mı olduğuna bakılmalıdır. Garanti süresi içinde, servis istasyonlarının yaptıkları bakım ve onarımların masrafları tüketiciden karşılanamayacak olup, üretici/ithalatçıdan, yetkili servis sözleşmesi uyarınca talep edilebilecektir. Bu hâlde, onarımın ücret karşılığı yapılmış olması yetkili servis sözleşmesini eser sözleşmesine yaklaştırmaktadır. Fakat sözleşme konusu olan bakım-onarımın eser sözleşmesindeki gibi ani edimli sözleşme olmayıp sürekli nitelik taşıyan bir sözleşme olması farkı ortaya koymaktadır. Garanti süresi kapsamı dışında kalan bakım-onarımlarda ise, tüketici doğrudan servis istasyonlarına müracaat edip onlarla sözleşmesel bir ilişkiye girdiğinden, masrafların karşılanması borcu da tüketicieye ait olacaktır ve üretici/ithalatçının bu konuda bir borcu olmayacaktır.

Tüketici ve yetkili servis istasyonları arasındaki ilişki, servis istasyonuna garanti belgesi kapsamında başvurulmamışsa, eser sözleşmesidir⁷⁵. Yargıtay da bir kararında⁷⁶: “*Taraflar arasındaki uyumsuzluk istisna (eser) sözleşmesinden kaynaklanmakta olup davada, davacının aracına servis hizmeti veren davalının ayıplı yedek parça ve hizmeti nedeniyle oluşan zararın tahsili istenmiş...*” şeklinde belirleme yapmış ve diğer kararlarında da servis istasyonlarına getirilen ürünlerin tamiriyle ilgili işlemlerin, eser sözleşmesi

Beck, München 2020, BGB § 631, Rn. 1; Gümüş, Mustafa Alper. *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, C. 2, 3. Baskı, Vedat Yayıncılık, İstanbul 2014, s. 1; Selimoğlu, Yaşar Engin. *Eser Sözleşmesi*, 4. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2017, s. 15.

⁶⁹ Eren, Özel, s. 595; Yavuz/ Acar/ Özen, Özel, s. 994; Kılıçoğlu, Özel, s. 450.

⁷⁰ Eren, Özel, s. 594; Yavuz/ Acar/ Özen, s. 539; Hatemi/ Serozan/ Arpacı, s. 348; Zevkliler/ Gökyayla, s. 495.

⁷¹ Dokutan, s. 106; Kılıçoğlu, Özel, s. 446.

⁷² Säcker/ Roland/ Oetker/ Limperg, BGB § 631, Rn. 1. Bu konuda doktrinde ve uygulamada savunulan görüşler için bkz.; Gümüş, s. 2.

⁷³ Dokutan, s. 106.

⁷⁴ Tandoğan, Haluk. *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, C. 2, 5. Tıpkıbasım, Vedat Yayıncılık, İstanbul 2010, (Borçlar), s. 24; Säcker/ Roland/ Oetker/ Limperg, BGB § 632, Rn. 3; Kılıçoğlu, Özel, s. 446; Aral/ Ayrancı, s. 366.

⁷⁵ Burada, servis istasyonu, onarım faaliyeti için tüketiciden ücret talep edebilmektedir. Bkz., Göçer, s. 237.

⁷⁶ 15. HD. 25.01.2005, E. 2004/3516 K. 2005/230 (Kazancı İçtihat Programı). Aynı yöndeki kararlar için bkz., 20. HD. 10.9.2018, E. 2018/3868 K. 2018/5467; 3. HD. 2.11.2015, E. 2014/21196 K. 2015/17002 (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi).

kapsamında olduğunu kabul etmiştir⁷⁷. Garanti süresi dışında yapılan onarımlarda, üretici/ ithalatçı ve servis istasyonu arasında yapılan işin karşılığı olarak bir ücret ödenmesi söz konusu olmadığından, bir eser sözleşmesinin varlığından da bahsedilemeyecektir⁷⁸.

Vekâlet Sözleşmesi Açısından

Türk Borçlar Kanunu'nun 502. maddesine göre; “*Vekâlet sözleşmesi, vekilin Vekâlet verenin bir işini görmeyi veya işlemi yapmayı üstlendiği sözleşmedir*”. Vekil, vekâlet verene karşı belirli bir işi görmeyi borçlanırken bunu vekâlet verenin menfaat ve iradesine uygun olarak yapmak zorundadır⁷⁹. Kanundaki tanımın vekâlet sözleşmesinin unsurlarını ve kapsamını tam olarak ifade etmemesinden dolayı, doktrindeki vekâlet sözleşmesi ile ilgili farklı tanımlar yapılmıştır. Bir tanıma göre, “*Vekâlet sözleşmesi öyle bir sözleşmedir ki, vekil, vekâlet veren ile arasındaki özel güven ilişkisine dayalı şekilde, vekâlet verenin menfaat ve hesabına olarak ve nispeten yersel, zamansal veya maddi bağımsızlık içerisinde bir iş veya hizmeti, ücretsiz veya sözleşmede kararlaştırılmış ya da teamül varsa ücretli olarak görmeyi borçlanır*”⁸⁰. Bir diğer tanımda ise; “*Vekâlet sözleşmesi, vekilin sözleşme ile belirlenen işi görmeyi veya işlemi yapmayı borçlandığı ve vekilin yerine getireceği edimin kanun hükümleriyle düzenlenen akitlerden herhangi birinin konusuna girmediği, buna karşılık ancak sözleşme veya teamül olan durumlarda vekilin ücrete hak kazandığı bir sözleşmedir*”⁸¹. Tanımlardan anlaşıldığı üzere vekâlet sözleşmesi, her şeyden önce bir iş görme sözleşmesidir. Vekâlet sözleşmesi için, kanunda belirtildiği gibi, niteliklerine uygun düştüğü ölçüde, kanunda düzenlenmemiş (isimsiz) sözleşmelere de uygulandığından bir tür şemsiye ya da torba işgörme sözleşmesi olarak kabul edilebilir⁸².

Yetkili servis sözleşmesi, konusu itibarıyla bir işgörme sözleşmesidir ve bu açıdan, vekâlet sözleşmesiyle benzerlik göstermektedir. Vekâlet sözleşmesinde ücret zorunlu bir unsur olmadığından, ücret ödenmesi kararlaştırılmadığı müddetçe eksik iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir. Fakat uygulamada özellikle bankalar ve serbest meslek faaliyetleri yönünden, vekâlet sözleşmelerinde ücret çoğunlukla kararlaştırıldığından sözleşmede bir karşılıklılık (synallagma) ilişkisi meydana gelmekte ve artık ivazlı vekâlet kuralı, ivazsız vekâlet ise istisna haline gelmiş bulunmaktadır⁸³.

Vekâlet sözleşmesinin doğurduğu borç ilişkisinin sürekli mi ani edimli mi olduğu doktrinde tartışmalıdır. Hâkim görüşe göre, her somut olay açısından durum ayrıca değerlendirilmeli ve yüklenilen iş veya hizmetin türüne göre sürekli edimli veya ani edimli bir sözleşme olduğu tespit edilmelidir⁸⁴. Edimin net bir şekilde sürekli veya ani olduğunun belirlenmesi yapılamadığında ve edim sürekli olmamakla birlikte uzunca bir süre devam ediyorsa, sürekli sözleşme benzeri bir sözleşme olarak nitelenebilecektir⁸⁵. Burada önemli olan, vekilin yaptığı işin bir kerede mi yoksa zaman içerisinde mi ifa edildiğinin belirlenmesidir⁸⁶. Yetkili servis sözleşmeleri ise süreklilik arz eden sözleşmelerden olduğundan, ani edimli sözleşme olarak

⁷⁷ 15. HD. 20.12.2017, E. 2016/3634 K. 2017/4507 (Kazancı İçtihat Programı).

⁷⁸ Dokutan, s. 107.

⁷⁹ Eren, Özel, s. 705; Yavuz/Acar/Özen, s. 631; Zevkliler/ Gökyayla, s. 632; Gümüş, s. 121.

⁸⁰ Gümüş, s. 122; Gümüş, M. Alper. *Türk-İsviçre Borçlar Hukukunda Vekilin Özen Borcu*, Beta Yayınevi, İstanbul 2001, s. 11-12.

⁸¹ Yavuz/ Acar/ Özen, s. 632.

⁸² Eren, Özel, s. 706.

⁸³ Eren, Özel, s. 707. Yavuz/ Acar/ Özen, s. 637; Gümüş, s. 129-130; Zevkliler/ Gökyayla, s. 604; Başpınar, s. 78 vd.; Tandoğan, C. 2, s. 365; Başpınar, Veysel. “Avukatlık Sözleşmesi ve Ücreti Hakkında Bazı Düşünceler”, *Ankara Barosu Hukuk Kurultayı*, C. 3, 2004, s. 463-478, s. 465; Akıncı, Şahin. *Vekâlet Sözleşmesinin Sona Ermesi*, Sayram Yayınları, Konya 2004, s. 9; Emiroğlu, Haluk. “Roma Hukuku’nda Vekâlet Sözleşmesi (Mandatum) ve Hukuki İşlemlerde Temsil”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 52, S. 1, 2003, s. 101-111, s. 105.

⁸⁴ Gümüş, s. 123; Gümüş, Özen, s. 22.

⁸⁵ Eren, Özel, s. 708.

⁸⁶ Zevkliler/Gökyayla, s. 635.

kabul edilemez⁸⁷. Ancak tüketici ile yetkili servis sözleşmesi arasındaki ilişkide, ani edimli bir sözleşmenin söz konusu olduğu kabul edilebilir.

Vekâlet sözleşmesinin unsurlarına değinilecek olursa bunlar; bir iş veya hizmetin görülmesi, işgören vekilin bağımsızlığı, işgörmenin başkasının menfaati ve iradesine uygun yapılması, işgörmeye zaman kaydına bağlı olunmaması, işgörme sonucunda vekilin başarılı bir sonuç elde edilememesi tehlikesini taşıyamaması ve tarafların anlaşmasıdır. Ücret ise kural olarak vekâlet sözleşmesinde zorunlu bir unsur olmayıp, ancak sözleşmede kararlaştırılmışsa veya teamül varsa gündeme gelecektir⁸⁸. Yetkili servis sözleşmesinde ücret, garanti kapsamında kalan ürünlerin bakım-onarımlarında, üretici/ ithalatçı tarafından karşılandığı için sözleşmenin temel unsurlarından biri denilebilir. Diğer unsurlar açısından bir değerlendirme yapmak gerekirse, işgörmenin ve vekilin bağımsızlığı hususlarının hem vekâlet hem yetkili servis sözleşmesinde benzeşmekte olduğu görülür. Fakat vekâlet sözleşmesindeki bağımsızlık daha nisbi bir görünüm arz etmekte olup, vekâlet verenin talimat ve iradesine uygun hareket etme yükümlülüğü bulunmaktadır. Yetkili servis sözleşmesinde, servis istasyonu görevi gereği uzmanlık gerektiren teknik bilgiye sahip olduğundan nisbi bağımsızlığı daha geniş kabul edilecektir. Ancak, üretici/ ithalatçının servise gelen işleri denetleme ve servisin hizmeti yerine getirmesi ile ilgili talimat verme yetkisi devam edecektir.

Yetkili servis sözleşmesi ile vekâlet sözleşmesini birbirine yaklaştıran bir diğer husus, vekâlet sözleşmesinin bazı türlerinde kendini gösteren zaman kaydına bağlı olmama veya süreklilik hususudur. Bilindiği üzere, yetkili servis istasyonlarının üretici/ ithalatçıyla anlaşmaları genelde uzun bir zaman dilimini kapsar ve süreklilik arz eder.

Öğretideki bir görüşe göre, vekâlet sözleşmesiyle sağlanan önemli imkânlardan biri olan her zaman fesih hakkı (TBK.m.512), yetkili servis sözleşmesine uygulanamayacağından, bu sözleşme vekâlet sözleşmesi olarak kabul edilemez⁸⁹. Türk ve İsviçre doktrinde hâkim görüşe göre, güven ilişkisinin sonucunda, haklı bir sebep göstermek zorunda kalmaksızın sözleşme taraflarınca kullanılabilen “*her zaman fesih hakkı*”, vekâlet sözleşmesinin emredici nitelikte bir unsudur⁹⁰. Bu hakkın tanınmasının sebebi, vekâlet veren ile vekilin arasındaki yoğun güven ilişkisidir. Yetkili servis sözleşmesinde ise, tipik vekâlet sözleşmeleri olan avukatlık, hekimlik, mimarlık sözleşmelerinde olduğu gibi kişisel ve yoğun bir güven ilişkisi bulunmamaktadır. Ancak, bu durum, her zaman fesih hakkının yetkili servis sözleşmesine uygulanamayacağına veya bu sözleşmenin vekâlet sözleşmesine yakın bir sözleşme olmasına engel değildir. Zira, yetkili servis sözleşmesi, isimsiz bir işgörme sözleşmesidir. Böylece, TBK m.502/2 atfı gereğince, vekâlet sözleşmesine ilişkin hükümler, yetkili servis sözleşmesinin niteliğine uygun düştüğü ölçüde, bu sözleşmeye de uygulanacaktır⁹¹. Dolayısıyla, yetkili servis sözleşmeleri için de TBK m.512’de düzenlenen her zaman fesih hakkı mümkün olacak ancak, tipik vekâlet sözleşmelerinden farklı olarak, bu düzenlemenin aksi, üretici/ ithalatçı ve yetkili servis arasındaki sözleşmede kararlaştırılabilecektir⁹².

Tam Üçüncü Kişi Yararına Sözleşme Açısından

Bir sözleşmede taraflar, edimlerden biri veya bazılarının, alacaklı yerine, sözleşmeye taraf olmayan bir üçüncü kişiye ödenmesini kararlaştırmışlarsa, bu hâlde üçüncü kişi yararına sözleşmeden bahsedilir

⁸⁷ Dokutan, s. 108.

⁸⁸ Yavuz/ Acar/ Özen, s. 637 vd.; Gümüş, s. 124 vd.; Zevkliler/ Gökyayla, s. 638 vd.; Eren, Özel, s. 708 vd. Alman hukukunda vekâletin ücretli yapılamayacağına ilişkin olarak bkz., Säcker/ Roland/ Oetker/ Limperg, BGB § 662, Rn. 1-3.

⁸⁹ Dokutan, s. 108.

⁹⁰ Gümüş, s. 129; Kılıçoğlu, Özel, s. 548.

⁹¹ Uyumaz, s. 26.

⁹² Uyumaz, s. 366.

(TBK m. 129)⁹³. Üçüncü kişi yararına sözleşme, sözleşmelerin sadece taraflar arasında hüküm ve sonuç doğurmasını ifade eden nisbilik ilkesinin istisnalarından birini teşkil eder. Çünkü bu sözleşmeyle üçüncü kişinin hukuk alanına bir etkide bulunmaktadır⁹⁴. Her ne kadar üçüncü kişinin hukuk alanı, sözleşmeyi yapan taraflarca bir etkiye maruz kalsa da bu durum üçüncü kişiyi o sözleşmenin bir tarafı haline getirmez, üçüncü kişi yararına sözleşmenin önemli olan yanı da budur. Üçüncü kişi yararına sözleşmeyi yapanlar; üçüncü kişi lehine hüküm koydurtan vaat ettiren ve ifayı üçüncü kişiye yapmayı üstlenen vaat edendir. Kendisi yararına işlem yapılan üçüncü kişi ise lehtardır (yararına işlem yapılan). Bu üçlü ilişki temsile benzemekle birlikte, vaat ettirenin sözleşmeyi kendi adına yaptırması sebebiyle üçüncü kişinin temsilcisi olmadığı söylenebilir. Üçüncü kişi de ifayı kendi adına elde edip vaat ettirenin temsilcisi konumunda olmadığından temsil ilişkisinin söz konusu olmadığı ifade edilebilir⁹⁵.

TBK m. 129’da tanımlanan üçüncü kişi yararına sözleşmenin, temel olarak eksik üçüncü kişi yararına sözleşmeye ait olduğu görülmektedir. Tam ve eksik üçüncü kişi yararına sözleşme ayrımı, üçüncü kişinin ifayı talep etme yetkisine sahip olup olmamasına göre yapılır. Eğer üçüncü kişi, sadece ifayı kabul yetkisine sahipse (eski ifadeyle, edayı kabzetme yetkisi) eksik üçüncü kişi yararına sözleşme söz konusudur. Bu hâlde, borcun ifa edilmemesi durumunda, üçüncü kişinin herhangi bir hukukî yola başvurma imkânı olmayıp ancak sözleşmenin tarafı olan vaat ettiren, edimin üçüncü kişiye ifasını vaat edenden talep edebilir. Tam üçüncü kişi yararına sözleşmede ise, üçüncü kişinin, ifanın kendisine yapılması hususunda bir takım hakları vardır ve talepte bulunma yetkisini de haizdir. Bu sebeple tam üçüncü kişi yararına sözleşmelere “*üçüncü kişi yararına hak veren sözleşme*” de denilmektedir⁹⁶.

Üçüncü kişi yararına sözleşmeler, TBK’nın özel hükümler bölümünde düzenlenen sözleşme tipleri gibi, bağımsız bir sözleşme türü oluşturmaz. Bu sayede üçüncü kişi yararına sözleşme, kanunda düzenlenmiş olan sözleşmeler veya atipik, bileşik ve karma sözleşmeler gibi isimsiz sözleşmelerle de beraber kullanılabilir⁹⁷.

Yetkili servis sözleşmesinde, sözleşmenin tarafları üretici/ ithalatçı ve servis istasyonu olmakla birlikte, servis istasyonundan bakım ve onarım için talepte bulunan tüketicilerdir. Tüketiciler, servis istasyonu aralarında bir sözleşme olmadan talepte bulunabildiklerinden, yetkili servis sözleşmesi, üçüncü kişi yararına sözleşmedir. Yetkili servis sözleşmesi, üçüncü kişi olan tüketiciye, satış sonrası

⁹³ Eren, Genel, s. 1141; Huguenin, Claire. *Obligationenrecht-Allgemeiner und Besonderer Teil, Schulthess Verlag, Zürich 2012, N. 1119*; Bucher, Eugen. *Schweizerisches Obligationenrecht, 2., neubearbeitete und erweiterte Auflage, Schulthess Verlag, Zürich 1988, s. 473*; Becker, H. *İsviçre Medenî Kanunu Şerhi VI. Cilt Borçlar Kanunu, IV. Fasikül, Ankara Yarı Açık Cezaevi Matbaası, Ankara 1972 (Çev: Saim Özkök), s. 49*; Hatemi/ Gökyayla, s. 293; von Tuhr, Andreas. *Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, C. 1-2, Yargıtay Yayınları, Ankara 1983 (Çev: Cevat Edege), s. 715*; Oğuzman, M. Kemal/ Öz, M. Turgut. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 2, 12. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2016, s 437*; Akıncı, s. 260; Kılıçoğlu, s. 745; Krüger/ Gottwald. *Münchener Kommentar zum BGB, Band 3, 8. Auflage, Verlag C.H. Beck, München 2019, BGB § 328 Rn. 1.*

⁹⁴ Hatemi/ Gökyayla, s. 294; Oğuzman/ Öz, C. 2, s. 440; Eren, Genel, s. 1141. Üçüncü kişi yararına sözleşmenin niteliği ile ilgili teoriler için bkz., Becker, s. 49.

⁹⁵ Huguenin, N. 1129; Eren, Genel, s. 1142; Oğuzman/ Öz, s. 437; Hatemi/ Gökyayla, s. 293; von Tuhr, s. 718.

⁹⁶ von Tuhr, s. 716 vd.; Huguenin, N. 1137; Eren, Genel, s. 1146; Hatemi/ Gökyayla, s. 294; Oğuzman/ Öz, s. 439 vd.; Akıncı, s. 262. Ayrıca üçüncü kişi yararına sözleşmeyi tam ve eksik olarak ayırmanın yanı sıra, doktrinde kimi zaman isimlendirme farklı yapılarak “*gerçek*” ve “*gerçek olmayan üçüncü kişi yararına sözleşme*” şeklinde de ifade edilebilmektedir. Bkz., Huguenin, N. 1133, 1137; Hatemi/ Gökyayla, s. 294. Üçüncü kişi yararına sözleşmenin eksik mi tam mı olduğunun tespiti, her şeyden önce taraf iradelerine bakılarak belirlenir. Tarafların iradesinin tespiti için yorum yoluna da başvurulabilir. Eğer taraf iradeleri, yorum yoluyla da anlaşılamiyorsa veya bu konuda boşluk varsa, örf ve âdete bakılarak bir sonuca varmaya çalışılır. TBK m. 129/2’de bu iki kıstası belirtse de, tam üçüncü kişi yararına sözleşmelerin doğrudan kanuna dayandığı hâllerin (TTK m. 1478, TBK m. 130, TTK m. 1454 vs.) de dikkate alınması gerekmektedir. Bkz., Oğuzman/ Öz, s. 441 vd.; Eren, Genel, s. 1146; Hatemi/ Gökyayla, s. 294; Akıncı, s. 262.

⁹⁷ Oğuzman/ Öz, s. 445-446. Krüger/ Gottwald, BGB § 328 Rn. 4.

hizmetler için talep hakkı verdiği için tam üçüncü kişi yararına (gerçek üçüncü kişi yararına) sözleşme kapsamına girer⁹⁸. Bunun sonucu olarak, tüketici, üretici/ ithalatçının sahip olduğu, servis istasyonundan servis hizmetini yerine getirmesini talep etme hakkına sahip olur. Tüketici, servis istasyonundan hizmet talep etse dahi, yetkili servis sözleşmesinin tarafı hâline gelmez. Vaat ettiren konumunda bulunan üretici/ ithalatçı ise, tüketicinin servis istasyonundan ifa talebinde bulunmasından sonra, bu hak üzerinde tasarruf edemez.

Yetkili servis sözleşmesi, üçüncü kişi yararına bir sözleşme olduğundan ve tüketici, bu sözleşmenin bir tarafı olmadığından, servis istasyonunun ayıplı ifası veya hizmeti sebebiyle tüketicinin, yetkili servis sözleşmesinden dönme imkânı olmayacaktır. Servis istasyonunun ayıplı hizmet sunması nedeniyle doğacak sorumlulukta, SSHY m.14'e göre üretici/ ithalatçı ve servis istasyonları müteselsilen sorumlu olurlar.

TBK m. 66 Açısından İnceleme

TBK m. 66'da düzenlenen “*adam çalıştırmanın sorumluluğu*”, kusursuz sorumluluk hâllerinden özen sorumluluğu kapsamında bir sorumluluk türü olup, kurtuluş kanıtı getirilebilen bir sorumluluktur. Kanundaki tanımına göre: “*Adam çalıştıran, çalışanın, kendisine verilen işin yapılması sırasında başkalarına verdiği zararı gidermekle yükümlüdür*” şeklinde düzenlenmiştir (TBK m. 66). Bu sorumluluk türünün düzenlenmesi sayesinde adam çalıştıranlar, çalıştıracakları kişileri seçerken, onlara talimat verirken, işleri gördürürken daha dikkatli ve özenli davranacaklar ve buna bağlı olarak herhangi bir zarar meydana gelme ihtimali azalacaktır. Kusursuz bir sorumluluk türü olarak adam çalıştıranın sorumluluğunun düzenlenmiş olması, esasında adalet ve hakkaniyet düşüncelerine dayanır. Bu sorumlulukta, adam çalıştıranın kişisel durumu değil objektif olarak bir yükümlülük söz konusudur⁹⁹

Adam çalıştıranın sorumluluğu için gereken şartlar, kusur hariç olmak üzere haksız fiilin genel şartları olan; fiil, hukuka aykırılık, zarar, illiyet bağıdır. Bu sorumluluk türüne özel olarak aranan şartlar ise; çalışanla çalıştıran arasında bir çalıştırma (bağımlılık) ilişkisi bulunması; zararın, çalışanın işi gördüğü sırada hukuka aykırı bir davranışıyla meydana gelmiş olması ve adam çalıştıranın kurtuluş kanıtı getirememiş olmasıdır¹⁰⁰.

TBK m. 66 bağlamında bir adam çalıştıranın söz konusu olabilmesi için, çalışan ile çalıştıran arasında bir hizmet sözleşmesinin bulunması zorunlu değildir. Hatta aralarında herhangi bir sözleşmenin varlığına da gerek yoktur. Burada önemli olan, çalışanın, adam çalıştıranın emir ve talimatıyla sıkı sıkıya bağlı olmasıdır¹⁰¹. Bu bağımlılığın en önemli unsuru ise, çalışanın hizmetinin, adam çalıştıranın amaç ve menfaatine yönelik olmasıdır¹⁰². Yetkili servis sözleşmesinin tarafları arasındaki bağımlılık ilişkisini incelerken ikili bir ayırım yapmak gerekir. Üretici/ ithalatçılar, satış sonrası hizmetleri sağlarken kendileri bir servis istasyonu kurabileceği gibi (iç servis), kurulmuş bulunan servis istasyonlarına yetki vermek suretiyle de bu hizmeti sağlayabilir (bağımlı servis istasyonu/ anlaşmalı özel servis)¹⁰³. İç servisler,

⁹⁸ Dokutan, s. 109.

⁹⁹ von Tuhr, s. 392 vd.; Oğuzman/Öz, s. 140-141; Eren, Genel, s. 618 vd.; Kılıçoğlu, s. 424-425; Hatemi/ Gökyayla, s. 151; Akıncı, s. 157; Tandoğan, Haluk. *Türk Mesuliyet Hukuku (Akit Dışı ve Akdi Mesuliyet)*, Vedat Kitapçılık, Ankara 1961, (Mesuliyet), s. 106 vd.

¹⁰⁰ Kılıçoğlu, s. 425 vd.; Eren, Genel, s. 621 vd.; Tandoğan, Mesuliyet, s. 109 vd.; Oğuzman/ Öz, s. 145 vd.; Akıncı, s. 157; Säcker, Franz Jürgen/ Rixecker, Roland/ Oetker, Hartmut. *Münchener Kommentar zum BGB*, 7. Auflage, Verlag C.H. Beck, München 2017, Rn. 14 ff.

¹⁰¹ Kılıçoğlu, s. 425; Eren, Genel, s. 622; Tunçomağ, Kenan. *Türk Borçlar Hukuku, Genel Hükümler*, C. 1, Sermet Matbaası, İstanbul 1968, s. 309. Yargıtay da yeni tarihli bir kararında adam çalıştırma ilişkisi ile ilgili; “... *Adam çalıştırma ilişkisi için çalıştırılanın, çalıştıranın buyruğu altında olması, onun gözetiminde işi yapması ve onun talimatıyla bağlı bulunması gerekir...*” ifadesini kullanmıştır. HGK 01.11.2017, E. 2017/17-1315 K. 2017/1239 (Kazancı İçtihat Programı).

¹⁰² Eren, Genel, s. 623.

¹⁰³ Aydoğdu, s. 194.

doğrudan üretici/ ithalatçıya bağlı olup onun bünyesinde faaliyet göstermesinden dolayı, bağımlılık ilişkisinin varlığı kabul edilerek TBK m. 66 bağlamında bir adam çalıştırmanın söz konusu olduğu ifade edilmelidir.

Bağımlı servis istasyonlarında ise, her ne kadar isminde bağımlı ifadesi geçse de, bu ifade ancak aradaki sözleşmeyi ve yetkilendirmeyi belirtmek için kullanılmış olup, TBK m. 66 bağlamında bir “bağımlılık ilişkisini” göstermez. Bağımlı servis istasyonlarının kendi ad ve hesaplarına çalışmaları, ekonomik, idari ve teknik anlamdaki bağımsızlıklarından ötürü, işverene bağımlı olup “çalışan” statüsüne sahip değildir. Bu konuyla ilgili bir Yargıtay kararında¹⁰⁴ da: “... Konu ile ilgili olarak tartışılması gereken yön, davalı ile yetkili kıldığı, belge verdiği servis arasındaki ilişkinin belirlenmesidir. Aralarında bir çalışan-çalıştıran ilişkisi olmadığı açıktır. Diğer bir ifadeyle yetkili servis, BK'nın 55. maddesindeki ilkelere bağlı kalınmak suretiyle onun talimatı ve denetimi altında çalıştığı düşünülemez. BK'nın 55. maddesindeki düzenlemede, çalışan, çalıştıranın denetim ve talimatı altında ve ekonomik yararı ve sonuçları çalıştıranın malvarlığında sonuç doğuracak biçimde iş yapan bir kimsedir. Somut olayda yetkili servis ile davalı arasındaki ilişki itibariyle yetkili servisin kendi nam ve hesabına davalıdan bağımsız olarak çalıştığı görülmektedir. Ancak davalı ile yetkili servis arasında bir sözleşmenin bulunduğu tartışmasızdır...” şeklinde belirleme yapılmıştır. Yargıtay da burada bir adam çalıştırma ilişkisi olduğunu kabul etmemiş, bunu da servis istasyonu ile üretici/ ithalatçı arasında bir çalışan-çalıştıran ilişkisinin olmadığına ve buna bağlı olarak da talimat ve denetim altında çalışılmadığına vurgu yaparak gerekçelendirmiştir¹⁰⁵. Sonuç olarak, yetkili servis sözleşmesinin hizmet sözleşmesinden farklı nitelikte olması, servis istasyonunun üretici/ ithalatçının işletmelerinin organizasyonu kapsamında olmayıp fizikî ve idarî anlamda ayrılık göstermesi, dolayısıyla üretici/ ithalatçının servis istasyonuna emir ve talimat verememesi gibi durumlar, burada TBK m. 66 anlamında bir bağımlılık ilişkisi olmadığını kanıtlamaktadır. Yargıtay'ın kararında belirtildiği üzere, “çalışan” kavramı tanımlanırken, “...çalıştıranın denetim ve talimatı altında...” ifadesi kullanılarak yetkili servisin çalışan olmadığı belirlenmesi yapılmıştır. Burada dikkat edilmesi gereken yön, yetkili servislerin ekonomik ve idari bağımsızlıklarından ötürü, üretici/ ithalatçının talimatlarıyla bağlı olmamalarıyla beraber, aralarındaki yetkili servis sözleşmesine dayanarak, üretici/ ithalatçıya Kanun tarafından yüklenen satış sonrası hizmetleri sağlama yükümlülüğü neticesinden bu yükümlülüğün eksiksiz yerine getirilebilmesi adına servis istasyonlarının verdikleri hizmetlerin denetlenmesi mümkün görülmelidir.

Bağımlılık unsurunun devamı niteliğinde olan talimat verme hususuyla alakalı bir diğer önemli nokta, adam çalıştıran sıfatının kazanılabilmesi için, söz konusu işin görülmesi noktasında emir ve talimat verme, işin teknik kısımlarına müdahale etme ve yönlendirme gibi unsurların da bulunması gerekir¹⁰⁶. Fakat yetkili servis sözleşmelerinde, üretici/ ithalatçı, servis istasyonunun yaptığı bakım-onarım gibi teknik işlerde herhangi bir talimat veremeyip müdahalede bulunamadığından, bu ilişkinin adam çalıştırma ilişkisi olduğu kabul edilemez.

TBK m. 116 Açısından İnceleme

Üretici/ ithalatçı ve servis istasyonu arasındaki ilişkinin TBK m. 66 anlamında “adam çalıştırma” ilişkisi olmadığı tespit edilmiş olup, TBK m. 116'da düzenlenen “yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk” kapsamına girip girmeyeceğinin incelenmesi gerekir. TBK m. 116'ya göre; “Borçlu, borcun ifasını veya bir borç ilişkisinden doğan hakkın kullanılmasını, birlikte yaşadığı kişiler ya da yanında

¹⁰⁴ 4. HD. 10.04.2000, E. 2000/1199 K. 2000/3287 (Sinerji İçtihat Programı).

¹⁰⁵ Dokutan, s. 112.

¹⁰⁶ Yargıtay kararından bir örnek: “...bir kişinin adam kullanan kimse sayılabilmesi için, iş hayatındaki hâkim olan görüşe göre onun emretme, talimat verme veyahut denetleme kudretine haiz olması gerekir...” 3. HD. 03.12.1962, E. 10951 K. 9385 (Dokutan, s. 112).

çalışanlar gibi yardımcılarına kanuna uygun surette bırakmış olsa bile, onların işi yürüttükleri sırada diğer tarafa verdikleri zararı gidermekle yükümlüdür". Bu kanun maddesinin dayanağı, TBK m. 83'teki, "*Borcun, bizzat borçlu tarafından ifa edilmesinde alacaklının menfaati bulunmadıkça borçlu, borcunu şahsen ifa etmekle yükümlü değildir*". düzenlemesidir. Böylece Kanun'un tanıdığı yetki sayesinde borçlu, gerekmediği müddetçe borcunu şahsen ifa etmeyip, yardımcı kişiler kullanabilecektir¹⁰⁷.

Kanun, borçluya, borcunu şahsen ifa etmeme imkânı tanımakla birlikte, menfaat dengesini sağlayabilmek için, yardımcı kişinin fiillerinden borçlunun kusursuz sorumluluğu esasını kabul etmiştir¹⁰⁸. Bu sorumluluğun şartları ise; borçlu ile zarar gören alacaklı arasında bir borç ilişkisi bulunmalı; borçlu bu borç ilişkisinden doğan borcunun ifasını veya bir hakkın kullanılmasını yardımcı kişiye bırakmış olmalı; borcun ifası veya hakkın kullanılmasının yardımcı kişiye bırakılması mümkün olmalı; yardımcı kişinin alacaklıya verdiği zarar kendisine verilen işi yürüttüğü esnada olmalı; yardımcı kişinin davranışı, borçluya farazi bir kusur olarak yükletilebilmelidir. Ayrıca sorumluluğun genel şartlarından olan hukuka aykırı fiil sonucunda zarar meydana gelmesi ve illiyet bağının bulunması da gereklidir¹⁰⁹.

Borçlunun sorumluluğunun doğabilmesi için kendisinin veya yardımcısının kusurunun gerekip gerekmediği ile ilgili doktrinde farklı görüşler ileri sürülmektedir¹¹⁰. Hâkim görüşüne göre, borçlunun, yardımcı kişinin fiilinden sorumluluğunun doğabilmesi için yardımcı kişinin kusurlu olmasına gerek yoktur¹¹¹. İfa veya hakkın kullanımı esnasında karşı tarafa zarar vermiş olması borçlunun sorumluluğu için yeterlidir. Kanun borçluya, adam çalıştırmanın sorumluluğunda olduğu gibi kurtuluş kanıtı getirebilme imkânı da tanımamıştır. Bu sebeple, borçlunun sorumluluğu, adam çalıştırmanın sorumluluğuna nazaran biraz daha ağırlaştırılmıştır. Fakat borçlunun farazi kusuruna dayanılan görüş kabul edilirse, borçlu, ifayı kendisi bizzat yapmış olsaydı bile kusurlu sayılmayacağını ispatlarsa sorumluluktan kurtulabilecektir¹¹². Sonuç olarak, bu sorumluluk türünde, borçlunun yardımcı kişinin fiilinden sorumluluğu için, gerçek kusuru aranmayacak olup farazi kusur değerlendirilmesi yapılması yeterli olacaktır.

Yetkili servis sözleşmesinde, üretici/ ithalatçı ile yetkili servis arasında TBK m. 116'daki yardımcı kişinin fiilinden sorumluluğun olup olmadığı ile ilgili uygulamada, Yargıtay'ın servislerle ilgili olarak verdiği bir kararında¹¹³ şu ifadelerle, yardımcı şahıs kullanma ilişkisinin olduğunu belirtmiştir: "*davalı üretici firma ile tüketici arasında malın satın alınması ile o malın en iyi şekilde bakım ve onarımının*

¹⁰⁷ von Tuhr, s. 589; Hatemi/ Gökyayla, s. 275; Kılıçoğlu, s. 818; Eren, Genel, s. 1071; Akıncı, s. 249. Bu durum doktrinde, "*ifanın gayri şahsiliği ilkesi*" ile ifade edilmektedir. Bkz., Eren, Genel, s. 924. Böylece, borcun borçlu tarafından şahsen ifa edilmesinin kural olmayıp, istisna olduğu belirtilmelidir. Bkz., Kılıçoğlu, s. 819.

¹⁰⁸ Eren, Genel, s. 1071.

¹⁰⁹ Eren, Genel, s. 1072 vd.; Kılıçoğlu, s. 819 vd.; Akıncı, s. 249.

¹¹⁰ Bu görüşlerden birincisine göre, borçlunun sorumlu tutulabilmesi için yardımcı kişinin kusurunun bulunması gerekir. Diğer bir görüşe göre ise, borçlunun sorumluluğu için kendisinin veya yardımcısının kusurlu olması gerekmez. Çünkü sözleşme dışı ilişkilerde söz konusu olan adam çalıştırmanın sorumluluğunun, sözleşme ilişkisinin varlığında uygulanacak hâli TBK m. 116'dır ve bu bir kusursuz sorumluluk hâlidir. Üçüncü görüş olan çoğunluk görüşüne göre ise, borçlunun sorumlu olması için yardımcı kişinin kusuru aranmaz. Hatta borçlu ve yardımcı kişinin gerçek kusuruna gerek yoktur. Sorumluluk için gerekli olan, borçlunun farazi kusurudur. Yardımcı kişinin davranışını şahsen borçlu yapmış olsaydı yine de kusurlu sayılacak idiye artık borçlunun farazi kusurundan bahsedilebilir. Buna bağlı olarak borçlu, borcu bizzat ifa etse de kendisinin kusurlu sayılmayacağını ispatlarsa, sorumluluktan kurtulmuş olur. Bkz., Eren, Genel, s. 1082; Kılıçoğlu, s. 822; Tandoğan, Mesuliyet, s. 443 vd.; Oğuzman/ Öz, C. 1, s. 425; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 898; Tunçomağ, s. 470.

¹¹¹ Eren, Genel, s. 1108; Tandoğan, Mesuliyet, s. 444-446; Oğuzman/ Öz, C. 1, s. 425; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 898.

¹¹² Borçlunun farazi kusurunu kabul eden yazarlar da, kurtuluş kanıtı getirilememesini farklı yorumlamışlardır. Bir görüşe göre, bundan bir kusursuz sorumluluk hâli doğmaktadır. Bkz., Eren, Genel, s. 1083. Diğer bir görüşe göre, kusursuz sorumluluk hâlleri, kanunda sayılanlarla sınırlı olduğundan, yardımcı şahsın fiilinden sorumluluk, kusursuz sorumluluk olarak nitelendirilemez. Bkz., Kılıçoğlu, s. 822.

¹¹³ 4. HD. 10.04.2000, E. 2000/1199 K. 2000/3287 (Sinerji İçtihat).

yapılması konusunda bir sözleşmenin kurulmuş olduğu görülmektedir. Bu sözleşme ile malı satın alan veya tüketici dediğimiz kişinin, bu konudaki taleplerinin davalı tarafından değil de onun yetkili kıldığı servis eliyle yerine getirildiğini görmekteyiz. ...Böylece yetkili servis, üreticiden aldığı yetkiye dayanarak hizmet sunmakta ve tüketici de malı satın almakla aralarında oluşan sözleşme uyarınca yetkili servisten hizmeti en iyi şekilde yerine getirmesini isteme hakkına sahip olmaktadır. ...Burada yükümlülüğünü yerine getirmekle sorumlu olan kişi, bu yükümlülüğünü bizzat değil, yardımcı kişileri kullanarak sağlamaktadır. ...BK.nun 100. maddesinde sözü edilen "yardımcı kişi" somut olayda "yetkili servis çalışanı" olarak kabul edilmeli veya en azından yetkili servis yardımcı kişi gibi nitelendirilmelidir". Bir diğer kararda¹¹⁴ da aynı sonuca yönelik: "Davacı ile davalı üretici firma ve davalı yetkili servis arasında sözleşme ilişkisi olduğu kabul edilerek BK'nun 100. (TBK.nun 116) maddesi gereğince zamanaşımı süresi 10 yıl olduğundan..." şeklinde bir tespit yapılmıştır¹¹⁵. Kararlarda görüldüğü üzere, Yargıtay, üretici/ ithalatçı ile tüketici arasında, satış sonrası hizmetlerle ilgili olarak, malın satın alınmasıyla beraber, sözleşmesel bir ilişki doğduğunu, üretici firmaların bu sözleşmeden doğan borçlarını, yetkili servis istasyonları aracılığıyla yerine getirdiklerini, bu hâlde servis istasyonlarının TBK m. 116 uyarınca yardımcı kişi sayılması gerektiği, bu mümkün olmasa bile, servis istasyonlarının çalışanlarının yardımcı kişi sayılması gerektiğini ifade etmiştir¹¹⁶.

Üretici/ ithalatçı, satış sonrası hizmet verme borcunu yerine getirirken, yetkili servis istasyonlarından faydalanabilecek ve durumda üretici/ ithalatçı yardımcı kişi kullanmış sayılacaktır¹¹⁷. Dolayısıyla, üretici/ ithalatçı, yetkili servisin fiillerinden sorumlu olacaktır¹¹⁸. Esasen, üretici/ ithalatçı ile yetkili servisler, TBK m. 116 hükmü olmasa bile, SSYH m. 14 gereğince, tüketiciye karşı müteselsilen sorumlu olurlar¹¹⁹. Yetkili servisin, üretici/ ithalatçının yardımcı kişisi sayılmasını kabul etmek, tüketici lehine bir sonuç doğuracaktır. Çünkü, burada TBK m. 116'nın uygulanması kabul edilirse, üretici kurtuluş kanıtı getiremeyecektir. Ancak, TBK m. 66'da düzenlenen adam çalıştırmanın sorumluluğu kabul edilirse kurtuluş kanıtı getirme imkânı, adam çalıştıran açısından mümkün olacaktır. Yardımcı kişinin fiilinden sorumluluğu kabul etmenin tüketiciler açısından bir diğer lehe olan sonucu, zamanaşımı hususundadır. TBK m. 66'ya dayanan tazminat talepleri, TBK m. 72 gereği haksız fiillere uygulanan zamanaşımı olan iki ve on yıllık sürelerle tâbi iken, TBK m. 116'ya dayanan tazminat talepleri, alacaklara ilişkin zamanaşımı düzenlemesi olan TBK m. 146 gereğince on yıllık zamanaşımına tabi olacaktır¹²⁰.

Yetkili servisin, yardımcı kişi olarak borcun ifasında görev alması durumunda, teknik bilgi olarak daha uzman başka bir yetkili servisi kullanması, bu konuda yetkisi varsa mümkündür. Bu hâlde, ikinci yetkili servis, borcun ifasında ikame kişi sayılır. TBK m.502/2 atfı gereğine, yetkili servis sözleşmesinin niteliğine uygun düşen vekâlet hükümleri bu sözleşmeye uygulanacaktır. Böylece, ilk yetkili servis, ikinci (ikame) yetkili servisin üretici/ ithalatçıya verdiği zararlardan, TBK m.116'ya göre değil, TBK m.507/2'ye

¹¹⁴ 3. HD. 10.03.2015, E. 2014/8622 K. 2015/3846 (Sinerji İçtihat).

¹¹⁵ Yargıtay'ın, üretici ile yetkili servis istasyonu arasındaki ilişkiyi yardımcı kişi kullanma olarak değerlendirmesiyle ilgili örnek kararlar için bkz.: 13. HD. 23.02.2007, E. 2006/14233 K. 2007/2558 (Kazancı İçtihat); 3. HD. 10.03.2015, E. 2014/8622 K. 2015/3846 (Sinerji İçtihat).

¹¹⁶ Aydoğdu, s. 184.

¹¹⁷ Servis hizmeti sunma, şahsî edim niteliği taşımadığından, üretici/ ithalatçılar tarafından bizzat yerine getirilmesi gereken bir borç değildir. Bkz., Uyumaz, s. 331.

¹¹⁸ Uyumaz, s. 323.

¹¹⁹ Uyumaz, s. 323.

¹²⁰ Dokutan, s. 114.

göre sorumlu olacaktır¹²¹. Bununla birlikte, yetkili servis, kaim vekil dışında bir olağan yardımcı kullandığında, bu yardımcının verdiği zararlardan TBK m. 116 gereğince sorumlu olur¹²².

YETKİLİ SERVİS İLE TÜKETİCİ ARASINDAKİ İLİŞKİ

Yetkili servis ile tüketici arasındaki ilişkinin belirlenmesinde, önemli olan, tüketicinin, malla ilgili herhangi bir sorunda, hangi dönemde servis istasyonlarına müracaat ettiği. Eğer tüketici, maldaki ayıp veya arızada, garanti süresi içerisinde servis istasyonlarına gitmiş ise, bu hâlde iki taraf arasında sözleşmesel bir ilişkiden bahsedilemeyecek olup, tüketici garanti belgesine veya Kanun'a dayanarak üretici/ ithalatçı/ satıcıdan talepte bulunabilecektir. Bu durumda da, tüketicinin servis istasyonuna karşı herhangi bir ödemede, ifade bulunması söz konusu değildir¹²³. Dolayısıyla tüketicinin, aralarındaki sözleşmeden dolayı taleplerde bulunabileceği tarafın servis istasyonu olmayıp, üretici/ ithalatçı/ satıcı olduğu ifade edilmelidir. Buna rağmen, yetkili servis sözleşmesinin tam üçüncü kişi yararına sözleşme olduğundan, bu sözleşmeye dayanarak tüketicinin, edimin ifası için doğrudan servis istasyonunu muhatap alarak ondan talepte bulunabilmesi mümkündür. Bu hâlde tüketici, üçüncü kişi yararına sözleşmelerin bir özelliği olarak sözleşmenin tarafı olmamakla birlikte sözleşmeye dayanarak bazı haklar elde edebilmektedir. Ancak, tüketicinin yetkili servis istasyonuna karşı ileri sürebileceği bu haklar, ürünün montajı, bakım-onarımı ile sınırlı olup, sözleşmeden dönme, bedel iadesi gibi taleplerin muhatabı yetkili servis değildir.

Tüketicinin garanti süresi dışında (garanti kapsamı haricinde) servis istasyonlarına başvurduğu hâllerde, artık üretici/ ithalatçı için bir sorumluluk doğmayacağından, servis istasyonu ile tüketici doğrudan muhatap olmakta ve aralarında sözleşmesel bir ilişki meydana gelmektedir. Bu sözleşme, tüketicinin getirdiği malın, servis istasyonunca bakım ve onarımını konu edinen bir eser sözleşmesidir. Böylece taraflar arasındaki ilişkinin kapsamında ortaya çıkacak hak, yükümlülük ve sorumluluklar, bu sözleşmeye göre belirlenecektir¹²⁴.

Tüketici ve yetkili servisler arasındaki ilişkide, değinilmesi gereken bir diğer husus, servis istasyonlarının tüketiciye herhangi bir zarar vermeleri hâlidir. Servis istasyonlarının hukuka aykırı fiilleriyle, kusurlu şekilde tüketiciye zarar vermeleri, onu zarara uğratmaları hâlinde artık aralarında sözleşme ilişkisinin olup olmadığına bakılmaksızın TBK m. 49 vd. düzenlenen haksız fiil hükümlerine göre sorumluluk tayin edilecektir¹²⁵. Tüketici, satış sonrası hizmet nedeniyle bir zarara uğradığında, ister sözleşmeye dayanan taleplerde bulunabilecek isterse haksız fiil hükümlerine dayanabilecektir¹²⁶.

YETKİLİ SERVİSLERİN VERDİKLERİ HİZMETTEN DOĞAN SORUMLULUĞU

Yetkili servisler, sundukları hizmet gereği, öncelikle tüketicinin bakım-onarım için getirdiği malları güvenli şekilde muhafaza edip, maldaki sorun ve arızanın tespiti için gerekli incelemeleri yaptıktan sonra, tüketiciyi zarara uğratmayacak biçimde malın bakım ve onarımını yapmalıdır. Servis istasyonunun bu bakım-onarım esnasında, tüketiciye verdiği zarardan kimlerin sorumlu olduğu tespit edilmesi gerekir. Kanun'da tüketiciye ücretsiz onarım hakkının tanınmış olması, ayıplı maldan sorumluluk kapsamında tüketici lehine iken, malın onarımı esnasında sunulan hizmetin kötü olması nedeniyle yeni mağduriyetler

¹²¹ Buna göre, yetkili servis, sadece ifade yetki verdiği diğer yetkili servisi seçmede ve talimat vermede gerekli özeni göstermek zorundadır (TBK m.507/2).

¹²² Uyumaz, s. 329.

¹²³ Dokutan, s. 116.

¹²⁴ Çelik, Yağmur Esin. "Satış Sonrası Hizmetler", 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Hükümlerine Göre Tüketici Hukuku Uygulamalarında Tüketicinin Korunması (Ed. Sert Sütçü, Selin), Ankara 2019, s. 131; Dokutan, s. 116.

¹²⁵ Dokutan, s. 117.

¹²⁶ Sözleşmeden doğan talepler ile haksız fiil hükümleri yarışsa da, imkân varsa sözleşmeden doğan taleplere dayanmak, zarar ve kusurun ispatı, zamanaşımı gibi hususlar açısından tüketicinin lehinedir.

oluşabilecektir. Sorumluluk da bu durumda önem kazanarak, oluşan zararların tazmini hususunda bir yol haritası çizer. Zira, doktrinde ifade edildiği gibi sorumluluk, borcun yaptırımıdır¹²⁷.

Zarar kavramı, burada iki yönden değerlendirilecek olup bunlardan birisi, ayıp zararı denilen kavram, diğeri ise ayıbın neden olduğu dolaylı zarar kavramıdır. Ayıp zararı, ifa menfaatinde oluşan kayıp şeklinde tanımlanabilir. Bunlara örnek olarak, onarım masrafı, muayene masrafı vb. verilebilir. Ayıbın neden olduğu dolaylı zararlar ise, ayıplı mal nedeniyle uğranılan ve ayıbı takiben oluşan zararlardır¹²⁸. Üreticinin sorumluluğunda olduğu gibi, burada da sorumluluk sözleşmeye dayanan şekilde veya haksız fiil nedeniyle ortaya çıkabilecek bir sorumluluktur. Üreticinin sorumluluğu esas olarak, ayıplı malın neden olduğu (refakat ettiği) zararlar bağlamında kendini gösterebilecekken, yetkili servis sorumluluğu da buna paralel şekilde, ayıbın neden olduğu zararlar konusunda önem arz edecektir¹²⁹.

Garanti Süresi İçindeki Sorumluluğu

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m. 56'ya göre üretici/ ithalatçılar, sattıkları mallarla ilgili olarak, içeriği yönetmelikte belirlenen garanti belgesini düzenlemek zorundadırlar. Satıcılar ise bu belgenin tekemmül ettirilip tüketiciye verilmesinden sorumludurlar. Bu belirtilen zorunlu garanti belgesidir. Bir de yine Kanun'un 57. maddesine dayanılarak, tüketicinin kanunî hakları saklı kalmak kaydıyla, satıcı, üretici, ithalatçı veya sağlayıcı tarafından; onarım, bakım, değişim, bedel iadesi vb. hususlarda ilave taahhütlerde bulunulabilmesi mümkündür¹³⁰. Garanti belgesinin düzenlendiği hâlde, TKHK m. 11'den farklı olarak, tüm seçimlik haklar satıcı, üretici veya ithalatçıya karşı kullanılabilir. TKHK m. 56/3 böyle bir düzenleme öngörmese idi, m. 11'e dayanarak ancak ücretsiz onarım ve değişim hakları satıcı, üretici veya ithalatçıya karşı kullanılabilir, diğer haklar sadece satıcıya karşı kullanılabilir¹³¹. 4077 sayılı TKHK m. 4, tüketici karşısındaki sorumluları (satıcı, üretici, bayi, acente, ithalatçı), yürürlükteki TKHK'ya göre geniş tutmuştur¹³².

6502 sayılı TKHK'ya göre seçimlik hakların muhatabı ilk etapta satıcıdır. Yukarıda da ifade edildiği gibi ücretsiz onarım veya değişim hakları bakımından muhataplar ise, satıcı yanında üretici veya ithalatçı da olabilecektir. Uygulamada sıklıkla görüldüğü üzere, ücretsiz onarım veya değişim gibi hakların kullanımında tüketiciler, servis istasyonlarına başvurumaktadırlar. Servis istasyonu kurarak satış sonrası hizmet verme borcu üretici/ ithalatçılara yüklendiğinden, istasyonlara yapılan başvuru üretici/ ithalatçıya yapılmış sayılacaktır çünkü Yargıtay'ın da kabul ettiği gibi, servis istasyonları üretici/ ithalatçıların ifa yardımcısı konumundadır¹³³. Bununla ilgili olarak garanti süresi içinde malda çıkan ayıplar ve arızalardan veyahut bakım işleminden satış sonrası hizmetler kapsamında üretici/ ithalatçının sorumlu olup bu hizmeti servis istasyonları aracılığı ile yerine getirdikleri yukarıda ifade edilmişti¹³⁴. Burada tüketici ile servis istasyonları arasında herhangi bir sözleşme de olmadığından, servis istasyonunun ayıplı mal ve arızalardan

¹²⁷ Eren, Genel, s. 83.

¹²⁸ Arbek, s. 221; Dokutan, s. 127; Tarman, Zeynep Derya. *Türk Hukukunda İmalatçının Sorumluluğuna Genel Bir Bakış*, <http://www.journals.istanbul.edu.tr/iuhfm/article/download/1023003858/1023003448> (Et: 03.04.2018), s. 317.

¹²⁹ Tarman, s. 300.

¹³⁰ Özel, s. 279.

¹³¹ Aydoğdu, s. 101.

¹³² Özdemir/ Sarı, s. 19; Akçal, Mehmet/ Uyumaz, Alper. "6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun Bazı Hükümlerine İlişkin (m. 1-16) Bir İnceleme", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 4, S. 2, 2013, s. 241-276, s. 263; Mccarthy, Oya Şahin. "6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Genel Çerçevesi ve 4077 sayılı Eski Yasa ile Kıyaslama", *İstanbul Barosu Dergisi*, C. 88, Özel Sayı, 2014, s. 149.

¹³³ Aydoğdu, s. 104; 3. HD. 10.03.2015, E. 2014/8622 K. 2015/3846 (Sinerji İçtihat).

¹³⁴ Bkz., I, A.

sorumluluğunun bulunmadığı ifade edilmelidir. Çünkü satılan maldaki ayıptan dolayı servis istasyonlarının herhangi bir sorumluluğu yoktur.

Servis istasyonunun sorumluluğu, ayıplı hizmet konusunda ortaya çıkmaktadır. TKHK m. 13 ve 14'te, ayıplı hizmetten sorumluluk düzenlenmiştir. Yetkili servis istasyonu, malın onarımı faaliyeti esnasında bir zarara sebebiyet verirse bu ayıplı hizmet sayılacak ve sorumluluk söz konusu olacaktır¹³⁵. Burada sorumlu olanlar her şeyden önce, SSHY m. 14'e göre üretici veya ithalatçılardır. Çünkü satış sonrası hizmeti sağlama yükümlülüğü üretici veya ithalatçının üzerindedir. Maddedeki ifadede, “*servis istasyonlarının ayrı bir tüzel kişiliği olsa dahi, satış sonrası hizmetlerin sağlanmasından ve yürütülmesinden yetkili servis istasyonları ile birlikte müteselsilen sorumludur*” denilerek, üretici, ithalatçı ve servis istasyonları müteselsil sorumlu kılınmıştır. Burada üretici veya ithalatçının sözleşmesel bir sorumluluğu bulunmaktadır. Servis istasyonları da, üretici/ ithalatçı ile yaptıkları yetkili servis sözleşmesi gereği tüketiciye karşı üçüncü kişi yararına sözleşme kapsamında sorumlu olacak, ayrıca servisler kusurlarıyla verdikleri zarardan haksız fiil esaslarına göre sorumlu tutulabileceklerdir.

Ayıplı malların neden olduğu zararlar, 4077 sayılı Kanun döneminde çıkarılan “*Ayıplı Malın Neden Olduğu Zararlardan Sorumluluk Hakkında Yönetmelik*” m. 6'da “*Ayıplı bir malın, bir kişinin ölümüne veya yaralanmasına veya bir malın zarar görmesine sebep olması hâlinde imalatçı/üretici doğan zararı, kusuru aranmaksızın tazmin etmekle yükümlüdür*” şeklinde kusursuz bir sorumluluk olarak düzenlenmiştir¹³⁶. Toplumdaki algıya bakıldığında da, ayıplı malın sebep olduğu zararlar, genellikle üretim hataları sonucu meydana geldiğinden, ilk olarak üreticilerin sorumlu tutulması hakkaniyete uygun görünmektedir¹³⁷. Üreticinin sorumlu tutulmasındaki maksat, güvenli olmayan, tehlike arz eden ürünlerin piyasaya sürülmesine engel olunarak herhangi bir zararın ortaya çıkmamasını sağlamaktır¹³⁸. İleri teknoloji sayesinde artan ürün çeşitliliğinin faydalarının yanında, beklenmedik zararların da meydana gelebileceği göz önüne alındığında, üreticinin kusursuz sorumluluğuna gitmek, çağdaş teknik üretimin yapısında bulunan rizikolara karşı en uygun çözümü ifade etmekte ve tüketici/ kullanıcıların mağduriyetlerini gidermede önemli rol oynamaktadır¹³⁹.

Yürürlükte bulunan 6502 sayılı Kanun ve ona bağlı yönetmeliklerde ise, ayıplı malın neden olacağı zararlar ilgili açık bir düzenleme yapılmamıştır. Kanun'un 58. maddesinin 4. fıkrasında üretici/ ithalatçıların satış sonrası hizmetleri sağlarken, servis istasyonlarının verdiği hizmetten sorumlu oldukları belirtilmiştir. Buna dayanarak servis istasyonlarının bu hizmet esnasında verdikleri zararlardan da üretici/ ithalatçı sorumlu olacaktır¹⁴⁰. Servis istasyonunun haksız fiile dayanan sözleşme dışı sorumluluğu ise ayrıca değerlendirilmelidir. Böylece, müteselsil sorumluluğun bir türü olan, aynı zarardan birden fazla kişinin

¹³⁵ Aydoğdu, s. 194; Özel, s. 128; Tiryaki, Betül. *Tüketicinin Korunması Hukuku Açısından Ayıplı Hizmetten Doğan Sorumluluk*, [https:// tez. yok. gov. tr/ UlusalTezMerkezi/ tezSorguSonucYeni. jsp](https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp), (Et: 02.03.2018), s. 117 vd.

¹³⁶ Özel, s. 124. Söz konusu Yönetmelik, 4077 sayılı Kanun'a dayanılarak çıkarılsa da, 6502 sayılı Kanun'un geçici birinci maddesinin üçüncü fıkrasına göre, bu Kanun'a dayanarak çıkarılacak yönetmelikler yürürlüğe girene kadar, kaldırılan Kanun'a dayanarak çıkarılmış yönetmeliklerin bu Kanun'a aykırı olmayan hükümleri uygulama alanı bulacaktır. Bu sebeple, Ayıplı Malın Neden Olduğu Zararlardan Sorumluluk Hakkında Yönetmelik hükümleri hâlen uygulama alanı bulan hükümlerdir. Bununla birlikte, 6502 sayılı Kanun m. 84/II'ye göre, bu Kanun'da öngörülen yönetmelikler, Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihten itibaren altı ay içinde Bakanlık tarafından çıkarılmalıdır. Dolayısıyla, ayıplı malların neden olduğu zararlarla ilgili bir yönetmeliğin çıkarılması ve eski yönetmeliğin yürürlükten kaldırılması uygun olacaktır.

¹³⁷ Yılmaz, s. 134.

¹³⁸ Dokutan, s. 128;

¹³⁹ İnal, H. Tamer. *Tüketici Hukuku*, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2014, s. 391.

¹⁴⁰ HGK. 08.07.2009, E. 2009/4-291 K. 2009/318, (Kazancı İçtihat); 13. HD. 13.12.2016, E. 2015/13811 K. 2016/23199, (Kazancı İçtihat).

sorumluluğu söz konusu olacaktır (TBK m. 61)¹⁴¹. Yine, TKHK m. 11/6'nın TBK'ya yaptığı atıf sayesinde, ayıplı malın neden olduğu zararlardan dolayı satıcı, üretici veya ithalatçının sorumluluğuna gidilebilir. Servis istasyonlarının, söz konusu maddelerde müteselsil sorumlu olarak sayılmamış olması, onun sorumluluğuna gidilmeyeceği anlamına gelmez. Özellikle servis istasyonlarının kusurlarıyla verdikleri zararlarda haksız fiil sorumlulukları gündeme gelebileceği gibi, üretici ile servis istasyonu arasında yapılan yetkili servis sözleşmesinin tam üçüncü kişi yararına sözleşme niteliğinde olmasından ötürü, satış sonrası hizmetlerin sunulmasıyla alakalı, tüketicinin taleplerine karşı yetkili servis istasyonlarının da sözleşmesel sorumluluğu söz konusu olabilecektir. Üretici/ ithalatçı ise, satış sonrası hizmet borcunun ifasında servis istasyonunu yardımcı kişi olarak kullandığı için yukarıda da belirtildiği üzere, TBK m. 116 gereğince sorumlu olacaktır¹⁴².

Üretici/ ithalatçılar, yetkili servislerin faaliyetlerinden sorumlu olsalar da, satış sonrası hizmetlerin mevzuata uygun yürütülmesi için gerekli önlemleri alarak, istasyonlardaki eksiklikleri giderip bu yerleri kontrol ettiklerini ispatlayarak, servis istasyonlarının edimini gereği gibi yerine getirmeyip tüketiciye zarar verdiği hâllerde, TBK m. 62 gereği istasyona rücu edebilecektir. Böylece, üretici/ ithalatçıların da sorumluluktan kısmen veya tamamen kurtulabilmeleri imkânı söz konusudur¹⁴³.

Garanti Süresi Dışındaki Sorumluluğu

Bu kısımda hem yetkili servislerin garanti süresi dışındaki sorumluluğu incelenecek hem de bunun yanında, servis hizmeti vermekle beraber üretici/ ithalatçıyla arasında yetkili servis sözleşmesi bulunmayan bağımsız (anlaşmasız özel servis) servisin sorumluluğuna değinilecektir.

Garanti süresi dolduğunda, tüketici için muhatap doğrudan servis istasyonları olmaktadır¹⁴⁴. Tüketici, mal ile ilgili arızaların onarımı veya bakımı için doğrudan servis istasyonlarına müracaat edecek ve bu hâlde aralarında karşılıklı bir hukukî ilişki olacaktır. Bu hukukî ilişkinin konusu, tüketicinin servis istasyonuna getirdiği malın bakım veya onarımıdır. Tarafların bedel karşılığında bir malın bakım veya onarımı konusunda anlaşmaları eser sözleşmesidir¹⁴⁵. Yukarıda ifade edildiği üzere, tüketicinin garanti kapsamı dışında, servis istasyonuna, malın ücret karşılığında onarımı veya bakımı için başvurusu ve tarafların bu konuda anlaşmaları üzerine eser sözleşmesi kurulmuş olur¹⁴⁶. Yargıtay da tüketici ve servis istasyonu arasındaki ilişkiyi eser sözleşmesi olarak kabul etmektedir¹⁴⁷. Buna göre, herhangi bir üretici veya ithalatçıya bağlı olmadan hizmet vererek faaliyette bulunan servis istasyonları bu hizmetleri sebebiyle tüketiciye karşı sorumlu olacaklardır¹⁴⁸. Bu sorumluluğun kaynağı iki ayrı nedene dayanmaktadır: Bunlardan ilki tüketici ve servis istasyonu arasındaki eser sözleşmesidir. Eser sözleşmesi sayesinde, tüketici ile servis arasında sözleşmesel bir bağ oluşmaktadır. Diğer sorumluluk nedeni ise, TBK m. 49 bağlamında haksız fiil sorumluluğudur. Eğer servis istasyonu, kusurlu ve hukuka aykırı hareketiyle tüketiciye herhangi bir zarar vermiş ise haksız fiil sorumluluğuna gidilecektir. Burada sözleşmeden doğan sorumluluk ile haksız fiil sorumluluğu hükümleri yarışır. Tüketici açısından avantajlı olan, ispat yükü, zamanaşımı süresi gibi hususlardan dolayı sözleşmeden doğan sorumluluğa dayanmaktadır.

Garanti süresi dışındaki sorumlulukta, sorumluluğun esası, bağımsız servis istasyonunun ayıplı hizmeti nedeniyle verdiği zarara dayandığından, bu hâlde, satıcı, üretici veya ithalatçıyı sorumlu tutmak mümkün değildir. Dolayısıyla onların bu konuda müteselsil sorumluluğundan bahsedilemeyecektir.

¹⁴¹ Oğuzman/ Öz, s. 300; Eren, Genel, s. 817; Kılıçoğlu, s. 517; Gümüş, s. 1.

¹⁴² 4. HD. 10.04.2000, E. 2000/1199 K. 2000/3287, (Sinerji İçtihat).

¹⁴³ Çelik, s. 130.

¹⁴⁴ Dokutan, s. 141.

¹⁴⁵ Eren, Özel, s. 594; Yavuz/ Acar/ Özen, s. 539; Zevkliler/ Gökyayla, s. 495.

¹⁴⁶ Bkz., IV.

¹⁴⁷ 15. HD. 25.01.2005, E. 2004/3516 K. 2005/230 (Kazancı İçtihat Programı).

¹⁴⁸ Aydoğdu, s. 79.

Bağımsız servis istasyonlarına garanti süresi içinde başvurulsa dahi, bu tüketicinin hatası sayılacak ve üretici/ ithalatçılar müteselsil sorumlular zincirine dâhil edilemeyecek, tüketici karşısındaki tek sorumlu, zararı meydana getiren bağımsız (yetkisiz) servis istasyonu olacaktır¹⁴⁹.

Son olarak ifade edilmelidir ki garanti süresi dışında, servis istasyonları tarafından verilen bakım, onarım, montaj hizmetleriyle ilgili bir yıl içerisinde aynı arıza tekrar ederse, tüketiciden herhangi bir şekilde ücret talep edilemeyecektir (SSHY m. 10/6)¹⁵⁰.

Müteselsil Sorumluluk (Birden Çok Kişinin Aynı Zarardan Sorumlu Olması) Ve Rücu İlişkisi

Satış Sonrası Hizmetler Yönetmeliği m. 14'e göre, üretici veya ithalatçılar ile yetkili servis istasyonları, satış sonrası hizmetlerin yerine getirilmesinden müteselsil sorumludur. Müteselsil sorumluluk, birden çok kişinin birlikte bir zarara sebep olması ya da aynı zarardan farklı sebeplerle sorumlu olmaları hâlinde uygulanır¹⁵¹.

Müteselsil sorumlulukta her borçlunun sorumluluk sebebi aynı olabileceği gibi farklı sebeplere de dayanabilir. Örneğin, bir diz üstü bilgisayarın fanlarının temizlenmesi, ram belleği ve dâhili belleğinin artırılması için ayrı bir tüzel kişiliği olan (Y) yetkili servis istasyonuna bırakılmıştır. (Y) firmasının çalışanı (T), fanları temizleyip ram ve dâhili bellekleri istenilen şekilde arttırdıktan sonra, bilgisayara format atmış ve yazılım güncellemesi yapmıştır. Bu işlemleri yaptıktan sonra da kontrol amacıyla kendi cep telefonunu bilgisayara bağlamış ve bilgisayara bir tür zararlı yazılım bulaşmıştır. Bilgisayar tamirden sonra sahibi (A)'ya teslim edilmiş ve (A) bilgisayarı kullanırken içindeki zararlı yazılımdan dolayı bankacılık ile ilgili verileri çalınmış ve ayrıca bilgisayarı bağladığı televizyonunda piksel kaybı yaşamıştır. (A)'nın uğradığı bu zararlar, ayıplı malın bakımıyla ilgili yani ayıplı hizmet nedeniyle oluşan zararlardır. Bu zararlardan sorumlu olanlar; en başta kanun gereği sorumlu tutulan üretici/ ithalatçıdır. Ayrıca, ürünü kendi tüzel kişiliği altında bakım/ onarıma yetkili olan servis istasyonu (Y) de hem TKHK m. 14 ve SSSYH m. 14 gereği hem de yardımcı kişi olarak (T)'yi kullandığından TBK m. 116 gereği sorumludur. Ayrıca çalışan (T), kusuruyla verdiği zarardan haksız fiil hükümlerine göre sorumlu olacaktır¹⁵². Bununla birlikte (A), her ne kadar üretici/ ithalatçı ile yetkili servis arasındaki yetkili servis sözleşmesinin tarafı olmasa da, bu sözleşmenin tam üçüncü kişi yararına sözleşme olmasından dolayı, hizmetin tam ve doğru bir şekilde yerine getirilmesini, bu sözleşmeye dayanarak servis istasyonundan talep edebilecektir.

Örnekte müteselsil sorumluluk söz konusu olduğundan, tüketici (A), uğradığı zararın tazmini için (Y), (T) veya üretici/ ithalatçıdan herhangi birine başvurabilir (TBK m. 61). Sorumlulardan biri, zararın tamamını tazmin ettiğinde, kendi payına düşen kısımdan fazlasını diğer sorumlulardan rücu ilişkisi kapsamında talep edebilir ve zarar görenin haklarına halef olur (TBK m. 62). Burada, sorumlular arasında maddî yönden en güçlü olan taraftan talepte bulunmak daha avantajlıdır. Dolayısıyla, tüketici açısından zararın tazmini talebinin üretici/ ithalatçıya yöneltilmesi, zararın çabuk giderilmesi açısından yerinde olacaktır.

SONUÇ

Uygulamada sıkça rastlanılan yetkili servis istasyonları, satış sonrası hizmetler organizasyonunun önemli bir parçasıdır. Satış sonrası hizmetleri sunmakla yükümlü olanlar üretici veya ithalatçılardır. Bu konuda, servis istasyonlarının bir yükümlülüğü söz konusu değildir. Servis istasyonunun malda ayıp

¹⁴⁹ Dokutan, s. 195. Bununla birlikte, üretici veya ithalatçılar, bağımsız servis istasyonlarıyla da belli anlaşmalar yaparak tüketiciye karşı müteselsil sorumlu hâle gelebilirler.

¹⁵⁰ Özel, s. 282.

¹⁵¹ Eren, Genel, s. 834; Oğuzman/ Öz, C. 2, s. 299; Kılıçoğlu, s. 586; Antalya, O. Gökhan. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C. 2, Legal Yayıncılık, İstanbul 2017, s. 548; Tunçomağ, s. 331 vd.

¹⁵² Benzer bir örnek için bkz., Uyumaz, s. 176-177.

bulunmasından da bir sorumluluğu bulunmamaktadır. Burada tartışılan, ayıplı malla ilgili onarım borcunun ifasında yapılan, düzgün bir ifaya aykırı hareketler ve oluşan zararlar sonucu servisin sorumlu tutulup tutulamayacağıdır. Servis istasyonları, üretici veya ithalatçıların satış sonrası hizmet verme borcunu ifa ederken kullandıkları TBK m. 116 anlamında ifa yardımcısı konumundadırlar. Bu sebeple, oluşabilecek zararlardan, üretici veya ithalatçının tüketiciye karşı sözleşmesel sorumluluğu bulunmaktadır. Yetkili servisler ise, onarım borcunu gereği gibi ifa etmeyerek tüketiciye zarar verdiklerinde, bu zarardan hem sözleşmeye göre hem de haksız fiil hükümlerine göre sorumlu olur. Zira, üretici/ ithalatçı ile yetkili servis sözleşmesi arasında bulunan sözleşmenin tam üçüncü kişi yararına sözleşme olması sonucunda, tüketici, doğrudan yetkili servisten tam ve gereği gibi bir ifayı talep edebilir. Ayrıca yetkili servislerin, zararın doğmasıyla ilgili olarak, haksız fiilin tüm unsurlarıyla mevcut olması hâlinde sözleşme dışı sorumlulukları da söz konusudur. Bu hâlde tüketici, dilerse doğrudan haksız fiil hükümlerine göre yetkili servis istasyonuna, dilerse sözleşme sorumluluğuna dayanarak üretici/ ithalatçı veya yetkili servisin sorumluluğuna gidebilir. Tüketicinin bu durumda sözleşmeden doğan sorumluluğa dayanması, ispat yükünden kurtulma ve zamanaşımı süresinin uzunluğu gibi sebeplerle daha avantajlıdır. Ayrıca uygulamada üretici/ ithalatçıların daha büyük firmalar olduğu göz önüne alındığında, yetkili servis yerine doğrudan üretici/ ithalatçıdan talepte bulunulması tüketicinin lehinedir.

Garanti süresi dışında ise, tüketici doğrudan servis istasyonlarıyla muhatap olduğundan ve üretici/ ithalatçının sözleşme sorumluluğu sona erdiğinden, oluşabilecek zararlarla ilgili olarak sadece ayıplı hizmette bulunan servis istasyonunun sorumluluğuna gidilebilecektir. Bu da yine haksız fiile ve sözleşmeye dayanan (eser sözleşmesi) sorumluluk şeklinde iki ayrı sebebe dayanacak olup, avantajlı olan sözleşme sorumluluğuna yönelmek mantıklı bir tercih olacaktır. Yine de, üretici veya ithalatçı firmaların, servis istasyonlarına nazaran daha büyük firmalar oldukları göz önüne alınırsa, imkân olduğu müddetçe taleplerin üretici veya ithalatçıya yöneltilmesi, tüketicinin mağduriyet yaşamaması açısından daha doğru olacaktır.

KAYNAKÇA*

- Akçaal, Mehmet/ Uyumaz, Alper. “6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun Bazı Hükümlerine İlişkin (m. 1-16) Bir İnceleme”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 4, S. 2, 2013, s. 241-276.
- Akıncı, Şahin. *Borçlar Hukuku Bilgisi*, 10. Baskı, Sayram Yayınları, Konya 2017.
- Akıncı, Şahin. *Vekâlet Sözleşmesinin Sona Ermesi*, Sayram Yayınları, Konya 2004 (Vekâlet).
- Akünel, Teoman. “Onarım Garantisi”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 38, S. 1-4, 1973, s. 547-570.
- Aktürk Yücer, İpek. *İsimsiz Sözleşme Genel Teorisi ve Uzaktan Öğretim Sözleşmesi*, Yetkin Yayınları, Ankara 2016.
- Antalya, O. Gökhan. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C. 1, Legal Yayınevi, İstanbul 2018.
- Antalya, O. Gökhan. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C. 2, Legal Yayıncılık, İstanbul 2017 (C. 2).
- Aral, Fahrettin/ Ayrancı, Hasan. *Borçlar Hukuku (Özel Borç İlişkileri)*, 11. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara 2018.
- Arbek, Ömer. *Satım Konusu Ayıplı Malın Tamir Edilmesi*, Yetkin Yayınları, Ankara 2005.
- Aslan, İ. Yılmaz. *Tüketici Hukuku Dersleri*, 6. Baskı, Ekin Yayınevi, 2016.
- Aslan, Bayram. “Onarım Borcunun İfa Edilmesi”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.25, S.1, 2017 (Onarım).
- Atabek, Reşat. “İmalatçının Üçüncü Kişilere Karşı Sorumluluğu”, *BATİDER*, C. 10, S. 1, Haziran 1979, s. 159-175.
- Atamer, Yeşim M./ Baş, Ece. “Avrupa Birliği Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak 6502 Sayılı Yeni Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Uyarınca Satım Sözleşmesinde Ayıptan Doğan Sorumluluk”, *İstanbul Barosu Dergisi*, C. 88, Özel Sayı, 2014.

* Aynı yazarın birden fazla eserine atıf yapılan hallerde, karışıklık olmaması adına, her eserin sonuna o eserle ilgili kısaltma eklenerek ayırım yapılmıştır.

- Aydoğdu, Murat/ Kahveci, Nalan. *Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 4. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2019.
- Aydoğdu, Murat. *Tüketici Hukuku Dersleri*, Adalet Yayınevi, Ankara 2015.
- Başpınar, Veysel. “Avukatlık Sözleşmesi ve Ücreti Hakkında Bazı Düşünceler”, *Ankara Barosu Hukuk Kurultayı*, C. 3, 2004, s. 463-478.
- Baykan, Renan. *Tüketici Hukuku Mevzuata İlişkin Yorum Eleştirisi Öneri*, 2. Baskı, İstanbul Ticaret Odası Yayınları, 2005.
- Becker, H. *İsviçre Medenî Kanunu Şerhi VI. Cilt Borçlar Kanunu*, IV. Fasikül, Ankara Yarı Açık Cezaevi Matbaası, Ankara 1972 (Çev: Saim Özkök).
- Bucher, Eugen. *Schweizerisches Obligationenrecht*, 2., neubearbeitete und erweiterte Auflage, Schulthess Verlag, Zürich 1988.
- Çelik, Yağmur Esin. “Satış Sonrası Hizmetler”, *6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Hükümlerine Göre Tüketici Hukuku Uygulamalarında Tüketicinin Korunması (Ed. Sert Sütçü, Selin)*, Ankara 2019.
- Çınar Ural, Nihal. *Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’a Göre Ayıba Karşı Tekeffül*, <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp>, (Et: 04.04.2018).
- Dokutan, Canan. *Tüketici Hukuku Bakımından Ayıplı İfa Çerçevesinde Bayi ve Servisin Sorumluluğu*, <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp>, (Et: 16.03.2018).
- Emiroğlu, Haluk. “Roma Hukuku'nda Vekâlet Sözleşmesi (Mandatum) ve Hukuki İşlemlerde Temsil”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 52, S. 1, 2003, s. 101-111.
- Eren, Fikret. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 23. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2018 (Eren, Genel).
- Eren, Fikret. *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, Yetkin Yayınevi, 6. Baskı, Ankara 2018.
- Eren, Fikret. “İsimsiz Sözleşmelere İlişkin Bazı Sorunlar”, *Turgut Akıntürk'e Armağan*, Beta Yayınevi, 2008, s. 85-111.
- Fezyioğlu, Necmeddin F. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C. 1, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul 1976.
- Fezyioğlu, Necmeddin F. *Borçlar Hukuku Hususî Kısım Akdin Muhtelif Nevîleri*, C. 1, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul 1970.
- Göçer, Ahmet Alpaslan. *Garanti Belgeleri*, <http://acikerisim.selcuk.edu.tr:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/5610/337689.pdf?sequence=1&isAllowed=y>, (Et: 31.05.2020).
- Gümüş, Mustafa Alper. *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, C. 2, 3. Baskı, Vedat Yayıncılık, İstanbul 2014.
- Gümüş, Mustafa Alper. *Türk-İsviçre Borçlar Hukukunda Vekilin Özen Borcu*, Beta Yayınevi, İstanbul 2001 (Özen).
- Hatemi, Hüseyin/ Gökyayla, Emre. *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, 3. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2015.
- Hatemi, Hüseyin/ Serozan, Rona/ Arpacı, Abdülkadir. *Borçlar Hukuku Özel Bölüm*, Filiz Kitabevi, İstanbul 1992.
- Huguenin, Claire. *Obligationenrecht-Allgemeiner und Besonderer Teil*, Schulthess Verlag, Zürich 2012.
- İnal, H. Tamer. *Tüketici Hukuku*, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2014.
- Karakocalı, Ahmet. *Otomotiv Sektörü Bakımından Garanti Belgesi ve Satış Sonrası Hizmetlere İlişkin Yasal Düzenlemelerin Değerlendirilmesi, Sektörel Bazda Tüketici Hukuku ve Uygulamaları 2015-2016*, Bilge Yayınevi, Ankara 2016 (Ed. TOPBAŞ, Hakan/ ÜÇİŞİK, H. Fehim), s. 146-166.
- Karakocalı, Ahmet. *Tüketici Hukuku Davaları, Teori-Uygulama*, (Ed. Şahin Mccarthy, Oya/ Dinç, Mutlu), Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017.
- Kocayusufpaşaoğlu, Necip. *Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme*, C. 1, 7. Tıpkı Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2017.
- Korkmaz, Sezer. “Satış Sonrası Hizmetler Ve Satış Sonrası Hizmetlerin Tüketiciler Açısından Değerlendirilmesi”, <https://www.mevzuatdergisi.com/2001/06a/02.htm>, (Et: 19.03.2018).
- Kılıçoğlu, Ahmet M. *Borçlar Hukuku (Genel Hükümler)*, 22. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2018.
- Kılıçoğlu, Ahmet M. *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, Turhan Kitabevi, Ankara 2019 (Özel).
- Krüger/ Gottwald. *Münchener Kommentar zum BGB*, Band 3, BGB § 328, 8. Auflage, Verlag C.H. Beck, München 2019.
- Kuntalp, Erden. *Karışık Muhtevalı Akit*, 2. Baskı, Bankacılık Enstitüsü Yayınları, Ankara 2013.
- Kuntalp, Erden. *Karışık Muhtevalı Akit*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1971.

- Mccarthy, Oya Şahin. “6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Genel Çerçevesi ve 4077 sayılı Eski Yasa ile Kıyaslama”, *İstanbul Barosu Dergisi*, C. 88, Özel Sayı, 2014.
- Oğuzman, M. Kemal/ Öz, Turgut. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C. 1, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2018.
- Oğuzman, M. Kemal/ Öz, M. Turgut. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C. 2, 12. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2016.
- Oktay, Saibe. “İsimsiz Sözleşmelerin Geçerliliği, Yorumu ve Boşlukların Tamamlanması”, *İÜHFMD.*, C. 55, S. 1-2, 1996, s. 263-296.
- Özdemir, Şerife Gül/ Sarı, Cahide Gülnur. *Tüketicinin Korunması Hukuku*, Danışman Yayınevi, İstanbul 2006.
- Özel, Çağlar. *Tüketicinin Korunması Hukuku*, 3. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2016.
- Selimoğlu, Yaşar Engin. *Eser Sözleşmesi*, 4. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2017.
- Serozan, Rona/ Baysal, Başak/ Sanlı, Kerem Cem. *Borçlar Hukuku Özel Bölüm*, 4. Baskı, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019.
- Säcker, Franz Jürgen/ Rixecker, Roland/ Oetker, Hartmut/ Limperg, Bettina. *Münchener Kommentar zum BGB*, 8. Auflage, Verlag C.H. Beck, München 2020.
- Säcker, Franz Jürgen/ Rixecker, Roland/ Oetker, Hartmut. *Münchener Kommentar zum BGB*, 7. Auflage, Verlag C.H. Beck, München 2017.
- Tandoğan, Haluk. *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, C. 2, 5. Tıpkıbasım, Vedat Yayıncılık, İstanbul 2010, (Borçlar).
- Tandoğan, Haluk. *Türk Mesuliyet Hukuku (Akit Dışı ve Akdi Mesuliyet)*, Vedat Kitapçılık, Ankara 1961, (Mesuliyet).
- Tarman, Zeynep Derya. *Türk Hukukunda İmalatçının Sorumluluğuna Genel Bir Bakış*, <http://www.journals.istanbul.edu.tr/iuhfm/article/download/1023003858/1023003448> (Et: 03.04.2018).
- Tekinay, Selahattin Sulhi/ Akman, Serhat/ Burcuoğlu, Haluk/ Altop, Atilla. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 7. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 1993.
- Tiryaki, Betül. *Tüketicinin Korunması Hukuku Açısından Ayıplı Hizmetten Doğan Sorumluluk*, <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp>, (Et: 02.03.2018).
- Tunçomağ, Kenan. *Türk Borçlar Hukuku, Genel Hükümler*, C. 1, Sermet Matbaası, İstanbul 1968.
- Türkmen, Ahmet. “Tüketici İşlemlerinde Ayıplı Mal ve Hizmetten Doğan Seçimlik Hakların Tabi Olduğu Zamanaşımı ve Bunun Garanti Taahhütleriyle İlişkisi”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 16, Özel Sayı 2014, s. 3389-3448, 2015.
- Uyumaz, Alper. *Yetkili Servis Sözleşmesi*, Oniki Levha Yayınları, İstanbul 2018.
- Üstün, Zübeyde Meltem, *Türk ve Avrupa Birliği Tüketici Hukukunda İmalatçının Hukuki Sorumluluğu*, <http://dspace.deu.edu.tr/xmlui/handle/12345/11566> (Et: 23.03.2018).
- von Tuhr, Andreas. *Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı*, C. 1-2, Yargıtay Yayınları, Ankara 1983 (Çev: Cevat Edege).
- Yavuz, Cevdet/ Acar, Faruk/ Özen, Burak. *Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler*, Beta Yayınevi, 13. Baskı, İstanbul 2014.
- Yavuz, Cevdet/ Acar, Faruk/ Özen, Burak. *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, Beta Yayınevi, İstanbul 2014.
- Zevkliler, Aydın/ Gökyayla, Emre. *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 18. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2018.

Dijital Geçmişin İnternet Erişiminden Kaldırılması “Unutulma Hakkı” ve Türk Hukukunda Görünümü

Muhammed Emin Karakaş 

Lisans Öğrencisi, Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi, emnkrks123@gmail.com

Makale Bilgileri	ÖZ
<p>Makale Geçmişi Geliş: 03.12.2020 Kabul: 30.12.2020 Yayın: 31.12.2020</p> <p>Anahtar Kelimeler: Unutulma hakkı, kişisel veri, ifade özgürlüğü, Google, Avrupa Birliği Adalet Divanı</p>	<p>Günümüzde, internet kullanımı dünyanın her yerine yayılmış ve bireylerin çok kısa sürede internete erişim sağlayabilmesi mümkün hale gelmiştir. Bunun neticesinde, internet ortamındaki hak ihlalleri artmıştır. Bu bağlamda kişisel verilerin korunması hakkının daha özel bir görünümü olan unutulma hakkı, yeniden tartışılmaya başlamıştır. Avrupa Birliği Adalet Divanı tarafından 13 Mayıs 2014 tarihinde verilen Google-Spain kararı, internetteki arama sonuçlarından bağlantı kaldırmayı sağlayan unutulma hakkının hukuken tanınmasını sağlamıştır. Sonuç olarak başta Google olmak üzere diğer arama motorları da unutulma hakkını uygulamakla yükümlü kılınmıştır. Unutulma hakkı, Google tarafından küresel olarak uygulanmamaktadır. Bir başka deyişle yalnızca talebin yapıldığı ülke ve Avrupa içerisinde uygulanmaktadır. Bu durum ise birçok eleştiri almıştır. Ayrıca unutulma hakkının ifade özgürlüğü hakkı ile çatışması nedeniyle uygulanmaması gerektiği konusunda da tartışmalar mevcuttur. Unutulma hakkı, yalnızca Avrupa Birliği ülkeleri arasında bağlayıcı bir haktır. Bununla beraber Avrupa Birliği üyesi olmayan ülkeler tarafından da rağbet görmektedir.</p>

Removal of Digital History from Internet Access “Right to be Forgotten” and Appearance in Turkish Law

Article Info	ABSTRACT
<p>Article History Received: 03.12.2020 Accepted: 30.12.2020 Published: 31.12.2020</p> <p>Keywords: The right to be forgotten, personal data, freedom of expression, Google, Court of Justice of the European Union</p>	<p>Today, usage of the internet is spread all over the world and it became possible for individuals to connect to the internet. Hence, abuses of the rights on the internet increased. In this sense, the right to be forgotten, which is a more special aspect of the right to protection of the personal data, is started to be discussed again. Google-Spain decision made by the Court of Justice of the European Union on 13 May 2014, ensured judicial recognition of the right to be forgotten, which allows the connection made by using research history to be removed. Consequently, initially Google, all the internet browsers are also held responsible for judicial recognition of the right to be forgotten. The right to be forgotten is being applied by Google globally. In other words, it is applied only in the country where the claim was filed and Europe. This situation drew a lot of criticism. There are also debates that the right to be forgotten should not be implemented because of its conflict with the right to freedom of expression. The right to be forgotten, is a binding right among merely the European Union countries. Nevertheless, this right is in demand by non- European Union countries as well.</p>

Atıf/Citation: Karakaş, M.E. “Dijital Geçmişin İnternet Erişiminden Kaldırılması “Unutulma Hakkı” ve Türk Hukukunda Görünümü”, *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 3, S. 2, 2020, 262-289.



“This article is licensed under a [Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/) (CC BY-NC 4.0)”

GİRİŞ

İnsanların doğasında özgürce yaşama isteği vardır. Özgürlük kavramının içeriği ise dünyanın değişimiyle beraber farklılaşmaktadır. Eski zamanlarda köle olan insanlar, efendilerinin esareti altında yaşamaktayken günümüzdeki insanlar teknolojinin, internetin ve hatta bilginin esareti altında yaşamaktadır. Nitekim dijital hafızada yer alan bazı veriler, özgülendikleri amaçlar dışında kullanılmaya müsait olmakla beraber kötü niyetli kişiler tarafından da ele geçirilebilmektedir. Bunun sonucunda ise kişiler, maddi ve manevi varlığını özgürce geliştirememektedirler. Kişisel verilerin korunması kavramı, söz konusu verilerin korunmaya muhtaç olduğunun anlaşılmasından itibaren hukuk sahnesine çıkmıştır.

Teknoloji ve internetin küresel çapta yaygınlaşması, bazı hakların daha çok ihlal edilmesine yol açmıştır. Özel yaşamın gizliliği hakkı, bu hakların başında gelmektedir. Zira günümüzde 4,57 milyar insanın aktif olarak internet kullandığı belirtilmektedir.¹ Bunun sonucunda kişilerin özel alanları daha fazla risk altında kalmaktadır. Bu noktada özel yaşamın gizliliği hakkının doğal bir uzantısı olan unutulma hakkı ortaya çıkmıştır. Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın (ABAD) 2014 tarihinde verdiği bir karara konu olan unutulma hakkı, ilk kez bu karar ile açık olarak kabul edilmiştir. Söz konusu kararla beraber arama motorlarında bulunan ve kişilerin haklarını ihlal eden veriler, Google tarafından yapılan bir değerlendirme ile erişimden kaldırılacaktır.

Bu çalışmada, teknolojik gelişmelere bağlı olarak ortaya çıkan kişisel verilerin korunması hakkı incelenecek, ardından internet kullanımının yaygınlaşmasıyla beraber gündeme gelen ve kişisel verilerin korunması hakkının doğal bir uzantısı olarak da nitelendirilebilen unutulma hakkının ABAD “Google” kararı ile ortaya çıkışına değinilecektir. Sonrasında unutulma hakkının ortaya çıkış nedenleri incelenerek devamında bu hakkın kapsamı ve uygulanması ele alınacak ve son olarak söz konusu unutulma hakkının Türk hukukundaki görünümünden bahsedilerek Yargıtay, Anayasa Mahkemesi ve Kişisel Verileri Koruma Kurumunun kararları tartışılacaktır.

I. KİŞİSEL VERİ KAVRAMI VE KİŞİSEL VERİLERİN KORUNMASI

A. Kişisel Verilerin Korunmaya Değer Bir Hak Olması

Sır saklama yükümlülüğü erdemli bir insan davranışı olarak tarih boyunca var olmuştur. Bireyler, özel yaşamlarına ait olan kişisel bilgilerini bazen diğer bireylerle paylaşmak zorunda kalmıştır. Bu gizli nitelikteki bilgilerin geçmişteki depolama alanı olan insan hafızasının yerini günümüzde dijital hafıza almıştır. Teknolojik gelişmelere de bağlı olarak bilginin işlenmesi ve depolanması kolaylaşmış, bireylerin ve mal ve hizmet sağlayıcılarının ticari, sosyolojik, güvenlik, tıbbi ve benzeri nedenlerle bilgiye sahip olma isteği artmıştır.² Dijital cihazlarla internet erişiminin de yaygınlaşmasıyla beraber kişilerin fotoğraflarından ses kayıtlarına, serbest zaman

¹ <https://dijilopedi.com/2020-dunya-internet-sosyal-medya-ve-mobil-kullanim-istatistikleri-2-ceyrek/> (Erişim Tarihi: 22.11.2020).

² **Elmalca**, Hasan. “Bilişim Çağının Ortaya Çıkardığı Temel Bir İnsan Hakkı Olarak Unutulma Hakkı”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 65, S. 4, 2016, s. 1604.

aktivitelerinden ticari ürün tercihlerine kadar sanal ortamda birçok veri depolanmaktadır.³ Kapasite bakımından insan hafızasını geride bırakan dijital hafıza, tüm bu verileri saklayabilme potansiyeline sahiptir. Tüm bu durumlar insan hayatını kolaylaştırırken beraberinde de bir güvenlik tehdidi getirmektedir. Dijital mekanizmanın sınırlarımızı ifşa etmeyeceğinin bir garantisi yoktur. O halde bu tehdit karşısında kişilerin bilgilerinin muhafaza edilmesinde etkin rol oynayacak bir müessesenin olması gereklidir.⁴ Bu sebeplerle insan haklarının bir gereği olarak kişisel mahremiyetin ve kişiye ait gizli nitelikteki bilgilerinin koruma altına alınması tartışma konusu olmuştur.⁵ Bunun sonucunda kişisel veri ve kişisel verilerin korunması, ulusal ve uluslararası metinlerde yer almaya başlamıştır.

B. Kişisel Veri Kavramı

Kişisel veri hem uluslararası metinlerde hem de iç hukukta genel hatlarıyla tanımlanmıştır. Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü’nün (GDPR) “Tanımlar” başlıklı 4. maddesinde kişisel veri, “*tanımlanmış veya tanımlanabilir bir gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgidir*” şeklinde ifade edilmiştir. Aynı şekilde 108 no’lu Kişisel Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Bireylerin Korunması Sözleşmesi’nde de benzer bir tanımlama olarak kişisel veri, “*kimliği belirli veya belirlenebilir bir gerçek kişi (“ilgili kişi”) hakkındaki tüm bilgileri ifade eder*” şeklinde tanımlanmıştır.⁶ İç hukukta ise 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu’nun (KVKK) “Tanımlar” başlıklı 3-d maddesinde kişisel veri, “*Kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgi*” olarak tanımlanmıştır. Görüldüğü üzere uluslararası düzenlemelerde yapılan tanımlar iç hukukumuzda da sirayet etmiştir. Kişisel verinin tanımı, belirli bir çerçeve çizilmek suretiyle yapılmış olup sınırlayıcı bir yaklaşımdan uzak durulmuştur.

Kanun koyucunun kişisel veri olabilecek bilgileri tek tek saymaması bilinçli olarak tercih edilmiştir. Zira kişilerin tanımlanmasında etkili olan bilgilerin her geçen gün daha da çeşitlenmesiyle beraber kişisel veri kavramının sınırları da bir o kadar genişlemektedir. Bununla beraber kişisel veri kapsamının, somut olaydaki bilginin niteliğine göre de tayin edilebilmesi mümkündür.⁷ Şu hâlde bir bilginin kişisel veri olarak kabul edilebilmesi için kanunda aranan iki şartın kümülatif olarak gerçekleşmesi gerekmektedir. Bunlar, kişinin kimliğinin belirli veya belirlenebilir olması ve verinin gerçek bir kişiye ait olmasıdır. Söz konusu kanunun yaptığı tanımlamadan hareketle tüzel kişilere ait bilgilerin kişisel veri kapsamına alınmadığı görülmektedir. Bahsi geçen maddenin gerekçesinde de kanunun kapsama alanı, “*...kişisel verileri işlenen gerçek kişiler ile bu verileri işleyen gerçek ve tüzel kişiler...*” olarak belirtilmiştir.⁸

³ **Salihpaşaoğlu**, Yaşar / **Değirmencioğlu**, Burcu. “Unutulma Hakkının Bir “İnsan Hakkı”na Dönüşme Yolculuğu”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 24, S. 2, 2020, s. 362-363.

⁴ Türkiye Büyük Millet Meclisi. “Sıra Sayısı: 117, Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Tasarısı (1/541) ve Adalet Komisyonu Raporu”, Yasama Dönemi: 26, Yasama Yılı:1, s. 4-5.

⁵ **Elmalca**, s. 1605.

⁶ Convention for The Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data. <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/rms/0900001680078b37> (Erişim Tarihi: 23.12.2020).

⁷ Kişisel Verileri Koruma Kurumu. “Örneklerle Kişisel Verilerin Korunması”, *KVKK Yayınları No:29*, Ankara, 2019, s. 1. (Kısaltması: KVKK, Örneklerle Kişisel Verilerin Korunması).

⁸ Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Tasarısı, s. 6.

Kişisel veri, kişinin kimliğini açığa çıkararak ve diğer bireylerden ayırt edilmesini sağlayan her türlü bilgidir. Bu bağlamda isim, imza, parmak izi, telefon numarası, adres gibi genel ayırt edici bilgilerin yanı sıra göz rengi, saç tipi, ayakkabı numarası, kronik hastalık, DNA, lakap gibi bilgiler de kişilerin kimliğinin belirlenmesi ve ayırt edilmesinde önemli bir rol üstlendiği için kişisel veri olabilir.⁹ Kanunda yapılan tanımlamada dikkat edilmesi gereken bir diğer husus da kişinin kimliğinin belirli veya belirlenebilir olmasından ne anlaşılması gerektiğidir. Kişinin kimliğinin belirli olması, mevcut verilerle bireyin tanımlanabilmesini ifade etmektedir. Kişinin kimliğinin belirlenebilir olması durumunda ise mevcut verilerle bireyin tanımlanması yapılamamakta ve bu tanımlamanın yapılabilmesi için katkı sağlayan her türlü makul bilgi kişisel veri kapsamına girmektedir.¹⁰

KVKK'nın 6. maddesinde özel nitelikli kişisel veriler yer almaktadır. Bu veriler mahiyeti gereği daha özel koruma usullerine göre işlenmektedir. Zira özel nitelikli veriler ifşa olduğu takdirde veri sahibinin toplum tarafından rencide edilmesine, ayrımcılığa uğramasına, aşağılanmasına ve mağdur edilmesine neden olabilmektedir.¹¹ Bu sebeple özel nitelikli kişisel veriler kanunda tek tek sayılmıştır. KVKK'nın 6(1) nolu maddesinde bu veriler, “*Kişilerin ırkı, etnik kökeni, siyasi düşüncesi, felsefi inancı, dini, mezhebi veya diğer inançları, kılık ve kıyafeti, dernek, vakıf ya da sendika üyeliği, sağlığı, cinsel hayatı, ceza mahkûmiyeti ve güvenlik tedbirleriyle ilgili verileri ile biyometrik ve genetik verileri özel nitelikli kişisel veridir*” şeklinde sıralanmıştır.

C. Kişisel Verilerin Korunması

Hakların ortaya çıkış sürecinin temelinde, o hakka duyulan ihtiyaç yatar. Özel hayatın gizliliği hakkının ortaya çıkışında da bireylerin mahremiyetinin korunması ihtiyacı vardır. Özellikle sanayi devriminin getirdiği şehirleşme, haberleşme ve basın-yayın faaliyetlerinin artmasıyla birlikte bireylerin özel hayatlarına olan müdahale de artmıştır. Bu bağlamda özel hayatın gizliliği hakkının hukuk sahnesine çıkış tarihi 18. yüzyıla denk gelmektedir.¹² Gelişen şartlar ve değişen koşulların neticesinde, özel hayatın gizliliği hakkının çeşitli özel görünüşleri ortaya çıkmıştır. Bunlardan biri de kişisel verilerin korunması hakkıdır.

Kişisel verilerin korunması ifadesi ilk olarak OECD'nin¹³ Özel Yaşamın Korunması ve Kişisel Verilerin Sınırötesi Akışına İlişkin Rehber İlkeleri başlıklı metninde yer almıştır.¹⁴ Metnin önsözünde, “*Büyük miktarda verilerin saniyeler içinde ulusal sınırlar boyunca ya da kıtalar arasında iletilmesini sağlayan otomatik veri işlemenin gelişmesi, kişisel verilerle ilgili olarak*

⁹ KVKK, Örneklerle Kişisel Verilerin Korunması, s. 3-4.

¹⁰ Guide to the General Data Protection Regulation (GDPR), 2018, s. 10. <https://ico.org.uk/media/for-organisations/guide-to-the-general-data-protection-regulation-gdpr-1-0.pdf> (Erişim Tarihi: 09.09.2020).

¹¹ **Kaya**, Cemil. “Avrupa Birliği Veri Koruma Direktifi Ekseninde Hassas (Kişisel) Veriler ve İşlenmesi”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 69, S. 1-2, 2011, s. 318; Örneklerle Kişisel Verilerin Korunması, s. 19.

¹² **Efil**, Alper Yaser. *Özel Hayatın Gizliliğinin İhlali Suçu*, Birinci Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s. 72.

¹³ Ekonomik Kalkınma ve İşbirliği Örgütü (OECD), 30 Eylül 1961 tarihinde Fransa'nın başkenti Paris'te kurulmuştur.

¹⁴ Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Tasarısı, s. 6.

*gizlilik korumasının dikkate alınmasını gerekli kalmıştır*¹⁵ denilerek kişisel verilerin korunmaya değer olduğunun altı çizilmiştir. Daha sonra birçok uluslararası metinde¹⁶ kişisel verilerin korunmasına ilişkin esaslar ve ilkeler belirlenmiştir. Uluslararası alanda yapılan bu düzenlemeler iç hukukumuzu da etkilemiştir. Nitekim 2010 yılında yapılan anayasa değişikliği ile Anayasa'nın “Özel hayatın gizliliği” başlıklı 20. maddesine kişisel verilerin korunmasıyla ilgili bir fıkra eklenmiştir. Bahsi geçen fıkra, “Herkes, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir. Bu hak; kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi kapsar” demek suretiyle kişisel verilerin korunmasını isteme hakkı, anayasal bir hak olarak ortaya çıkmıştır. Cümlelerin devamında ise söz konusu hakkın kapsamının belirtildiği görülmektedir.

Kişisel verilerin korunması kapsamında alınan tedbirlere uymayanlara karşı Türk Ceza Kanunun'da (TCK) çeşitli suçlar yer almaktadır. TCK'nın 135-138. maddelerinde¹⁷ kişisel verilerin hukuka aykırı olarak kaydedilmesi, verilmesi, ele geçirilmesi ve verileri yok etmeme suçları düzenlenmiştir. Bu durum kanunun gerekçesinde şöyle açıklanmıştır, “Çağımızda kişilerle ilgili kayıtların bilgisayar ortamlarına geçirilip muhafaza edilmesi uygulamasına bazı kurum ve kuruluşlar tarafından başvurulmaktadır; hastanelerde hastalara, sigorta şirketlerinde sigortalılara, bankaların ve kredili alışveriş yapılan mağazaların müşterilerine ilişkin kayıtlar, böylece tutulmaktadır. Bu bilgilerin amaçları dışında kullanılmasından veya herhangi bir şekilde üçüncü şahısların eline geçerek hukuka aykırı olarak yararlanılmasından dolayı hakkında bilgi toplanan kişiler büyük zararlara uğrayabilmektedirler. Bu bakımdan, kişilerle ilgili bilgilerin hukuka aykırı olarak kayda alınması suç olarak tanımlanmıştır.” Bahsi geçen maddelerde anılan suçları tüzel kişilerin işlemesi durumunda ise tüzel kişilere ilişkin güvenlik tedbirleri uygulanacaktır.

Yukarıda bahsedildiği gibi Anayasa'ya 2010 yılında eklenen fıkra, kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usullerin kanunla düzenleneceği belirtilmiştir. Bu bağlamda farklı komisyonlar tarafından 1989 yılından bu yana yapılan taslak çalışmaları, sonuçlarını 2016 yılında

¹⁵ OECD Guidelines on the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data. <https://www.oecd.org/internet/ieconomy/oecdguidelinesontheprivacyandtransborderflowsopersonaldata.htm> (Erişim Tarihi: 10.09.2020).

¹⁶ **Bkz:** 108 No'lu Kişisel Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Bireylerine Korunması Sözleşmesi; BM'nin Bilgisayarlarla İşlenen Kişisel Veri Dosyalarına İlişkin Rehber İlkeleri; 95/46/EC Sayılı Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Serbest Dolaşımı Bakımından Bireylerin Korunmasına İlişkin Avrupa Parlamentosu ve Avrupa Konseyi Direktifi.

¹⁷ TCK m.135, “Hukuka aykırı olarak kişisel verileri kaydeden kimseye bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası verilir.”; TCK m.136, “Kişisel verileri, hukuka aykırı olarak bir başkasına veren, yayan veya ele geçiren kişi, iki yıldan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.”; TCK m.138, “Kanunların belirlediği sürelerin geçmiş olmasına karşın verileri sistem içinde yok etmekle yükümlü olanlara görevlerini yerine getirmediklerinde bir yıldan iki yıla kadar hapis cezası verilir.”

vermiştir.¹⁸ Sözü geçen yılda 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu, Resmî Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.¹⁹

III. UNUTULMA HAKKI

A. Kavramsal Gelişme ve Avrupa Birliği Adalet Divanı’nın Google Kararı

Toplumlar tarihi süreç içerisinde çeşitli iletişim yolları ile birbirlerine haber göndermiştir. Dumanla gönderilen bir bilgidен posta güvercininin taşıdığı bir mektuba, okyanusları aşan gemilerde saklanan formüllerden develerle geçilen çöllerde paylaşılan sırlara kadar birçok haber zorlu ve uzunca bir süreçten sonra yerine ulaştırılabılmıştır. 1960’lı yıllarda, gelişen bilgisayar teknolojilerinin sonucunda yeni bir iletişim yolu olan internet ortaya çıkmış, bilginin ve haberin aktarımı saniyeler kadar kısa sürelerle evrilmiştir.²⁰ Günümüzde ise arama motorlarının, sosyal medyanın ve daha birçok internet sitesinin varlığı ve kolay erişilebilirliği neticesinde, neredeyse her bireyin internette bir verisi vardır. İşte bahsedilen bu verilere üçüncü kişilerin de erişim sağlayabilmesi kimi zaman veri sahibi bireyler için olumsuzluklara neden olmaktadır. Zira bu veriler, veri sahibinin duyulmasını istemediği veya hayat çizgisini belirlerken karşılaşmak istemediği deneyimleri içeriyor olabilir.²¹ Kısacası herkese açık bir görünümü olan veri, veri sahibinin bir sırrı veya hatırlamak istemediği bir bilgisi olabilir. Dolayısıyla bireylerin tüm bu verilerden bağımsız bir hayat sürmesi neredeyse kaçınılmazdır. Bunların sonucunda bireylerin, veri yığınlarının olumsuz etkilerine karşı korunma taleplerine ivedilikle cevap vermesi bakımından etkili olacak bir hakkın varlığı gerekli olmuştur.

Unutulma hakkı en basit tanımıyla, kişinin, kendisine ait verisinin internet erişiminden kaldırılmasını isteme hakkı²² ya da bireylere ait rahatsız edici içeriklerin arama motorlarından geri getirilmeyecek biçimde silinmesini talep etme hakkıdır.²³ Dijital geçmişin silinmesi de diyebileceğimiz unutulma hakkı, Avrupa Birliği Adalet Divanı’nın (ABAD) Google davasında çok önemli bir karara konu olmuş ve ilk kez silme hakkına ek olarak GDPR’de yer almıştır.²⁴ Söz konusu dava 1998 yılında meydana gelmiş bir olay üzerine ABAD’a taşınmıştır. İspanyol bir avukat olan Costeja Gonzáles, maddi durumundaki sıkıntı nedeniyle sosyal güvenlik borçlarını ödeyememiş ve bunun neticesinde Gonzáles’in evi açık artırma yolu ile satılmıştır.²⁵ Bu durum Katalonya’nın önemli bir gazetesi olan La Vanguardia’da duyurulmuştur.²⁶ Daha sonra Gonzáles

¹⁸ **Korkmaz**, İbrahim. “Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Hakkında Bir Değerlendirme” *TBB Dergisi*, Dönem: 2016, S.124, s. 86-87.

¹⁹ Kişisel Verilerin Korunması Kanunu, Kanun No: 6698, Kabul Tarihi: 24.03.2016, RG: 07.04.2016/29677.

²⁰ **Kırık**, Ali Murat. *Yeni Medya Çağı Çerçevesinde Türkiye’de Televizyondan İnternete Dönüşüm ve Sosyal Paylaşım Ağlarında Gençlerin Konumu*, T.C. Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Radyo Televizyon ve Sinema Anabilim Dalı Radyo Televizyon Bilim Dalı Doktora Tezi, 2013, s. 130.

²¹ **Nalbantoğlu**, Seray. “Bir Temel Hak Olarak Unutulma Hakkı”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Yıl:9, S. 35, 2018, s. 589.

²² **Sözüer**, Eren. *Unutulma Hakkı İnsan Hakları Perspektifinden Bir İnceleme*, Birinci Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 7.

²³ **Nalbantoğlu**, s. 589.

²⁴ <https://gdpr-info.eu/issues/right-to-be-forgotten/> (Erişim Tarihi: 14.09.2020).

²⁵ <https://blog.lexpera.com.tr/gecmise-sunger-cekmek-unutulma-hakki/> (Erişim Tarihi: 17.09.2020).

²⁶ **Yavuz**, Can. *İnternet’teki Arama Sonuçlarından Kişisel Verilerin Kaldırılması Unutulma Hakkı*, Birinci Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016, s. 70.

işlerini yoluna koymuş ancak 2010 yılında kendi adı ile yapılan Google arama motoru sonuçlarında, söz konusu gazetede duyurulan sosyal güvenlik borçları nedeniyle evinin satıldığı haberleri çıkmıştır. Bunun neticesinde Gonzáles, İspanya Veri Koruma Ajansına başvurarak La Vanguardia gazetesi, Google İspanya ve Google A.Ş. hakkında şikâyetle bulunmuş ve bu bağlantıların gizlenmesini ya da kaldırılmasını talep etmiştir.²⁷ Ajans, gazeteyle ilgili olan şikâyeti reddetse de diğerlerini kabul etmiştir. Sonrasında dava Google İspanya ve Google A.Ş. tarafından temyize taşınmış ve görüş bildirilmesi için ABAD’a müracaat edilmiştir.²⁸

ABAD karara varırken AB Veri Koruma Yönergesi²⁹ ve AB Temel Haklar Şartına³⁰ dayanmıştır. Söz konusu kararda, “İnternet kullanıcısının, Google Arama Motoru aracılığıyla veri konusunun ismine dayalı bir arama yaparak elde ettiği sonuçlar listesinde, veri konusunun isminin geçtiği ve sosyal güvenlik borçlarının tahsiline ilişkin haciz davaları ile bağlantılı bir gayrimenkul açık artırması ilanını içeren bir günlük gazetenin internet üzerindeki arşivlerinde yer alan sayfalara ait linklerin görüntülenmesine ilişkin esas davadaki gibi bir durum dikkate alındığında, bu haberlerde yer alan bilgilerin, veri konusunun özel hayatına karşı hassasiyeti ve ilk yayınlamanın 16 yıl önce yapıldığı göz önünde bulundurulduğunda, bu kişinin ilgili bilginin artık bir liste aracılığıyla ismine bağlanmaması gerektiğine ilişkin hakka sahip olduğuna hükmedilmelidir. Bu nedenle, söz konusu davada, başvuran mahkemenin değinmesi gereken bir konu olsa da bu tür bir arama kapsamında kamunun bu bilgiye erişiminde üstün bir çıkarı olduğunu doğrulayan belirli nedenler bulunmadığından, 95/46 sayılı Direktif’in 12’nci (b) bendi ve 14’üncü maddesinin birinci paragrafının (a) bendi gereğince, veri konusu, bu linklerin sonuçlar listesinden kaldırılmasını gerekli kılabilir.”³¹ denilmek suretiyle haberin güncelliğini yitirdiği belirtilmiş ve somut olayda veri sahibinin özel hayatına karşı gösterilmesi gereken hassasiyet, kamunun bilgiye erişme hakkından daha üstün tutulmuştur. Sonuç olarak Gonzáles’in ismiyle yapılan aramalarda, arama motorlarında çıkan bağlantıların listeden kaldırılması kararı verilmiştir. Bahsi geçen karar, unutulma hakkının kabul edilmesinde bir kilometre taşı olmuş ve unutulma hakkı Avrupa’da birçok ülkede uygulanmaya başlamıştır.³²

ABAD’ın bu kararından sonra GDPR’de “right to be forgotten” olarak yer alan söz konusu hak, Türk hukuk terminolojisine de “unutulma hakkı” olarak geçmiştir. Tüm bu durumlar çerçevesinde unutulma hakkı, “bireyin internet ortamında yer alan ve üçüncü kişilerin bilmesini

²⁷ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Mahkeme İçtihadına İlişkin Bilgi Notu, “Google Spain SL ve Google Inc. / Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) ve Mario Costeja González- C-131/12”, S. 174, Mayıs, 2014.

²⁸ **Akkurt**, Sinan Sami. “17.06.2015Tarih, E. 2014/4-56, K. 2015/1679 Sayılı Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararı ve Mukayeseli Hukuk Çerçevesinde Unutulma Hakkı”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 65, S. 4, 2016, s. 2610.

²⁹ Avrupa Parlamentosu’nun ve Avrupa Konseyi’nin kişisel verilerin işlenmesine ilişkin olarak bireylerin korunması ve bu verilerin serbest dolaşımı hakkındaki 1995 tarihli ve 95/46/EC sayılı Yönergesi.

³⁰ Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı madde 8: “...Herkes, kendisi hakkında toplanmış verilere erişme ve bunları düzeltirme hakkına sahiptir.”

³¹ https://abgm.adalet.gov.tr/abadaletdivani/belgeler/karar_13.pdf (Erişim Tarihi: 18.09.2020).

³² **Yavuz**, s. 69.

istemediği kişisel verilerinin silinmesini, dolayısıyla dijital dünyada unutulmayı, hatırlanmamayı isteme hakkı” olarak tanımlanabilir.³³

B. Unutulma Hakkına Duyulan İhtiyaç

1. Kişilerin Geleceklerini Serbestçe Tayin Etmek İstemesi

İnsanlar yaşamını en iyi şekilde sürdürmek ister. Ancak bazen hayatın olağan akışı içerisinde istenmeyen durumlarla karşılaşabilmektedirler. Örneğin, kişinin ismi bir suça karışmış veya yüz kızartıcı bir durumla karşı karşıya kalmış olabilir. Bunun neticesinde söz konusu kişiye ilişkin internette yer alan haberler, kişinin geçmişinden bağımsız bir hayat çizgisi belirlemesine engel teşkil etmektedir. Zira bu veriler birçok kişi tarafından görülmekte, kaydedilmekte ve yayılmaktadır. Dolayısıyla unutulmanın esiri olan insan hafızasının karşısında hiçbir veriyi unutmayan ve saklayan dijital bellek, geçmişinden bağımsız yeni bir sayfa açmak isteyen kişilerin karşısına adeta bir anımsatıcı gibi çıkmaktadır.³⁴ Nitekim özünde insanları ihya etmek olan hukuk sistemleri, suça karışmış kişilerin de topluma yeniden adapte olabilmesi ve hayatlarına temiz bir sayfa açabilmesi için unutulma hakkını uygulamaktadır.

Unutulma hakkına olan ihtiyacın bir göstergesi çevrim içi itibarı düzeltmek için kurulmuş ve faaliyet gösteren müesseselerdir. Online itibar yönetimi (reputation management), veri sahiplerinin Google arama sonuçlarında çıkan olumsuz haberlerini sildirmek veya kaldırmak için kişi veya kurumlarca yapılan bir çalışmadır.³⁵ Özellikle veri sahipleri hakkında yapılan yanlış ve itibar zedeleyici haberler, kişilerin çalışma hayatından sosyal hayatına kadar geniş bir ölçekte olumsuz sonuçlar doğurmaktadır. İşte bu durumda online itibar yönetimi, müşterilerinin internette yer alan içeriklerini araştırarak ortaya çıkan olumsuz sonuçları kaldırmak için çalışmaktadır.³⁶ Tüm bu nedenler yalnızca internet çağındaki insanların değil, şirketlerin ve kurumların da unutulma hakkına duyduğu ihtiyacı gözler önüne sermektedir.

2. Dünyadaki İnternet Kullanımı ve Google Şeffaflık Raporu

We Are Social³⁷ tarafından yayınlanan “2020 2. Çeyrek Dünya İnternet Kullanım İstatistikleri” raporuna göre dünya nüfusunun %59’unu oluşturan 4,57 milyar insan aktif olarak internet kullanmaktadır.³⁸ Dijital ortama veri yüklemenin de bir tıklama kadar kolay olduğu düşünüldüğünde internette yer alan kişisel verilerin sayısı her geçen gün daha da artmaktadır. Aynı zamanda internet kullanıcısı olmayan bireylerin kişisel verileri de üçüncü kişiler tarafından dijital belleğe aktarılabilir. Bu veriler bazı durumlarda kişilerin iradesi dışında zorunlu olarak da paylaşılmaktadır. Örneğin üye olmak istenilen internet sitesinin talep ettiği kişisel veriler

³³ **Akgül**, Aydın. “Kişisel Verilerin Korunmasında Yeni Bir Hak: “Unutulma Hakkı” ve AB Adalet Divanı’nın Google Kararı”, *TBB Dergisi*, Dönem: 2016, S. 116, s. 17.

³⁴ **Salihpaşaoğlu/Değirmencioğlu**, s. 368.

³⁵ <https://www.celilcan.net/google-itibar-yonetimi/> (Erişim Tarihi: 26.09.2020).

³⁶ **Yavuz**, s. 41.

³⁷ Amacı insanları ve markaları anlamlı yollarla birbirlerine bağlamak olan küresel bir şirket. 2008 yılında Londra’da kurulmuştur.

³⁸ <https://dijilopedi.com/2020-dunya-internet-sosyal-medya-ve-mobil-kullanim-istatistikleri-2-ceyrek/> (Erişim Tarihi: 26.09.2020).

paylaşılmadıkça o siteye üye olunamadığı için bireyler kişisel verilerini paylaşmak durumunda kalmaktadır. Netice olarak karşımıza yığınlar dolusu veri çıkmaktadır.

Aynı raporun bir diğer istatistiği olan dünya sosyal medya kullanımı ise hemen hemen dünya nüfusunun yarısı olan 3,81 milyar kişiye denk gelmektedir. Sosyal medyada paylaşılmakta olan fotoğraf, konum, iş ve öğrenim hayatına dair bilgiler ve bunun gibi birçok veri her geçen gün daha da artmaktadır. Veri paylaşımının son derece kolay olduğu internet çağında ise veri sahiplerine tanınması gereken hak, arama motorlarında kişinin ismiyle yapılan aramalarda çıkan sonuçları silecek bir mekanizmadır.

Google, ABAD tarafından 2014 yılında verilen unutulma hakkı kararından sonra kullanıcılar tarafından oluşturulan listeden kaldırma taleplerini değerlendirmektedir. Aynı zamanda söz konusu tarihten bugüne kadar bu haktan yararlanmak isteyenlerin başvuru talepleri ve neticelerini istatistiksel olarak hesaplamaktadır. 2014 yılından günümüze kadar toplam 3.807.772 URL'nin³⁹ listeden kaldırılması talep edilmiş ve bunların %56'sı haklı bir talep olarak değerlendirilerek arama sonuçlarından kaldırılmıştır.⁴⁰ Kaldırılmayan bağlantılar için dava yoluna gidebilmek mümkündür. Toplam talep sayısı göz önüne alındığında unutulma hakkının gerçek bir ihtiyaç olduğu aşikardır.

C. Kapsam

1. Hukuki Çerçeve

ABAD, Google kararında büyük ölçüde 95/46 sayılı Direktif'in hükümlerine dayanmıştır. Söz konusu Direktif'in 12. maddesinde, özellikle verinin eksik veya yanlış yapısı yüzünden Direktif'in hükümlerine uymadığı durumlarda anılan verilerin engellenmesi, silinmesi ya da uygun olarak düzeltilmesinin talep edilebilmesi durumu yer almaktaydı.⁴¹ 2016 yılında kabul edilen GDPR ise yukarıda anılan 95/46 sayılı Direktif'i yürürlükten kaldırmış ve dijital çağa yönelik güncellenmiş bir rejim kurmuştur.⁴² GDPR'nin “*Düzeltilme ve silme*” başlıklı üçüncü bölümünde yer alan ve madde başlığında “*Right to erasure ('right to be forgotten')*” olarak belirtilip silme hakkına ek olarak yer alan unutulma hakkı, ABAD kararına konu olduktan sonra ilk kez açıkça GDPR'de yer almıştır.⁴³ Söz konusu hakkın düzenlendiği GDPR madde 17'de, “*Veri sahibinin kendisi ile ilgili kişisel verilerin herhangi bir gecikmeye mahal verilmeksizin silinmesini kontrolörden talep etme hakkı bulunur...*” denilerek unutulma hakkının veri sahiplerine tanındığı görülmektedir. Her şeyden önce söz konusu madde metninden hareketle “kontrolör” kavramından ne anlaşılması gerektiği tespit edilmelidir. Bu bağlamda verilerin işlenmesinde karar verme gücüne

³⁹ URL (Uniform Resource Loader), arama motorlarının adres çubuğunda bulunan bağlantı linkidir.

⁴⁰ Google Şeffaflık Raporu, Avrupa Gizlilik Yasası Kapsamında İçerik Kaldırma Talepleri. <https://transparencyreport.google.com/eu-privacy/overview?hl=tr> (Erişim Tarihi: 27.09.2020).

⁴¹ Soysal, Tamer. “Unutulma Hakkının Avrupa Birliği'nin Genel Veri Koruma Tüzüğü Çerçevesinde İncelenmesi”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, Yıl: 7, Sayı. 13, s. 364.

⁴² Guadamuz, Andres. “Developing a Right to be Forgotten”, *EU Internet Law*, November 2017, pp. 12.

⁴³ Politou, Eugenia / Michota, Alexandra / Alepis, Efthimios / Pocs, Matthias / Patsakis, Constantinos. “Backups and the Right To Be Forgotten in the GDPR: An Uneasy Relationship”, *Computer Law & Security Review*, Volume 34, Issue 6, December 2018, pp. 2-3; The right to erasure or right to be forgotten under the GDPR explained and visualized <https://www.i-scoop.eu/gdpr/right-erasure-right-forgotten-gdpr/> (Erişim Tarihi: 23.12.2020).

sahip, amaç ve yöntemleri belirleyen herhangi bir organ kontrolör olabilecektir. ABAD tarafından verilen Google kararının gerekçesinde ise otomatik dizinleme, geçici depolama ve belirli bir tercih düzenine göre internet kullanıcılarının erişimine sunulan bilgilerin kişisel veri içermesi durumunda Google’ın de kontrolör olarak değerlendirilmesi gerektiği vurgulanmıştır.⁴⁴ Bununla beraber internetteki sonuçlardan silinme talep edecek olanın da kişisel verinin sahibi olduğu açıkça hükme bağlanmıştır.

Unutulma hakkının öznesi ve yükümlüsünün tespitinden sonra kaldırılması talep edilen bağlantıda aranan şartlar diğer bir önemli noktayı oluşturmaktadır. Bu konuya ışık tutan ilk hükümler ABAD tarafından verilen Google kararının gerekçe metninde yer almaktadır.⁴⁵ Metinde geçen birçok hükmün kaynağı olarak da 95/46/EC sayılı Direktif gösterilmiştir. Söz konusu Direktif’e göre adil ve yasal olarak işlenmemiş, meşru amaçlar için toplanmamış ve toplansa dahi bu amacı aşan ve güncel tutulmayan kişisel veriler unutulma hakkı kapsamına girecektir. Unutulma hakkının açık bir şekilde ilk olarak GDPR’de yer aldığından yukarıda bahsedilmiştir. GDPR uyarınca söz konusu kişisel verinin artık işlenmek için gerekli olmaması, veri sahibinin iznini geri çekmesi, işlemeye yönelik meşru bir gerekçenin olmaması ve veri sahibinin itirazda bulunması durumlarında kontrolör, gecikmeye mahal vermeksizin kişisel veriyi silmek zorundadır. Bununla beraber kişisel verinin yasa dışı yollarla işlenmiş olması durumunda da unutulma hakkı söz konusu olacaktır. İngiltere ve Galler Yüksek Mahkemesi yıllar önce adli suçlardan hüküm giymiş olan iki iş adamının Google arama motorunda çıkan sonuçlardan rahatsız olması nedeniyle açtığı davada, “...Suç ve cezalandırmaya ilişkin bilgiler güncelliğini yitirmiş ve ilgisiz hale gelmiştir. NT2 açıkça suçunu kabul etmiş ve pişmanlığını dile getirmiştir. Tekrarlama riskine dair herhangi bir delil yoktur. Şu anki iş faaliyetleri o dönemde gösterdiği alandan oldukça farklıdır. Geçmişteki suç, herhangi birinin şu anda veya gelecekte iş faaliyetlerine katılmaya uygun olup olmadığına ilişkin değerlendirmesiyle çok az alakalıdır. Bu faaliyet hakkında kimsenin uyarılmasına gerçekten ihtiyaç yoktur.” gerekçesiyle karar vermiştir.⁴⁶ Görüldüğü üzere söz konusu metinlerde unutulma hakkının öznesi, yükümlüsü ve kişisel verinin internet erişiminden kaldırılmasına ilişkin diğer şartlar belirtilmiş olup unutulma hakkının çerçevesi çizilmiştir.

2. Sınırları

Unutulma hakkının hukuki çerçevesi çizildikten sonra değinilmesi gereken bir diğer husus diğer haklarla çatışması ve sınırlanmasıdır. Diğer bir deyişle unutulma hakkının uygulanamayacağı haller de mevcuttur. Zira bireyin mahremiyetinin son derece önemli olduğu günümüz hukukunda toplumun bilgi edinme ve bilgiye ulaşma hakkı da bir o kadar önemlidir. Bu bağlamda unutulma hakkının mutlak olarak uygulanmaması gerekmektedir. Bu konuya açıklık getiren GDPR’nin 17/3 maddesine göre unutulma hakkı; silme işleminin ifade özgürlüğünü

⁴⁴ T.C. Adalet Bakanlığı Avrupa Birliği Genel Müdürlüğü, Avrupa Birliği Adalet Divanı Kararları, ABAD-C-131/12 *Karar* (Google Spain SL ve Diğer Şirket / Agencia Espanola De Proteccion De Datos (AEPD) ve Diğer).

⁴⁵ Yıldız, Tuba. *Kişilik Hakları Açısından Unutulma Hakkı*, Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, 2019, s. 108.

⁴⁶ Judiciary of England and Wales, Nt1&NT2 v Google LLC 8 [2018] EWHC 799 (QB), 13 April 2018. <https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/2018/04/nt1-Nnt2-v-google-2018-Eewhc-799-QB.pdf> (Erişim Tarihi: 04.10.2020).

olumsuz etkileyeceği, yasal bir zorunlulukla çelişeceği, halk sağlığı alanında kamu yararına aykırı davranacağı, bilimsel veya tarihi araştırma alanında kamu yararına aykırı hareket edeceği, yasal bir savunma veya diğer yasal hak taleplerinin kullanılması durumlarında uygulanamayabilecektir.⁴⁷ Görüldüğü üzere unutulma hakkı, mutlak veya koşulsuz bir hak olmamakla beraber pek çok istisnası ve sınırlaması vardır.⁴⁸

a. İfade Özgürlüğü ve Bilgi Edinme Hakkının Kullanılması

GDPR'nin 17/3-a maddesine göre unutulma hakkı, ifade özgürlüğü ve bilgi edinme hakkının kullanılması doğrultusunda gerekli olduğu ölçüde uygulanmayacaktır. İfade özgürlüğü, bilgi ve fikirleri açıklama, ulaşma, edinme ve yayma serbestliğini sağlar.⁴⁹ Bunun yanında unutulma hakkı ise dar anlamda bilginin erişimden kaldırılmasıdır. Netice itibarıyla unutulma hakkı ile ifade özgürlüğünün arasında meydana gelen menfaat çatışmasının hangisinin lehine çözümlenmesi gerektiği tartışma konusu olmuştur.⁵⁰ Zira unutulma hakkıyla kişilere tanınan bilginin erişimden kaldırılması hakkı, bilginin yayılması ve dolayısıyla ifade özgürlüğü ile çatışmaktadır. Bu konuya ilk kez açıklık getiren ABAD Google kararında, kişisel mahremiyetin unutulma hakkı kapsamına girebilmesi için arama motorunun ve bilgi alma hakkının genel çıkarlarından daha üstün bir çıkarının olması gerektiği vurgulanmıştır.⁵¹ Bu noktada önemli olan şey ise bahsedilen iki hak arasındaki menfaat dengesini kurabilmektedir. Nitekim somut bir olay karşısında ifade özgürlüğü ve unutulma hakkı arasındaki çıkar üstünlüğünü doğru tespit edebilmek son derece hassas bir konuyu oluşturmaktadır.

GDPR'nin “İşleme ve ifade ve bilgi edinme özgürlüğü” başlıklı 85. maddesinde bu konuya değinilmiştir. Buna göre gazetecilik amaçları ve akademik, sanatsal veya edebi anlatım amaçları doğrultusunda işleme de dahil olmak üzere üye devletler, GDPR uyarınca kişisel verilerin korunması hakkı ile ifade ve bilgi edinme özgürlüğü hakkını kanunla bağdaştırmak durumundadır. Dolayısıyla bahsedilen iki hakka ilişkin üye ülkelerin düzenleme yapması gereği, GDPR hükümlerinin de göz önünde bulundurulması kaydıyla açıkça vurgulanmıştır.⁵² Şu hâlde denilebilir ki unutulma hakkı ve ifade özgürlüğünün dengelenmesinden ve çatışmasından doğacak potansiyel bir problem, her üye ülkenin kendi ayarlayacağı çözüm sistemine bırakılmıştır.⁵³

Unutulma hakkı çerçevesinde kontrolör olarak kabul edilen Google, içerik kaldırma başvuru ekranında veri sahiplerine, silinme talep ettiği bilgiler ile kamunun bu bilgileri edinmesi arasında bir menfaat dengesi kurması gerektiğini belirtmiştir. Bununla beraber terazinin kamu

⁴⁷ Everything You Need to Know About The “Right to be Forgotten”, Section 5: What Information Do You Wish to Erase. <https://gdpr.eu/right-to-be-forgotten/> (Erişim Tarihi: 22.12.2020).

⁴⁸ The right to erasure or right to be forgotten under the GDPR explained and visualized. Caption: The right to be forgotten in conclusion.

⁴⁹ İnsan Hakları Evrensel Beyanamesi m.19.

⁵⁰ Elmalica, s. 1620.

⁵¹ ABAD-C-131/12 Karar (Google Spain SL ve Diğer Şirket / Agencia Espanola De Proteccion De Datos (AEPD)).

⁵² Soysal, s. 400.

⁵³ Masnick, Mike. “Dear Europe: Please Don't Kill Free Speech In The Name Of Privacy Protection”, May, 2017. <https://www.techdirt.com/articles/20170505/17475037310/> (Erişim Tarihi: 23.12.2020).

yararı kefesinin ağır bastığı durumlarda içerik kaldırma taleplerinin reddedilebileceği açıkça söylenmiştir.⁵⁴ Örneğin mali dolandırıcılık, görevi kötüye kullanma, rüşvet ve benzeri adli suçlarla ilgili bilgiler, kamu menfaatinin ağır basması durumunda kaldırılamayabilecektir. Şu hâlde haklar arasındaki dengenin kurulabilmesi için somut olayların mahiyetine göre karar verilmesi daha doğru olacaktır.

b. Yasal Bir Yükümlülüğe Uyulması, Kamu Yararına Gerçekleştirilen Bir Görevin Yerine Getirilmesi veya Kontrolöre Verilen Resmi Bir Yetkinin Uygulanması

GDPR 17/3-b maddesinde, yasal bir yükümlülüğün yerine getirilmesi amacıyla yapılan veri işleme faaliyetlerinin de bazı durumlarda unutulma hakkı kapsamına girmeyeceği belirtilmiştir. Bu bağlamda unutulma hakkı, kontrolörün tabi olduğu Birlik veya üye devlet hukuku çerçevesinde işleme faaliyeti gerektiren bir yasal yükümlülüğe uygunluk açısından veya kamu yararına gerçekleştirilen bir görevin yerine getirilmesi veya kontrolöre verilen resmi bir yetkinin uygulanması açısından, gerekli olduğu ölçüde uygulanmayacaktır. Bu noktada değinilmesi gereken bir diğer husus da GDPR'nin bir AB düzenlemesi olması sebebiyle, AB mevzuatı veya AB üye devletleri dışındaki devletlerin, iç hukuklarındaki mevzuata dayanan veri işleme faaliyetlerinin bu istisnadan yararlanamayacağıdır.⁵⁵

GDPR'nin “İşleme faaliyetinin hukuka uygunluğu” başlıklı 6/1 maddesinde sırasıyla veri işleme faaliyetini hukuka uygun hale getiren hususlar belirtilmiştir. 6/1-e bendinde, kamu yararına gerçekleştirilen bir görevin yerine getirilmesi veya kontrolöre verilen resmi bir yetkinin uygulanması hususunda işleme faaliyetlerinin gerekli olması durumunda, söz konusu işleme faaliyetinin hukuka uygun olduğu kabul edilmiştir. Bu bağlamda kontrolör olarak kabul edilen arama motorlarının da resmi bir yetkiyi kullanarak işleme faaliyeti gerçekleştirdiği durumlarda hukuka aykırı bir durumdan bahsedilemeyecektir. Ancak işleme faaliyetinin dayanağının AB hukuku veya kontrolörün tabi olduğu üye devlet hukuku ile ortaya koyulması gerekmektedir. Açıklanan bu hususlara uyumlu olarak GDPR'nin 17/3-b maddesinde de vurgulandığı üzere, kamu yararına gerçekleştirilen bir görevin yerine getirilmesi veya kontrolöre verilen resmi bir yetkinin uygulanması açısından unutulma hakkı, gerekli olduğu ölçüde uygulanmayacaktır.

c. Halk Sağlığı Alanındaki Kamu Yararı Halleri

GDPR'nin “Tanımlar” başlıklı 4. maddesinde sağlıkla ilgili veri, gerçek kişinin fiziksel veya ruhsal sağlığına ilişkin kişisel veri olarak tanımlanmıştır. Bununla beraber GDPR'nin 9/1 maddesinde bir gerçek kişinin kimlik teşhisinin yapılması amacıyla genetik veriler ile biyometrik verilerin, sağlık ile ilgili verilerin veya bir gerçek kişinin cinsel yaşamı veya cinsel eğilimine ilişkin verilerin işlenmesi yasaklanmıştır. Ancak söz konusu yasaklara GDPR'nin 9/2 maddesinde bazı istisnalar getirilmiştir. Buna göre tıbbi tanı, sağlık veya sosyal bakım hizmetlerinin veya tedavinin sağlanması ya da sağlık veya sosyal bakım sistemleri ve hizmetlerinin yönetilmesi açısından veri işleme faaliyetlerinin gerekli olması durumunda söz konusu yasakların uygulanmayacağı GDPR'nin 9/2-h maddesinde düzenlenmiştir. Bununla beraber sağlığa yönelik ciddi sınır ötesi

⁵⁴ https://www.google.com/webmasters/tools/legal-removal-request?complaint_type=rtbf&visit_id (Erişim Tarihi: 11.10.2020).

⁵⁵ Soysal, s. 402.

tehditlere karşı koruma sağlanması veya sağlık hizmetleri ve tıbbi ürünler ya da tıbbi cihazlara ilişkin yüksek kalite veya emniyet standartları sağlanması gibi halk sağlığı alanında kamu yararına yönelik olarak işleme faaliyetlerinin gerekmesi durumlarında işlenen verilerin de yasak kapsamında olmadığı konusu GDPR'nin 9/2-i maddesinde düzenlenmiştir. Açıklanan bu düzenlemelere paralel olarak GDPR'nin 17/3-c maddesinde, halk sağlığı alanındaki kamu yararı sebeplerinden dolayı unutulma hakkının gerekli olduğu ölçüde uygulanmayacağından bahsedilmiştir.

d. Kamu Yararına Arşivleme Amaçları, Bilimsel veya Tarihi Araştırma Amaçları ya da İstatistikî Amaçlar

Kişisel verinin korunması hakkının özüne uyulması ve veri sahibinin temel hak ve menfaatlerinin korunması şartıyla kamu yararına yönelik arşivleme amaçları, bilimsel veya tarihi araştırma amaçları ya da istatistikî amaçları doğrultusunda işleme faaliyetleri, GDPR madde 9/2-j uyarınca hukuka uygun olan kişisel veri işleme faaliyeti kapsamına alınmıştır. Bununla beraber GDPR madde 17/3-d uyarınca söz konusu arşivleme faaliyetleri, unutulma hakkının uygulanmayacağı bir diğer durum olarak karşımıza çıkmaktadır.

GDPR'nin 89/1 maddesinde kamu yararına arşivleme amaçlarının, bilimsel veya tarihi araştırma amaçları ya da istatistikî amaçlar doğrultusunda işleme faaliyetlerinin, veri sahibinin haklarının güvence altına alınmasına tabi olduğuna işaret edilmiştir. Ancak bunun için alınacak tedbirler, verilerin en alt düzeye indirilmesi ilkesi, bir diğer adıyla veri minimizasyonuna uygun olmalıdır. Veri minimizasyonu, veri gizliliğini desteklemek için önceden açıkça belirtilen nedenler için gerekli olmadığı sürece, toplanan ve işlenen verilerin tutulmaması veya daha fazla kullanılmaması gerektiğini belirtir.⁵⁶ Bu bağlamda kamu yararına arşivleme amacıyla yapılan veri işleme faaliyetinin söz konusu ilkeye uyması amacıyla verinin, kişinin teşhis edilmesine olanak sağlama ve kişiyle ilişkilendirilebilir olma durumlarının kaldırılabilmesi veya takma bir ad kullanılarak değiştirilebileceği öngörülmüştür.

Kamu yararına arşivleme faaliyetleri kapsamında veri işleyen resmî kurumların, kamu sektörlerinin veya özel oluşumların, genel kamunun yararı için kalıcı kayıtların edinilmesi, korunması, değerlendirilmesi, düzenlenmesi, açıklanması, iletilmesi, yayılması ve erişimi noktalarında yasal yükümlülüğe sahip olması gerektiği, GDPR'nin 158. gerekçesinde belirtilmiştir. Bununla beraber söz konusu gerekçe maddesinde üye devletlerin, eski totaliter devlet rejimleri altındaki siyasi davranışlara, soykırıma, insanlığa karşı suçlara, özellikle holokost ve savaş suçlarına ilişkin özel bilgiler sağlanması amacıyla arşivleme faaliyetleri yapmasına izin verilmiştir.

GDPR'nin 33. gerekçesinde, bilimsel araştırma amaçları için kişisel veri işlemenin amacının tam olarak belirlenmesinin genellikle mümkün olmadığı vurgulanmıştır. Bu durumda veri öznelerinin, bilimsel araştırma faaliyetleri için kabul görmüş etik standartlara uygun olarak söz konusu araştırmaların belirli alanlarına rıza göstermeleri gerekmektedir. Bu hususa ışık tutan

⁵⁶ Data Minimization GDPR Principles of Processing. <https://www.dataguise.com/gdpr-knowledge-center/data-minimization/> (Erişim Tarihi: 23.12.2020).

diğer bir konu da bilimsel araştırma kapsamının geniş yorumlanması gerektiğini ifade eden 159. gerekçedir. Buna göre bilimsel araştırma çalışmaları teknolojik gelişim, temel araştırma, uygulamalı araştırma ve özel olarak yürütülüp finanse edilen araştırmalar ve hatta halk sağlığı alanındaki kamu yararına yapılan çalışmaları da kapsamaktadır.

e. Yasal İddialarda Bulunulması, Yasal İddiaların Uygulanması veya Savunulması

Unutulma hakkının uygulanmayacağı hallerden sonuncusu olan düzenleme, GDPR 17/3-e maddesinde yer alan yasal iddialarda bulunulması, bu iddiaların uygulanması veya savunulması durumlarıdır. Benzer şekilde GDPR'nin 18. maddesinde veri öznesinin, işleme faaliyetlerinin kısıtlanmasını talep edebileceği durumlar sayılırken, yalnızca veri sahibinin rızası veya yasal iddialarda bulunulması ve bu iddiaların uygulanması ya da savunulmasına yönelik sebepler söz konusu olduğu durumlarda işleme faaliyetinin olabileceğinden bahsedilmiştir. Bir diğer düzenleme ise GDPR 49/1-e maddesinde yer almaktadır. Anılan düzenlemeye göre kişisel verilerin üçüncü bir ülkeye veya uluslararası bir kuruluşa aktarılmasının gerçekleştiği hallerden biri de söz konusu aktarım için yasal iddialarda bulunulması, bu iddiaların uygulanması veya savunulması açısından gerekli olması halidir.

D. Unutulma Hakkının Uygulanması

Veri sorumlusu olan ve kontrolör olarak kabul edilen arama motorları, ABAD Google kararından sonra unutulma hakkını uygulamakla yükümlü kılınmıştır. Bunun sonucunda arama motorları, unutulma hakkının nasıl uygulanacağını ve başvuru usullerini kendileri belirlemişlerdir.⁵⁷ Unutulma hakkının uygulanması konusu incelenirken bu incelemenin Google arama motoru üzerinden yapılması yerinde olacaktır. Zira Google dünya çapında en fazla kullanılan arama motoru olmasının yanı sıra en fazla unutulma hakkı talebiyle karşılaşan ve bu talebi en şeffaf değerlendiren kurumdur.⁵⁸

1. Talep Alma Aşaması

ABAD'ın Mayıs 2014 tarihli unutulma hakkı kararından sonra Google ve diğer arama motorları, unutulma hakkını uygulama yükümlüleri olarak karşımıza çıkmaktadır. Nitekim Google, 29 Mayıs 2014 tarihinden bu yana unutulma hakkı kapsamında başvuru almaktadır.⁵⁹ Bu bağlamda kullanıcıların kendi isimleri ile yaptıkları arama sonuçlarında listelenen bağlantılar güncel ve meşru değilse ve kamu menfaatine yönelik olmayıp adil ve yasal olarak işlenmemiş verilerden oluşuyorsa söz konusu bağlantıların erişimden kaldırılmasını talep hakkı doğacaktır.⁶⁰ Ancak anılan hak oluştuğu takdirde ilgili kişinin bir menfaat dengesi yapması gerekmektedir. Zira Google tarafından hazırlanan talep formunda, başvuru yapılmadan önce ilgili kişinin gizlilik hakkı

⁵⁷ Microsoft'un arama motoru olan Bing, mahkeme kararını uygulamak amacıyla kişisel veri içeren bağlantıları arama sonuçlarından kaldırmak için Google'a benzer bir form yayınlamıştır. Formu detaylı incelemek için bkz: <https://www.bing.com/webmaster/tools/eu-privacy-request> (Erişim Tarihi: 31.10.2020). Aynı şekilde Yahoo arama motoru da her somut olay karşısında kamusal menfaat ve kişisel menfaat arasında bir denge kurarak listeden kaldırma taleplerini değerlendirmektedir, <https://www.zdnet.com/article/bing-and-yahoo-respond-to-right-to-be-forgotten-requests/> (Erişim Tarihi: 31.10.2020).

⁵⁸ **Yavuz**, s.111; <https://firmajans.com.tr/seo/en-cok-kullanilan-arama-motorlari/> (Erişim Tarihi: 31.10.2020).

⁵⁹ Google Şeffaflık Raporu.

⁶⁰ ABAD-C-131/12 Karar.

ile bu verilere erişimde kamu yararının olup olmadığı ve üçüncü kişilerin bu bilgileri yayma hakkı arasında bir denge kurulması gerektiği söylenmiştir.⁶¹ Söz konusu dengenin ilgili kişi aleyhine olması durumunda başvurular reddedilebilecektir.

İçerik kaldırmanın Google bazında kapsamı; Google Arama, Görsel Arama, Video Arama ve Google Haberler’i içermektedir.⁶² Bu anlamda ilgili kişinin adıyla yapılan arama sonuçları, bahsedilen bu dört kategoride kaldırılacaktır. Bu noktada değinilmesi gereken bir husus da kaldırılacak bağlantının yalnızca ilgili kişinin ismiyle yapılan arama sonucunun olduğudur. Örneğin, kişinin bir seyahat sırasında çekilen fotoğrafı, aynı kişinin ismi ile yapılan bir arama sonucunda listeleniyorsa bu bağlantı kaldırılabilir. Ancak seyahat edilen yerin ismi ile yapılan bir arama sonucunda aynı fotoğraf görüntülenebilecektir. Netice itibarıyla kaldırılan bağlantının yalnızca ilgili kişinin ismiyle yapılan aramayla sınırlı kaldığı söylenebilir.

Google, kaldırılması talep edilen bağlantılar için bir başvuru formunu ilgili kişilere sunmaktadır. Bu formda Google tarafından arama sonuçlarından kaldırılması istenen bağlantıların kaldırılma nedenleri, söz konusu bağlantıların linkleri ve başvuran ilgili kişinin başvurduğu ülke gibi çeşitli bilgiler talep edilmektedir. Son olarak başvuru sahibi anılan formu internet üzerinden imzalayarak göndermek suretiyle başvurusunu tamamlamış olacaktır.

2. Değerlendirme Süreci

Google, ilgili kişiler tarafından yapılan tüm listeden kaldırma taleplerini her başvuru üzerine somut olarak değerlendirmektedir. Bu değerlendirme süreci otomatik olarak ya da bir makine tarafından yapılmamaktadır. Google’ın da belirttiği üzere çalışma ekipleri tarafından her başvuru somut olarak değerlendirilmektedir.⁶³ Söz konusu değerlendirme yapılırken Madde 29 Çalışma Grubu’nun⁶⁴ içerik kaldırmaya yönelik yönergeleri de dikkate alınmaktadır. Anılan yönergelerde ilk olarak içerik kaldırma taleplerinin, her somut olay için ayrı bir inceleme konusu yapılması gerektiği yer almaktadır. Google da bu duruma özen göstererek incelemelerini somut olay üzerinde yapmaktadır. Bununla beraber söz konusu yönergede kamunun bilgiye erişim hakkı ile veri sahibinin gizlilik hakkının ihlali arasında meşru bir dengenin kurulması gerektiği vurgulanmaktadır. Bu ikisi arasında kamunun bilgiye erişim hakkının menfaati daha ağır bastığı takdirde unutulma hakkının kullanılmayacağı söylenmiştir.⁶⁵ Ayrıca veri öznesinin kamuya mal olmuş kişi olması durumunda bu dengenin daha hassas bir şekilde incelenerek kurulması gerekmektedir. Örneğin, Google’a yapılan bir unutulma hakkı başvurusu şu şekildedir. Kamuya mal olmuş eski bir muhabirin 15 yıldan daha önce yargılandığı bir tecavüz suçlaması, muhabir

⁶¹ Kişisel Bilgileri Kaldırmak için Talep Formu.

https://support.google.com/legal/contact/lr_eudpa?product=websearch (Erişim Tarihi: 01.11.2020).

⁶² Google Şeffaflık Raporu, Aramada içerik kaldırmaya ilişkin Avrupa gizlilik talepleri ile ilgili sıkça sorulan sorular. <https://support.google.com/transparencyreport/answer/7347822> (Erişim Tarihi: 01.11.2020).

⁶³ Google Şeffaflık Raporu, Aramada içerik kaldırmaya ilişkin Avrupa gizlilik talepleri ile ilgili sıkça sorulan sorular.

⁶⁴ Madde 29 Çalışma Grubu, 95/45 sayılı Avrupa Birliği Direktifinin 29. Maddesine göre kurulmuş olup verilerin korunması ile mahremiyeti hakkında görüş ve tavsiye bildirme yetkisini haiz ve bağımsız bir danışma kuruludur, bkz. **Kaya**, Mehmet Bedii. *Unutulma Hakkı*, s. 18. <https://www.mbkaya.com/hukuk/unutulmahakki.pdf> (Erişim Tarihi: 08.11.2020).

⁶⁵ Madde 29, Araştırma Ekibinin Yönergeleri. <https://ec.europa.eu/newsroom/article29/news-overview.cfm> (Erişim Tarihi: 08.11.2020).

beraat etse de o dönem medyada geniş yer tutmuştur. Google ise olayın üzerinden uzun zaman geçmiş olması ve ilgili muhabirin beraat etmesi nedeniyle unutulma hakkından yararlanması kararına varmış ve konu ile alakalı 183 URL’yi arama sonuçlarından kaldırmıştır.⁶⁶ Görüldüğü üzere kamuya mal olmuş kişilerin unutulma hakkından yararlanması diğer kişilere göre daha zor olsa da somut olaydaki gibi özellikler vuku bulduğu takdirde kamuya mal olmuş kişiler de unutulma hakkından faydalanabilmektedir.

Talep formunda yer alan ilgili kişiye ait bilgilerin, bağlantıların kaldırılması kararının verilebilmesi için gerekli tüm bilgileri içermesi gerekmektedir. Söz konusu bilgiler bir karar alınması açısından yeterli olmadığı takdirde bu bilgilere ek ve tamamlayıcı bilgiler talep edilebilmektedir. Zira Google karar verirken başvuru tarafından gönderilen bilgilerden yola çıkmaktadır. Kimi zaman son derece girift konularda başvurular yapılabilmektedir. İşte bu durumda Google’ın sahip olduğu bilgiler herhangi bir kararın verilmesi için yeterli olamayabilmektedir. Netice itibarıyla Google, ilgili kişinin verdiği bilgilere güvenmek durumundadır.⁶⁷

Unutulma hakkının değerlendirilme aşaması, Google açısından zor ve problemlili bir süreçtir.⁶⁸ Bunun sebeplerinden belki de en büyüğü hukuk tarafından büyük önem atfedilen özel yaşamın gizliliği hakkı, kişilik hakkı ve ifade özgürlüğü hakkının bir alanda sıkışmasıdır. Zira bahsedilen bu haklar son derece hassas konuları oluşturmaktadır. Bu noktada Google tarafından yapılan değerlendirmelerin ne kadar hukuki olduğu da bir tartışma konusu oluşturmaktadır.⁶⁹ İşte burada değinmek gerekir ki Google tarafından verilecek bir ret kararında iç hukuktaki mahkemelere yahut ulusal veri koruma ajanslarına başvuru yapılabilmektedir. Kuşkusuz bu merciler tarafından yapılacak bir inceleme, değerlendirmelerin hukukiliği konusunda daha güven verecektir.

Google, başvuruları karara bağlamak için herhangi bir süre belirlememiştir. Başka bir deyişle başvuru yapıldıktan sonra verilen kararı beklemek için bir son tarih bulunmamaktadır. Unutulma hakkı başvurusunun değerlendirilmesi neticesinde Google tarafından üç karar verilmektedir. Bunlar; arama sonuçlarında listelenen bağlantıların kaldırılması kararı, herhangi bir karar verilebilmesi için daha fazla bilginin talep edilmesi ve son olarak başvurunun reddi kararıdır. Nitekim yukarıda da söylendiği gibi başvuruların reddi neticesinde iç hukuktaki mahkemelere yahut ulusal veri koruma ajanslarına başvuru yolu açık kalacaktır.

3. Teknik Uygulama

Unutulma hakkının ilk kez yargı alanında sahneye çıkışı, ABAD’ın bir kararına konu olmasıyla gerçekleşmiştir. Bunun sonucunda hukuk literatürüne kazandırılan bu hak, fertleri ve kurumları da bağlamaya başlamıştır. Zira ABAD tarafından verilen kararlar AB üyesi ülkeler için kesin hüküm teşkil etmekte olup fertler, kurumlar ve ulusal mahkemeler açısından bağlayıcı

⁶⁶ Google Şeffaflık Raporu.

⁶⁷ **Yavuz**, s. 117.

⁶⁸ **Yavuz**, s. 117.

⁶⁹ **Yıldız**, s. 243.

niteliktedir.⁷⁰ Daha açık bir şekilde ifade etmek gerekirse ABAD’ın kararıyla beraber söz konusu unutulma hakkı, ülkelerin iç hukukunda da uygulama alanı bulmaya başlamıştır.

ABAD’ın kararları bağlayıcı niteliktedir. Bu noktada, kararların etkili olduğu coğrafi sınırların belirlenmesi gerekmektedir. ABAD, Avrupa Birliği’nin yargı organıdır. Temel amacı ise Avrupa Birliği hukukunun Avrupa Birliği içerisinde ve her yerde aynı şekilde uygulanmasını sağlamaktır.⁷¹ Unutulma hakkını içeren Google kararı ise ABAD tarafından verilmiştir. Dolayısıyla söz konusu bağlayıcılık, Avrupa Birliği üye devletleri arasında geçerlidir. Ancak uygulanması açısından üye olmayan devletler için bir sınır bulunmamaktadır. Kısaca, Avrupa Birliğine üye olmayan herhangi bir devlet, unutulma hakkını uygulamak konusunda serbestliğe sahiptir.

Unutulma hakkının Avrupa Birliği sınırları içerisinde kalmasının neticesinde Google, söz konusu hakkın bir sonucu olan internetteki bağlantıların erişimden kaldırılması işlemi şu şekilde uygulamaktadır. Örneğin, Fransa’dan bir talep alındığında ve bu talebin sonucu olarak söz konusu URL arama sonuçlarından kaldırıldığında, Fransa’daki internet kullanıcıları hiçbir şekilde ilgili URL’ye erişemeyeceklerdir. Ancak Fransa dışındaki kullanıcılar, Avrupa dışındaki herhangi bir Google Arama adında bu URL’yi görebilecektir.⁷² Başka bir deyişle söz konusu bağlantı kaldırılma işlemi evrensel boyutta bir sonuç doğurmayacaktır. Örneğin, Fransa’dan yapılan talep sonucu bir URL erişimden kaldırılmış olsun. Bu URL’ye Fransa’nın kullanıcıları hiçbir şekilde erişemeyecektir. Ancak Avrupa içerisinde yer alan bir başka Avrupa Birliği üyesi devlet, Google’ın Avrupa dışı bir sürümünü kullanarak bu URL’ye erişim sağlayabilecektir.⁷³ Dolayısıyla Almanya’dan VPN⁷⁴ kullanmak suretiyle Google’ın ABD sunucusuna erişim sağlayan bir kişi, Fransa’da kaldırılan bir bağlantıyı görüntüleyebilecektir. Nitekim Avrupa dışındaki herhangi bir ülkeden söz konusu kaldırılan bağlantıya zaten erişim sağlanabilmektedir. İşte, internet ile birlikte VPN’ye bağlanmanın son derece kolay olduğu günümüz teknolojisinde, içerik kaldırmanın yalnızca Avrupa içinde uygulanması ve bağlantıların kısmen kaldırılması eleştirilere yol açmıştır.⁷⁵ Zira küreselleşen dünyada ülkeler arası bilgi alışverişi artık zor olmamakla beraber unutulma hakkının yerel bazda uygulanması, kişilerin haklarını tamamen tesis edememektedir. Bu bağlamda örneğin, küresel çapta ticaret yapan bir kişi hakkında yapılan asılsız haberlerin yine küresel çapta kaldırılması gerekmektedir. Aksi takdirde unutulma hakkının felsefesi gerçekleşmemiş olacaktır.

⁷⁰ Anadolu, F. Kerim. “Avrupa Birliği Adalet Divanı”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 11, S. 3-4, 2003, s. 371.

⁷¹ T.C. Dışişleri Bakanlığı, Avrupa Birliği Başkanlığı, Bir Bakışta AB/Avrupa Birliğinin Kurumları/Avrupa Birliği Adalet Divanı. https://www.ab.gov.tr/avrupa-birligi-adalet-divani_45632.html (Erişim Tarihi: 11.11.2020).

⁷² Google Şeffaflık Raporu, Aramada içerik kaldırmaya ilişkin Avrupa gizlilik talepleri ile ilgili sıkça sorulan sorular.

⁷³ Yavuz, s. 121.

⁷⁴ Virtual Private Network (sana özel ağ), olmadığımız bir yerdeki fiziksel bir ağa sizi uzaktan bağlar. Örneğin, Almanya’dan VPN’ye bağlanan bir kişi, sanki ABD’de internete giriyormuş gibi görünür. Detaylar için bkz: <https://www.karel.com.tr/blog/5-soruda-vpn-nedir-nasil-calisir> (Erişim Tarihi: 11.11.2020).

⁷⁵ Elmalica, s. 1621; Yavuz, s. 168; Yıldız, s. 238.

Unutulma hakkının her başvuruda küresel olarak uygulanmasının sakıncaları mevcuttur. Arama motorlarının unutulma hakkını küresel bazda uygulaması, unutulma hakkı kavramının bulunmadığı ülkeler açısından ifade özgürlüğü ve bilgiye erişim hakkının ihlal edilmesi anlamına gelebilir.⁷⁶ ABD anayasası, ifade özgürlüğü hakkına son derece ehemmiyet veren anayasaların başında gelmiştir.⁷⁷ Dolayısıyla ABD ile ilgisi olmayan bir kişi hakkında unutulma hakkının küresel bazda uygulanması, ABD hukuku açısından ifade özgürlüğünün sınırlandırılması anlamına gelebilir. Nitekim İspanyol Temyiz Mahkemesi de küresel bazda listeden kaldırmanın, diğer devletlerin egemenlik haklarına müdahale niteliği taşıdığını söylemiştir.⁷⁸ Netice itibarıyla Google, listeden kaldırma kararlarını yerel bazda uygulamaktadır.

IV. UNUTULMA HAKKININ TÜRK HUKUKUNDAKİ GÖRÜNÜMÜ

A. Genel Olarak

Türkiye, internet teknolojilerinin gelişmesine kayıtsız kalmayan ülkeler arasında yer almaktadır. Bunun neticesinde kamu kurumlarından özel kurumlara, internet sitelerinden sosyal medyaya kadar neredeyse tüm veriler online veri tabanlarında tutulmaktadır.⁷⁹ İşte, internetin günlük yaşantıya bu denli sirayet etmesinin neticesinde oluşan kişisel veri kavramını korumak amacıyla birtakım hukuki tedbirler de alınmıştır. Bunların en başında kişisel verilerin korunmasının Anayasa ile güvence altına alınması vardır. Devamında ise söz konusu korumanın en kapsamlı şekilde işlendiği KVKK, 2016 yılında yürürlüğe girmiştir. Bununla beraber 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'da⁸⁰ da aynı amaca hizmet eden hükümler bulunmaktadır. Nihayet internet ortamının içerik sağlayıcısı olan arama motorlarından bağlantı kaldırmanın en özel görünümü olan unutulma hakkı, az önce sayılan düzenlemelerde münferit olarak tanımlanmamıştır. Ancak 5651 sayılı Kanunun sonradan eklenen 9/10 maddesinde, “İnternet ortamında yapılan yayın içeriği nedeniyle kişilik hakları ihlal edilenlerin talep etmesi durumunda hâkim tarafından, başvuranın adının bu madde kapsamındaki karara konu internet adresleri ile ilişkilendirilmemesine karar verilebilir. Kararda, Birlik tarafından hangi arama motorlarına bildirim yapılacağı gösterilir.” denilmek suretiyle veri sahibinin kişilik hakkını ihlal eden içeriğin yayından çıkarılmasının bir alternatifi olarak veri sahibinin adının, söz konusu bağlantılar ile ilişkilendirilmemesine dair kararın verilebileceği vurgulanarak unutulma hakkına benzer nitelikte bir düzenleme ortaya koyulmuştur. Bununla beraber kararda, Erişim Sağlayıcıları Birliği⁸¹ tarafından hangi arama motorlarına bildirim yapılacağı da yer alacaktır.

⁷⁶ Center for Democracy & Technology. “European Court Limits Right to be Forgotten Delisting to EU Domains.” <https://cdt.org/insights/european-court-limits-right-to-be-forgotten-delisting-to-eu-domains-for-now/> (Erişim Tarihi: 11.11.2020).

⁷⁷ Özsoy, Şule. “Amerika Birleşik Devletleri Hukukunda Düşünceyi Açıklama Hakkına İlişkin Standartlar”, *TBB Dergisi*, S. 56, 2005, s. 46.

⁷⁸ Kaya, s. 87.

⁷⁹ Akyüz Bilge, Canan. *Unutulma Hakkı ve Türk Hukuku'ndaki Görünümü*, T.C. Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Tezli Yüksek Lisans Tezi, 2019, s. 135.

⁸⁰ Kanun No: 5651, Kabul Tarihi: 04.05.2007, RG: 23.05.2007/26530.

⁸¹ Erişim Sağlayıcıları Birliği, 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanunun 8. Maddesi kapsamı dışındaki erişimin engellenmesi kararlarının uygulanmasını sağlamak üzere 2014'te kurulan bir kuruluştur.

Unutulma hakkının bağlayıcılığı Avrupa Birliği üye devletleri arasındadır. Üye olmayan bir devletin de unutulma hakkını kabul etmesinde veya yargı kararlarına konu etmesinde herhangi bir sakınca yoktur. İşte, Türk hukukunda da durum böyledir. Unutulma hakkı, herhangi bir yasama faaliyeti içerisinde yer almamakla beraber birtakım yargı kararlarına konu olmuştur. Bir başka deyişle unutulma hakkı, bir hak olarak tanımlanmamıştır. Ancak Anayasa mahkemesi ve Yargıtay’ın kişisel mahremiyetle ilgili çeşitli kararlarında kendini göstermiştir. Ayrıca Kişisel Verileri Koruma Kurumunun⁸² bir kararında da unutulma hakkıyla ilgili yapılan başvuruların kurumca sonuca bağlanabileceği söylenmiştir.

B. Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru Kararları

Anayasa Mahkemesine 2013 yılında yapılan bir başvurunun⁸³ neticelenmesinde unutulma hakkına atıf yapılmıştır. Söz konusu başvurunun konusu, ulusal bir gazetenin arşivlerinde yer alan haberlerin, başvuru N.B.B.’nin şeref ve itibarını zedelediği yönüyle kaldırılması talebinden ibarettir. Anılan gazetenin internet arşivinde N.B.B. hakkında uyuşturucu kullandığı iddiası ile yürütülen bir dava neticesinde aldığı para cezasına ilişkin üç haber başlığı yayımlanmıştır. Bu haberlerden ikisi 1998 yılında, diğeri ise 1999 yılında yayımlanmıştır. Başvuru N.B.B. ise kamuya mal olmuş bir kişi olmamasına rağmen söz konusu haberlerin arşivlerde yer almasının, aile yaşamı başta olmak üzere iş ve sosyal hayatını olumsuz etkilediğini ileri sürerek haberlerin kaldırılmasını talep etmiştir. Anayasa mahkemesi söz konusu başvuruyu değerlendirirken unutulma hakkı ve Anayasa’nın ilgili hükümlerini ortak bir paydada birleştirmiştir.

“Unutulma hakkı Anayasa’ımızda açıkça düzenlenmemiştir. Bununla birlikte Anayasa’nın “Devletin amaç ve ödevleri” başlığı altında düzenlenen 5. maddesinde “insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmak” ifadesi ile devlete pozitif bir yükümlülük yüklemiştir. Bu yükümlülük bağlamında Anayasa’nın 17. maddesinde düzenlenen kişinin manevi bütünlüğü bağlamında şeref ve itibarın korunması hakkı ve Anayasa’nın 20. maddesinin üçüncü fıkrasında güvence altına alınan kişisel verilerin korunmasını isteme hakkı ile birlikte düşünüldüğünde, devletin bireye geçmişte yaşadıklarının başkaları tarafından öğrenilmesi engellenerek “yeni bir sayfa açma” olanağı verme hususunda bir sorumluluğu olduğu açıktır. Özellikle kişisel verilerin korunması hakkı kapsamında kişisel verilerin silinmesini talep edebilme hakkı, kişilerin geçmişlerinde yaşadıkları olumsuzlukların unutulmasına imkân tanımaya kapsamaktadır. Dolayısıyla Anayasa’da açıkça düzenlenmeyen unutulma hakkı, İnternet vasıtasıyla ulaşılabildiği kolay olan ve dijital hafızada bulunan haberlere erişiminin engellenmesi için Anayasa’nın 5., 17. Ve 20. maddelerinin doğal bir sonucu olarak karşımıza çıkmaktadır.”

Unutulma hakkının temelinde yatan felsefelerden biri, kişilerin hayat çizgilerini belirlerken geçmişte yaşadığı birtakım olumsuzluklardan bağımsız bir şekilde geleceğe yönelmesidir. Bu da örneğin, internet geçmişinde yer alan onur zedeleyici bir haberin ortadan kaldırılmasıyla mümkündür. Anayasa Mahkemesinin de söz konusu başvuruyu neticelendirirken ortaya koyduğu gerekçe bu şekildedir.

⁸² Kişisel Verileri Koruma Kurumu, 30 Ocak 2017 tarihinde Türkiye’de kişisel verilerin korunmasını sağlamak ve gözetmek amacıyla kurulmuş olan düzenleyici ve denetleyici bir kurumdur.

⁸³ Anayasa Mahkemesi, Başvuru No: 2013/5633, Karar Tarihi: 03.03.2016, RG: 24.08.2016/29811.

Anayasa Mahkemesine yapılan diğer bir başvurunun⁸⁴ konusu, üst düzey bir belediye çalışanı hakkında yapılan haberlerin, söz konusu çalışanın şeref ve itibarının zedelendiği nedeniyle hakkının ihlal edilmesi iddialarıyla ilgilidir. Bir gazeteci kendisine ait blogspot internet sitesinde, başvuru M.D.’nin hakkında birtakım yazılar yazmıştır. Yazıların içeriğinde üst düzey bir belediye çalışanı olması nedeniyle M.D.’nin, bu nüfuzunu kullanarak ailesinden birtakım kişilere aynı belediyede iş imkânı sağladığı, onların yararına iş alanları ihdas ettiği ve tanıdıklarına belediye bünyesinde iş bulduğu yer almaktadır. Anılan yazılar 2013 ve 2014 tarihlerinde yayımlanmıştır. Bununla beraber gazeteci, facebook hesabında da aynı konulara ilişkin yazılar yazmıştır. Başvurucunun iddiaları ise söz konusu yazıların gerçekliği yansıtmadığı, aynı zamanda iftira ve hakaret içerdiği gerekçesiyle kişilik haklarına saldırı niteliği taşıdığıdır. Anayasa Mahkemesi ise unutulma hakkına atıf yaparak başvuru kamuya mal olmuş kişi niteliğini haiz olduğu, haberlerin gerçekliği yansıttığı ve güncelliğini yitirmediği gerekçeleriyle olayı değerlendirmiştir. Değerlendirmenin bir sonuca ulaşmasındaki en büyük etken ise düşüncüyü açıklama ve yayma hürriyeti ve basın özgürlüğünün, söz konusu olayda kişisel şeref ve itibarın korunmasından daha üstün geldiğidir.

“Devletin, bireyin manevi varlığının bir parçası olan kişisel şeref ve itibara keyfi olarak müdahale etmemek şeklinde negatif yükümlülüğü ve üçüncü kişilerin saldırılarını önlemek şeklinde pozitif yükümlülüğü bulunmaktadır...Anayasa’nın “Düşüncüyü açıklama ve yayma hürriyeti” kenar başlıklı 26. maddesine göre herkes düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir...Haber ve fikirlerin iletilmesinde ve alınmasında önemli bir işlev gören İnternet, Anayasa’nın 26. maddesinde düzenlenen ifade özgürlüğünün güvencesi altındadır...Bu itibarla bir blogspot İnternet sitesinde ve Facebook gibi bir sosyal medya hesaplarında paylaşılan fikirlerin de ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirileceği açıktır...İnternet üzerinde arşiv oluşturma, aktüalitenin ve haberlerin aklanmasına ve erişilebilirliğine büyük ölçüde hizmet etmektedir. Bu nitelikteki arşivler özellikle doğrudan halkın erişimine açık ve genelde ücretsiz olmaları nedeniyle tarih, eğitim ve araştırma faaliyetleri için kaynak sunmaktadır. Bu sebeple...şeref ve itibarın korunmasını isteme hakkı ile ...ifade özgürlüğü ile İnternet haber arşivinin Anayasa’nın 28. maddesinde güvence altına alınan basın özgürlüğü ve bu özgürlükle bağlantılı olarak Anayasa’nın 26. maddesinde güvence altına alınan ifade özgürlüğü arasında... denge kurulması gerekmektedir...Unutulma hakkı, İnternet ortamında haber arşivini koruma altına alan basın özgürlüğünün özüne dokunmayacak ve aynı zamanda hak sahibinin çıkarlarını koruyacak şekilde kullanılmalıdır...unutulma hakkı kapsamında İnternet’ten çıkarılabilmesi için yayının içeriği, yayında kaldığı süre, güncelliğini yitirme, tarihsel bir veri olarak kabul edilmeme, kamu yararına katkısı, haber veya yazıya konu kişinin siyasetçi veya ünlü olup olmadığı, haber veya yazının konusu, bu bağlamda haber ya da yazının olgusal gerçekler veya değer yargısı içerip içermediği, halkın ilgili veriye yönelik ilgisi gibi hususların somut olay açısından incelenmesi gerekliliğini ortaya koymuştur(N.B.B., §50)...Açıklanan nedenlerle başvurunun diğer kabul edilebilirlik

⁸⁴ Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru Kararı, 5 Ekim 2017 – G.Y. Başvurusu [2014/16026], <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2014/16026?BasvuruNoYil=2014&BasvuruNoSayi=16026> (Erişim Tarihi: 15.11.2020).

koşulları yönünden incelenmeksizin açıkça dayanaktan yoksun olması nedeniyle kabul edilemez olduğuna...”

C. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararı

Unutulma hakkının varlığı, Türk hukukunda herhangi bir yasama faaliyeti ile kanunlaştırılmamıştır. Ancak söz konusu hakkın yargı kararlarına konu olması neticesinde örtülü bir kabulden bahsedilebilir. Nitekim Türk hukukunda unutulma hakkıyla ilgili bilinen ilk karar⁸⁵, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu tarafından verilmiştir.⁸⁶ Karara konu olan olay, cinsel taciz suçundan şikayetçi olan bir kişinin görülen davasının, söz konusu şikayetçinin ismi kısaltılmadan yahut rumuzlanmadan, bilimsel bir eserin içinde örnek olarak yer etmesidir. Bunun neticesinde davacı, bu durumun kişilik haklarına saldırı niteliğinde olduğunu belirterek dava açmıştır. İlk derece mahkemesinin kararının temyiz edilmesi sonucu dava, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu tarafından değerlendirilmiştir. İşte, unutulma hakkına ilk kez bu metinlerde yer verilmiştir. Söz konusu olay karara bağlanırken unutulma hakkının içeriğinden bahsedilerek davacının isminin silinmesi gerektiği söylenmiştir. “...Unutulma hakkı ile geçmişinde kendi iradesi ile veya üçüncü kişinin neden olduğu bir olay nedeni ile kişinin geleceğinin olumsuz bir şekilde etkilenmesinin engellenmesi sağlanmaktadır...Unutulma hakkı; üstün bir kamu yararı olmadığı sürece dijital hafızada yer alan geçmişte yaşanan olumsuz olayların bir süre sonra unutulmasını, başkalarının bilmesini istemediği kişisel verilerin silinmesini ve yayılmasının önlenmesini isteme hakkı olarak ifade edilebilir...davacının isminin rumuzlanmadan kitapta yer almasının unutulma hakkını ve bunun neticesinde özel hayatın gizliliğini ihlal ettiği...tazminat koşullarının gerçekleştiğinin kabulü zorunludur”

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu tarafından kaleme alınan gerekçede, “...unutulma hakkı tanımlarına bakıldığında her ne kadar dijital veriler için düzenlenmiş ise de bu hakkın özellikleri ve bu hakkın insan haklarıyla arasındaki ilişkisi dikkate alındığında yalnızca dijital ortamdaki kişisel veriler için değil, kamunun kolayca ulaşabileceği yerde tutulan kişisel verilere yönelik olarak da kabul edilmesi gerektiği açıktır.” denilerek unutulma hakkına dair bir çerçeve çizilmiştir. Ancak söz konusu gerekçe, tanımlanan çerçevenin net olmamasıyla beraber unutulma hakkının bağlantılı olduğu haklar aleyhine genişletildiği şeklinde bir eleştiri almıştır. Zira çevrim dışı ortamda yer alan verilerin bir kişilik hakkını ihlal ettiği durumlarda bu sorunun mahremiyet hakkı ile çözümlenmesi gerektiği görüşü vardır.⁸⁷ Bir diğer eleştiri ise davacının isminin rumuzlanmadan yer aldığı eserin, güncelliğini ve önemini yitirmediği nedeniyle unutulma hakkının bazı unsurlarının gerçekleşmediği ve dolayısıyla kararın unutulma hakkı kapsamında olmadığı görüşüdür.⁸⁸

⁸⁵ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararı. E. 2014/56 K. 2015/1679 T. 17.06.2015, <http://kazanci.com.tr/gunluk/hgk-2014-4-56.htm> (Erişim Tarihi: 15.11.2020).

⁸⁶ Çelik, Yeşim. “Özel Hayatın Gizliliğinin Yansıması Olarak Kişisel Verilerin Korunması ve Bu Bağlamda Unutulma Hakkı”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Yıl:8, S. 32, 2017, s. 399.

⁸⁷ Yavuz, s. 99.

⁸⁸ Sözüer, s. 189-190.

D. Kişisel Verileri Koruma Kurumu Kararı

KVKK'nın uygulanması amacıyla kurulan Kişisel Verileri Koruma Kurumu, unutulma hakkı konusunda çeşitli başvurular almış ve bunun neticesinde 23 Haziran 2020 tarihinde bir kurul kararı⁸⁹ vermiştir. Anılan kararda unutulma hakkının kanun tarafından bir tanımlaması olmasa da bu hakkı tesis etmeye yönelik araçların olduğundan bahsedilmiştir. Kararda bu araçlardan, “...örneğin, 5651 sayılı Kanunun özel hayatın gizliliği nedeniyle içeriğe erişimin engellenmesi yönündeki düzenlemesi olabileceği gibi Kanunun silmeyi düzenleyen 7 nci maddesi de olabileceği, bu itibarla, yukarıda yer verilen açıklamalardan hareketle, unutulma hakkının, Anayasanın 20 nci maddesinin üçüncü fıkrası hükmü ile 6698 sayılı Kanunun 4 üncü, 7 nci ve 11 inci maddelerinde ve Kişisel Verilerin Silinmesi, Yok Edilmesi veya Anonim Hale Getirilmesi Hakkında Yönetmeliğin 8 inci maddesinde yer verilen düzenlemelerle iç hukukumuz açısından karşılanabileceği...” şeklinde bahsedilerek unutulma hakkının ayrı bir hak olarak tanımlanmasına gerek olmadığı vurgulanmıştır.

Kurul kararına göre silme, yok etme veya anonim hale getirme ile indeksten çıkarma işlemleri unutulma hakkını uygulamaya yönelik araçlardır. Dolayısıyla unutulma hakkı adı altında gelen başvuruların ne şekilde değerlendirilmesi gerektiği tespit edilmelidir. Unutulma hakkı kanunen bir hak olarak tanımlanmadığı için söz konusu başvuruların indeksten çıkarılma talebi olarak nitelendirildiği kurulca karara bağlanmıştır. Bu bağlamda arama motorlarının veri sorumlusu olarak kabul edildiği ve yaptığı işlemlerin veri işleme faaliyeti olarak değerlendirildiği belirtilmiştir.

Kurul, unutulma hakkının sağladığı internetteki bağlantıların erişimden kaldırılması işlemini halihazırdaki kanun hükümlerine göre tesis edebildiğini söyleyerek unutulma hakkının bir hak olarak tanımlanmasına ihtiyaç olmadığından bahsetmiştir. Ancak unutulma hakkı kapsamına giren konuların, halihazırdaki kanun hükümlerine göre de indeksten çıkarmayı gerektirip gerektirmeyeceğinden bahsetmemiştir. Nitekim unutulma hakkı; arama motorlarında listelenen bağlantıların adil ve yasal olarak işlenmemesi, meşru amaçlar için toplanmaması ve toplansa dahi bu amacı aşır da güncel tutulmaması, veri sahibinin iznini geri çekmesi gibi durumlarda söz konusu olmaktadır.⁹⁰ Ancak kararda adı geçen 5651 sayılı kanunun ilgili maddesinde⁹¹ internet ortamındaki yayının içeriğinin engellenmesi için yalnızca özel hayatın gizliliğinin ihlal edilmesi şartı aranmıştır. Kararda bahsedilen unutulma hakkını uygulamaya yönelik diğer araçlar ise kişisel verilerin korunmasına ilişkin silme, anonim hale getirme ve imha faaliyetleridir. Bu durumda ise ilgili kişinin verisi yok edilmekte, bir diğer anlamıyla ortadan kaldırılmaktadır. Ancak unutulma hakkı kapsamındaki veriler yalnızca erişimden

⁸⁹ Kişisel Verileri Koruma Kurumu. Kişilerin Ad ve Soyadı ile Arama Motorları Üzerinden Yapılan Aramalarda Çıkan Sonuçların İndeksten Çıkarılmasına Yönelik Talepler ile ilgili olarak Kişisel Verileri Koruma Kurulunun 23/06/2020 Tarihli ve 2020/481 Sayılı Kararı. <https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/6776/2020-481> (Erişim Tarihi: 14.11.2020).

⁹⁰ Bkz: “Hukuki Çerçeve” adlı başlık.

⁹¹ İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun madde 9/A-1: “İnternet ortamında yapılan yayın içeriği nedeniyle özel hayatının gizliliğinin ihlal edildiğini iddia eden kişiler, Kuruma doğrudan başvurarak içeriğe erişimin engellenmesi tedbirinin uygulanmasını isteyebilir.”

kaldırılmaktadır.⁹² Kurul tarafından yapılan bu açıklamalara son olarak, indeksten çıkarılma taleplerine ilişkin yapılacak değerlendirmelerde dikkat edilecek kriterler eklenmiştir.⁹³

SONUÇ

Özel yaşamın gizliliği, hukukun koruduğu en temel haklardan biridir. Bu korumanın kapsamı değişen şartlara göre uyarlanmaktadır. Sanayi devrimi insanların yaşantısını önemli derecede değiştirmiş, şehirleşme ve özel mülkiyet kavramlarına verilen önemi daha da artırmıştır. Bununla beraber özel yaşamın korunması kapsamına mülkiyet hakkı da girmiştir. Sanayi devriminin ortaya çıkardığı diğer bir müessese de basın ve yayındır. Söz konusu müessesenin yaygınlaşmasıyla beraber kişilik hakkı daha da önem kazanmıştır. Zira basın ve yayın faaliyetleriyle beraber insanların özel yaşamlarına müdahale artmıştır. Görüldüğü üzere zamanın getirdiği yenilik ve teknolojiler, hukuk tarafından korunan hakların da kapsamını genişletmektedir.

İnsanlık, tarih boyunca bilgiye sahip olma isteği içerisinde olmuştur. Bilgisayar teknolojilerinin gelişmesi neticesinde ise bilgiye erişim son derece kolaylaşmıştır. Zira bilgisayar aracılığıyla bilgilerin saklanması sabit bellek (harddisk)⁹⁴ üzerine yapıldığı için kullanıcılara, kâğıttan daha makul bir depolama alanı sunulmaktadır. Bunun neticesinde devletler, şirketler ve gerçek kişiler, bilgiye sahip olma isteğini daha da açığa vurmaya başlamıştır. Nihayetinde kişilere ait bilgiler, neredeyse her yerde kayıt altına alınmaktadır. Örneğin kişinin kimlik bilgilerinden sağlık bilgilerine, adres bilgilerinden eğitim bilgilerine kadar birçok veri, yukarıda bahsedilen kişi veya kurumlarca toplanmaktadır. Netice olarak özel yaşamın gizliliği hakkının kapsamı yeniden genişleme alanı bulmuş, bu bağlamda kişisel veriler de hukuken korunma altına alınmıştır. Kişisel verilerin korunması kavramı ilk olarak OECD’de tanımlanmış, sonrasında GDPR ve benzeri uluslararası metinlerde yer almıştır. Söz konusu verilerin iç hukuktaki işleme ve korunma usulleri ise KVKK ile belirlenmektedir.

İnternet, küresel bazda geliştikten sonra matbaa ile yapılan basın ve yayın faaliyetlerinin yerini almıştır. Günümüzde ise sosyal medya denilen eğlence ve bilgi paylaşım amaçlı internet siteleri son derece yaygınlaşmış, adeta her insanın kolaylıkla ulaşım bilgi aktarabileceği bir mekanizma haline gelmiştir. Tüm bu gelişmelerin sonucunda online veri tabanına yüklenen bilgiler her geçen gün daha da artış göstermektedir. İşte bu durumda, özel yaşamın gizliliği hakkının kapsamı yeniden genişlemiştir. Zira internette yer alan kişisel verilerin erişimden kaldırılması olarak tanımlanan unutulma hakkı, özel yaşamın gizliliği hakkının doğal ve güncel bir uzantısı olarak karşımıza çıkmaktadır. Unutulma hakkı ilk kez ABAD’ın bir kararında kendini göstererek artan bir ivmeyle hukuk literatüründe yer edinmeye devam etmektedir. Görüldüğü üzere hukukun dinamizmi, gelişen dünya şartlarına ayak uydurmak noktasında etkili olmayı sürdürmektedir.

⁹² Kaya, s. 80.

⁹³ Kişilerin Ad ve Soyadı ile Arama Motorları Üzerinden Yapılan Aramalarda Çıkan Sonuçların İndeksten Çıkarılmasına İlişkin Değerlendirmede Dikkate Alınacak Kriterler. <https://www.kvkk.gov.tr/SharedFolderServer/CMSFiles/68f1fb19-5803-4ef8-8696-f938fb49a9d5.pdf> (Erişim Tarihi: 15.11.2020).

⁹⁴ Sabit disk de denilen, bilgisayarın kendisine yüklenen bilgileri sakladığı, depoladığı donanım. <https://languages.oup.com/google-dictionary-tr/> (Erişim Tarihi: 16.11.2020).

Unutulma hakkı henüz yeni bir müessesedir. Dolayısıyla küresel bazda uygulama alanı bulamamaktadır. Ancak ilk kez Avrupa hukukunda görülmesi nedeniyle söz konusu bölgede geniş bir uygulama alanı bulmaktadır. Unutulma hakkının uygulayıcısı, arama motorlarıdır. Bunu büyük ölçüde Google üstlenmektedir. Google ise herhangi bir unutulma hakkı başvurusunu kabul ettiğinde bu kararı yerel bazda uygulamaktadır. Örneğin, Almanya’da kaldırılan bir bağlantı, Amerika’da yahut Almanya dışındaki bir ülkeden VPN bağlantısı yapılmak suretiyle her yerde görüntülenebilecektir. VPN bağlantısı yapmak son derece kolay bir işlem olduğuna göre, kaldırılan bir bağlantının yalnızca başvuru yapılan ülkede uygulandığı söylenilebilir. Şu hâlde unutulma hakkının sağladığı fayda teoriden uzaklaşmaktadır. Her ne kadar Almanya’daki bir olayla Amerika’daki kişilerin ilgisi olmasa da başvuru yapan kişinin küresel bazda iş yapan bir tacir olduğu durumda unutulma hakkı kendini tam olarak gösteremeyecektir. Örneğin, Amerika ile ticaret yapan bir Alman vatandaşı hakkında yapılan asılsız haberlerin, Google ABD sürümünden kaldırılmaması nedeniyle söz konusu kişinin ticaret hayatının bitmesi istenilmeyen bir durumdur. Bu durumda Google’ın, bağlantı kaldırma işlemini, somut olaya göre küresel yahut yerel bazda uygulaması yerinde olacaktır.

Türk hukukunda unutulma hakkının kanuni tanımlaması henüz yapılmamıştır. Ancak söz konusu hak, yargı kararları ile uygulama alanı bulmuştur. Bu konuda bilinen ilk karar, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu tarafından verilmiştir. Bunu takip eden kararlar ise yine Yargıtay ve Anayasa Mahkemesi tarafından verilmiştir. Anayasa mahkemesinin bir kararında bahsettiği dijital olmayan verilerin de unutulma hakkı kapsamında değerlendirilmesi gerektiği görüşü, doktrinde eleştiri almıştır. Kişisel Verileri Koruma Kurumu, unutulma hakkıyla ilgili verdiği kurul kararında, iç hukuktaki düzenlemelerin unutulma hakkını gerektirmediği, zira unutulma hakkını uygulamaya yönelik olan araçların kanuni düzenlemelerinin mevcut olduğunu belirtmiştir. Dolayısıyla unutulma hakkının kapsamının tespiti yapılmadan, iç hukuktaki; indeksten kaldırma, silme, anonim hale getirme ve imha araçlarıyla uygulanabileceği söylenmiştir. Tüm bu bahsedilenler çerçevesinde, internetin özel yaşama müdahalesinin boyutları ele alındığında, unutulma hakkının aslında bir insan hakkı olduğu ve kişinin manevi varlığını geliştirmesi için devletin gerekli koşulları sağlama yükümlülüğünün bulunduğu düşünüldüğünde, unutulma hakkının ulusal ve uluslararası metinlerde hak ettiği yeri bulması gerekmektedir. Nitekim unutulmamalıdır ki insan unuttur, internet unutmaz.

KAYNAKÇA

Ahi, Şebnem. “Kişilere Kişisel Verileri Üzerinde Kontrol Yetkisi Veren Hak”, *Türkiye Bilişim Derneği Bilişim Kültürü Dergisi*, Yıl:42, S. 161, 2014, s. 94-109.

Akgül, Aydın. “Kişisel Verilerin Korunmasında Yeni Bir Hak: “Unutulma Hakkı” ve AB Adalet Divanı’nın Google Kararı”, *TBB Dergisi*, Dönem: 2016, S. 116, s. 12-38.

Akkurt, Sinan Sami. “17.06.2015 Tarih, E. 2014/4-56, K. 2015/1679 Sayılı Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararı ve Mukayeseli Hukuk Çerçevesinde Unutulma Hakkı”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 65, S. 4, 2016, s. 2605-2635.

- Akyüz Bilge**, Canan. *Unutulma Hakkı ve Türk Hukuku'ndaki Görünümü*, T.C. Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Tezli Yüksek Lisans Tezi, 2019.
- Anadolu**, F. Kerim. “Avrupa Birliği Adalet Divanı”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 11, S. 3-4, 2003, s. 357-371.
- Çelik**, Yeşim. “Özel Hayatın Gizliliğinin Yansıması Olarak Kişisel Verilerin Korunması ve Bu Bağlamda Unutulma Hakkı”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Yıl:8, S. 32, 2017, s. 387-406.
- Efil**, Alper Yaser. *Özel Hayatın Gizliliğinin İhlali Suçu*, I. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.
- Elmalıca**, Hasan. “Bilişim Çağının Ortaya Çıkardığı Temel Bir İnsan Hakkı Olarak Unutulma Hakkı”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 65, S. 4, 2016, s. 1603-1636.
- Guadamuz**, Andres. “Developing a Right to be Forgotten”, *EU Internet Law*, November 2017.
- Kaya**, Cemil. “Avrupa Birliği Veri Koruma Direktifi Ekseninde Hassas (Kişisel) Veriler ve İşlenmesi”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 69, S. 1-2, 2011, s. 317-334; Örneklerle Kişisel Verilerin Korunması, s. 19.
- Kaya**, Mehmet Bedii. *Unutulma Hakkı*, s. 18. <https://www.mbkaya.com/hukuk/unutulmahakki.pdf> (Erişim Tarihi: 08.11.2020).
- Kırık**, Ali Murat. *Yeni Medya Çağı Çerçevesinde Türkiye’de Televizyondan İnternete Dönüşüm ve Sosyal Paylaşım Ağlarında Gençlerin Konumu*, T.C. Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Radyo Televizyon ve Sinema Anabilim Dalı Radyo Televizyon Bilim Dalı Doktora Tezi, 2013.
- Korkmaz**, İbrahim. “Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Hakkında Bir Değerlendirme” *TBB Dergisi*, Dönem: 2016, S.124, s. 82-152.
- Kurt**, Müjde. “Kamuya Mal Olmuş Kişi Kavramı”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 66, S. 3, 2017, s. 581-604.
- Nalbantoğlu**, Seray. “Bir Temel Hak Olarak Unutulma Hakkı”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Yıl:9, S. 35, 2018, s. 583-605.
- Ocak**, Ayşenur. “Hakları Dengelemek: Unutulma Hakkı İfade Özgürlüğüne Karşı”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Yıl: 9, S. 8, 2018, s. 507-535.
- Politou**, Eugenia / **Michota**, Alexandra / **Alepis**, Efthimios / **Pocs**, Matthias / **Patsakis**, Constantinos. “Backups and the Right To Be Forgotten in the GDPR: An Uneasy Relationship”, *Computer Law & Security Review*, Volume 34, Issue 6, December 2018, pp. 1247-1257.

Salihpaşaoğlu, Yaşar / Değirmencioğlu, Burcu. “Unutulma Hakkının Bir “İnsan Hakkı”na Dönüşme Yolculuğu”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 24, S. 2, 2020, s. 361-388.

Soysal, Tamer. “Unutulma Hakkının Avrupa Birliği’nin Genel Veri Koruma Tüzüğü Çerçevesinde İncelenmesi”, *“Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi”*, Yıl: 7, Sayı. 13, s. 339-422.

Sözüer, Eren. *Unutulma Hakkı İnsan Hakları Perspektifinden Bir İnceleme*, I. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017.

Yavuz, Can. *İnternet’teki Arama Sonuçlarından Kişisel Verilerin Kaldırılması Unutulma Hakkı*, I. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016.

Yıldız, Tuba. *Kişilik Hakları Açısından Unutulma Hakkı*, Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, 2019.

İNTERNET KAYNAKLARI

Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru Kararı, 5 Ekim 2017 – G.Y. Başvurusu [2014/16026], <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2014/16026?BasvuruNoYil=2014&BasvuruNoSayi=16026> (Erişim Tarihi: 15.11.2020).

Center for Democracy & Technology. “European Court Limits Right to be Forgotten Delisting to EU Domains.” <https://cdt.org/insights/european-court-limits-right-to-be-forgotten-delisting-to-eu-domains-for-now/> (Erişim Tarihi: 11.11.2020).

Convention for The Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data. <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/rms/0900001680078b37> (Erişim Tarihi: 23.12.2020).

Everything You Need to Know About The “Right to be Forgotten”, Section 5: What Information Do You Wish to Erase. <https://gdpr.eu/right-to-be-forgotten/> (Erişim Tarihi: 22.12.2020).

Google Şeffaflık Raporu, Avrupa Gizlilik Yasası Kapsamında İçerik Kaldırma Talepleri. <https://transparencyreport.google.com/eu-privacy/overview?hl=tr> (Erişim Tarihi: 27.09.2020).

Guide to the General Data Protection Regulation (GDPR), 2018, s. 10. <https://ico.org.uk/media/for-organisations/guide-to-the-general-data-protection-regulation-gdpr-1-0.pdf> (Erişim Tarihi: 09.09.2020).

Judiciary of England and Wales, Nt1&NT2 v Google LLC 8 [2018] EWHC 799 (QB), 13 April 2018. <https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/2018/04/nt1-Nnt2-v-google-2018-Ewhc-799-QB.pdf> (Erişim Tarihi: 04.10.2020).

Kişilerin Ad ve Soyadı ile Arama Motorları Üzerinden Yapılan Aramalarda Çıkan Sonuçların İndeksten Çıkarılmasına İlişkin Değerlendirmede Dikkate Alınacak Kriterler.

<https://www.kvkk.gov.tr/SharedFolderServer/CMSFiles/68f1fb19-5803-4ef8-8696-f938fb49a9d5.pdf> (Erişim Tarihi: 15.11.2020).

Kişisel Verileri Koruma Kurumu. Kişilerin Ad ve Soyadı ile Arama Motorları Üzerinden Yapılan Aramalarda Çıkan Sonuçların İndeksten Çıkarılmasına Yönelik Talepler ile ilgili olarak Kişisel Verileri Koruma Kurulunun 23/06/2020 Tarihli ve 2020/481 Sayılı Kararı. <https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/6776/2020-481> (Erişim Tarihi: 14.11.2020).

Masnack, Mike. “Dear Europe: Please Don’t Kill Free Speech In The Name Of Privacy Protection”, May, 2017. <https://www.techdirt.com/articles/20170505/17475037310/> (Erişim Tarihi: 23.12.2020).

OECD Guidelines on the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data. <https://www.oecd.org/internet/ieconomy/oecdguidelinesontheprivacyandtransborderflowsofpersonaldata.htm> (Erişim Tarihi: 10.09.2020).

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararı. E. 2014/56 K. 2015/1679 T. 17.06.2015, <http://kazanci.com.tr/gunluk/hgk-2014-4-56.htm> (Erişim Tarihi: 15.11.2020).

https://abgm.adalet.gov.tr/abadaletdivani/belgeler/karar_13.pdf (Erişim Tarihi: 18.09.2020).

<https://www.celilcan.net/google-itibar-yonetimi/> (Erişim Tarihi: 26.09.2020).

<https://firmajans.com.tr/seo/en-cok-kullanilan-arama-motorlari/> (Erişim Tarihi: 31.10.2020).

<https://www.bing.com/webmaster/tools/eu-privacy-request> (Erişim Tarihi: 31.10.2020).

<https://www.bing.com/webmaster/tools/eu-privacy-request> (Erişim Tarihi: 31.10.2020).

<https://www.zdnet.com/article/bing-and-yahoo-respond-to-right-to-be-forgotten-requests/> (Erişim Tarihi: 31.10.2020).

<https://dijilopedi.com/2020-dunya-internet-sosyal-medya-ve-mobil-kullanim-istatistikleri-2-ceyrek/> (Erişim Tarihi: 22.11.2020).

https://support.google.com/legal/contact/lr_eudpa?product=websearch (Erişim Tarihi: 01.11.2020).

<https://dijilopedi.com/2020-dunya-internet-sosyal-medya-ve-mobil-kullanim-istatistikleri-2-ceyrek/> (Erişim Tarihi: 26.09.2020).

DİĞER KAYNAKLAR

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Mahkeme İçtihadına İlişkin Bilgi Notu, “*Google Spain SL ve Google Inc. / Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) ve Mario Costeja González- C-131/12*”, S. 174, Mayıs, 2014.

Avrupa Parlamentosu’nun ve Avrupa Konseyi’nin kişisel verilerin işlenmesine ilişkin olarak bireylerin korunması ve bu verilerin serbest dolaşımı hakkındaki 1995 tarihli ve 95/46/EC sayılı Yönergesi.

Kişisel Verileri Koruma Kurumu. “Örneklerle Kişisel Verilerin Korunması”, *KVKK Yayınları No:29*, Ankara, 2019.

T.C. Adalet Bakanlığı Avrupa Birliği Genel Müdürlüğü, Avrupa Birliği Adalet Divanı Kararları, *ABAD-C-131/12 Karar (Google Spain SL ve Diğer Şirket / Agencia Espanola De Proteccion De Datos (AEPD) ve Diğerleri*.

Türkiye Büyük Millet Meclisi. “Sıra Sayısı: 117, Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Tasarısı (1/541) ve Adalet Komisyonu Raporu”, Yasama Dönemi: 26, Yasama Yılı:1.