



**T.C. MALTEPE ÜNİVERSİTESİ**  
"Düşüncede Özgür, Eğitimde Çağdaş, Bilimde Evrensel"

**Hukuk Fakültesi Dergisi**

Yıl: 2021 / Sayı: 1



# T.C. MALTEPE ÜNİVERSİTESİ

“Düşüncede Özgür, Eğitimde Çağdaş, Bilimde Evrensel”

## Hukuk Fakültesi Dergisi

**Sahibi / Owner** \_\_\_\_\_

Maltepe Üniversitesi Adına Rektör  
Prof. Dr. Şahin KARASAR

**Editör / Editor** \_\_\_\_\_

Dr. Öğr Üyesi Betül AKTAŞ ERTAN  
Dr. Öğr Üyesi Mete TEVETOĞLU

**Sorumlu Yazı İşleri Müdürü / Director** \_\_\_\_\_

Prof. Dr. H. Dilek YILMAZCAN

**Kapak ve Sayfa Tasarımı / Cover and Layout Design** \_\_\_\_\_

Emre KIZMAZ

**Yazışma Adresi / Editorial Office** \_\_\_\_\_

Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Marmara Eğitim Köyü 34857  
Başbüyük Maltepe / İSTANBUL  
Tel: 0216 626 10 50 / 2304  
Faks: 0216 626 11 29  
E-posta: hukukdergi@maltepe.edu.tr

**Yayıncı / Publisher** \_\_\_\_\_

Seçkin Yayıncılık A.Ş. (Sertifika No: 45644)  
Mustafa Kemal Mah. 2158. Sok. No: 13  
Çankaya / ANKARA  
Tel: 0312 435 30 30  
Faks: 0312 435 24 72

**ISSN** 1303-5630

**e-ISSN** 2687-2633

**Basım Tarihi ve Yeri / Date and Place of Publishing** \_\_\_\_\_

Aralık 2021

Vadi Grafik Ltd. Şti. (Sertifika No: 47479)  
İvedik Organize Sanayi Bölgesi 1420 Cad. No: 58/1  
Yenimahalle / ANKARA  
Tel: 0312 395 85 71

Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi yılda iki kez yayımlanan ve yayımlandığı tarihten (2002) itibaren hakemli dergidir.

## Yayın Kurulu / Board of Editors

---

Prof. Dr. H. Dilek YILMAZCAN, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Dr. Öğr. Üyesi Betül AKTAŞ ERTAN, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Arş. Gör. Melike Ezgi YETİMOĞLU, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Arş. Gör. Damla TİMUR, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Arş. Gör. Betül ULUSOY BİRİNCİ, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Arş. Gör. Duygu TAN, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

## Danışma Kurulu / Advisory Board

---

Prof. Dr. Mehmet AKAD, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Prof. Dr. Cemal Bali AKAL, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Prof. Dr. Ziya AKINCI, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Prof. Dr. Yusuf AKSAR, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Prof. Dr. Abdülkadir ARPACI, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Prof. Dr. Vehbi Selim ATAERGİN, Birleşik Krallık  
Prof. Dr. Rona AYBAY, İstanbul Gedik Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Prof. Dr. Mehmet BAHTİYAR, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Prof. Dr. İlias BANTEKAS, Hamad Bin Khalifa University College of Law, Katar  
Prof. Dr. Nur CENTEL, Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Prof. Dr. Yusuf ÇALIŞKAN, İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Prof. Dr. Ayfer UYANIK ÇAVUŞOĞLU, Mef Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Prof. Dr. Aysel ÇELİKEL, İstanbul/Türkiye  
Prof. Dr. Seyithan DELİDUMAN, İstanbul/Türkiye  
Prof. Dr. Abdullah DİNÇKOL, Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Prof. Dr. Bihterin DİNÇKOL, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Prof. Dr. Osman DOĞRU, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Prof. Dr. Cem EROĞUL, Ankara/Türkiye  
Prof. Dr. Malcolm D. EVANS, University of Bristol Law School, Birleşik Krallık  
Prof. Dr. Öner EYRENCİ, Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Prof. Dr. Kadir Emre GÖKYAYLA, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Prof. Dr. Ayferi GÖZE, İstanbul/Türkiye  
Prof. Dr. Alper GÜMÜŞ, İstanbul/Türkiye  
Prof. Dr. Pelin GÜVEN, Koçeli/Türkiye  
Prof. Dr. Hüseyin HATEMİ, İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Prof. Dr. Serap HELVACI, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Prof. Dr. Kayıhan İÇEL, İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Prof. Dr. Osman Korkut KANADOĞLU, İstanbul Okan Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Prof. Dr. Işıl KARAKAŞ, İstanbul/Türkiye  
Prof. Dr. Rayegan KENDER, İstanbul/Türkiye  
Prof. Dr. Serap KESKİN KIZIROĞLU, İstanbul Okan Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Prof. Dr. Erkan KÜÇÜKGÜNGÖR, Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Prof. Dr. Ayşe NUHOĞLU, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Prof. Dr. Merih Kemal OMAÇ, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Prof. Dr. Sibel ÖZEL, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

## Danışma Kurulu / Advisory Board

- Prof. Dr. Etem Saba ÖZMEN, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Prof. Dr. Selçuk ÖZTEK, Fatih Sultan Mehmet Vakıf Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Prof. Dr. Hakan PEKCANİTEZ, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Prof. Dr. Nihal SABAN, İstanbul Okan Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Prof. Dr. Fazıl SAĞLAM, İstanbul Gedik Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Prof. Dr. Pervin SOMER, İstanbul Okan Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Prof. Dr. İbrahim ŞAHBAZ, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Prof. Dr. Mustafa ŞENTOP, Ankara/Türkiye  
Prof. Dr. Şükran ŞİPKA, Altınbaş Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Prof. Dr. Bülent TAHİROĞLU, İstanbul/Türkiye  
Prof. Dr. Aziz Can TUNCAY, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Prof. Dr. Devrim ULUCAN, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Prof. Dr. Oktay UYGUN, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Prof. Dr. Samim ÜNAN, Piri Reis Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Prof. Dr. Yener ÜNVER, Özyeğin Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Prof. Dr. Gül ÜSTÜN, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Prof. Dr. Hakan ÜZELTÜRK, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Prof. Dr. Yıldızhan YAYLA, İstanbul/Türkiye  
Prof. Dr. Emine YAZICIOĞLU, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Prof. Dr. Feridun YENİSEY, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Prof. Dr. Turan YILDIRIM, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Prof. Dr. Kamil YILDIRIM, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Prof. Dr. Lerzan YILMAZ, İstanbul/Türkiye  
Prof. Dr. Dilek YILMAZCAN, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Prof. Dr. Sevtap YOKUŞ VEZNEAROĞLU, Altınbaş Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Prof. Dr. Necmi YÜZBAŞIOĞLU, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Prof. Dr. Hamide ZAFER, Doğuş Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Doç. Dr. Güçlü AKYÜREK, Mef Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Doç. Dr. Ali Hulki CİHAN, Piri Reis Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Doç. Dr. İsa DÖNER, Kocaeli/Türkiye  
Doç. Dr. Murat Volkan DÜLGER, İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Doç. Dr. Gülşah VARDAR HAMAMCIOĞLU, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Doç. Dr. Sevtap METİN, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Doç. Dr. Yıldray SAK, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Doç. Dr. Meltem SARİBEYOĞLU SKALAR, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Doç. Dr. Tolga ŞİRİN, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Doç. Dr. Ahmet YAYLA, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Doç. Dr. Canan YILMAZ, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Dr. Öğr. Üyesi Pınar ÇAĞLAYAN AKSOY, İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Dr. Öğr. Üyesi Sabah ALTAY, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Dr. Öğr. Üyesi Aysun ALTUNKAŞ, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Dr. Öğr. Üyesi Asiye Selcen ATAÇ, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Dr. Öğr. Üyesi Gülşah Sinem AYDIN, Tekirdağ Namık Kemal Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Dr. Öğr. Üyesi Rana İZCİ CONNELLY, Birleşik Krallık  
Dr. Öğr. Üyesi A. Bumin DOĞRUSÖZ, Marmara Üniversitesi İktisat Fakültesi  
Dr. Öğr. Üyesi Betül AKTAŞ ERTAN, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Dr. Öğr. Üyesi Akasya KANSU KARADAĞ, Ufuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Dr. Öğr. Üyesi Melda KÖSE, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

## **Derginin Amacı**

---

Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2002 yılından itibaren yılda iki sayı yayımlanan hakemli ve bilimsel bir dergidir. Derginin amacı, hukukun çeşitli alanlarına ilişkin özgün ve nitelikli akademik çalışmaların uluslararası yayıncılık ilkeleri ışığında yayımlanmasıyla gerek ulusal gerekse uluslararası literatüre katkı sağlamak, hukuk bilimine hizmet etmektir.

## **Derginin Kapsamı**

---

Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, amacına uygun olarak bilimsel nitelikteki çalışmaları yayımlamaktadır. Bu bağlamda hukukun çeşitli alanlarına ilişkin olarak akademisyenler, hukuk uygulayıcıları ve araştırmacılar tarafından kaleme alınan bilimsel makaleler, karar incelemeleri, çeviriler vb. yayınlar hakem denetiminden geçirilerek Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi'nde yayımlanmaktadır.

**MALTEPE ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ**  
**ETİK İLKELER VE YAYIN POLİTİKASI**  
**YAYIN POLİTİKASI**

1. Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2002 yılından itibaren yılda iki sayı yayımlanan hakemli dergidir.
2. Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, TÜBİTAK - ULAKBİM, DergiPark ve Jurix tarafından taranmaktadır.
3. Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, yerli ve yabancı araştırmacıların hukuk alanına ilişkin özgün araştırma makalelerini kabul etmektedir. Dergide yayımlanmak üzere gönderilen bilimsel nitelikli çalışmaların daha önce başka bir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olması gerekir. Makalede kullanılan tüm kaynakların yazım kılavuzuna uygun olması ve etik ilkeler doğrultusunda belirtilmesi gerekmektedir.
4. Dergi'nin yazı dili Türkçedir. Bununla birlikte yabancı dilde yazılan makalelere de yer verilmektedir. Dergi'ye gönderilen yazı hangi dilde yazılmış olursa olsun, yazının Türkçe ve İngilizce başlığının, en az 150, en çok 200 kelimededen oluşan Türkçe ve İngilizce özetinin ve her iki dilde beşer anahtar kelimenin yazının başına eklenerek gönderilmesi gerekmektedir.
5. Yayımlanmak üzere Dergi'ye gönderilen çevirilerin, yayımlanmış olduğu dildeki asıl nüshası ve çalışma sahibinin izni ile birlikte gönderilmesi gerekir.
6. Çalışmalar, çalışmanın bir nüshasının ve eser sahibi tarafından imzalanmış Telif Hakkı Formunun birer çıktısı ve CD'ye kaydedilmiş versiyonlarıyla Yayın Kurulu'na iletilmeli veya [hukukdergi@maltepe.edu.tr](mailto:hukukdergi@maltepe.edu.tr) adresine veya Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi'nin DergiPark sayfasına elektronik ileti şeklinde gönderilmelidir. Çalışma sahibine ait iletişim bilgileri (ad, soyad, unvan, çalıştıkları kurum, iletişim adresi, güncel e-posta adresi, telefon numarası, ORCID ID) çalışmanın son sayfasına eklenmelidir. Makaleye katkı sağlamayan kişilerin adları, makalede yazar olarak yer almamalı ve yayımlanmak üzere başvuru bir makalenin yazar sırasında değişiklik yapma, yazar ekleme/çıkarma işlemleri talep edilmemelidir.
7. Çalışma sahibi, çalışmasındaki yazım hatalarını düzelterip, kontrol ettikten sonra eksiksiz bir şekilde göndermekle yükümlüdür. Dergiye gönderilen çalışmaların son kontrollerinin yapılmış olduğu, yazarın gönderdiği şekliyle çalışmasını basıma verdiği kabul edilir.
8. Yayın Kurulu tarafından ilk incelemesi yapılan çalışmalar, değerlendirilmek üzere, isimleri saklı tutulan hakem heyeti içinden yazarın unvanına göre daha üst unvanlı bir hakeme gönderilir. Yazılar farklı kurumlardan olmak üzere en az iki hakem incelemesine tabi tutulur. Makaleler, kör hakemlik sistemine tabi olarak değerlendirilir. Hakemlerin incelemelerini ivedilikle yerine getirmeleri değerlendirmeleri için Hakem Değerlendirme Formunu gerekçeli bir biçimde doldurmaları gerekir. Değerlendirme formunda kör hakemlik dolayısıyla hakemlerin kimlik bilgileri yer almamalıdır. Hakemler yazıların yayımlanması, yayımlanmasının uygun olmadığı veya düzeltilerek yayımlanması yönünde görüş bildirebilirler. Hakemin “gözden geçirilmesi gerekmektedir” şeklinde değerlendirdiği çalışmaların Dergide yayımlanabilmesi için, yazarın hakem raporunda belirtilen değişiklikleri yapması ve buna ilişkin bir dilekçeyi Yayın Kurulu'na vermesi gerekmektedir. Bu halde, düzeltilmiş çalışmalar tekrar hakem denetiminden geçirilecektir. Her iki hakemin

de olumsuz görüş bildirmesi halinde yazıların yayım talebi reddedilir. İki hakemden birinin olumlu, diğerinin olumsuz görüş bildirmesi halinde, ilgili yazı üçüncü bir hakeme gönderilebilir ve üçüncü hakem raporuna göre işlem yapılabilir. Hakemlerden birinin olumsuz görüş bildirmesi halinde editör görüşüne göre de hareket edilebilir. Yazarlar hakem süreçlerinden en kısa sürede haberdar edilir.

9. Yazım yanışlarının olağanın dışında bulunması veya bilimsellik ölçütlerine uyulmaması, yazının Yayın Kurulu tarafından geri çevrilmesi için yeterli görülecektir. Yayın Kurulu başka sebeplerle de bir yazının yayımlanması talebini reddedebilir. Hakem incelemesinin olumlu bir şekilde sonuçlanmış olması yazara yayım hakkı vermez.
10. Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi'ne gönderilen çalışmaların yayımlanması uygun görüldüğü takdirde tüm yayım hakları Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi'ne aittir. Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi'nde yayımlanmak üzere gönderilen çalışmaların yazarları, çalışmalarının elektronik ortamda da yayımlanmasına rıza göstermiş sayılır. Yayımlanan çalışmalardan alıntı yapılması halinde kaynak gösterilmesi zorunludur. Çalışmanın tamamının kullanılması Derginin iznine bağlıdır.
11. Dergide yayımlanan çalışmaların içeriklerinden yazarları sorumludur. Yayın Kurulu'nun çalışmaların içeriklerinden aslen veya müteselsilen hiçbir sorumluluğu bulunmamaktadır.
12. Dergide yayımlanan çalışmalar karşılığında yazarlara herhangi bir ücret ödenmez.
13. Dergiye yazı gönderenler Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Yayın Politikasını ve İlkelerini kabul etmiş sayılırlar.
14. Dergiye gönderilen çalışmaların Derginin belirlediği yazım kurallarına uygun olması gerekir.
15. Dergiye gönderilen çalışmalarda kaynakçaya yer verilmesi zorunlu olup, kaynakça Dergi Yazım Kurallarına uygun olarak düzenlenmelidir.

## **ETİK İLKELER**

Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, etik ilkeler ve kurallar konusunda ‘Yayın Etiği Komitesi’nin (Committee on Publication Ethics - COPE (<https://publicationethics.org/>)) yönergesini esas almıştır.

### **Yazarlar**

1. Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi’ne gönderilen çalışmaların hukuk alanına ilişkin özgün araştırmalar olmaları gerekmektedir.
2. Yazarların, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi’ne gönderdikleri çalışmaların başka yerde yayımlanmaması ya da yayımlanmak üzere aynı zamanda başka bir dergiye gönderilmemesi gerekmektedir.
3. Makalede kullanılan kaynakların yazım kılavuzuna uygun olması ve etik ilkeler doğrultusunda belirtilmesi gerekmektedir.
4. Makaleye katkı sağlamayan kişilerin adları, makalede yazar olarak yer almamalı ve yayımlanmak üzere başvuru bir makalenin yazar sırasında değişiklik yapma, yazar ekleme/çıkartma işlemleri talep edilmemelidir.
5. Yayınlanma aşamasında olan makale ile ilgili herhangi bir yanlışın fark edilmesi halinde, yazarlar, editörü bilgilendirmek ve işbirliği yapmakla yükümlüdür.
6. Makalelerde yararlanılan tüm kaynakların doğru bir şekilde belirtilmesi gerekir.

### **Editörler**

1. Editörler, hakemler bakımından kör hakemlik prensibini uygular, hakemlerin bilgilerini gizli tutar ve hakem seçiminde hakemlerin uzmanlık alanlarına göre dağılım benimser.
2. Editörler, yayınlanan makaleler bakımından fikri mülkiyet haklarını korur. İlgili yayının başka yayınların fikri mülkiyet haklarını ihlal etmemesi hususunda gereken önlemleri alır ve özgünlük denetimi yapar.
3. Editörler, yazarlar arasında ayırım gözetmeksizin objektif ve adil bir değerlendirme yaparak, derginin amaç ve kapsamıyla sınırlı bir şekilde karar alır ve bilimsel yaklaşım bakımından sorunlu olduğunu tespit ettikleri makaleleri hakem değerlendirmesine göndermeksizin reddedebilir. Editörlerce kapsamlı bir hakem ağı kullanarak makalelerin objektif bir şekilde değerlendirilmesini sağlar.

### **Hakemler**

1. Hakemler yalnızca uzmanlık alanlarına ilişkin makalelere hakemlik yapabilir. Aksi halde değerlendirmeyi reddetmeleri gerekir.
2. Hakemler herhangi bir çıkar çatışması halinde, değerlendirmeye gönderilen makaleyi incelemeyi kabul etmemelidir.
3. Hakemlerin değerlendirmeleri için gerekçeli olarak doldurdukları Hakem Değerlendirme Formunda, kör hakemlik dolayısıyla kimlik bilgilerinin yer almaması gerekmektedir.
4. Hakemler değerlendirme konusunda kendilerine verilen sürelerle uymalıdır.



## YAZIM KURALLARI

1. Yazı, word formatında, 1.5 satır aralığında, ana bölümlerinde 12 punto; dipnot, öz gibi bölümlerinde ise 10 punto harf büyüklüğünde ve Times (New Roman) karakterinde yazılmalıdır.
2. Yazının giriş ve sonuç bölümlerine başlık numarası verilmemelidir. İzleyen başlıkların numaralandırılmasında ise izlenmesi gereken sistem şöyledir: Birinci derece başlıklar 12 punto BÜYÜK HARF ile yazılmalı ve roma rakamı sırası ile (I, II, III, ...) numaralandırılmalıdır. İkinci derece alt başlıklarda her kelimenin ilk harfi büyük, diğerleri küçük harflerle 12 punto olarak yazılmalı ve alfabetik sıra içinde BÜYÜK HARF ile (A., B., C., ...) numaralandırılmalıdır. Üçüncü ve dördüncü derece alt bölüm başlıklarında birinci kelimenin ilk harfi büyük, diğer tüm kelimeler küçük harflerle yine 12 punto olarak yazılmalıdır. Üçüncü alt bölüm başlıkları sayma sayıları ile ( 1., 2., 3., ...), dördüncü alt bölüm başlıkları ise alfabetik sıra içinde küçük harf kullanılarak (a., b., c., ...) numaralandırılmalıdır. Tüm başlıklar bold (koyu) karakterler ile yazılmalıdır.

### **Yollamalar, Dipnot ve Kaynakça**

1. Yazar dipnot yerine metin içinde yollama yapmayı tercih edemez.
2. Dipnotlar, çalışma içerisinde sayfa altında, usulüne uygun bir şekilde gösterilmelidir. Aşağıda farklı nitelikteki kaynakların metin içindeki yollamalarda yazılış biçimleri örneklerle gösterilmiştir. Derginin bütünlüğü açısından aşağıda gösterilen örneklere uyulmalıdır.

#### **a) Tek yazarlı kitap:**

Aydın Aybay, *Borçlar Hukuku Dersleri (Genel Bölüm)*, 13. Basım, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2011, s. 15.

#### **b) Çeviri kitap:**

Anthony Giddens, *Modernliğin Sonuçları*, (çev. E. Kuşdil), 2. Basım, Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 1998, s. 25.

#### **c) İki yazarlı kitap:**

Kemal Oğuzman/ Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler; Cilt: 1*, 6098 sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu'na Göre Güncellenip, Genişletilmiş 9. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2011, s. 124.

#### **d) Üç veya daha fazla yazarlı kitap:**

Kemal Oğuzman/ Özer Seliçi/ Saibe Oktay-Özdemir, *Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler)*, 11. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2011, s. 100.

#### **e) Yüksek Lisans ve Doktora Tezi:**

Elif Seda Gürkan, *Yabancıların Türkiye'de Çalışma Hakları*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2014, s. 48.

#### **f) Kurum Yayını:**

Türk Sanayicileri ve İşadamları Derneği (TÜSİAD), *Yargılama Düzeninde Kalite*, İstanbul, 1998, s. 58.

**g) Makale:**

**\* Dergide yer alan makale:**

Cem Akbıyık, 'Anayasa Mahkemesinin Soybağı Hukuku Alanındaki Kararlarının Toplu Bir Değerlendirmesi', T.C Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı: 2012/1,Yıl: 2012, İstanbul, s. 214.

**\* Armağanda yer alan makale:**

Necip Kocayusufpaşaoğlu, 'İşlem Temelinin Çökmüş Sayılabilmesi İçin Sosyal Felaket Olarak Nitelenebilecek Olağanüstü Bir Olayın Gerçekleşmesi Şart mıdır?', Prof. Dr. Kemal Oğuzman' a Armağan, İstanbul, 2000, s. 510.

**h) İnternet kaynağı:**

Mehmet Tezcan, *Clausula Rebus Sic Stantibus İlkesi ve Sözleşmenin Değişen Koşullara Uyarlanması*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2004, acikarsiv.ankara.edu.tr/browse/302/594.pdf (erişim tarihi 22.11.2011), s. 6.

**ı) Derleme:**

Yusuf Çalışkan, "Dispute Settlement in International Investment Law", Yusuf Aksar (der.), *Implementing International Economic Law Through Dispute Settlement Mechanisms*, Martinus Nijhoff, Lieden, Boston, Holland/USA, 2011, s. 123.

**i) Aynı kaynağa tekrar dipnot vermek için:**

Yazarın Soyadı/Kurum Adı, (Aynı yazara ait birden fazla ise) Eser adı, sayfa numarası.

Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 141.

Giddens, Modernliğin Sonuçları, s. 45.

TÜSİAD, s. 56.

3. Kullanılan kaynaklar "Kaynakça" başlığı altında gösterilerek, aşağıdaki örneğe uygun şekilde düzenlenmeli ve alfabetik olarak sıralanmalıdır.

**KAYAR**, İsmail, *6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Ticaret Hukuku*, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, İstanbul, 2015.

**MALTEPE UNIVERSITY FACULTY OF LAW REVIEW**  
**ETHICAL PRINCIPALS AND PUBLICATION POLICY**  
**PUBLICATION POLICY**

1. Maltepe University Faculty of Law Review is a peer-reviewed and semi annually published journal since 2002.
2. Maltepe University Faculty of Law Review is recognized as a national journal in the National Law Database of TÜBİTAK – ULAKBİM, DergiPark and Jurix.
3. Maltepe University Faculty of Law Review accepts native and foreign researchers' articles that are unique and under the field of law. All scientific studies sent to the Review should not have been previously published or sent to be published elsewhere. All references of the article should be mentioned in accordance with ethical principles and should be in compliance with the Review's writing rules.
4. The Review publishes articles written in Turkish or in foreign languages. In any language articles should contain Turkish and English titles, an abstract of 150-200 words and 5 keywords, both in Turkish and English.
5. Translations should be sent together with the original text and the permission of the author.
6. Articles and copyright forms should be submitted to the Editorial Board either by printed copy together with a copy saved on a CD or via e-mail to [hukukdergi@maltepe.edu.tr](mailto:hukukdergi@maltepe.edu.tr) or the Review's DergiPark web-page. The author should indicate contact information (name, title, institution, address, e-mail address, telephone number, ORCID ID) on the last page of the article. The persons who do not have a contribution to the articles should not be indicated as authors. Additionally, alteration of the order of authors' names or addition/removal of authors should be demanded after application for publishing.
7. Author takes responsibility in submitting the article after having corrected all typing and grammatical errors. Editorial Board accepts the submitted article as a final text to be published. Editorial Board reserves the right to decline articles that have excessive typing and grammatical errors or that are incompatible with the academic writing criteria.
8. After being subject to a preliminary examination by the Editorial Board, articles are sent to a referee of higher title for evaluation. Articles are reviewed by two referees from different institutions. Articles are subjected to blind review. Referees are expected to finalise their reviews without delay and submit their reviews by filling up the Referee Evaluation Report. Due to the blind review principle, credentials of referees should not be indicated in the Evaluation Report. Referees may give reviews in the direction being eligible to publish, not being eligible to publish or eligible to publish after readjustment. In order to be published, articles that are evaluated as "should be revised" should be revised in accordance with the suggestions proposed in the Evaluation Report. Revised articles are sent to the referee for a re-evaluation. Articles which received negative reviews from both referees get rejected for publication. In case of having one evaluation as "not being eligible to publish" and one another as "eligible to publish"; a third review from a different referee may be received and the Editorial Board may act in accordance with the third review. In case of having one review as "not eligible to publish", the Review can act under the decision of the Editor.

9. It is enough for the Editorial Board to reject an article in the existence of excessive amounts of incompliance with writing rules and grammatical and typing errors. The Editorial Board also reserves the right to reject publication of an article for other reasons. Conclusion of evaluation process of referees in an affirmative manner does not give the author the right to publish his/her article.
10. Maltepe University Faculty of Law Review holds all publication rights of the articles that are approved by the Editorial Board. Author's consent to the on-line publishing of their articles. Any other publications using some parts of articles published in the Review as quotations should refer to the Review. Full text of the articles cannot be used without a permission from the Review.
11. The responsibility of the published articles belongs to the authors. All opinions in the articles cannot be attributed to the Maltepe University Faculty of Law Review.
12. Authors are not entitled to any payment for the published articles.
13. Having submitted their articles, authors accept the publication principles of the Review.
14. All articles should comply with the Writing Rules/References and Footnotes of the Review.
15. All articles should contain a bibliography which complies with the Writing Rules/References and Footnotes.

## **ETHICAL PRINCIPLES**

Maltepe University Faculty of Law Review is based on the directive of the “Publication Ethics Committee” (Committee on Publication Ethics – COPE (<https://publicationethics.org/>)) on ethical principles and rules.

### **Authors**

1. Articles that are submitted to the Maltepe University Faculty of Law Review should be unique and under the field of law.
2. Authors are expected that all scientific studies sent to the Review should not have been previously published or sent to be published elsewhere.
3. Bibliography of articles should be in compliance with the Writing Rules and should be indicated in accordance with the ethical principles.
4. The persons who do not have a contribution to the articles should not be indicated as authors. Additionally, alteration of the order of authors’ names or addition/removal of authors should be demanded after application for publishing.
5. In case of noticing an error in the article at the publication procedure, authors are expected to inform the Editor and collaborate with the Board.
6. All references to the article should be indicated in compliance with publication rules.

### **Editors**

1. Editors apply the blind review principle, keep credentials of referees confidential and choose referees in accordance with their fields of expertise.
2. Editors protect intellectual property rights of published articles. They inspect the uniqueness of articles and ensure that the regarding articles does not infringe other publications’ right to intellectual property.
3. Editors decide upon matters within the limits of the purpose and scope of the Review without discrimination upon authors with objective and just evaluations. Editors have the right to reject an article if they detect problematic elements regarding the scientificness of it without referee evaluation. By using a comprehensive web of referees, Editors maintain objective evaluation of articles.

### **Referees**

1. Referees may only evaluate articles which are under their field of study. Otherwise, they are expected to decline evaluation.
2. In case of any conflict of interests, referees should not accept an article which is sent for their review.
3. Due to the blind review principle, Referees should not indicate their credentials in the Referee Evaluation Report.
4. Referees are expected to comply with the time frame given to them by the Editorial Board.

## WRITING RULES

1. Text should be written in Word format, Times New Roman character with 1,5 line spacing and 12 point size in the main section, in other sections (footnotes, abstract etc.) it should be written in 10 point size.
2. Introduction and conclusion of the Text should not be given a title number. The headings should comply with the numbering system as follows: All titles should be written in 12 point size. First titles should be written in all UPPERCASE letters and should be numbered in Roman numerals (I., II., III., ...). In the second, third and fourth degree subtitles, the first letter of each word should be in UPPERCASE letters, others should be written in lowercase letters. Second degree subtitles should be numbered in alphabetical order with UPPERCASE letters (A., B., C., ...). The third sub-section headings should be numbered with counting numbers (1., 2., 3., ...) and the fourth sub-section headings with lowercase letters in alphabetical order (a., b., c., ...). All titles should be written in bold characters.

### References, Footnotes and Bibliography

1. All references should be shown in footnotes.
2. In order to maintain a textual integrity within the Review, authors should apply the below-mentioned citation methods.

#### **a) Books with single author:**

Aydın Aybay, *Borçlar Hukuku Dersleri (Genel Bölüm)*, 13th Edition, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2011, p. 15.

#### **b) Translated books:**

Anthony Giddens, *Modernliğin Sonuçları*, (Trans. E. Kuşdil), 2th Edition, Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 1998, p. 25.

#### **c) Books with two authors:**

Kemal Oğuzman/ Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt: 1*, 6098 sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu'na Göre Güncellenip, Extended 9th Edition, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2011, p. 124.

#### **d) Books with three or more authors:**

Kemal Oğuzman/ Özer Selçü/ Saibe Oktay-Özdemir, *Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler)*, 11th Edition, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2011, p. 100.

#### **e) Master or Doctorate Thesis:**

Elif Seda Gürkan, *Yabancıların Türkiye'de Çalışma Hakları*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2014, p. 48.

#### **f) Other Publications:**

Türk Sanayicileri ve İşadamları Derneği (TÜSİAD), *Yargılama Düzeninde Kalite*, İstanbul, 1998, p. 58.

**g) Articles:**

**\* Journal Articles:**

Cem Akbıyık, 'Anayasa Mahkemesinin Soybağı Hukuku Alanındaki Kararlarının Toplu Bir Değerlendirmesi', T.C. Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Vol. 2012/1, 2012, İstanbul, p. 214.

**\* Articles in Memoriams:**

Necip Kocayusufoğlu, 'İşlem Temelinin Çökmüş Sayılabilmesi İçin Sosyal Felaket Olarak Nitelenebilecek Olağanüstü Bir Olayın Gerçekleşmesi Şart mıdır?', Prof. Dr. Kemal Oğuzman'a Armağan, İstanbul, 2000, p. 510.

**h) Electronic Resources:**

Mehmet Tezcan, *Clausula Rebus Sic Stantibus İlkesi ve Sözleşmenin Değişen Koşullara Uyarlanması*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2004, [acikarsiv.ankara.edu.tr/browse/302/594.pdf](http://acikarsiv.ankara.edu.tr/browse/302/594.pdf) (access date 22.11.2011), p. 6.

**i) Edited Work:**

Yusuf Çalışkan, "Dispute Settlement in International Investment Law", Yusuf Aksar (ed.) *Implementing International Economic Law Through Dispute Settlement Mechanisms*, Martinus Nijhoff, Lieden, Boston, Holland/USA, 2011, p. 123.

**j) To make a second reference to the same resource:**

Author's Surname/Name of the institution, (If cited more than one) Name of the work, page number.

Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, p. 141.

Giddens, Modernliğin Sonuçları, p. 45.

TÜSİAD, p. 56.

3. Resources used in the article should be listed in alphabetical order under the title "Bibliography" and should be as follows:

**KAYAR**, İsmail, *6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Ticaret Hukuku*, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, İstanbul, 2015.





# İçindekiler / Content

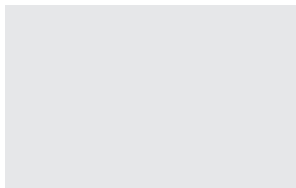
## >> Kamu Hukuku / Public Law

- 1 Abluka ve Sivil Halkın Açlığa Mahkûmiyeti**  
The Blockade and the Sentence of the Civil People to Hunger  
Prof. Dr. A. Füsun ARSAVA
- 15 Covid-19 Aşısı, İlaç Şirketleri ve İnsan Haklarına İlişkin Sorumlulukları**  
Covid-19 Vaccine, Pharmaceutical Companies and Human Rights Responsibilities  
Dr. Öğr. Üyesi Özge YÜCEL DERİCİLER

## >> Özel Hukuk / Private Law

- 43 Dijital Reklamcılığın Yol Açtığı Hukuki Sorunlar ve Çözüm Önerileri**  
Legal Problems Caused by Digital Advertising and Solution Proposals  
Dr. Öğr. Üyesi Mete TEVETOĞLU - Av. Betül ÇOLAK
- 87 Türk Yabancılar Hukuku Kapsamında “Yabancı Kaçak İşçi” Kavramı**  
The Concept of ‘Illegal Foreigner Worker’ within the Scope of Turkish Foreigners Law  
Dr. Öğr. Üyesi Gülce GÜMÜŞLÜ TUNÇAĞIL





**Kamu Hukuku**

Public Law



# Abluka ve Sivil Halkın Açlığa Mahkûmiyeti

## The Blockade and the Sentence of the Civil People to Hunger

Prof. Dr. A. Füsün ARSAVA<sup>(\*)</sup>

### Öz:

Uluslararası silahlı çatışmalarda sivil halkın açlığa mahkûmiyeti İnsani Uluslararası Hukuka göre savaş suçu teşkil ederken uluslararası niteliği olmayan silahlı çatışmalarda sivil halkın açlığa mahkûmiyeti konusunda boşluk bulunmaktadır. Oysa sivil halkın açlığa mahkûmiyeti iç savaşta sıklıkla olağan bir savaş yıldırma yöntemi olarak kullanılmaktadır. Makalede Codex Lieber, Cenevre Konvansiyonları ve Uluslararası Ceza Mahkemesine ilişkin Roma Statüsü hükümleri esas alınarak orantısız abluka uygulamalarının yol açtığı Uluslararası Hukuk ihlallerine ışık tutulmaktadır. Söz konusu metinlerde öngörülen koruma her ne kadar uluslararası niteliği olmayan silahlı çatışmalar için zayıflatılmış olsa da bu çerçevede ortaya çıkan insanlığa karşı suç teşkil eden diğer eylemler asgari uluslararası teamül hukuku ışığında sorumluluk doğurma niteliğine sahiptir. uluslararası hukukta ablukanın caiz bir savaş yöntemi olarak kabul edilmesi, sivil halkın dolaylı olarak açlığa mahkûmiyetine yol açmaktadır.

### Anahtar Kelimeler:

Abluka, Açlığa Mahkûmiyet, Roma Statüsü, İnsanlığa Karşı İşlenen Suçlar, Uluslararası Ceza Hukuku.

### Abstract:

While the condemnation of the civilian population to starvation in international armed conflicts constitutes a war crime according to International Humanitarian Law, there is a gap in the condemnation of the civilian population to starvation in non-international armed conflicts. However, the condemnation of the civilian population to starvation is often used as a regular method of war intimidation in the civil war. The article sheds light on the violations of International Law caused by disproportionate blockade practices, based on the provisions of the Codex Lieber, the Geneva Conventions and the Rome Statute on the International Criminal Court. Although the protection envisaged in the said texts has been weakened for non-international armed conflicts, other acts constituting crimes against humanity that occur within this framework are at least capable of creating liability in the light of customary international law. The acceptance of the blockade as a

<sup>(\*)</sup> Atılım Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Öğretim Üyesi.

E-posta: mahmutarsava@hotmail.com.

Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0003-2275-7664>.

Hakem denetiminden geçmiştir.

Makale Gönderim Tarihi: 08.09.2021.

Makale Kabul Tarihi: 23.11.2021.

permissible method of war in international law leads to the indirect condemnation of the civilian population to starvation.

**Keywords:**

Blockade, Doomed to Hunger, Rome Statute, Crimes Against Humanity, International Criminal Law.

## I. AÇLIĞA MAHKÛMIYETİN SİLAH ÇATIŞMA YÖNTEMİ OLARAK KULLANILMASI

Suriye iç savaşı yatışması zaman alacak gibi gözüken günümüzün silahlı çatışma örneklerinden birini oluşturmaktadır. Çatışma Suriye’de, çatışmanın tüm taraflarınca askeri uygulamada uzun zamandır görülmeyen en ağır silahlar ve yöntemlerle yürütülmüştür. Sivillere karşı kullanılan varil bombası,<sup>1</sup> zehirli gazlar,<sup>2</sup> hapishanelerde yapılan işkenceler ve kitlesel idamlar kullanılan yöntemlerden kimileri olarak karşımıza çıkmaktadır.<sup>3</sup> Bu bağlamda kullanılan en acımasız yöntemlerden biri şüphesiz tüm şehirlerin işgal edilmesi ve sivil halkın siyasi amaçlarla aç bırakılarak baskı altına alınmasıdır. 29 Ekim 2016’da BM insani işler ve acil yardım koordinatörü Stephan O’Brien Güvenlik Konseyi toplantısında farklı güçler tarafından işgal edilen Doğu-Halep ve diğer şehirler için söz konusu olan endişeyi dile getirmiştir.<sup>4</sup> Hemen hemen 4 ay BM yardımı bu şehirlerde yaşayan sivil halka ulaşamamıştır. Ekim 2016’da işgal edilen şehirlerde yaşayan yüzbinlerce insan her türlü insani ve tıbbi yardımdan mahrum bırakılmıştır. Suriye güçleri tarafından işgal edilen şehirler dışında aynı tarihlerde İslam devleti (Islamic State) takribi 200.000 sivilin yaşadığı Deyr Ez-Zour’u ve diğer muhalif güçler de Fua ve Kefra’yı işgal etmiştir.

BM Güvenlik Konseyi 2014’te savaşan taraflara ablukadan vazgeçerek, sivil halka yardım olanağı yaratmaları için çağrı yapmıştır.<sup>5</sup> Suriye’deki duruma ilişkin olarak 2015’ten itibaren BM tarafından hazırlanan raporlar sivil halkın durumunu açıkça ortaya koymuştur.<sup>6</sup> Birçok insan da iç savaşta açlık nedeniyle değil, tıbbi yardım alamama nedeniyle hayatını kaybetmiştir. Devam eden bombardımanlar yahut keskin nişancıların kullanılması sivil halkın sadece fiziksel zarar görmesine değil, psikolojik rahatsızlıklarına da yol açmıştır. Birçok kişi de ablukayı aşma denemesinde ölmüştür. Deir Al-zour’da yaşayan sivil halkın kimileri, çocuklar da dahil olmak

<sup>1</sup> Der Spiegel, 28.09.2015, <https://www.spiegel.de> (erişim tarihi 15.05.2021).

<sup>2</sup> UN Doc. S/2017/440, 12.05.2017.

<sup>3</sup> Matt Wade, *Cyber Armies, info wars and fake news add to Syria’s suffering*, 07.11.2017 tarihli The Sydney Morning Herald.

<sup>4</sup> 15.01.2016, UN Doc. SC/12203.

<sup>5</sup> Resolution, 2139, UN Doc. S/RES/2139, 22.02.2014.

<sup>6</sup> UN Doc. SC/12203, 15.01.2016.

üzere yiyecek ararken keskin nişancılar tarafından vurulmuştur. Uluslararası Kızılderililer Komitesi çocuklarını emziren annelerin yeterli beslenememesi nedeniyle işgal edilen bölgelerdeki bebeklerin birçoğunun öldüğünü rapor etmiştir.<sup>7</sup> Suriye’deki sivil halkın durumuyla ilgili olarak sadece BM yayınları ve raporları ile değil, sosyal medya üzerinden yapılan yayımlarla da uluslararası kamuoyunun dikkati çekilmiştir. Bu yayınlar işgal altında yaşayan sivil halkın kedi, köpek, ağaç kökleri, çimen ve toprak yiyerek yaşamlarını sürdürdüğünü gözler önüne sermiştir. Suriye’de ortaya çıkan bu tablo insani hukuk ve uluslararası ceza hukuku muvacehesinde sivil halkın açlığa mahkûmiyeti yasağının yeniden gündeme gelmesine yol açmıştır.

## II. ABLUKANIN TARİHSEL AÇIDAN CAİZ BİR SAVAŞ YÖNTEMİ OLARAK KABUL EDİLMESİ

Abluka tahkim edilmiş yerleri yahut şehirleri ele geçirmeyi kolaylaştıran operasyonel bir yöntem olarak tarif edilmektedir.<sup>8</sup> Ablukanın amacı bir yeri, ihtiyaçlarının teminini ve aynı zamanda savunma güçlerinin gelmesini engelleyerek izole etmektir. Tarihte çok sayıda kurban veren acımasız abluka örnekleri görülmektedir.<sup>9</sup> MÖ 3000’de Mısır’da yapılan duvar fresklerinde abluka sahnelerinin canlandırıldığı görülmektedir; Eski İncil Kudüs’ün Babil kralı Nebukadnezar tarafından MÖ 586’da abluka altına alınmasını ve Kudüs’ün tahrip edilmesini ve üst sınıf Yahudi ahalinin köle haline getirilmesini tasvir etmektedir. MÖ 332’de Büyük İskender’in Fenikelilere ait Tyros (Sur) kenti ve Jül Sezar’ın MÖ 52’de Galya savaşlarında Alesia kuşatması tarih öncesi abluka örnekleridir.<sup>10</sup> Her iki tarihi örnekte de dünya imparatorluklarına karşı yapılan direniş abluka ile kırılmıştır. Ortaçağda da abluka örnekleri karşımıza çıkmaktadır. 1453’te İstanbul’un, Osmanlı orduları tarafından işgali esnasında uygulanan kuşatma ve 1529 ve 1683 Viyana kuşatmaları bu dönemdeki örneklerden kimileridir.

Birinci Dünya Savaşı esnasında bir milyon kurban (bunun 250.000’i ölmüştür) yol açan Verdun savaşı esnasında uygulanan abluka, 1942-1943 yılları arasında Leningrad’ın Alman İmparatorluğu tarafından abluka altına alınması (Hitler, ideolojisinin yol açtığı körlükle şehrin teslim olmasının hiçbir şekilde kabul edilmemesini emretmiştir. Abluka ile şehrin ele geçirilmesi değil, sivil halkın aç bırakılarak ölmesi hedeflenmiştir) yakın döneme ait örnekleridir.<sup>11</sup> Hitler’in

<sup>7</sup> Pawel Krzysiek, *Madaya-Syria: Aid Convoy Reaches Besieged Town*, BBC News (interview), 11 January 2016.

<sup>8</sup> James Kraska, *Siege*, MPEPIL, 2009 (Max Planck Encyclopedia of Public International Law), 2009, sıra no.1.

<sup>9</sup> Kraska, sıra no.4 vd.

<sup>10</sup> Sezar “Commentarii de bello Gallico”da Alesia abluğunu tasvir etmiştir.

<sup>11</sup> Jörg Ganzenmüller, *Hunger als Waffe*, Zeit Online, 24.05.2011, <http://www.zeit.de/zeit-geschichte/2011/02/kriegsziele-generalplan-ost> (erişim tarihi 15.05.2021).

Leningrad'a uyguladığı abluka Sovyet güçlerinin direnişi ve Rusya'nın kışı ile kırılmıştır. Leningrad her ne kadar teslim olmamışsa da 871 gün devam eden abluka en uzun 1.100.000 kurban verilen abluka olarak modern tarihte yerini almıştır. Nürnberg askeri mahkemesi top atışları ile sivil halkın geri püskürtülmesini (süvari birliklerinin sivillere gereksiz saldırısını kınamakla beraber) hukuka aykırı görmemiştir.<sup>12</sup> Yakın tarihte 1990'lı yıllarda Saraybosna ve Srebrenica ablukaları ve 1999-2000'de Grozny'de cereyan eden savaş hafızalarda yer alan örneklerdir. Bütün bu zikredilen örneklerde uluslararası örgütler ve AİHM abluka altına alan devletleri kınamıştır. Saraybosna banliyösünün topçu atışına tutulması Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi tarafından Galić-Case davasında savaş suçu olarak nitelendirilmiştir.<sup>13</sup> BM Güvenlik Konseyi de aynı şekilde 15.000 muharip yanı sıra 20.000 sivil sığınmacının yaşadığı Srebrenica güvenli bölgesinin vurulmasını savaş suçu olarak kabul etmiştir.<sup>14</sup>

Çeçen direnişçilere karşı Rusya'nın uyguladığı ablukada Grozny buna karşılık topçu atışı ile değil, Aerosol bombaları ve taktik balistik roketlerle vurulmuştur. AİHM (Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi), çatışma ile bağlantılı olarak şehirleşmiş yerlerde etki gösteren söz konusu silahların kullanılmasını ayırım yapmaksızın AİHK'nın (Avrupa İnsan Hakları Konvansiyonu) 2. maddesi muvacehesinde yaşam hakkının ihlâli olarak kabul etmiştir.<sup>15</sup>

### III. ULUSLARARASI SİLAHLI ÇATIŞMALARDA AÇLIĞA MAHKÛMİYETİN HUKUKİ DEĞERLENDİRİLMESİ - CENEVRE KONVANSİYONLARI VE I NO.LU EK PROTOKOL

#### A. Prensipten Olarak Abluka Yasağının Bulunmaması

Geçerli İnsani Hukuk prensip olarak abluka yasağı öngörmemektedir. İnsani Uluslararası Hukukta sivil halkın korunmasına ilişkin kurallara riayet edildiği ölçüde abluka ve hatta düşman güçlerinin aç bırakılması meşru olarak gözükmektedir.<sup>16</sup> Açık şekilde benzer etki gösteren savaş yöntemleri, örneğin deniz ablukasını/ambargo caiz olarak görülmektedir. Yürürlüğe girmemiş olmakla beraber uluslararası teamül hukukunu büyük ölçüde kodifiye eden 1909 tarihli Londra deklarasyonunun 9, 11, 12. maddeleri deniz ablukasını, abluhanın tarafsız devletlere bildirilmesi kaydıyla meşru kabul etmiştir,<sup>17</sup> Cenevre Konvansiyonlarına ek

<sup>12</sup> XI Nuernberg Military Tribunals, US v. Wilhelm von Leeb ve diğerleri, 27.10.1948, No.1, 462 (562).

<sup>13</sup> Trial Chamber, Prosecutor v. Stanislav Galić, Urteil, 05.12.2003, IT-98-29-T, sıra no.41-62.

<sup>14</sup> 819 sayılı Güvenlik Konseyi rezolüsyonu için bkz.: UN Doc. S/RES/819, 16.04.1993.

<sup>15</sup> AİHM, Isayeva v. Russia, karar 24.02.2005, App. No. 57950/00, sıra no.191.

<sup>16</sup> Kraska, sıra no.9.

<sup>17</sup> Wolff Heintschel von Heinegg, The Law of Armed Conflict at Sea, bkz.: D.Fleck (ed.), *The Handbook of International Humanitarian Law*, 2. Baskı, Oxford 2008, sıra no.1051 vd.



I no.lu protokolün 54 I maddesiyle bağlantılı olarak 49.III maddesinde sivil halkı açlığa mahkûm etme, yaşam için vazgeçilmez ürünlere ulaşmanın zorlaştırılması yasaklanmıştır. Abluka bakımından özellikle savaş eylemlerinin anlam ve amacı önem taşımaktadır. Abluka ile savaşın yürütülmesi için önem taşıyan malların tedarikinin engellenmesi, düşmana ulaşmaması amaçlanır. Ablukanın sivil halkın aç kalması hedefi gütmemesi gerekir.<sup>18</sup> IV no.lu Cenevre Konvansiyonunun 14. maddesine göre ambargo altında olanlara insani yardım sağlama mükellefiyeti bulunmaktadır. Denizlerdeki silahlı çatışmalara ilişkin San Remo Manual'in 102 - 104, maddeleri de aynı yükümlülüğü öngörmektedir.<sup>19</sup>

## **B. Codex Lieber'den 1949 Tarihli Cenevre Konvansiyonlarına Kadar Geçen Süredeki Gelişmeler**

Sivil halkın kasıtlı olarak aç bırakılmasını ablukadan ayırmak gerekmektedir. Gerek La Haye Kara Savaşı Kurallarının 22. maddesi, gerekse I no.lu ek protokolün 35I maddesi savaşan tarafların savaşı yürütme bağlamında araç ve yöntemler bakımından haklarının sınırsız olmadığını öngörmektedir. Silahlı çatışmada savaşa bağlı ıstırapları gerekli olanla sınırlamak için savaşan tarafların belli insani hukuk kurallarına uyması gerekmektedir. İnsani uluslararası hukukun en tartışmasız kardinal prensibi sivillerin prensip olarak korunması ve sivillerin askeri saldırıların hedefleri dışında tutulmasıdır. Bu açıklamaların mantiki sonucu olarak Cenevre Konvansiyonlarının Abluka esnasında sivil halkın açlığa mahkûm edilmesini yasakladığı ortaya çıkmaktadır.<sup>20</sup>

Acımasız ablukaların uzun geçmişinde açlığa mahkûm etmenin İnsani Uluslararası Hukukta başlangıçta meşru ve gerekli bir yöntem olarak görülmesi şaşırtıcı değildir. 1863 tarihli ilk askeri Manual Codex Lieber de Amerikan iç savaşında Kuzey devletlerinin askeri güçlerine düşman güçlerinin -silahlı veya silahsız olsun- hızlı bir şekilde teslim olmalarını sağlamak için açıkça açlığa mahkûm etmeye izin vermiştir.<sup>21</sup> İlk kez 1907'de Kara Savaşı Kurallarının 23. madde, b-bendinde özenli bir düzenleme ile bu bağlamda mallara el konulmasına veya tahrip edilmesine savaş gereklilikleri icap ettirmediği nispette sınırlama getirildiği görülmektedir. Mallara el koyma yasağının, yaşam için gerekli ihtiyaç maddelerine el konulmasını da doğal bir sonuç olarak kapsamı nedeniyle bu

<sup>18</sup> Yves Sandoz / Christophe Swinarski / Bruno Zimmermann (ed.), *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, Military Legal Resources, Geneva 1987, sıra no.2095.

<sup>19</sup> International Law Applicable to Armed Conflict at Sea (San Remo Manual 1994).

<sup>20</sup> Michael Cottier / Emilia Richard, War Crimes, bknz.: Otto Triffterer/Kai Ambos (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the ICC*, 3. Baskı, Oxford/Baden-Baden/München 2016, Art.8, sıra no.758.

<sup>21</sup> Bknz.: Art.17 Instructions fort the Government of Armies of the United States in the Field (Lieber Code), 24 April 1863.

yasak IV no.lu Cenevre Konvansiyonunun 53. maddesi tarafından üstlenilmiştir. Bu madde, IV no.lu Konvansiyonun 23. maddesi ile birlikte sivil halka yardımların ulaşımını sağlama, 55. maddesi ile sivil halkın temel ihtiyacı olan yiyecek ve ilaçların işgal gücü tarafından tedarik edilme mükellefiyetini öngörmesi nedeniyle, sivil halkı aç bırakma yasağının ilk adımları olarak değerlendirilmiştir.

Bu normlar sivil halkın ilaç, yiyecek, giyecek hatta dini materyale insani yardım olarak ulaşmasını temin etmektedir. IV no.lu Cenevre Konvansiyonu 59-62. maddelerinde işgal durumu için biraz daha ileri giderek işgal gücünü, sivil halkın ihtiyaçlarını tam karşılayamaması durumunda üçüncü tarafların insani yardımlarına (devletler yahut yardım kuruluşları) izin verme mükellefiyeti getirmekte ve sivil halkın sıkıntılarını azaltacak bu tür önlemlerin bir koruyucu gücün kontrolü altında yapılmasını öngörmektedir. IV no.lu Cenevre Konvansiyonunun 108 vd., 142. maddeleri, III no.lu Cenevre Konvansiyonunun 72. madde vd., 125. maddeleri gözaltına alınanlar ve savaş tutsakları için aynı şekilde sadece yiyecek ve ilaçla, giyimle sınırlı değil, dini, eğitim yahut hobi amaçlı kitapların temini bakımından kapsamlı düzenlemeler öngörmektedir.

### **C. 1977 Tarihli I No.lu Ek Protokolün 54. Maddesi ve Açlığa Mahkûm Etme Yasağı**

Açlığa mahkûm etme yasağı en kapsamlı şekilde 1977 tarihli I no.lu ek protokolün 54. maddesinde temin edilmiştir. Cenevre Konferansında içerik konusunda birbirine ters düşen görüşler nedeniyle uzun tartışmalar yapılmış olsa da yeni olarak addedilen düzenleme mutabakatla kabul edilmiştir.<sup>22</sup> Madde hükmü açıkça sivillerin aç bırakılmasını savaş yürütme yöntemi olarak yasaklamaktadır. Bu yasak özellikle yiyecek kaynaklarına, depolara el konulmasını yasaklamaktadır. I no.lu ek protokolün 54. maddesi tarım alanlarına, yiyecek üretimine, tahıl ve hayvan mevcuduna, içme suyu şebekelerine ve sulama tesislerine zarar verilmemesini yasaklamaktadır. I no.lu ek protokol 54. maddesine göre münhasıran askeri amaçlara hizmet eden, diğer bir ifade ile işe değil, askeri bir eylemin doğrudan desteklenmesi için kullanılabilen yiyecek kaynakları açık şekilde aç bırakma yasağı kapsamında mütalâa edilmemektedir. Ancak bu objelere el konulması sivil halkın aç kalmasına yol açacaksa, bu objelerin de korunması gerekmektedir.

İşgal güçlerinin ihtiyaçlarının teminini zorlaştırmak için tarım arazilerinin yakılması I no.lu ek protokolün 54. madde V. fıkrasının kapsamında görülmektedir. Sivil halka değil, düşman güçlerine karşı uygulanan bu yöntem mantıklı bir istisna olarak kabul edilmektedir.<sup>23</sup>

<sup>22</sup> Jean-Marie Henckaerts / Lousie Doswald-Beck (ed.), *Customary International Humanitarian Law*, Volume I, Rules, Cambridge 2009, Rule 53.

<sup>23</sup> Cottier / Richard, sıra no.788.

#### IV. ULUSLARARASI NİTELİĞİ OLMAYAN SİLAHLI ÇATIŞMALAR - CENEVRE KONVANSİYONLARININ ORTAK 3. MADDESİ, II NO.LU EK PROTOKOL VE ULUSLARARASI TEAMÜL HUKUKU

Uluslararası niteliği olmayan silahlı çatışmaların durumu uluslararası niteliği olan silahlı çatışmalara göre daha fazla boşluk içermektedir. İç savaşlarda 1949 Cenevre Konvansiyonlarının “Mini Konvansiyon” olarak nitelendirilen ortak 3. maddesi yanı sıra, uygulama koşullarının mevcudiyeti halinde 1977 tarihli II no.lu ek protokol ve İnsani Uluslararası Teamül Hukuku uygulanmaktadır. Cenevre Konvansiyonlarının ortak 3. maddesi savaşın araç ve yöntemleri konusunda açık bir düzenleme içermeyip, sadece sivillerin insani muamele görmesi ile sınırlı bir düzenleme öngörmektedir. Ancak bu bağlamda da tartışmasız olarak bu hükmün, sivillerin aç bırakılmasını savaşın insanlık dışı bir yöntem ile yürütülmesi anlamını taşıması nedeniyle yasakladığı kuşkusuzdur.

II no.lu ek protokolün 14. maddesi bu nedenle I no.lu ek protokolün 54. maddesine paralel bir düzenleme olarak konuyu açıklığa kavuşturmuştur. II no.lu protokolün 1. maddesinin uygulanması için öngörülen eşik kriterler (devlet niteliği olmayan tarafın emir komuta zinciri içinde prensip olarak yeterli bir organizasyona sahip olması ve toprak talebinin olması) birçok durumda sivil halkı aç bırakma yasağının Uluslararası Teamül Hukuku olarak uluslararası niteliği olmayan silahlı çatışmalarda da geçerli olduğunu kanıtlanması gereğini doğurmaktadır. Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi Tadić kararında kendi yetkisini gerekçelendirmek için uluslararası silahlı çatışmalar hukukunun aç bırakma yasağına ilişkin kardinal prensibinin uluslararası niteliği olmayan silahlı çatışmalar için de Teamül Hukuku olarak geçerli olduğu yaklaşımını benimsemiştir.<sup>24</sup> Uluslararası Kızılhaç Komitesi Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi tarafından temsil edilen tezi üstlenmiş ve 2005 tarihli kendi Uluslararası Teamül Hukuku çalışmasında devletlerin uygulamaları ve askeri el kitapları üzerinden bu çerçevede geçerli İnsani Uluslararası Teamül Hukukunu ortaya koymaya çalışmıştır. Uluslararası Kızılhaç örgütünün hazırladığı çalışmanın 53. maddesi, sivil halkın aç bırakılması yasağını gerek uluslararası silahlı çatışmalar için, gerekse uluslararası niteliği olmayan silahlı çatışmalar için Uluslararası Teamül Hukuku niteliği kazanmış kural olarak dile getirmiştir. Bu norm 54-56. maddelerde yer alan sivil halk için yaşamsal öneme sahip şeylere zarar verilmesini yasaklayan, aynı zamanda yardımlara ve tıbbi personele ulaşımı temin eden normlarla tamamlanmıştır. Literatürde hâkim olan görüşe göre sivil halkı aç bırakma yasağı Uluslararası Teamül Hukuku niteliği kazanmıştır.<sup>25</sup>

<sup>24</sup> ICTY, Chamber of Appeal, Dusko Tadić, kararı 02.01.1995, IT-94-1.

<sup>25</sup> Cottier / Richard, sıra no.761.

## V. ROMA STATÜSÜNÜN ÖNGÖRDÜĞÜ BİR SUÇ OLARAK SİVİL HALKIN AÇ BIRAKILMASI

### A. Cezai Kovuşturma Bağlamında Uluslararası Ceza Mahkemesinde Uygulanan Prosedürün Dayanakları

İnsani Uluslararası Hukuk'un icra özelliği olmayan bir hukuk alanı olduğu sıkça dile getirilmektedir. Sivil halkı aç bırakma yasağı için bu nedenle en önemli unsur şüphesiz hukuka aykırı saldırıların ceza hukukuna göre de takip edilebilir olmasıdır. 1998'de Roma'da bir araya gelen devletler ilk sürekli Uluslararası Ceza Mahkemesinin kurulması için bir adım atmıştır. 17.07.2002'de Uluslararası Ceza Mahkemesinin kurulmasına ilişkin Roma Statüsü için 120 devlet "evet" oyu vermiştir. Roma Statüsünün yürürlüğe girmesi ile beraber savaş suçlarının, soykırım, insanlığa karşı işlenen suçların faillerinin ceza hukuku muvacehesinde takibi önemli ölçüde kolaylaşmıştır. 2010 yılında gerçekleştirilen denetim Konferansında saldırı suçu bu suçlara eklenmiştir.<sup>26</sup> Statüye taraf devletlerin vatandaşları ana kategori olarak zikredilen dört suçtan birinin unsurlarının olduğu konusunda yeterli bir şüphe doğduğu takdirde her zaman Uluslararası Ceza Mahkemesi savcılığının soruşturmasına tâbi olabilir (Roma Statüsünün 13. md., c-bendi). Statüye taraf olmayan devletlerin vatandaşları da aynı şekilde BM Güvenlik Konseyinin konuyu Uluslararası Ceza Mahkemesine havale etmesi yahut suçun işlendiği devletin konuyu Uluslararası Ceza Mahkemesine getirmesi halinde potansiyel olarak soruşturmaya uğramak durumundadır (Roma Statüsü md.13, a-bendi). Bu çerçevede dikkate alınması gereken husus Roma Statüsünün 17-I maddesine göre Uluslararası Ceza Mahkemesinin suçun işlendiği devletin suçları takip yetkisine nazaran sadece ikâme edici bir role sahip olmasıdır, diğer bir ifade ile suçun işlendiği devletin suçları takip konusunda benzer bir uluslararası ceza mekanizmasını işletmek bakımından yetkili yahut istekli olmaması, Uluslararası Ceza Mahkemesinin devreye girmesi için ön koşuldur.<sup>27</sup> Roma Statüsüne taraf olmama ve Güvenlik Konseyi'nin konuyu Uluslararası Ceza Mahkemesine havale etmekten uzak durması durumunda tek seçenek statüye taraf devletlerin ulusal ceza mahkemelerinin yargılama yetkisini kullanmasıdır. Yönetimde olan suç faillerinin ancak ulusal cezai soruşturma bağlamında yargı bağışlığına istinat etmesi mümkündür.

<sup>26</sup> Sergey Sayapin, *The Crime of Aggression in International Criminal Law*, Den Haag, Asser Press, Springer Verlag, 2014, s. 253 vd.

<sup>27</sup> Mark Steven Ellis, *Sovereignty and Justice: Balancing the Principle of Complementarity between International and Domestic War Crimes Tribunals*, Cambridge Scholar Publishing, Newcastle upon Tyne, 2014, s. 62 vd.

## B. Uluslararası Silahlı Çatışmalarda Aç Bırakma Yasağı

Roma Statüsünün 8. madde II, b-bendi (xxv) uluslararası silahlı çatışmalarda sivil halkın aç bırakılmasını savaş suçu olarak kabul etmektedir. Sivil halkın aç bırakılmasının cezalandırılmasının kabulü Roma Statüsünün kabul edildiği uluslararası konferansta büyük tartışmalara yol açmıştır.<sup>28</sup> Uluslararası silahlı çatışmalarda sivil halkın açılığa mahkûmiyetinin savaş yöntemi olarak uygulanması, uluslararası silahlı çatışma yasalarının ve teamülünün ağır ihlâli olarak kabul edilmiştir.

### 1. Objektif Suç Unsuru

Açılığa mahkûm edilme yaşam için gerekli ihtiyaçlardan mahrum edilmeyi, özellikle kasıtlı olarak Cenevre Konvansiyonlarında öngörülen yardımların ulaşımının engellenmesini ifade etmektedir. Suç teşkil eden eylem bu tanım ışığında sadece yiyecek ve su gereksinimlerinden mahrum edilmeyi değil, yaşam için gerekli diğer ihtiyaçlardan mahrum edilmeyi de kapsamaktadır. Roma Statüsünün kabul edildiği konferansta örneğin tıbbi ihtiyaç rezervleri ve soğuk havalar için battaniye ihtiyacı da bu çerçevede mütalâa edilmiştir.<sup>29</sup> Yaşam için gerekli ihtiyaçların kapsamının tayini bağlamında Cenevre Konvansiyonlarına ek I no.lu protokolün 54-V maddesi esas alınacak mahiyettedir.<sup>30</sup> I no.lu ek protokolün kurallarının birçoğunun aradan geçen zaman içinde Uluslararası Teamül Hukuku olarak kabul edilmesi ve bunların aynı şekilde uluslararası Kızılağaç örgütü tarafından hazırlanan Uluslararası Teamül Hukuku çalışmasında içerik olarak (53. kural) kabul edilmesi Roma Statüsünün 8. maddesinde yer alan açılığa mahkûm etme kavramının tanımlanmasında I no.lu ek protokolün 54. maddesinin anlaşma tarafları arasında tartışmasız şekilde Uluslararası Hukuk dayanağı olarak kabul edilmesine yol açmıştır.<sup>31</sup>

I no.lu ek protokolün 54-II. maddesi Roma Statüsünün 8. maddesine nazaran mahrum etme kavramını daha net olarak tanımlamıştır. Yaşam için gerekli olan şeylerin tahrip edilmesi, yararsız hale getirilmesi ve uzaklaştırılması caiz olmayan eylemlerdir. Yasak olan bu eylemlere özellikle hasadı yapılan ürünlere zarar verilmesi yahut çeşme sularının veya kaynak sularının zehirlenmesi dahildir.<sup>32</sup> Yaşam için önemli şeylerden yoksun bırakılmaya, örneğin yardımların ulaşımının durdurulması gibi sıkıntıları azaltan önlemlerin engellenmesi dahildir.

<sup>28</sup> Bknz. UN Summary Records of the Meetings of the Committee of the Whole, 5<sup>th</sup> Meeting, UN Doc.A/CONF.183/C.1 SR.5, 18 June 1998, sıra no.75.

<sup>29</sup> Cottier / Richard, sıra no.768.

<sup>30</sup> William A. Schabas, *The International Criminal Court, A Commentary on the Rome Statute*, 2. Baskı, Oxford 2016, s. 251 vd.

<sup>31</sup> Krş.t.: Viyana Anlaşmalar Hukuku Sözleşmesi md.31 III, bent c.

<sup>32</sup> Cottier / Richard, sıra no.775.

Bu yardımların insani amaçlı ve tarafsız karakter taşıması, düşmanca bir amaç taşımaması gerekmektedir. I no.lu ek protokolün 70. maddesine göre yardımların ulaştırılması prensip olarak savaştan tarafların onayına bağlıdır. Ancak sivil halkın gereksinimlerinin (iaşesinin) tam sağlanamaması halinde, onaydan kaçınılmaması gerekmektedir.<sup>33</sup>

Uluslararası silahlı çatışmalarda aç bırakma savaşın yürütülmesi bağlamında bir yöntem olarak uygulandığı takdirde kural olarak suç unsuru oluşmaktadır. Eylemin hedefi münhasıran düşman devletin sivil halkı olduğu takdirde suç unsuru oluşmuş kabul edilmektedir. Kendi halkının aç kalması veya uluslararası niteliği olmayan bir silahlı çatışmada (örneğin Sovyetler Birliğinin Ukrayna halkı ile baş etmek için 1930'lu yılların başında uyguladığı yöntem) sivil halkın aç kalması örneklerinde söz konusu olan sivil halk *ratione personae* I no.lu ek protokolün kapsamına girmemektedir. I no.lu ek protokolün 54. maddesinde yer alan hüküm muvacehesinde münhasıran askeri amaçlara hizmet eden erzak rezervlerine el konulması söz konusu aç bırakma yasağının dışında kalmaktadır. Askeri yarar sağlamak için askeri amaçlara hizmet eden erzak stokları saldırı hedefi olabilir. Bu durum yaşamsal öneme sahip şeyler için de söz konusudur. Yaşamsal öneme sahip şeyler ancak hem sivil halkın gereksinimlerine, hem de askeri amaçlara hizmet edebilir.<sup>34</sup>

Uluslararası Kızıl Haç örgütünün görüşüne göre erzak stoklarının askeri operasyonları doğrudan desteklemek için kullanılmaması durumunda sivil halkın gereksinimini karşılayan stoklardan söz edilebilir.<sup>35</sup> Yaşamsal öneme sahip şeylerin kasti olmayan şekilde dolaylı olarak zarara uğraması, bu şeyler tam olarak askeri hedeflerin dışında olmadığı takdirde yasak kapsamında kabul edilmemektedir.<sup>36</sup>

## 2. Subjektif Unsur

Objektif unsur yanı sıra failin cezalandırılabilmesi için buna ilave olarak kasıt unsuru da aranmaktadır. Bu çerçevede koşullu bir kasıt yeterli görülmektedir. Roma Statüsü (md.8 II, b-bendi) muvacehesinde açlığa mahkûm etmenin savaş icra etme yöntemi olarak kullanılması gerekmektedir. Suç failinin aç bırakılmayı düşmana karşı bir silah gibi kullanma bilinci ile bu eylemi gerçekleştirmesi gerekmektedir.<sup>37</sup>

### 3. Bu Bağlamda İşlenmiş Kabul Edilen Diğer Savaş Suçları

Sivil halkın açlığa mahkûm edilmesi Roma Statüsünün 8. madde, II-b bendi (xxv) yanı sıra kural olarak başka savaş suçlarının unsurlarının oluşumuna da

<sup>33</sup> Cottier / Richard, sıra no.775.

<sup>34</sup> Cottier/Richard, sıra no.786.

<sup>35</sup> Sandoz / Swinarski / Zimmermann, sıra no.2110.

<sup>36</sup> Cottier / Richard, sıra no.788.

<sup>37</sup> Schabas, s. 788.

yol açmaktadır. Besin maddelerine veya üretim tesislerine zarar verilmesi sivil objelere zarar verme yasağı kapsamına girmektedir.<sup>38</sup> Söz konusu şeylere zarar vermeyip el konulması halinde düşman malının yasal olmayan yolla ele geçirilmesi durumu ortaya çıkmaktadır.<sup>39</sup> Kapsamlı dolaylı zararın cezalandırılmasını öngören Roma Statüsü düzenlemesi zarar gören objenin ilgili bölgede yaşayan sivil halkın gereksinimleri için önem taşıdığı takdirde uygulanacaktır.<sup>40</sup> Nihayet kural olarak aç bırakmanın verdiği ağır ıstırapla beden ve sağlığın zarar görmesine kasten yol açılması savaş suçu sayılmaktadır.<sup>41</sup> Bunun ötesinde açlığa mahkûmiyet nedeniyle göç etmek zorunda bırakılma, sürgün yahut kitlesel yer değiştirme savaş suçu olarak sayılmaktadır.<sup>42</sup>

#### 4. Açlığa Mahkûmiyetin Soykırım Olarak Nitelendirilmesi

Sivil halkın aç bırakılması bir ulusal, etnik, ırk yahut dini grubun tamamen veya kısmen yok edilmesi amacı ile gerçekleştirildiği takdirde Roma Statüsünün 6. madde, b-bendine (bedensel ve ruhsal sağlığın ağır zarar görmesi) ve c-bendine göre (kasten kısmen veya tamamen beden sağlığına zarar veren yaşam koşullarına tâbi tutmak) soykırım suçu oluşmaktadır. Roma Statüsüne taraf olmayan devletler de Uluslararası Teamül Hukuku olarak geçerli olan 1948 tarihli soykırımı önleme ve cezalandırma sözleşmesinin hükümleriyle bağlıdır.<sup>43</sup> Abluka ile kimi spesifik grupların yahut siyasi muhaliflerin kısmen veya tamamen yok edilmesine ilişkin bir amaç kanıtlanmadığı takdirde soykırım kabul edilmemektedir. Münferit durumlarda bu eylemler etnik gruplara yönelse de bu eylemlerin amacının söz konusu grubu kısmen veya tamamen yok etmek olduğu kabul edilmemektedir.

#### 5. Aç Bırakmanın İnsanlığa Karşı Suç Teşkil Etmesi

Bu bağlamda sivil halkın aç bırakılmasının Roma Statüsünün 8. maddesine göre insanlığa karşı işlenen bir suç teşkil edip etmediğinin de değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu maddenin uygulanmasının önkoşulu sivil halkı kasten öldürme, köleleştirme, işkence ve tecavüz gibi akraba suçlar işleyerek kapsamlı yahut sistematik saldırı altında tutmaktır. Abluka altında olan şehirlerin birçoğunun sivil halkı ile birlikte BM'nin de onayladığı üzere kasten öldürme, aç kalma, keskin nişancıları hedefi olma gibi yöntemlerle saldırı altında olduğu tartışılmaz bir durumdur. Bu durum insanlığa karşı suç işlendiğine karine oluşturmaktadır.

<sup>38</sup> Roma Statüsü md.8 II, b-bendi ii.

<sup>39</sup> md.8 II, b-bendi (xiii); a-bendi (iv).

<sup>40</sup> md.8 II, b-bendi (iv).

<sup>41</sup> Roma Statüsü md.8 II, a-bendi (iii).

<sup>42</sup> Roma Statüsü md.8 II, a- bendi (vii).

<sup>43</sup> Gerhard Werle / Florian Jeßberger, *Principles of Criminal Law*, 3. Baskı, Oxford 2014, sıra no.780 vd.

### C. Sivil Halkın Açılığa Mahkûm Edilmesi Yasağının Uluslararası Niteliği Olmayan Silahlı Çatışmalarda Geçerliliği

Roma Statüsüne ilişkin hazırlık komitesinin çalışmalarına karşın statüde uluslararası niteliği olmayan silahlı çatışmalar için açılığa mahkûm etme yasağı ile ilgili olarak açık bir düzenlemeye yer verilmemiştir.<sup>44</sup> Bu nedenle uluslararası niteliği olmayan silahlı çatışma örneklerinde diğer ana suç kategorilerinin koşullarının mevcut olup olmadığının incelenmesi gerekmektedir. İnsanlığa karşı işlenen suçlar bakımından fail devletin kendi vatandaşlarına karşı koruma sağlamaması büyük önem taşımaktadır.<sup>45</sup>

Uluslararası niteliği olmayan silahlı çatışmalarda açılığa mahkûm etmenin savaş suçu olarak kabul edilmemesi, uluslararası camianın böyle bir eylemi cezalandırmayı reddetmesi anlamını taşımadığı gibi, soykırım ve insanlığa karşı işlenen suçların uluslararası niteliği olmayan savaşlarda cezasız kalacağı veya bu suçlara hafifletilmiş ceza verileceği gibi bir sonucun çıkartılması da mümkün değildir. Savaş suçlarından farklı olarak soykırım ve insanlığa karşı işlenen suçların silahlı bir çatışma bağlamında işlenmesi koşulunun bulunmaması, soykırım ve insanlığa karşı işlenen suçlara ilişkin cezalarla farklı bir amaç güdüldüğünü göstermektedir. Bu suçların cezalandırılması insani hukuka değil, insan hakları ihlallerine istinat etmektedir.

### VI. ALMAN ULUSLARARASI CEZA KANUNU ÖRNEĞİ

Roma Statüsünün önemli bir işlevi de uluslararası ana suç kategorilerine ilişkin evrensel hukuk yaklaşımının etkilerini ulusal ceza mahkemelerini kapsayacak şekilde genişletmesidir.<sup>46</sup> Roma statüsüne taraf devletler statüde yer alan ana suç kategori ve unsurlarını ulusal ceza hukuklarına entegre etmeyi ve kendi egemenlik alanları dışında cereyan eden bu eylemleri kendi ceza hukukları ışığında takip etmeyi taahhüt etmiştir. Almanya bu taahhüdünü uluslararası ceza kanunu ihdas ederek yerine getirmiştir.

İlginç şekilde Alman Uluslararası Ceza Kanununun (§11 I Nr.5) ilgili düzenlemesi Roma statüsünün içeriğini aşarak sivil halkın açılığa mahkûm edilmesi bağlamında uluslararası silahlı çatışmalar ve uluslararası niteliği olmayan silahlı çatışmalar arasında açık bir ayırım yapmamıştır. Bu şekilde iç savaş durumlarında da sivil halkın açılığa mahkûm edilmesi cezaya mucip bir savaş suçu olarak Uluslararası Ceza Mahkemesine getirilebilecektir. Ancak evrensel hukuk yaklaşımının bu şekilde genişletmesi, eylemin cereyan ettiği devletin, diğer bir ifade ile failin vatandaşlığını taşıdığı devletin içişlerine müdahale edildiği iddiasını, do-

<sup>44</sup> Preparatory Committee Draft Statute, s. 21.

<sup>45</sup> Bruce Broomhall, *International Justice and the International Criminal Court: Between Sovereignty and the Rule of Law*, Oxford 2003, s. 49.

<sup>46</sup> Broomhall, s. 49.



layısıyla BM Şartı'nın 2. madde 7. fıkrasının ihlâlini gündeme getirilmesine yol açabilir. Bununla beraber söz konusu problemin, eylemin “soykırım” yahut “insanlığa karşı işlenen suç” olarak nitelendirilmesi suretiyle aşılması mümkündür.

## SONUÇ

Açılığa mahkûm etme yasağının ortaya çıkan gelişimi İnsani Uluslararası Hukukta tartışmasız bir şekilde özel bir durum olarak görülmektedir. Savaşın icrasında genel olarak kabul gören bir yöntemden savaş suçuna doğru giden 120 yıllık gelişme uluslararası camiada beklenen bir gelişme olarak değerlendirilmemektedir. Tarihte verdikleri acılarla iz bırakan ablukalar, sivil halka inanılmaz acılar çektirmiştir; özellikle uluslararası camianın zayıf üyelerini ıstıraba sürükleyen bugünkü ablukalar insanî felaket olarak nitelendirilmektedir. Roma Statüsünün analizi iç savaş durumlarında sivil halkın aç bırakılması konusunda boşluklar bulunduğunu ortaya koymaktadır. Bununla birlikte cezalandırma konusunda ortaya çıkan bu boşlukların diğer ana suç kategorileri üzerinden, özellikle insanlığa karşı işlenen suçlar ve soykırım suçu üzerinden prensip olarak telafi edilmesi mümkündür. Her ne kadar BM Güvenlik Konseyi kararı ile iç savaşta işlenen suçların günümüzde Uluslararası Ceza Mahkemesine havale edilme ve bu suçlarla ilgili olarak Uluslararası Ceza Mahkemesi Savcılığının soruşturma açma ihtimali zayıf olsa da Almanya örneğinde olduğu gibi bu çerçevede Roma Statüsüne taraf devletlerin ulusal ceza mahkemelerinde yargılanma olanağının bulunduğu göz ardı edilmemesi gerekmektedir.

## KAYNAKÇA

- BROOMHALL**, Bruce, *International Justice and the International Criminal Court: Between Sovereignty and the Rule of Law*, Oxford 2003.
- COTTIER**, Michael / **RICHARD**, Emilia, War Crimes, bknz.: Otto Triffterer/Kai Ambos (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the ICC*, 3. Baskı, Oxford/Baden-Baden/München, 2016.
- ELLIS**, Mark Steven, *Sovereignty and Justice: Balancing the Principle of Complementarity between International and Domestic War Crimes Tribunals*, Cambridge Scholar Publishing, Newcastle upon Tyne, 2014.
- GANZENMÜLLER**, Jörg, *Hunger als Waffe*, Zeit Online, 24.05.2011, (erişim tarihi 15.05.2021).
- HENCKAERTS**, Jean-Marie / **DOSWALD-BECK**, Lousie (ed.), *Customary International Humanitarian Law*, Volume I, Rules, Cambridge 2009.
- KRASKA**, James, *Siege*, MPEPIL, 2009.
- KRZYSIEK**, Pawel, *Madaya-Syria: Aid Convoy Reaches Besieged Town*, BBC News (mülâkat), 11 Ocak 2016.
- SANDOZ**, Yves / **SWINARSKI**, Christophe / **ZIMMERMANN**, Bruno (ed.), *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, Military Legal Resources, Geneva 1987.
- SAYAPIN**, Sergey, *The Crime of Aggression in International Criminal Law*, Den Haag, Asser Press, Springer Verlag, 2014.
- SCHABAS**, William A., *The International Criminal Court, A Commentary on the Rome Statute*, 2. Baskı, Oxford 2016.
- von HEINEGG**, Wolff Heintschel, The Law of Armed Conflict at Sea, bknz.: D.Fleck (ed.), *The Handbook of International Humanitarian Law*, 2. Baskı, Oxford 2008.
- WADE**, Matt, *Cyber Armies, info wars and fake news add to Syria's suffering*, The Sydney Morning Herald, 07.11.2017.
- WERLE**, Gerhard / **JEBBERGER**, Florian, *Principles of Criminal Law*, 3. Baskı, Oxford, 2014.

# Covid-19 Aşısı, İlaç Şirketleri ve İnsan Haklarına İlişkin Sorumlulukları

## Covid-19 Vaccine, Pharmaceutical Companies and Human Rights Responsibilities

Dr. Öğr. Üyesi Özge YÜCEL DERİCİLER<sup>(\*)</sup>

### Öz:

Covid-19 aşısına erişim öncelikle sağlık ve yaşam haklarının, yanı sıra bilimsel gelişme ve uygulamaların faydalarından yararlanma hakkının gereğidir. Ne var ki şu ana kadar etkinliği kanıtlanmış ve onay alan aşılardan çoğu, ilaç şirketlerince geliştirilmiş, fikrî mülkiyet ve patent hakkına konu olan ürünlerdir. Bu da kâr amacı güden özel teşebbüsler ile kamu arasında bir çıkar çatışması doğmasına neden olmaktadır. Temel haklar perspektifinden bakıldığında ise Covid-19 aşısının küresel kamu malı olarak görülmesi ve herkesin etkili ve güvenli bir aşıya erişiminin sağlanması gerekir.

Bu makalede ilaç şirketlerinin uluslararası insan hakları hukuku kapsamındaki sorumlulukları Covid-19 aşısına odaklanarak ele alınmakta ve insan hakları özen yükümlülüğünün gerekleri değerlendirilmektedir. Sağlık hakkının gerçekleştirilmesinde ilaç şirketlerinin özen yükümlülüğünden doğan ödevleri vardır. Covid-19 aşısına ve tedaviye erişimin sağlanması da bu kapsamdadır. Bu bağlamda fikrî mülkiyet ve patent haklarına getirilen sınırlamaların, insan hakları ve biyoetik açılarından uygun ve hatta elzem olduğu savunulmaktadır.

### Anahtar Kelimeler:

Covid-19 Aşısı, Sağlık Hakkı, İlaç Şirketleri, İnsan Hakları Sorumlulukları, Fikrî Mülkiyet ve Patent.

### Abstract:

Access to the Covid-19 vaccine is a requirement of both the rights to health and life, as well as the right to enjoy the benefits of scientific progress and its applications. However, all the vaccines proved to be safe, effective and licensed so far have been mostly developed by pharmaceutical companies and are therefore subject to intellectual

<sup>(\*)</sup> Özyeğin Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Genel Kamu Hukuku ve İnsan Hakları Hukuku Anabilim Dalı; UNESCO Türkiye Milli Komisyonu Biyoetik İzleme Grubu Üyesi.

E-posta: ozge.yucel@ozyegin.edu.tr.

Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0002-7368-8067>.

Hakem denetiminden geçmiştir.

Makale Gönderim Tarihi: 12.07.2021.

Makale Kabul Tarihi: 21.09.2021.

property and patent rights. It leads to a conflict of interest between the private for-profit actors and the public. From a human rights perspective, the Covid-19 vaccine should be considered a global public good, and everyone should have access to safe and effective vaccines.

This paper deals with the responsibilities of pharmaceutical companies under international human rights law by focusing on the Covid-19 vaccine, and necessities of human rights due diligence are considered. Pharmaceutical companies have responsibilities emerging from due diligence regarding the right to health. It includes providing access to the Covid-19 vaccine and the treatment, too. Restrictions on intellectual property and patent rights comply with and are essential to the requirements of both bioethics and human rights in this context.

### **Keywords:**

Covid-19 Vaccine, The Right to Health, Pharmaceutical Companies, Human Rights Responsibilities, Intellectual Property and Patent Rights.

## **GİRİŞ**

Yalnızca içinde bulunduğumuz salgın sürecinin değil belki de bilim tarihinin en önemli buluşlarından biri olarak anılacak olan Covid-19 aşılı pek çok ülkede uygulanmaya başlandı. Ancak kısa sürede sona ermeyeceği artık kabul edilen bu küresel salgında, aşıya umut bağlayan ülkelerin çoğunun yakın gelecekte aşıya ulaşamayacağı da görüldü. Covid-19 aşısına erişim şimdiden küresel sosyal adaletsizliğin belirgin göstergelerinden biri hâline geldi. Öyle ki, Dünya Sağlık Örgütü (DSÖ) başkanı bir yandan aşıların bazıları için umut olduğunu ama diğer yandan da dünyadaki eşitsizlik duvarına başka bir tuğla daha eklediğini, dünyanın büyük bir ahlaki yıkımın eşiğinde olduğunu, bunun bedelini de dünyanın en fakir ülkelerinin ödeyeceğini ifade etti.<sup>1</sup> Sürecin gidişatını büyük ölçüde devletler ve şirketler belirlerken, aşıya erişim sorunu büyüdükçe insan haklarının altı bu aktörlerce oyuluyor.

Devletler, uluslararası insan hakları sözleşmelerine taraf oldukları ölçüde, sağlık hakkının gereği olarak Covid-19 tedavi ve aşısına adil erişimi sağlamakla hukuken de yükümlüdür. Öte yandan, şu ana kadar geliştirilen ve belirli standartları karşılayarak onay alan aşıların tamamına yakını kâr amacı güden ilaç şirketleri tarafından geliştirilen, fikrî mülkiyet ve patent hakkına konu olan ürünlerdir. Bu durum, sağlık hakkının ve bağlantılı diğer hakların küresel düzeyde güvence altına alınabilmesinde, ürün üzerinde hak sahipliği olan şirketlerin yaklaşımlarının da belirleyici olduğunu göstermektedir. Daha doğru bir deyişle, zengin ülkeler ile ilaç şirketleri arasında kurulan dengeler ya mevcut adaletsizlikleri daha

<sup>1</sup> UN News, *WHO chief warns against 'catastrophic moral failure' in Covid-19 vaccine access*, 18 January 2021, <https://news.un.org/en/story/2021/01/1082362> (erişim tarihi 1.2.2021).

da derinleştirecek, ya da aşıya hakkaniyetli erişimin yolunu açacaktır. Bunun da ötesinde, şirketlerin insan haklarına ilişkin sorumlulukları -henüz tarafları bağlayıcı bir sözleşmeyle düzenlenmemiş ise de- uluslararası hukuk önünde kabul edildiğinden, Covid-19 sorunu özelinde şirketlerin insan haklarına ilişkin sorumluluklarını somutlaştırmak gerekir.

Bu yazıda, küresel kamu malı<sup>2</sup> olarak kabul edilmesi gereken Covid-19 aşılmasına erişim sorunu merkeze alınarak, ilaç şirketlerinin bu konuda insan haklarına ilişkin sorumlulukları tartışılmaktadır.

Şirketlerin insan haklarına ilişkin sorumlulukları tartışması yaklaşık kırk yıllık bir geçmişe sahiptir ve şirketlere hukuken bir yükümlülük getirilemeyeceği, insan haklarının ancak etik boyutta şirketleri bağlayacağı görüşü, hâlâ süren bir tartışmanın taraflarından biridir.<sup>3</sup> Öte yandan uluslararası insan hakları hukukunda ağırlık kazanan görüş ise şirketlerin insan hakları ihlallerinden sorumlu tutulabilecekleri yönündedir ve Birleşmiş Milletler (BM) düzeyinde kabul edilen Rehber İlkeler'de bu sorumluluğun çerçevesi ana hatlarıyla çizilmektedir.

Uluslararası insan hakları hukukunda devletlerin bireyleri şirketler dâhil üçüncü kişilerden gelecek ihlallere karşı koruma yükümlülüğü var iken, devletlerin bu yükümlülüklerini yerine getirip getirmemesinden bağımsız olarak şirketlerin de insan haklarına saygı göstermeleri gerektiği kabul edilmiştir.<sup>4</sup> Bu çerçevede BM sisteminde İnsan Hakları Yüksek Komiserliği şirketlerin insan hakları sorumluluklarına ilişkin çalışmalar yürütür. Bu konuda çalışmak üzere kurulmuş

<sup>2</sup> UN Human Rights Office of the High Commissioner (OHCHR), *Human Rights and Access to Covid-19 Vaccines*, 17 December 2020, s. 1.

<sup>3</sup> Justine Nolan, "The Relationship of Human Rights to Business", Dorothee Baumann-Pauly/Justine Nolan (der.), *Business and Human Rights: From Principles to Practice*, Routledge, London, New York, 2016, s. 1-3. Ayrıca bu konuda genel olarak şu kaynaklara da bakılabilir: Surya Deva, *Regulating Corporate Human Rights Violations: Humanizing Business*, Routledge, New York, 2012; Surya Deva / David Bilchitz (der.), *Human Rights Obligations of Business*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013; Cesar Rodrigues-Garavito (der.), *Business and Human Rights: Beyond the End of the Beginning*, Cambridge University Press, Cambridge, 2017. Konuya ilişkin Türkçe kaynak olarak bkz. Engin Yıldırım, 'Birleşmiş Milletler İş Hayatı ve İnsan Hakları Rehber İlkelerinin Eleştirel Bir Değerlendirmesi', Sosyal İnsan Hakları Ulusal Sempozyumu VI: Bildiriler Kitabı, No. 119, İstanbul 2014; Engin Yıldırım, 'Lanetlenecek Bir Ruh, Tekmelenecek Bir Beden: Şirketlerin 'İnsan' Hakları Olabilir mi?', YBHD, Cilt: 2, Sayı: 2, 2017; Özge Yücel-Dericiler, 'Şirketlerin İnsan Haklarına İlişki Yükümlülüklerinin Niteliği ve Temellendirilmesi Sorunu: Saygı Gösterme Sorumluluğu Ne Yükler?', Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 6, Sayı: 11, 2018; Mehmet Özyürek, 'Çok Uluslu Şirketler, İnsan Hakları ve Birleşmiş Milletler'in Değişen Stratejisi', Legal Hukuk Dergisi, Sayı: 195, 2019.

<sup>4</sup> OHCHR and Business and Human Rights, <https://www.ohchr.org/en/issues/business/pages/businessindex.aspx> (erişim tarihi 3.3.2021).

olan bir Hükûmetler Arası Çalışma Grubu<sup>5</sup> ve ayrıca İnsan Hakları ve Ulusötesi Şirketler ve Diğer Ticari İşletmelere Dair Çalışma Grubu<sup>6</sup> bulunmaktadır.

Bu makaledeki sorumluluk tartışması, şirketlerin insan haklarına ilişkin sorumluluklarına dair BM çerçevesini merkeze almakta; Covid-19 aşısının temel haklarla ilişkisi ortaya konularak, fikrî mülkiyet ve patent hakkına getirilebilecek sınırlamalar insan haklarıyla gerekçelendirilmektedir. Temel haklardan olmayan fikrî mülkiyet ve patent hakkına getirilebilecek sınırlamalara ilişkin ikincil düzenlemelerin nasıl olması gerektiği ve ayrıca sorumluluk hukukuna ilişkin ulusal düzeyde nasıl düzenlemeler yapılması gerektiği tartışması ise çalışmanın kapsam ve sınırları dışındadır.<sup>7</sup> Dolayısıyla şirketlerin insan haklarına ilişkin sorumlulukları, konuya ilişkin uluslararası insan hakları hukuku literatürü çerçevesinde tartışılmakta; ulusal düzeyde sorumluluk hukuku ve uygulaması ise bu makalenin kapsamı dışında bırakılmaktadır.

## I. COVID-19 AŞISINA GİDEN ÇETİN YOL: AŞI MİLLİYETÇİLİĞİ, PEŞİN ALIM SÖZLEŞMELERİ VE YOLSUZLUK RİSKİ

### A. Aşı Milliyetçiliği Olgusu ve Peşin Alım Sözleşmeleri

Farklı şirketlerce geliştirilen ve belirli standartları karşılayan Covid-19 aşılarının seri üretimi aşamasına henüz geçilmeden, aşılarda üretim ve dağıtımında karşılaşılabilecek sorunlar kendini göstermeye başlamıştı. 2020 yılının Temmuz ayında, henüz aşı denemeleri devam ederken ve aşılarda onay alacak aşamaya gelmesine daha aylar varken, aşı üreten ülkeler ile aşı üretmeyen zengin ülkelerin aşılara erişim konusunda yarışa girmeleriyle, kendi ülkelerini öncelikli hale getirmeye çalışan ülkelerin neden olduğu ve “aşı milliyetçiliği” olarak adlandırılan sorunla karşı karşıya kaldık.<sup>8</sup>

Aslında sağlık malzemelerinin ve özellikle aşının istiflenmesi sorunuyla 2009 yılında *influenza A* salgını sürecinde karşılaşılmış ve tüm dünyada 284.000 kişinin öldüğü bu salgında, yedi ay içinde geliştirilen aşının neredeyse tamamını zengin ülkeler almışlar; DSÖ'nün bağış için araya girmesinden sonra ise Avust-

<sup>5</sup> Open-ended intergovernmental working group on transnational corporations and other business enterprises with respect to human rights, <https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/WGTransCorp/Pages/IGWGOntnc.aspx> (erişim tarihi 4.3.2021).

<sup>6</sup> Working Group on the issue on human rights and transnational corporations and other business enterprises, <https://www.ohchr.org/EN/Issues/Business/Pages/WGHRandtransnationalcorporationsandotherbusiness.aspx> (erişim tarihi 4.3.2021).

<sup>7</sup> Konunun ulusal düzeyde sorumluluk hukukuyla ilgili boyutları hakkında güncel bir kaynak için bkz. İpek Sevdâ Söğüt / Olgun Akbulut, ‘Covid-19 Aşısı ve Hukuk’, Tıp Hukuku Dergisi, Sayı: 19, 2021.

<sup>8</sup> Thomas J. Bollyky / Chad P. Bown, ‘The Tragedy of Vaccine Nationalism: Only Cooperation Can End the Pandemic’, Foreign Affairs, Vol. 99, No. 5, September/October 2020, s. 96.

ralya, Kanada ve ABD gibi zengin ülkelerin bir kısmı, satın aldıkları aşılardan yüzde onunu fakir ülkelerle paylaşmayı kabul etmişlerdir.<sup>9</sup>

Covid-19 aşılarının geliştirilmesi sürecinde bazı ülkeler aşı üreticileri ile ikili peşin alım sözleşmeleri (Advance Purchase Agreements) yaparak, henüz onay aşaması tamamlanıp seri üretime geçilmeden yüksek dozda aşığı satın almış ve böylece küresel düzeyde mücadele edilmesi gereken bir virüs karşısında kendilerini avantajlı konuma getirirken, dünyanın büyük bölümünü ve uzun vadede belki yine kendilerini riske atacak bir yarışa girmiştir.<sup>10</sup> Aşının adil ve rasyonel bir şekilde dağıtılmasını güvence altına alacak bağlayıcı bir uluslararası taahhüdün yokluğunda ülkeler aşı milliyetçiliği yaparak, aşığı erişimde kendi halklarını öncelikli kılan adımlar atmıştır.<sup>11</sup>

Uluslararası sivil toplum kuruluşlarınınca toplanan verilere dayalı olarak yapılan öngörüler doğrultusunda, hükümetler ve ilaç endüstrisi acilen önlem almadığı takdirde, yaklaşık yetmiş fakir ülkede her on kişiden dokuzu 2021 yılında aşığı ulaşamayacak iken, zengin ülkelerin tüm nüfuslarını yaklaşık üç kez aşılama yetecek dozda aşı aldıkları ortaya çıkmaktadır.<sup>12</sup> Aralık 2020 verilerine göre, dünya nüfusunun %14'ünü oluşturan zengin ülkeler, üretilen aşının %53'ünü satın almışlardır ve nüfusuna oranla en fazla aşı satın ülke Kanada'dır.<sup>13</sup>

Peşin alım sözleşmeleri sadece aşı alımında öncelikli olmak isteyen zengin ülkeler tarafından değil, düşük ve orta gelirli ülkelere aşı temin etmek isteyen küresel sağlık kuruluşları tarafından da kullanılabilir.<sup>14</sup> Küresel düzeyde aşığı erişimin sağlanabilmesi amacıyla DSÖ'nün ön ayak olmasıyla, bir kamu-özel ortaklığı olan COVAX kurulmuştur.<sup>15</sup> Bu ortaklığın amacı, yeterince aşı üretilmesi ve üretilen aşının dengeli bir şekilde dağıtılmasıdır. Ancak DSÖ Başkanı'nın yukarıda alıntılanan açıklamasında değinilen sorunlardan biri de bazı hükümetler ile aşı üreticisi şirketler arasında yapılan peşin alım sözleşmeleri ve diğer ikili sözleşmeler dolayısıyla COVAX ortaklığının dışında kalmaları ve bu devletlerin ekonomik güçlerini kullanarak belirgin bir avantaj elde etmeleridir. Çoğu üretici-

<sup>9</sup> Bollyky / Bown, s. 100-102.

<sup>10</sup> Alexandra L. Phelan / Mark Eccleston-Turner / Michelle Rourke / Allan Malecha / Chenguang, Wang, 'Legal agreements: barriers and enablers to global equitable Covid-19 vaccine access', The Lancet, Vol. 396, 19 September, 2020, s. 800.

<sup>11</sup> Bollyky / Bown, s. 96-97.

<sup>12</sup> Amnesty International, *Campaigners warn that 9 out of 10 people in poor countries are set to miss out on Covid-19 vaccine next year*, 9 December 2020, <https://www.amnesty.org/en/latest/news/2020/12/campaigners-warn-that-9-out-of-10-people-in-poor-countries-are-set-to-miss-out-on-covid-19-vaccine-next-year/> (erişim tarihi 10.2.2021).

<sup>13</sup> Amnesty International, *Campaigners warn*.

<sup>14</sup> Phelan / Eccleston-Turner / Rourke / Malecha / Wang, s. 801.

<sup>15</sup> WHO, *COVAX: Working for global equitable access to Covid-19 vaccines*, <https://www.who.int/initiatives/act-accelerator/covax>, (erişim tarihi 2.1.2021).

nin de ön yeterlilik için dosyalarını DSÖ'ye sunmaları gerekirken, karın yüksek olduğu zengin ülkelerde düzenleyici onaya öncelik verdikleri belirtilmektedir.<sup>16</sup> Sonuç olarak bu ikili antlaşmalar COVAX'ın işlevini büyük ölçüde yitirmesine neden olmaktadır. Ayrıca -Donald Trump döneminde- Amerika Birleşik Devletleri (ABD) ve Hindistan dâhil olmak üzere, büyük aşı üretimi yapan ülkelerin COVAX'a dâhil olmadıklarını hatırlamakta fayda vardır.<sup>17</sup>

Aşıya erişim konusundaki adaletsizliğe dikkat çekmek üzere sivil toplum da harekete geçmiştir. Örneğin 'Halkın Aşısı İttifakı' adıyla küresel ve ulusal kuruluşların ve aktivistlerin bir araya gelerek oluşturdukları koalisyon, hem hükûmetlere hem de ilaç şirketlerine bir çağrıda bulunarak, aşının gerçek fiyatı üzerinden satın alınması ve ücretsiz olarak sunulması ve bilimsel araştırma ve geliştirme faaliyetlerinin kamusal kaynaklarla finanse edilmesi ve böylece şirket tekellerinin önüne geçilmesi dâhil, farklı taleplerde bulunmaktadır.<sup>18</sup>

## B. Yolsuzluk Riski

Aşıların gereken fazları tamamlayarak onay almaları şüphesiz kritik bir aşamadır. Ancak bunun kadar önemli olan ikinci aşama da, herkese yetecek kadar aşığı belirli bir planlama dâhilinde üretebilmek, üretimin devamlılığını ve adil bir şekilde dağıtımını sağlayabilmektir. Bunun için aşının küresel kamu malı olarak görülmesi ve kamu kurumlarının da, aşıların dağıtımını ve uygulanması aşamalarında yolsuzluk riskini bertaraf etmek üzere hazırlıklı olması gerektiği belirtilmektedir.<sup>19</sup> Zira BM Genel Sekreteri Antonio Guterres'in dikkat çektiği gibi, kriz dönemlerinde hem yolsuzluk daha yıkıcı sonuçlar doğurur hem de yeni yolsuzluk şekillerinin ortaya çıkmasına elverişli bir ortam oluşur.<sup>20</sup> Bu ortamın oluşmasını önlemek içinse, liderlerin hesap vermesi, iş dünyasının sorumlu hareket etmesi, sivil toplumun takibi ve bilginin herkesin erişimine açık olması gerekir.<sup>21</sup>

Rüşvet ve yolsuzluğun olmaması için, yukarıda belirtilen taraflar içinde hükûmetlerin şeffaf ve hesap verebilir olmaları kritik önem taşır. BM Uyuşturucu ve Suç Ofisi'nin hazırladığı raporda, Covid-19 aşısıyla ilgili olarak sürecin farklı

<sup>16</sup> UN News, WHO chief warns.

<sup>17</sup> Bollyky / Bown, s. 102.

<sup>18</sup> The People's Vaccine, <https://peoplesvaccine.org/> (erişim tarihi 10.2.2021).

<sup>19</sup> United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC), *Covid-19 Vaccines and Corruption Risks: Preventing Corruption in the Manufacture, Allocation and Distribution of Vaccines*, 8 January 2021, [https://www.unodc.org/documents/Advocacy-Section/20-07643\\_Vaccines\\_CorruptionA4\\_approv2.pdf](https://www.unodc.org/documents/Advocacy-Section/20-07643_Vaccines_CorruptionA4_approv2.pdf), (erişim tarihi 3.2.2021), s. 2.

<sup>20</sup> United Nations Secretary General (UNSG), *Statement on corruption in the context of Covid-19*, 15 October 2020, <https://www.un.org/sg/en/content/sg/statement/2020-10-15/secretary-generals-statement-corruption-the-context-of-covid-19-scroll-down-for-french-version>, (erişim tarihi 9.2.2021).

<sup>21</sup> UNSG, 2020.



aşamalarında ve farklı şekillerde gerçekleştirilecek yolsuzluklara dikkat çekilmektedir. Rapora göre:<sup>22</sup>

- Aşı üreten şirketlerle ya da kurumlarla yapılan ve kamuoyuna açıklanmayan ikili sözleşmeler;
- Aşıların nakliyesi ve depolanması sürecinde çalınması ve karaborsada el altından satılması ya da hastaneye veya ilgili halk sağlığı kuruluşuna ulaştırıldıktan sonra oradaki personel tarafından bireysel kullanım amacıyla, karaborsada satmak veya rüşvet karşılığında vermek üzere çalınması;
- Kamu ihalelerinde yapılan yolsuzluklar;
- Uluslararası kuruluşlar tarafından acil müdahale için verilen fonların dağıtım sırasında gerçekleşen yolsuzluklar;
- Standartlara uygun olmayan aşıların veya sahte aşıların üretilmesi ve ticaretinin yapılması;
- Aşıya erişimde kayırmacılık ve hükümetlerin şeffaflığı güvence altına almamaları nedeniyle bu kayırmacılığın kamuoyundan gizlenmesi;
- Özel sektördeki kuruluşların hükümetin aşıyla ilgili politikalarını ve kararlarını etkilemek üzere rüşvet dağıtmaları ya da kişisel çıkarları için, örneğin karar alma mercilerinde yer alan bir doktorun, kendi çalışmalarını destekleyen/fonlayan bir şirket lehine, alınacak kararlara yön vermesi, gibi pek çok farklı yolsuzluk türüyle karşılaşılabılır.

Rapordan da anlaşılacağı üzere, yolsuzluk ilişkilerinin asıl yoğunlaştığı yerler devlet mekanizmalarıdır ve şeffaflığın olmadığı, karar alıcıların kamuoyunun denetimine açık olmadan yönlendirdiği süreçler yolsuzluklara zemin hazırlar. Ayrıca şeffaflık ve katılım ilkeleri, bilimin objektif ve güvenilir olabilmesi için de vazgeçilmezdir.<sup>23</sup>

Yolsuzluk ilişkisinin diğer tarafına baktığımızda ise, uluslararası norm ve ilkelere uymaksızın, şeffaf olmayan süreçlerde ikili anlaşmaları yapan, hükümet görevlilerine rüşvet dağıtan, etik dışı davranan bilim insanlarıyla çıkar ilişkileri kuran şirketler karşımıza çıkar. Şüphesiz, aşının üretimi ve dağıtımında şirketlerin bu tür yolsuzluğa zemin hazırlayıcı faaliyetlerde bulunması, aşağıda incelenecek olan BM Rehber İlkeleri'nde kastedilen anlamda, insan hakları üzerinde olumsuz sonuçlar doğuran faaliyetlerde bulunmaktır ve şirketlerin insan haklarına saygı gösterme sorumluluklarına aykırıdır.

<sup>22</sup> UNODC, s. 2-7.

<sup>23</sup> *Venice Statement on the Right to Enjoy Benefits of Scientific Progress and its Applications*, July 2009, [https://www.aaas.org/sites/default/files/VeniceStatement\\_July2009.pdf](https://www.aaas.org/sites/default/files/VeniceStatement_July2009.pdf) (erişim tarihi 23.4.2021), para. 12.

## II. COVID-19 ÇERÇEVESİNDE ERİŞİLEBİLİR EN YÜKSEK SAĞLIK STANDARDI HAKKI

Sağlık hakkı<sup>24</sup> bir temel hak olarak ilk kez Dünya Sağlık Örgütü Anayasası'nın Giriş kısmında düzenlenmiştir: "Sağlık yalnızca bir hastalığın ya da güçsüzlüğün yokluğu değil, tam bir fiziksel, ruhsal ve toplumsal iyilik halidir. Ulaşılabilecek en yüksek sağlık standardından yararlanmak ırk, din, siyasi görüş, ekonomik ve sosyal durum ayrımı yapılmaksızın her insanın temel hakkıdır. Tüm insanların sağlığı barış ve güvenliğinin sağlanması için temeldir ve bireyler ile devletlerin tam anlamıyla iş birliği yapmasına bağlıdır".<sup>25</sup> İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin elverişli bir yaşam standardına ilişkin 25. maddesinde, söz konusu hak kapsamında herkesin kendisinin ve ailesinin sağlığı için "tıbbi bakım hakkı"nı da sahip olduğu belirtilir.

Sağlık hakkına ilişkin en kapsamlı düzenlemelerden biri olan BM Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Hakları Sözleşmesi'nin (ESHKS) 12. maddesine göre herkesin "ulaşılabilecek en yüksek fiziksel ve zihinsel sağlık standardına sahip olma hakkı" vardır. Bu hak "insanların ulaşılabilir en yüksek sağlık standardından eşit şekilde faydalanmasına olanak tanıyan bir sağlık sistemine sahip olma hakkını içer(ir)"<sup>26</sup> ve ulaşılabilir en yüksek sağlık standardının gerçekleşmesi için gereken mal, hizmet ve şartlardan yararlanabilmeyi<sup>27</sup> gerektirir. 12. maddenin 2/c hükmüne göre devletlerin salgın, yöresel, mesleki ve diğer hastalıkların önlenmesi, tedavisi ve kontrolü için tedbir almaları da, sağlık hakkının tam olarak kullanılmasını sağlamaya yönelik yükümlülüklerdendir. Ayrıca devletler, sağlık hakkının gereğini yerine getirme yükümlülükleri çerçevesinde "temel bulaşıcı hastalıklara karşı bağışıklık programları"na erişimi sağlamakla da yükümlüdürler.<sup>28</sup> Bu doğrultuda güvenli ve etkili bir Covid-19 aşısına erişim, sağlık hakkının gereğidir.

Yine ESKHS'nin, devletin yükümlülüklerine ilişkin 2. maddesine göre, her devletin kendi başına ya da uluslararası yardım ve iş birliği yoluyla, mevcut kaynakların azamisini kullanarak, bu hakkın kullanılmasını sağlaması gerekir.<sup>29</sup>

<sup>24</sup> Sağlık hakkı ve Covid-19 salgını koşullarındaki gereklerine ilişkin olarak bkz. Özge Yücel-Dericiler, "Küresel Covid-19 Salgını Koşullarında Sağlık Hakkı", Betül Çotuksöken/Gülriiz Uygur/Harun Tepe (der.), *Etik, Hukuk ve İnsan Hakları*, Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları, Ankara, 2021.

<sup>25</sup> *Constitution of the World Health Organisation*, [https://www.who.int/governance/eb/who\\_constitution\\_en.pdf](https://www.who.int/governance/eb/who_constitution_en.pdf) (erişim tarihi 29.1.2021).

<sup>26</sup> BM ESKHK, *Genel Yorum No. 14, Madde 12: Ulaşılabilecek En Yüksek Sağlık Standardına Sahip Olma Hakkı*, 2000, para. 8. (Birleşmiş Milletler'de İnsan Hakları Yorumları, Lema Uyar (der.), İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları).

<sup>27</sup> ESKHK, Genel Yorum No. 14, para. 9.

<sup>28</sup> ESKHK, Genel Yorum No. 14, para. 36.

<sup>29</sup> UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights, *Statement on universal and equitable access to vaccines for Covid-19*, E/C.12/2020/2, 27 November 2020, para. 2.

ESKHS kapsamında sağlık hakkının dört temel unsurunun olduğu kabul edilir: *a) Mevcudiyet*: Devletin kamu sağlığı hizmetlerini, sağlıkla ilgili malları, hizmetleri, olanakları ve sağlık programlarını yeterli miktarda sunması; *b) Erişilebilirlik*: Sağlıkla ilgili mal, hizmet ve olanakların ayrımcılık gözetilmeksizin taraf devletin yetki alanındaki herkese sağlanması, fiziksel ve ekonomik olarak erişilebilir olması, sağlıkla ilgili konularda bilgiye erişebilme ve görüş bildirebilme; *c) Kabul edilebilirlik*: Sağlık olanaklarının, malların ve hizmetlerin tıp etiğine uygun ve kültürel açıdan uygun olması, *d) Kalite*: Sağlık olanaklarının, malların ve hizmetlerin bilimsel ve tıbbi açıdan uygun ve kaliteli olması anlamına gelir.<sup>30</sup>

Komiteye göre ekonomik erişilebilirlikten söz edebilmek için “sağlıkla ilgili gerek kamusal gerekse özel sektör hizmetlerinin, hakkaniyet ilkesine dayalı olarak toplumdaki dezavantajlı kesimleri de içerecek şekilde, bedelinin herkes tarafından ödenebilmesi güvence altına alınmalıdır. Hakkaniyet ilkesi daha yoksul olan hane halkının daha zengin durumdaki hane halkına göre orantısız bir sağlık masrafı altına girmesinin engellenmesini gerektirir”.<sup>31</sup>

Covid-19 çerçevesinde ifade edersek, bu hastalıkla ilgili ürünlerin (testler, ilaçlar, aşılar vb.), sunulan hizmetlerin ve olanakların mevcut, erişilebilir, kabul edilebilir, bilimsel ve tıbbi açıdan uygun ve kaliteli olması gerekir.

Ne yazık ki ABD ve İtalya, İspanya, İngiltere gibi kimi AB ülkeleri, ekonomik kriz gerekçesiyle sağlık harcamalarında yaptıkları kısıntılar sonucunda küresel salgına oldukça hazırlıksız yakalanmışlardır.<sup>32</sup> Bu arada ABD’nin ESKHS’yi 1977 yılında imzaladığını ancak hâlâ Sözleşme’ye taraf olmadığını hatırlatmakta da fayda var. Ancak salgına hazırlıksız yakalanan ve başlangıçta ciddi kayıplar veren bu ülkeler aşı çalışmalarına ağırlık vermiş ve henüz geliştirilme aşamasında iken aşuların temini için birbirleriyle yarışa girerek, kendi ülkelerinde salgını belirli bir ölçüde kontrol altına alabilmişlerdir.

ESKHS, yukarıda belirtilen 2. maddede öngörüldüğü üzere, güvence altına aldığı hakların gerek tek başına gerek uluslararası yardım ve iş birliği yoluyla aşamalı olarak gerçekleştirilmesi yükümlülüğünü devletlere yükler. Ancak devletler bu konuda çekimserdir ve bunun hem etik hem de hukuki bir yükümlülük olduğu pek sık dikkate alınmamaktadır. Covid-19 küresel bir salgın olduğundan, uluslararası yardım ve iş birliğinin gerekliliği daha da belirgin hâle gelmiştir. Bazı zengin devletler yoksul devletlere doğrudan yardım ederken, bazıları da BM’nin İnsani Yardım Planı çerçevesinde destek sağlamışlardır.<sup>33</sup>

<sup>30</sup> ESKHK, Genel Yorum No. 14, para. 12.

<sup>31</sup> ESKHK, Genel Yorum No. 14, para. 12(b).

<sup>32</sup> Sharifah Sekalala / Lisa Forman / Roojin Habibi / Benjamin Mason Meier, ‘Health and Human Rights Are Inextricably Linked in the COVID-19 Response’, *BMJ Global Health*, Vol. 2020 (5), s. 3.

<sup>33</sup> Sekalala / Forman / Habibi / Meier, s. 4-5.

Yardım edebilecek güçte olan devletlerin gelişmekte olan ülkelere, bulaşıcı hastalıklara karşı aşılama, salgın ve endemik hastalıkların önlenmesi, tedavisi ve kontrolü için, özellikle ekonomik, bilimsel ve teknik konularda yardım sağlaması gerekir.<sup>34</sup> Uluslararası yayılma gösteren hastalıklara karşı etkili bir halk sağlığı mücadelesi verebilmek üzere iş birliği yapmak hususunda BM, 2005 tarihli Uluslararası Sağlık Tüzüğü ile 2018 tarihli Astana Bildirgesi'ne atıfta bulunur.<sup>35</sup> Covid-19 küresel bir halk sağlığı sorunudur ve ancak küresel düzeyde bir mücadeleyle başa çıkılabilir. Bu nedenle Covid-19 aşılarının geliştirilmesi ve dağıtımında tüm ulusların ve halkların dayanışma içinde hareket etmesi “en etkili, sürdürülebilir ve ahlaki” yaklaşım olarak görülür.<sup>36</sup>

ESKHS'nin 15. maddesi de konumuz açısından önemlidir. Bu madde “herkesin (...) bilimsel ilerlemelerden ve uygulamaların faydalarından yararlanma hakkına” sahip olduğunu düzenler. Covid-19'un küresel bir salgın olduğu, tüm dünyada hastalığın teşhis edilmesi, önlenmesi ve tedavi edilmesi için bilim insanlarının seferber olduğu dikkate alındığında, bu düzenlemenin sağlık hakkıyla ilişkisi de netleşir. Covid-19 aşıları dâhil aşılarla, tedavi yöntemlerine ve ilaçlara erişim, bilimsel gelişmelerden ve uygulamalarından yararlanma hakkının da gereğidir.<sup>37</sup> Bu nedenle aşının sadece ödeme gücü olan ülkeler ve insanlar için erişimi mümkün olan ticari bir mal olarak değil, küresel kamu malı olarak görülmesi gerekir.<sup>38</sup> Küresel düzeyde başarılı ve kapsayıcı bir aşılama içinse teknoloji transferi ile bilgi ve veri paylaşımı büyük önem taşır.<sup>39</sup>

Devletler, yetki alanlarında bulunan şirketlerin de insan haklarına saygı göstermesini sağlamakla yükümlüdürler. Dolayısıyla, yukarıda ana hatlarıyla anlatılan sağlık hakkının gerçekleştirilmesine ilişkin olarak şirketlerin de belirli sorumlulukları vardır.

Ancak hem hâlihazırda uygulanmakta olan aşılar hem de geliştirme aşamasındaki ilaçlar söz konusu olduğunda, fikrî mülkiyet ve patent sorunu, sağlık hakkına erişimin önündeki engellerden biri olarak karşımıza çıkar. Bu nedenle sağlık ve onunla bağlantılı olarak yaşam hakkının fikrî mülkiyet ve patent haklarıyla ilişkisine bakmak gerekir.

<sup>34</sup> OHCHR, Human Rights and Access, s. 2.

<sup>35</sup> OHCHR, Human Rights and Access, s. 2.

<sup>36</sup> OHCHR, Human Rights and Access, s. 2.

<sup>37</sup> UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR), *General Comment No. 25 (2020) on science and economic, social and cultural rights (article 15 (1) (b), (2), (3) and (4) of the Covenant)*, para. 70.

<sup>38</sup> OHCHR, Human Rights and Access, s. 1.

<sup>39</sup> OHCHR, Human Rights and Access, s. 2.

### III. FİKRÎ MÜLKİYET VE PATENT HAKLARI İLE SAĞLIK HAKKI VE BİLİMSSEL İLERLEME VE UYGULAMALARIN YARARLARINDAN FAYDALANMA HAKKI ÇATIŞMASI

Bilimsel ilerleme ve uygulamaların yararlarından faydalanma hakkının ekonomik, sosyal ve kültürel haklarla ilişkisi yakın zamanda ESKH Komitesinin konuya ilişkin detaylı bir genel yorumunda incelenmiştir.<sup>40</sup> Genel Yorum'da doğal olarak Sözleşme'ye taraf olan devletlerin sorumluluklarının tespiti amaçlanmıştır. Ancak buradan, özellikle fikrî mülkiyet ve patent hakları ile sağlık hakkı ve bilimsel ilerleme ve uygulamaların yararlarından faydalanma hakkı çatışması bağlamında, şirketlerin sorumluluklarına ilişkin tespitler de çıkarabiliriz.

Bilimsel ilerleme ve uygulamaların faydaların yararlanma hakkı, sağlık hakkının gerçekleştirilmesine yardımcı olur. Öncelikle bilimsel ilerlemeler, aşı ya da hastalığı önleyici başka yöntemlerin ve hastalıkların tedavisini sağlayan tıbbi uygulamaların yaratılmasını sağlar.<sup>41</sup> Ayrıca bu hakkın, sağlık hakkı ile fikrî mülkiyet hakları arasında bir arabulucu işlevi gördüğü kabul edilir ve devletlerin sağlık hakkı lehine fikrî mülkiyet hakkını sınırlamalarını sağlar.<sup>42</sup>

Bilimsel ilerleme ve uygulamaların yararlarından faydalanma hakkına ilişkin olarak Komite, yarar kavramını üç anlamda kullandığını belirtir. Yararlar ilk olarak bilimsel araştırmalar sonucunda ortaya çıkan aşılar ve teknolojik araçlar gibi maddi çıktılardır. İkinci anlamıyla yararlar, bilimsel faaliyetlerden elde edilen bilimsel bilgi ve enformasyondur. Son olarak yararlar, demokratik topluma tam anlamıyla katılabilecek eleştirel ve sorumlu yurttaşların şekillenmesinde bilimin rolüne atıfta bulunan bir kavram olarak kabul edilir.<sup>43</sup> Yine Komiteye göre, herkesin kültürel yaşama katılma hakkı, herkesin bilimsel ilerlemeye ve onun yönüne ilişkin kararlara katılma hakkını da içerir.<sup>44</sup>

Günümüzde bilimsel araştırmaların önemli bir bölümü devlet dışı aktörler ve kar amacı güden işletmelerce gerçekleştirilmektedir ve bu durum Sözleşme'yle çatışmaz. Ancak bu araştırmaların büyük ölçüde özelleştirilmeleri, temel haklar üzerinde olumsuz etkilere neden olur.<sup>45</sup> Patent ve fikrî mülkiyet haklarının korunmasının, özel sektörün bilimsel araştırmalarda yer almasını ve yenilikleri teşvik ettiği, ancak diğer yandan da bilimsel ilerlemeyi ve yararlardan faydalanmayı olumsuz etkileyebildiği Komite tarafından kabul edilir.<sup>46</sup>

<sup>40</sup> CESCR, General Comment No. 25.

<sup>41</sup> CESCR, General Comment No. 25, para. 67.

<sup>42</sup> CESCR, General Comment No. 25, para. 69.

<sup>43</sup> CESCR, General Comment No. 25, para. 8.

<sup>44</sup> CESCR, General Comment No. 25, para. 10.

<sup>45</sup> CESCR, General Comment No. 25, para. 58.

<sup>46</sup> CESCR, General Comment No. 25, para. 60.

Fikrî mülkiyet, kimi zaman bilimsel araştırmanın finanse edilmesinde çarpıklıklar yaratabilir; zira ekonomik, sosyal ve kültürel haklar açısından büyük önem taşıyan konular ticari açıdan yeterince çekici ve karlı görünmeyebilir ve dolayısıyla o alana yatırım yapılmaz. Bazı ihmal edilmiş hastalıklarda durum budur.<sup>47</sup> Bazı durumlarda fikrî mülkiyet düzenlemeleri bilimsel araştırmaya ilişkin bilgi paylaşımını belirli bir süre için yasaklar ve kimi zaman bilimsel yayınlar düşük gelirli ülkelerdeki bilim insanlarının karşılayamayacağı kadar yüksek ücretler karşılığında sunulur. Üçüncüsü, fikrî mülkiyet, sağlık hakkı gibi haklar bakımından kritik önem taşıyan bilimsel ilerleme ve uygulamaların yararlarından faydalanmak isteyen kişiler açısından engel teşkil eder. Patentler patent sahiplerine icat ettikleri ürünler üzerinde hak sağladığından, bu ürünler veya hizmetler için yüksek fiyatların belirlenmesi, nadir hastalıkları olan kişilerin sağlık ve yaşamları için gereken yeni ilaçlarda olduğu gibi, düşük gelirli kişiler ve ülkeler için bu ürünlere ve hizmetlere erişimi imkânsız hale getirir.<sup>48</sup>

2020’de Çin’de yaşanan bir ihtilaf, patent hakkıyla ilgili uyuşmazlıklara sadece bir örnektir. 2020 yılının Ocak ayında Wuhan Viroloji Enstitüsü’nden araştırmacılar, Covid-19 tedavisinde deneysel bir antiviral ilaç olan remdesiviri kapsayan bir patent başvurusunda bulunurlar. Ancak bu ilaç aslında Kaliforniya merkezli Gilead şirketi tarafından, Ebola tedavisi için geliştirilip üretilen ve Çin dâhil pek çok patent ofisinde patent başvurusu yapılmış bir ilaçtır.<sup>49</sup> Üstelik başvuru Çinli araştırmacıların remdesivirin etkinliğini araştıran deneyler başlamadan yapılmış; Çin, bu başvuruyu ulusal çıkarları gereği yaptığını belirterek kendini savunmuş ancak tüm bu süreç, mevcut yasalar çerçevesinde kabul edilebilir olsa dahi, etik açıdan son derece sorunlu bulunmuştur.<sup>50</sup> Bu tür durumlarda patent hakkını zorunlu lisanslar ile sınırlandırma yoluna gitmenin daha uygun olduğu ileri sürülmektedir. Zorunlu lisanslar, ulusal düzeydeki acil durumlarda, halk sağlığı krizlerinde ve diğer sıra dışı ihtiyaç hallerinde ilaç üreticilerine, patentli ilaçların yasal olarak kullanılması için taklit edilebilmesi imkânını vermektedir.<sup>51</sup> Bu olayda Çin ile Gilead şirketi arasında yaşanan bir anlaşmazlık söz konusudur ancak farklı ihtimallerde de patent hakkı tıbbi ürünlere erişimde bir engel olarak karşımıza çıkabilmektedir.

Komite, fikrî mülkiyetin toplumsal işlevi olan toplumsal bir ürün olduğunu, dolayısıyla temel ilaçlar, tohumlar ve diğer gıda üretim araçları ya da okul kitapları gibi, sağlık, gıda ve eğitim materyallerine getirilecek yüksek fiyatları ön-

<sup>47</sup> CESCR, General Comment No. 25, para. 61.

<sup>48</sup> CESCR, General Comment No. 25, para. 61.

<sup>49</sup> Enrico Bonadio / Andrea, Baldini, ‘COVID-19, Patents and the Never-Ending Tension between Proprietary Rights and the Protection of Public Health’, European Journal of Risk Regulation, Vol. 11, 2020, s. 390.

<sup>50</sup> Bonadio / Baldini, s. 391.

<sup>51</sup> Bonadio / Baldini, s. 391-392.

lemenin devletlerin görevi olduğunu belirtmektedir.<sup>52</sup> Komite daha önce de fikrî mülkiyetin bir temel hak olmadığını hatırlatmıştır.<sup>53</sup>

Fikrî mülkiyet hakkı sağlık hakkını zayıflatacak şekilde uygulanmamalıdır. Ticaretle Bağlantılı Fikrî Mülkiyet Hakları Antlaşmasından (TRIPS) kaynaklanan yükümlülüklerin, TRIPS Antlaşması ve Kamu Sağlığına İlişkin Doha Bildirgesi<sup>54</sup> çerçevesinde, kamu sağlığını koruyacak şekilde, devletin sağlık hakkını koruma ve özellikle de herkesin ilaçlara erişimini sağlama yükümlülüklerini destekleyecek şekilde yorumlanıp uygulanması gerekir.<sup>55</sup>

Aşıların geliştirilmesi sürecinde, patent ve fikrî mülkiyet haklarının korunması talebinden başka, gayri resmi olarak ifade edilen bir diğer görüş de, Covid-19 aşısının üretimi ve saklanması için belirli bir alt yapının gerektiği, bu alt yapı için gereken bilimsel ve teknolojik koşulların düşük gelirli ülkeler tarafından yerine getirilmesinin pek de mümkün olmadığı ve dolayısıyla fikrî mülkiyet haklarından feragat etmenin fiilen bir anlamının olmadığı yönündedir.<sup>56</sup> Bu nedenle zengin ülkeler ile düşük gelirli ülkeler arasında yapılacak uluslararası iş birliği sözleşmelerinde, önceliğin ulusal araştırma enstitülerinin geliştirilmesine verilmesi gerektiği de<sup>57</sup> dikkate değer bir görüştür.

Komitenin genel yorumu yukarıda da belirtildiği üzere taraf devletlerin yükümlülüklerini somutlaştırmayı amaçlar. Öte yandan, şirketlerin uluslararası düzeyde kabul edilen insan haklarına saygı gösterme sorumluluğu olduğuna göre, sağlık hakkı ve bilimsel ilerlemelerin ve uygulamaların faydalarından yararlanma hakkının gereği olarak, fikrî mülkiyet ve patent haklarına sınırlama getirmek gerekir. Dolayısıyla bu hakların gereği olarak fikrî mülkiyet ve patent haklarını sınırlamak, şirketler açısından da insan haklarına saygı gösterme sorumluluğu kapsamındadır.

<sup>52</sup> CESCR, General Comment No. 25, para. 62; General Comment No. 17, para. 35.

<sup>53</sup> CESCR, General Comment No. 17, para. 1-2.

<sup>54</sup> WTO, *Declaration on the TRIPS agreement and public health*, 14 November 2001, [https://www.wto.org/english/thewto\\_e/minist\\_e/min01\\_e/mindecl\\_trips\\_e.htm](https://www.wto.org/english/thewto_e/minist_e/min01_e/mindecl_trips_e.htm) (erişim tarihi 1.3.2021).

<sup>55</sup> UN General Assembly (UNGA), *Cultural Rights*, Report of the Special Rapporteur in the field of cultural rights, A/70/279, 4 August 2015, <https://undocs.org/en/A/70/279> (erişim tarihi 14.2.2021), para. 90; CESCR, General Comment No. 25, para. 69; 2020 yılının Ekim ayında Hindistan ve Güney Afrika Cumhuriyeti DTÖ'ye başvurarak, Covid-19 tedavisinde kullanılacak ilaçların ve aşıların patentinin ve diğer fikrî mülkiyet haklarının, mevcut koşullarda tedaviye ve ilaçlara erişimin önünde engel teşkil ettiği ve bu nedenle söz konusu tıbbi ürünlerin bu tür yasal düzenlemelerden muaf tutulması çağrısında bulunmuşlardır. Bkz. WTO, *Waiver from Certain Provisions of the Trips Agreement for the Prevention, Containment and Treatment of Covid-19*, IP/C/W/669, 2 October 2020, <https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=q:/IP/C/W669.pdf&Open=True> (erişim tarihi 1.2.2021). Ancak ABD ve AB'nin de aralarında bulunduğu Batılı ülkelerin karşı çıkması sonucunda bu talep reddedilmiştir.

<sup>56</sup> Ernest Aryeetey / Eivind Engebretsen / Åse Gornitzka / Peter Maassen / Svein Stølen, 'A step backward in the fight against global vaccine inequities', *The Lancet*, Vol. 397, 2 January 2021, s. 23.

<sup>57</sup> Aryeetey / Engebretsen / Gornitzka / Maassen / Stølen, s. 23.

Biyoetik açısından konuya yaklaşım da bu doğrultudadır. UNESCO etik komisyonları, aşı araştırmalarındaki ilk etik gerekliliğin güvenli, etkili, ulaşılabilir ve uygun fiyatlı aşuların tedarik edilmesi olduğunu belirtirler.<sup>58</sup> Ayrıca patentleme ve mülkiyet haklarına ilişkin şu etik kaygılar ifade edilir:

*Mülkiyet haklarının, araştırma özgürlüğü ve mülk edinme hakkı gibi bazı temel özgürlükleri koruduğunun farkındayız, ancak olağanüstü bir bağlam, olağanüstü tedbirlere duyulan ihtiyaca vurgu yapmaktadır. Ayrıca, kamu kurumlarında (üniversiteler ve kamu araştırma kurumları gibi) bilim insanları tarafından yürütülen ilk araştırmalarla yapılan temel katkılar olmadan aşuların hızlı bir şekilde geliştirilmesinin mümkün olmayacağına dikkat çekmekteyiz. Özel şirketler, akademik keşifleri hızla geliştirmek ve klinik olarak ilgili ürünlere dönüştürmek ve büyük ölçekli klinik araştırmalar kurmak için büyük çaba sarfetmişlerdir. Devamında, aşuların ilaç endüstrisi tarafından geliştirilmesi, genellikle kamu akademik kurumları ile işbirliği içinde, kamu fonlarıyla da desteklenmiştir. Bu kamu-özel girişim ortaklığı, aşuların rekor bir sürede üretilmesini sağlayarak, özel şirketlere küresel bir perspektiften kamu yararına katkıda bulunmak için tarihi bir fırsat sunmuştur. Nihayetinde amaç, aşuları makul bir maliyetle herkesin kullanımına sunmak olmalıdır. Fikrî mülkiyetin paylaşılması önemlidir, böylece diğer ülkelerdeki üreticiler de aşuların herkese ulaştırılmasını artırabilir. Aşular, küresel kamu malları olarak değerlendirilmelidir.*<sup>59</sup>

#### IV. COVID-19 VE İLAÇ ŞİRKETLERİNİN İNSAN HAKLARINA SAYGI GÖSTERME SORUMLULUĞU

##### A. Covid-19 ve Şirketlerin İnsan Haklarına Saygı Gösterme Sorumluluğu

Şirketlerin insan haklarına ilişkin sorumluluklarını küresel düzeyde düzenleyen üç temel metinden söz edilebilir: 2011 tarihli İş Dünyası ve İnsan Haklarına Dair BM Rehber İlkeleri (BMRİ), 2011 tarihli OECD Çokuluslu Şirketler Rehberi ve 2018 tarihli Sorumlu İş Pratikleri İçin OECD Özen Yükümlülüğü Rehberi.

2011 tarihli BMRİ, iş dünyası ve insan hakları ilişkisine dair üçlü bir çerçeve öngörür: a) Devletler insan haklarını korumakla yükümlüdür; b) Şirketlerin insan haklarına saygı gösterme sorumluluğu vardır; c) Hak ve yükümlülüklerin ihlali durumunda zararların telafi edilmesi gerekir.

<sup>58</sup> UNESCO, *UNESCO Etik Komisyonlarının Küresel Aşı Eşitliği ve Dayanıma İlişkin Çağrısı, UNESCO Uluslararası Biyoetik Komitesi (IBC) ve UNESCO Bilimsel Bilgi ve Teknoloji Etiği Dünya Komisyonu (COMEST) Ortak Açıklaması*, 24 Ocak 2021, <https://www.unesco.org.tr/Home/AnnouncementDetail/4709> (erişim tarihi 1.3.2021), s. 2.

<sup>59</sup> UNESCO, 2021, s. 4.



Ekonomik İş Birliği ve Kalkınma Teşkilatı (OECD), hâlihazırda otuz yedi devletin üyesi olduğu hükûmetler arası bir kurumdur. Kurumun 2011 tarihli Rehberi sorumlu iş davranışı için yapılması gerekli ilke ve standartları içerir ve BMRI'deki üçlü çerçeve burada da benimsenmiştir. OECD ülkesi kökenli olan ya da bir OECD ülkesinde faaliyet gösteren bir şirketin, Rehber'de ortaya konan ilkelere uygun hareket etmesi gerekir.

Devletlerin Covid-19 konusunda insan haklarına ilişkin yükümlülüklerini yerine getirip getirmediğinden bağımsız olarak, şirketler insan haklarına saygı göstermelidirler.<sup>60</sup> Bu sorumluluğa temel olarak, uluslararası düzeyde kabul edilmiş insan hakları esas alınmıştır ve bununla da asgari düzeyde BM Medeni ve Siyasal Hakları Sözleşmesi ile Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Hakları Sözleşmesi'nde düzenlenen haklar ve ILO'nun Çalışma Yaşamında Temel İlkeler ve Haklar Bildirgesi'nde düzenlenen haklar kastedilmektedir.<sup>61</sup> Erişilebilir en yüksek sağlık standardı hakkı ESKHKS'de düzenlenen bir temel hak olarak, şirketlerin saygı gösterme sorumluluğunun olduğu haklardandır.

BMRI'ye göre şirketlerin sorumluluğu, iş ilişkisi içinde buldukları iş ortaklarının ürünleri veya hizmetleriyle doğrudan bağlantılı olumsuz insan hakları etkilerini önlemek ve azaltmak için çaba harcamalarını da gerektirmektedir. Burada kastedilen iş ortakları, doğrudan bağlantılı oldukları işletmeleri ve tedarik zincirindeki işletmeleri kapsadığı gibi, devletleri de kapsar. Yani devlet kuruluşlarıyla ilişkilerinde de kendi faaliyetleri ile olumsuz insan hakları etkilerine neden olmaktan veya bunları artırmaktan kaçınmaları gerekir.<sup>62</sup>

BM Rehber İlkeleri'ni hazırlayan, o dönemin BM İş dünyası ve İnsan hakları Özel Raportörü olan J. Ruggie, şirketlerin insan haklarına saygı gösterme sorumluluklarını 'toplumsal beklentiler'e ve bir şirketin insan haklarına saygılı davranarak 'toplumsal işletme ruhsatı'na sahip olmasına dayandırmıştır.<sup>63</sup> Kurumsal sosyal sorumluluk literatüründe toplumsal işletme ruhsatı "yerel paydaşların, belirli bir alanda veya bölgede faaliyet gösteren bir projenin, şirketin veya sektörün toplumsal olarak kabul edilebilir veya meşru olduğuna ilişkin anlayışları"nın ifade etmek için kullanılmaktadır.<sup>64</sup> Yasal anlamıyla ruhsat, yetkili bir merci tarafından verilen hukuki bir belge iken, burada kastedilen böyle yasal bir ilişki

<sup>60</sup> OHCHR, Business and Human Rights, <https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/BusinessAndHR-COVID19.pdf> (erişim tarihi 1.2.2021), s. 3.

<sup>61</sup> UNGP, Principle 12.

<sup>62</sup> UNGP, Principle 13, Commentary.

<sup>63</sup> John G. Ruggie, *Just Business: Multinational Corporations and Human Rights*, W.W. Norton & Company, 2013, s. 91.

<sup>64</sup> Emmanuel Raufflet / Sofiane Baba / Claude Perras / Nolywe Delannon, "Social License", *Encyclopedia of Corporate Social Responsibility*, Idowu S.O., Capaldi N., Zu L., Gupta A.D. (eds), Springer, Berlin, Heidelberg, 2013, [https://doi.org/10.1007/978-3-642-28036-8\\_77](https://doi.org/10.1007/978-3-642-28036-8_77) (erişim tarihi 19.3.2021).

olmayıp, şirket ile yerel paydaşlar arasındaki zımnı bir anlaşmayı ifade eder.<sup>65</sup> O halde Ruggie burada şirketlerin insan haklarına saygı göstererek kendilerini ve faaliyetlerini toplum nezdinde meşrulaştırdıklarını ve taraflar arasında zımnı bir mutabakat oluştuğunu kabul etmektedir.

BMRİ çerçevesinde şirketlerin:

- (a) Kendi faaliyetleri ile olumsuz insan hakları etkilerine yol açmaktan ya da olumsuz etkiyi artırmaktan kaçınmaları ve bu tür olumsuz etkiler ortaya çıktığında müdahale etmeleri,
- (b) Kendileri artmasına neden olmasalar dahi, iş ilişkilerinden ötürü faaliyetleri, ürünleri veya hizmetleriyle doğrudan bağlantılı olarak ortaya çıkan olumsuz insan hakları etkilerini önlemeye ve azaltmaya çalışmaları gerekir.<sup>66</sup>

BMRİ çerçevesinde insan haklarına saygı sorumluluğu, özen yükümlülüğü getirir. Özen yükümlülüğü çerçevesinde şirketler:

*Olumsuz insan hakları etkilerini tespit etmek, önlemek, azaltmak ve nasıl ele alındığını açıklamak üzere (...) durum değerlendirmesi yapmalıdır. Bu süreç mevcut ve potansiyel insan hakları etkilerinin ölçülmesini, sonuçların bir araya getirilmesini ve bu sonuçlara göre hareket edilmesini, bunların takibini ve etkilerin nasıl ele alındığının duyurulmasını içermelidir.*<sup>67</sup>

Saygı gösterme sorumluluğunu yerine getirmek için, her şeyden önce şirketlerin bir politika taahhütlerinin olması; bu politikayı hem şirket içinde hem de ortaklar, bağlı kuruluşlar ve alt yükleniciler için bilinir hale getirerek kurum kültürünün bir parçası haline getirmeleri; özen yükümlülüğünün gereği olan durum değerlendirme sürecini ve şirketlerin kendilerinin neden olduğu ya da artmasına yol açtığı olumsuz insan hakları etkilerini telafi edecek süreçleri işletmeleri; paydaşlarla iletişim kurarak olumsuz etkilerin nasıl ele alındığı ve atılan adımlar hakkında bilgi vermeleri ve nihayet şikâyetlerin ele alınması için bir çözüm yolu geliştirmeleri gerekir.<sup>68</sup>

Özen yükümlülüğü çerçevesinde yapılan insan hakları durum değerlendirmesinin, iş yönetimi durum değerlendirmesinden farklı olduğunun altını çizmek

<sup>65</sup> Raufflet / Baba / Perras / Delannon.

<sup>66</sup> OHCHR, Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations "Protect, Respect and Remedy" Framework (UNGP), principle 13; ayrıca bkz. Özge Yücel-Dericiler, 'Şirketlerin İnsan Haklarına İlişki Yükümlülüklerinin Niteliği ve Temellendirilmesi Sorunu: Saygı Gösterme Sorumluluğu Ne Yükler?', s. 63-65.

<sup>67</sup> UNGP, Principle 17.

<sup>68</sup> UNGP, Principle 15; Institute for Human Rights and Business (IHRB), *Respecting Human Rights in the Time of the Covid-19 Pandemic: Examining Companies' Responsibilities for Workers and Affected Communities*, April 2020, [https://www.ihrb.org/uploads/reports/Respecting\\_Human\\_Rights\\_in\\_the\\_Time\\_of\\_the\\_COVID-19\\_Pandemic\\_alternate\\_-\\_IHRB.pdf](https://www.ihrb.org/uploads/reports/Respecting_Human_Rights_in_the_Time_of_the_COVID-19_Pandemic_alternate_-_IHRB.pdf) (erişim tarihi 13.2.2021), s. 18-19.

gerekir. İş yönetimi durum değerlendirmesinde sadece şirketin faaliyetleriyle ilgili riskler tespit edilirken, insan hakları durum değerlendirmesinde, işletmeyi ve çalışanları belirli risklerden korumaktan ziyade, hak sahipleri üzerinde doğabilecek olumsuz etkileri önlemek merkezi önem taşır.<sup>69</sup>

Durum değerlendirme süreçleri, her şirketin bulunduğu sektöre ve faaliyet bağlamına göre alması gereken tedbirler değişebildiği için önem taşır. Covid-19 salgın sürecinde bir şirketin sorumluluklarını tartışmamız için, söz konusu şirketin sağlık sektöründe çalışması şart değildir. Örneğin sosyal medya şirketi Twitter, hastalıkla ilgili açıkça yanlış veya potansiyel olarak yanıltıcı bilgilerin yayılmasını önlemek üzere içerik kaldırma ya da yanıltıcı bilgi olduğuna dair içeriği işaretleme yoluna gitmektedir.<sup>70</sup> Ayrıca insan hakları etki değerlendirmesi yapılırken, etkilenme potansiyeli olan gruplarla müzakereler yapılması ve özellikle de yüksek risk grubuna ya da marjinalleşme riski olan gruplara dikkat edilmesi gerekir.<sup>71</sup>

BM, şirketlerin insan haklarına ilişkin olası olumsuz etkileri önlemek ya da azaltmak için yaratıcı yollar bulmaları gerektiğini de belirtir. Örneğin tekstil alanında çalışan şirketlerin maske, hastane önlüğü gibi ekipmanları üretmeye başlaması, ya da otomasyon alanında çalışan bir şirketin solunum cihazı üretmeye başlaması, hem bu şirketlerin üretimlerinin devamlılığını sağlamış ve böylece çalışanlarını işten çıkarmalarının önüne geçmiş, hem de salgınla mücadeleye katkıda bulunmalarını sağlamıştır.<sup>72</sup> Salgın sürecinde ülkemizde de, otomotiv şirketinin siperlikli maske üretimine başlaması, birçok makine şirketinin maske makinesi üretimine başlaması, hazır giyim alanında faaliyet gösteren yüzlerce şirketin maske ve koruyucu kıyafet üretmeye başlaması<sup>73</sup> gibi örneklerle karşılaştık.

Özen yükümlülüğü, 2011 tarihli OECD Çokuluslu Şirketler Rehberi'nde BMRI'ye benzer şekilde düzenlenir.<sup>74</sup> 2018 tarihli Özen Yükümlülüğü Rehberi'nde, bu yükümlülüğün yerine getirilmesi için gereken durum değerlendirme sürecinin altı temel aşaması

<sup>69</sup> Robert Mccorquodale / Lise Smit / Stuart Neely / Robin, Brooks, 'Human Rights Due Diligence in Law and Practice: Good Practices and Challenges for Business Enterprises', Business and Human Rights Journal, Vol. 2, 2017, s. 199-200.

<sup>70</sup> UNOHCHR, Business and Human Rights, s. 4; Twitter şirketinin konuya ilişkin politikası için bkz. [https://blog.twitter.com/en\\_us/topics/company/2020/covid-19.html#protecting](https://blog.twitter.com/en_us/topics/company/2020/covid-19.html#protecting) (erişim tarihi 12.2.2021).

<sup>71</sup> UNOHCHR, Business and Human Rights, s. 4.

<sup>72</sup> UN, *Never waste a crisis: Companies invest to 'recover better' from COVID-19*, 24 June 2020, <https://www.un.org/en/coronavirus/never-waste-crisis-corporations-invest-%E2%80%99-recover-better%E2%80%99-covid-19> (erişim tarihi 13.2.2021).

<sup>73</sup> Örnek olarak bkz. "42 bin adet siperlikli maske ürettiler", <https://www.sozcu.com.tr/2020/otomotiv/42-bin-adet-siperlikli-maske-urettiler-5743957/>; "300 firma maske üretimine girdi", <https://www.dunya.com/ekonomi/300-firma-maske-uretimine-girdi-haberi-466924/>; "12 Türk Şirket Maske Makinesi Üretmeye Başlıyor", <http://www.textotex.com/haber/dernekler/12-turk-sirket-maske-makinesi-uretimine-basliyor.html> (erişim tarihi 13.2.2021).

<sup>74</sup> OECD, *OECD Guidelines for Multinational Enterprises 2011 Edition*.

belirtilir:<sup>75</sup> 1. Sorumlu iş davranışını şirketin bütün politikalarına yedirmek; 2. Şirketin faaliyetleri, ürünleri veya hizmetleriyle ilişkili olarak ortaya çıkan veya çıkması muhtemel olumsuz etkileri tanımlamak ve ölçmek; 3. Olumsuz etkileri durdurmak, önlemek ve azaltmak; 4. Uygulamayı ve sonuçlarını takip etmek; 5. Ortaya çıkmış olan ya da çıkması muhtemel olumsuz etkilere ilişkin bilgi paylaşımında bulunmak; 6. Şirketin fiilen olumsuz bir etkiye yol açtığına ya da artmasına neden olduğunun tespit edilmesi durumunda zararın telafisini sağlamak ya da bunun için iş birliği içine girmek.

OECD Rehberi'nin imzacısı olan ülkelerin, şirketlerin davranışlarıyla ilgili şikâyetleri değerlendirmek üzere bir *Ulusal Temas Noktası* kurma yükümlülüğü vardır. Bu ofisler önce arabuluculuk yaparak sorunu çözmeye çalışacak; bu yöntemden istenilen sonuç alınmadığı takdirde Ofis, Rehber'deki ilkelerin ihlal edilip edilmediğine dair bir bildiri yayınlayıp önerilerde bulunabilecektir.

## **B. Covid-19 Aşısı, Tedavisi ve İlaç Şirketlerinin İnsan Haklarına İlişkin Sorumlulukları**

Yukarıda belirtilen genel çerçeve, Covid-19 ve ilaç şirketlerini merkeze alarak somutlaştırıldığında şu tespitleri yapmak mümkündür. Covid-19 salgını bağlamında değerlendirildiğinde, şirketlerin elbette kendi çalışanlarının sağlık ve güvenliğini sağlamaları gerekir. Ancak sorumlulukları bununla sınırlı değildir. Şirketlerin, şirket faaliyetlerinden etkilenen herkesin haklarına da saygı göstermeleri gerekir. Gündelik işçiler, geçici işçiler, sözleşmesiz çalışanlar, esnek ekonomide ve diğer güvencesiz çalışma biçimlerinde çalışan işçiler, tedarik zincirinde çalışanlar, şirketin müşterileri ve topluluklar da, bu kapsamda şiddetin faaliyetlerinden etkilenen ve haklarına saygı gösterilmesi gereken kişilerdir.<sup>76</sup>

J. Ruggie'nin Rehber İlkeleri oluşturmakta olduğu yıllarda BM Sağlık Hakkı Özel Raportörü olan Paul Hunt, ilaç şirketlerinin temel ilaçlara erişimle ilgili yükümlülüklerinin neler olduğunu somut olarak tespit etmeye çalışmaktadır ve bu amaçla bir insan hakları rehberi oluşturur.<sup>77</sup> Toplumun ilaç şirketlerinden beklentisinin ne olabileceğini ve ilaç şirketlerinin toplumsal işletme ruhsatı alabilmesi için sorumluluklarının kapsamını sorgulayan Hunt, ilaç sektöründe farklı türde şirketler bulunması nedeniyle bunun karmaşık bir mesele olduğunu, örneğin hayat kurtarıcı bir ilaç üreten ve bunun üzerinde patente sahip olan şirketin durumunun, böyle bir patente sahip olmayan şirketin durumundan farklı olduğunu belirtir.<sup>78</sup>

<sup>75</sup> OECD, *OECD Due Diligence Guidance for Responsible Business Conduct*, 2018, <https://mneguidelines.oecd.org/OECD-Due-Diligence-Guidance-for-Responsible-Business-Conduct.pdf> (erişim tarihi 12.12.2020), s. 21-35.

<sup>76</sup> OHCHR, *Business and Human Rights*, s. 3.

<sup>77</sup> Paul Hunt, *Human Rights Guidelines for Pharmaceutical Companies in Relation to Access to Medicines*, UN Doc. A/63/263, 11 August 2008 (kısaca Guidelines).

<sup>78</sup> Joo-Young Lee / Paul Hunt, *Human Rights Responsibilities of Pharmaceutical Companies in Relation to Access to Medicines*, *Journal of Law, Medicine & Ethics*, Summer 2012, s. 224.

İlaç şirketlerinin sağlık hakkına ilişkin sorumlulukları belirlenirken, devletin yükümlülüklerini değerlendirmek için kullanılan unsurlar burada da kullanılmıştır: mevcudiyet, erişilebilirlik, kabul edilebilirlik, kalite, izleme ve hesap verebilirlik.<sup>79</sup> Öncelikle, ilaç şirketlerinin tüm politika, program ve projelerinin sağlık hakkıyla uyumlu olarak oluşturulması gerekir. Bunun için şirketler bir insan hakları politika belgesi benimseyip kamuoyuna duyurmalıdır. Faaliyetlerin taahhütlere uygunluğunu kontrol etmek için etki değerlendirmesi yapılmalıdır.<sup>80</sup> İlaç şirketleri, ilaçların ihtiyaç duyulan ülkelerde yeterli miktarda bulunmasını sağlamak için makul ölçüde ellerinden geleni yapmalıdır (mevcudiyet). Ayrıca ilaçlar hem ülkenin farklı bölgelerinde fiziksel olarak, hem fiyat açısından erişilebilir olmalı ve ilaçla ilgili güvenilir bilgiye de erişilebilmelidir (erişilebilirlik). Üretilen ilaçların tıp etiği açısından ve kültürel açıdan kabul edilebilir; ayrıca toplumsal cinsiyete ve yaşam döngüsüyle ilgili sorunlara duyarlı olması gerekir (kabul edilebilirlik). İlaçların kaliteli, güvenli ve etkili olmasının sağlanması gerekir (kalite). Sağlık hakkı bağlamında şeffaflık, sağlıkla ilgili mümkün olduğu kadar çok bilginin erişilebilir olmasını gerektirir. Örneğin ilaçların araştırma-geliştirmesi için ayrılan bütçe, ihmal edilen hastalıkların araştırılması için ayrılan bütçe gibi veriler kamuoyuyla paylaşılmalıdır (şeffaflık). Ayrıca ilaç şirketlerinin kendi raporlama faaliyetlerinin yanı sıra, dışsal kuruluşlar tarafından (ör. Ombudsperson) denetlenmeleri de önem taşır (izleme ve hesap verebilirlik).

Bunlara ek olarak, bu tür ilaçların çocuklar, yaşlılar, hamile ve emziren kadınlar gibi farklı toplumsal gruplar ve farklı iklim koşulları içinde de geliştirilmesi gerekir.<sup>81</sup>

Hunt, hayat kurtarıcı ilaçları geliştiren şirketlerin sağlık hakkı ve halk sağlığı açısından hayati önem taşıyan bir işlev yerine getirdiklerini, bu tür ilaçlar üzerindeki patent dolayısıyla şirketlerin spesifik sorumluluklarının olduğunu belirtir. Toplumun bu ilaç şirketlerinden haklı bir beklentisi vardır: bu şirketlerin, politikalarının ve uygulamalarının hayat kurtarıcı nitelikteki ilaca erişimini olumsuz yönde etkilememesini sağlamaları.<sup>82</sup>

Covid-19 aşısı söz konusu olduğunda, küresel ve koordine edilmiş bir çaba olmadan aşıya eşit erişimin mümkün olmayacağı ve ödeme gücü olan ülkelerin ve insanların ayrıcalıklı hale geleceği<sup>83</sup> zaten öngörülmektedir. Belirli aşının onay alması, bu öngörülerini doğruladı.

Hunt'un hayat kurtarıcı ilaçlara ilişkin yaptığı tespitler Covid-19 aşısı geliştiren ve üreten ilaç şirketleri için de geçerlidir. Çünkü mevcut koşullarda Covid-19 ölümle sonuçlanan bir salgın hastalıktır ve etkili ve güvenli aşılar da hayat kurtarıcı niteliktedir.

<sup>79</sup> Lee / Hunt, s. 223-227; ayrıca bkz. Guidelines 1-20.

<sup>80</sup> Lee / Hunt, s. 225; Guidelines, 1-2.

<sup>81</sup> Lee / Hunt, s. 228.

<sup>82</sup> Lee / Hunt, s. 227-228.

<sup>83</sup> OHCHR, Human Rights and Access, s. 1.

Covid-19 özelinde ilaç şirketlerinin özen yükümlülüğü, ilaç şirketlerinin ilaçların dağıtımından önce zararlı yan etkilerine dair gerçekçi değerlendirmeler yapmalarını; ürünlerinin dağıtımını ve fiyatını belirlerken de özellikle kırılgan ve marjinal gruplar açısından ayrımcılığa yol açabilecek olumsuz etkileri hesaba katmalarını gerektirir.<sup>84</sup> Ayrıca durum değerlendirme sürecinin devamlılığı da önemlidir. Örneğin uluslararası bir sivil toplum kuruluşu olan Human Rights Watch, her yerde ve herkes Covid-19 aşısına erişene kadar değerlendirme sürecinin devam etmesini tavsiye etmektedir.<sup>85</sup>

Mevcut koşullarda ilaç şirketlerinden beklenen, aşya ilişkin bilgileri kamunun erişimine açmaları ve böylece herkesin faydalanabilmesini sağlamalarıdır.<sup>86</sup> Fikrî mülkiyet ve patente ilişkin olarak daha sık vurgulanması gereken husus, özel sektörde faaliyet gösteren bir şirket dahi olsa çoğu ilaç şirketinin, kamu kurumları tarafından üretilen bilgi birikimine ve araştırmalara dayandığı, halka açık kaynak ve araştırmalara bağlı olduğudur.<sup>87</sup> Dolayısıyla, kamusal kaynaklar kullanılarak ve kolektif çalışmaların sonucu olan bilimsel sonuçların, özel sektörde faaliyet gösterdiği için tamamen belirli ilaç şirketlerinin fikrî mülkiyeti olarak görülmesi doğru ve adil olmayacaktır.

Fikrî mülkiyet ve patentin yanı sıra, UNESCO etik komisyonlarının dikkat çektiği bir konu da aşı üretimine ilişkin iş modelidir: “IBC<sup>88</sup> ve COMEST,<sup>89</sup> ilaç endüstrilerinin mümkün olan en yüksek etkinlikte aşı üretebilen ve ihtiyaç duyulan yerlere hızlı dağıtımını kolaylaştıran tesislere yatırım yapma sorumluluğunun da altını çizmektedir.”<sup>90</sup>

Ayrıca peşin alım sözleşmelerinin bir tarafı hükümetler, diğer tarafı da ilaç şirketleridir ve şeffaf olmayan süreçlerle, kamuoyunun denetiminden kaçınarak yaptıkları sözleşmeler, insan haklarına ilişkin olumsuz sonuçlar doğmasına ya da olumsuzlukların artmasına neden olmaktadır. Dolayısıyla bu tür ilişkilerin tarafı olan şirketler Rehber İlkeler’den kaynaklanan yükümlülüklerine aykırı davranmış olurlar.

<sup>84</sup> OHCHR, Human Rights and Covid-19, s. 5.

<sup>85</sup> Human Rights Watch, *Universal and Equitable Access to Covid-19 Vaccines, Testing, Treatments: Companies’ Human Rights Responsibilities*, 11 February 2021, [https://www.hrw.org/news/2021/02/11/universal-and-equitable-access-covid-19-vaccines-testing-treatments-companies-human#\\_ftn16](https://www.hrw.org/news/2021/02/11/universal-and-equitable-access-covid-19-vaccines-testing-treatments-companies-human#_ftn16) (erişim tarihi 15.2.2021).

<sup>86</sup> IHRB, *Respecting Human Rights*, s. 22; UN Office of the High Commissioner for Human Rights (OHCHR), *Statement by the UN Human Rights Experts Universal access to vaccines is essential for prevention and containment of COVID-19 around the world*, 9 November 2020, <https://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=26484&LangID=E> (erişim tarihi 1.2.2021).

<sup>87</sup> IHRB, *Respecting Human Rights*, s. 22.

<sup>88</sup> UNESCO Uluslararası Biyoetik Komitesi.

<sup>89</sup> UNESCO Bilimsel Bilgi ve Teknoloji Etiği Dünya Komisyonu.

<sup>90</sup> UNESCO, 2021, s. 5.

Büyüklüğü, sektörü, faaliyet alanı, mülkiyet durumu ve yapısı ne olursa olsun bütün ticari şirketler insan haklarına saygı göstermekle sorumludurlar.<sup>91</sup> Dolayısıyla hâlihazırda sürmekte olan ulusal aşı çalışmalarının olumlu sonuçlanması ve seri üretime geçilmesi durumunda, burada çizdiğimiz çerçeve Türkiye’deki ilaç şirketleri için de geçerli olacaktır.

Diğer yandan, Faz 3 çalışmalarını tamamlayan aşılardan seri üretimine geçildiğinde Türkiye’deki alt yapının yetersiz kalacağı ve gereken ihtiyacı karşılamak için alt yapının iyileştirilmesi gerektiği, Türk Tabipleri Birliği (TTB) Genel Sekreterince ileri sürülmektedir. TTB Genel Sekreteri ayrıca, üniversiteler tarafından aşı prototipi geliştirildikten sonra büyük ihtimalle iyi laboratuvar koşullarına sahip ilaç şirketlerinden üretim yapmalarının istenebileceğini belirtmektedir.<sup>92</sup> Sanayi ve Teknoloji Bakanı da Türkiye’de aşı üretebilecek durumda olan üç şirket olduğunu belirtmiştir. Bu durum, aşılardan geliştirilmesi aşamasında değilse de yaygın üretim aşamasına geçildiğinde şirketlerin öne çıkabileceğini göstermektedir. Dolayısıyla yukarıda çizilen insan haklarına ilişkin sorumlulukların ve özen gösterme yükümlülüğünün bu şirketler için de geçerli olduğu dikkate alınmalıdır. OECD Rehberleri kapsamında şirketlerin faaliyetleri insan hakları açısından olumsuz sonuçlar doğurduğunda, üye ülkelerde birer Ulusal Temas Noktası bulunması ve şikâyetleri değerlendirmesi gerekir. Türkiye’de Sanayi ve Teknoloji Bakanlığı, Teşvik Uygulama ve Yabancı Sermaye Genel Müdürlüğü Ulusal Temas Noktası olarak görevlendirilmiştir.<sup>93</sup> Bu ofisin, gelen şikâyetleri arabulucu olarak çözenin yanında, OECD Rehberinin bilinirliğini sağlama görevinin de bulunduğunu belirtmek gerekir.

Dikkat çekilen diğer bir husus, aşılardan belirli standartlara uygunluğunu test edip ruhsat veren bağımsız kuruluşların gerekliliğidir. ABD’deki ruhsatlandırma kuruluşu FDA ve Avrupa’da EMA gibi hükümetlerden bağımsız denetim kuruluşlarına benzer şekilde ulusal ölçekte üretilen aşılardan denetimi için de bağımsız bir denetim kuruluşunun onayı gerekir.<sup>94</sup> Bağımsız bir denetleme kurumu olmaksızın sürecin şeffaflığından söz edilemez.

<sup>91</sup> UNGP, Principle 14.

<sup>92</sup> Beş başlıkta yerli aşı ile ilgili merak edilenler”, <https://www.dw.com/tr/be%C5%9F-ba%C5%9F1%C4%B1kta-yerli-a%C5%9F%C4%B1-ile-igili-merak-edilenler/a-56054655> (erişim tarihi 5.3.2021).

<sup>93</sup> T.C. Sanayi ve Teknoloji Bakanlığı, OECD Ulusal Temas Noktası (UTN/NCP), <https://sanayi.gov.tr/anlasmalar/utn-ncp>, (erişim tarihi 10.4.2021).

<sup>94</sup> Türkiye’de ruhsatlandırma ile ilgili kural ve standartları belirleyen Türkiye İlaç ve Tıbbi Cihaz Kurumu Sağlık Bakanlığına bağlıdır. TTB bu noktada da, denetleme ve ruhsatlandırmanın bağımsız kuruluşlarca yapılmamasındaki soruna dikkat çekmektedir. Bkz. “Beş başlıkta yerli aşı”.

## SONUÇ

Şirketlerin doğrudan tarafı olarak yükümlülük altına girdiği bir insan hakları sözleşmesi henüz kabul edilmiş değildir ve bu konuda küresel düzeyde temel belge olarak karşımıza BM Rehber İlkeleri ve benzer şekilde oluşturulan OECD rehberleri çıkmaktadır. BMRİ çeşitli belirsizlikler taşıyan ve şirketlere ödev yüklemesi konusunda çekimser kalarak, şirketlerin ödevlerini yükümlülük olmaktan ziyade sorumluluk kavramıyla ifade eden bir metindir. 2011 ve 2018 tarihli OECD rehberleri de şirketlerin insan haklarına ilişkin sorumlulukları konusunda BM’ye benzer ilke ve standartlar getirir; ancak bu rehberler de bağlayıcı nitelikte olmayan tavsiye metinleridir. Hâliyle, sorumluluklarını yerine getirmeyen şirketlerin hukuki yaptırımla karşılaşması çoğu durumda bu normların ulusal hukuk kapsamına alınmasına bağlıdır. Bu nedenle ulusal düzeydeki düzenlemelerin bu gereklilikleri dikkate alarak oluşturulması bir gerekliliktir.

İkinci önemli husus, Covid-19 aşısına özgü bir uluslararası sözleşme yapma girişiminin son derece önemli olmakla birlikte şu ana kadar sonuç vermediğidir. Yine de BM üyesi birçok devletin taraf olduğu ESKHS’nin özellikle sağlık hakkı ve bilimsel gelişmelerin ve uygulamaların yararlarından faydalanma hakkına ilişkin maddeleri, taraf olan devletler bakımından bağlayıcı yükümlülükler getirir ve şirketlerin de buradan türeyen yükümlülükleri vardır. Devletler kendi yetki alanlarındaki şirketlerin insan haklarına saygı gösterme sorumluluğunu gözetmekle yükümlüdür ve belirli hallerde de şirketlerin eylemleriyle veya ihmali yolla neden oldukları ihlallerden de sorumludurlar.<sup>95</sup> Elbette burada da hem bazı aşı üreticisi şirketlerin bulunduğu bazı devletlerin hâlâ bu Sözleşme’ye taraf olmadığı gerçeği, hem de ESKHK’nin yaptırım gücünün sınırı gibi zorluklar, Covid-19 aşısına erişimi dünyanın birçok ülkesi için fiilen çok zorlaştırmaktadır.

Son olarak, ilaç şirketlerinin sağlık ve yaşam haklarının korunmasında özel bir işlevi yerine getirdiklerini; söz konusu şirketlerin sadece kâr amacı güden özel teşebbüsler olarak görülemeyeceğini; temel hakların gerekleri doğrultusunda hem belli kısıtlamalarla karşılaşmalarının doğal olduğunu, hem de söz konusu hakların gerçekleştirilmesinde somut ödevleri olduğunu kabul etmek ve bu fikri yaygınlaştırmak gerekir. Bu noktada sivil toplumun ve basının konuyu takibi ve söz konusu şirketleri hesap vermeye “zorlaması” da önem taşır.

<sup>95</sup> UN CESCR, General Comment No. 24 (2017) “*on State obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights in the context of business activities*”, para. 11.



## KAYNAKÇA

- AMNESTY INTERNATIONAL**, *Campaigners warn that 9 out of 10 people in poor countries are set to miss out on Covid-19 vaccine next year*, 9 December 2020, <https://www.amnesty.org/en/latest/news/2020/12/campaigners-warn-that-9-out-of-10-people-in-poor-countries-are-set-to-miss-out-on-covid-19-vaccine-next-year/> (erişim tarihi 10.2.2021).
- ARYEETAY**, Ernest / **ENGBRETSEN**, Eivind / **GORNITZKA**, Åse / **MAASSEN**, Peter / **STØLEN**, Svein, ‘*A Step Backwards in the Fight Against Global Vaccine Inequities*’, *The Lancet*, Vol. 397, 2 January 2021.
- BM ESKHK**, “Genel Yorum No. 14, Madde 12: Ulaşılabilecek En Yüksek Sağlık Standardına Sahip Olma Hakkı”, *Birleşmiş Milletler’de İnsan Hakları Yorumları*, Lema Uyar (der.), İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2000.
- BOLLYKY**, Thomas J. / **BOWN**, Chad P., ‘*The Tragedy of Vaccine Nationalism: Only Cooperation Can End the Pandemic*’, *Foreign Affairs*, Vol. 99, No. 5, September/October 2020.
- BONADIO**, Enrico / **BALDINI**, Andrea, ‘*COVID-19, Patents and the Never-Ending Tension between Proprietary Rights and the Protection of Public Health*’, *European Journal of Risk Regulation*, 11(2020).
- DEVA**, Surya / **BILCHITZ**, David (der.), *Human Rights Obligations of Business*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013.
- DEVA**, Surya, *Regulating Corporate Human Rights Violations: Humanizing Business*, Routledge, New York, 2012.
- HRW**, *Universal and Equitable Access to Covid-19 Vaccines, Testing, Treatments: Companies’ Human Rights Responsibilities*, 11 February 2021, [https://www.hrw.org/news/2021/02/11/universal-and-equitable-access-covid-19-vaccines-testing-treatments-companies-human#\\_ftn16](https://www.hrw.org/news/2021/02/11/universal-and-equitable-access-covid-19-vaccines-testing-treatments-companies-human#_ftn16) (erişim tarihi 15.2.2021).
- HUNT**, Paul, ‘*Human Rights Guidelines for Pharmaceutical Companies in Relation to Access to Medicines*’, *The Right to Health*, Report of the Special Rapporteur on the right of everyone to the enjoyment of the highest attainable standard of physical and mental health, UN Doc. A/63/263, 11 August 2008.
- IHRB** (Institute for Human Rights and Business), *Respecting Human Rights in the Time of the Covid-19 Pandemic: Examining Companies’ Responsibilities for Workers and Affected Communities*, April 2020, [https://www.ihrb.org/uploads/reports/Respecting\\_Human\\_Rights\\_in\\_the\\_Time\\_of\\_the\\_COVID-19\\_Pandemic\\_alternate\\_-\\_IHRB.pdf](https://www.ihrb.org/uploads/reports/Respecting_Human_Rights_in_the_Time_of_the_COVID-19_Pandemic_alternate_-_IHRB.pdf) (erişim tarihi 13.2.2021).
- LEE**, Joo-Young / **HUNT**, Paul, ‘*Human Rights Responsibilities of Pharmaceutical Companies in Relation to Access to Medicines*’, *Journal of Law, Medicine & Ethics*, Summer 2012.
- MCCORQUODALE**, Robert / **SMIT**, Lise / **NEELY**, Stuart / **BROOKS**, Robin, ‘*Human Rights Due Diligence in Law and Practice: Good Practices and Challenges for Business Enterprises*’, *Business and Human Rights Journal*, Vol. 2, 2017.

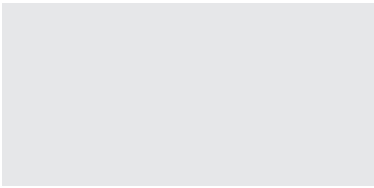
- NOLAN**, Justine, “The Relationship of Human Rights to Business”, Dorothee Baumann-Pauly/Justine Nolan (der.), *Business and Human Rights: From Principles to Practice*, Routledge, London, New York, 2016.
- OECD**, *OECD Due Diligence Guidance for Responsible Business Conduct*, 2018, <https://mneguidelines.oecd.org/OECD-Due-Diligence-Guidance-for-Responsible-Business-Conduct.pdf> (erişim tarihi 12.12.2020).
- OECD**, *OECD Guidelines for Multinational Enterprises 2011 Edition*, <http://www.oecd.org/daf/inv/mne/48004323.pdf> (erişim tarihi 12.12.2020).
- ÖZYÜREK**, Mehmet, ‘Çok Uluslu Şirketler, İnsan Hakları ve Birleşmiş Milletler’in Değişen Stratejisi’, *Legal Hukuk Dergisi*, Sayı: 195, 2019.
- PHELAN**, Alexandra L. / **ECCLESTON-TURNER**, Mark / **ROURKE**, Michelle / **MALECHA**, Allan / **WANG**, Chenguang, ‘Legal agreements: barriers and enablers to global equitable Covid-19 vaccine access’, *The Lancet*, Vol. 396, 19 September, 2020.
- RAUFFLET**, Emmanuel / **BABA**, Sofiane / **PERRAS**, Claude / **DELANNON**, Nolywe, “Social License”, *Encyclopedia of Corporate Social Responsibility*, Idowu S.O., Capaldi N., Zu L., Gupta A.D. (eds), Springer, Berlin, Heidelberg, 2013.
- RODRIGUES-GARAVITO**, Cesar (der.), *Business and Human Rights: Beyond the End of the Beginning*, Cambridge University Press, Cambridge, 2017.
- RUGGIE**, John G., *Just Business: Multinational Corporations and Human Rights*, W.W. Norton & Company, 2013.
- SEKALALA**, Sharifah / **FORMAN**, Lisa / **HABIBI**, Roojin / **MEIER**, Benjamin Mason, ‘Health and Human Rights Are Inextricable Linked in the COVID-19 Response’, *BMJ Global Health*, Vol. 2020(5).
- SÖĞÜT**, İpek Sevda / **AKBULUT**, Olgun, ‘Covid-19 Aşısı ve Hukuk’, *Tıp Hukuku Dergisi*, Sayı: 19, 2021.
- The People’s Vaccine*, <https://peoplesvaccine.org/> (erişim tarihi 10.2.2021).
- UN**, *Never waste a crisis: Companies invest to ‘recover better’ from COVID-19*, 24 June 2020, <https://www.un.org/en/coronavirus/never-waste-crisis-corporations-invest-%E2%80%98recover-better%E2%80%99-covid-19> (erişim tarihi 13.2.2021).
- UN**, *WHO chief warns against ‘catastrophic moral failure’ in Covid-19 vaccine access*, 18 January 2021, <https://news.un.org/en/story/2021/01/1082362> (erişim tarihi 1.2.2021).
- UNCESCR**, *General Comment No. 17: The Right of Everyone to Benefit from the Protection of the Moral and Material Interests Resulting from any Scientific, Literary or Artistic Production of Which He or She is the Author (Art. 15, Para. 1 (c) of the Covenant)*, 12 January 2006.
- UNCESCR**, *General Comment No. 24 (2017) “on State obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights in the context of business activities”*, 10 August 2017.
- UNCESCR**, *General Comment No. 25 (2020) on science and economic, social and cultural rights (article 15 (1) (b), (2), (3) and (4) of the Covenant)*, 30 April 2020.

- UNCESCR**, *Statement on Universal and Equitable Access to Vaccines for Covid-19*, E/C.12/2020/2, 27 November 2020.
- UNESCO**, *UNESCO Etik Komisyonlarının Küresel Aşı Eşitliği ve Dayanışmaya İlişkin Çağrısı: UNESCO Uluslararası Biyoetik Komitesi (IBC) ve UNESCO Bilimsel Bilgi ve Teknoloji Etiği Dünya Komisyonu (COMEST) Ortak Açıklaması*, 24 Ocak 2021, <https://www.unesco.org.tr/Home/AnnouncementDetail/4709> (erişim tarihi 1.3.2021).
- UNGA**, *Cultural Rights*, Report of the Special Rapporteur in the field of cultural rights, A/70/279, 4 August 2015.
- UNODC**, *Covid-19 Vaccines and Corruption Risks: Preventing Corruption in the Manufacture, Allocation and Distribution of Vaccines*, 8 January 2021, [https://www.unodc.org/documents/Advocacy-Section/20-07643\\_Vaccines\\_CorruptionA4\\_approv2.pdf](https://www.unodc.org/documents/Advocacy-Section/20-07643_Vaccines_CorruptionA4_approv2.pdf) (erişim tarihi 3.2.2021).
- UNOHCHR**, *Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations "Protect, Respect and Remedy" Framework (UNGPs)*, 2011.
- UNOHCHR**, *Human Rights and Access to Covid-19 Vaccines*, 17 December 2020.
- UNOHCHR**, *OHCHR and Business and Human Rights*, <https://www.ohchr.org/en/issues/business/pages/businessindex.aspx> (erişim tarihi 3.3.2021).
- UNOHCHR**, *Statement by the UN Human Rights Experts Universal Access to Vaccine is Essential for Prevention and Containment of COVID-19 Around the World*, 9 November 2020, <https://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=26484&LangID=E> (erişim tarihi 1.2.2021).
- UNSG**, *Statement on Corruption in the Context of Covid-19*, 15 October 2020, <https://www.un.org/sg/en/content/sg/statement/2020-10-15/secretary-generals-statement-corruption-the-context-of-covid-19-scroll-down-for-french-version> (erişim tarihi 9.2.2021).
- Venice Statement on the Right to Enjoy Benefits of Scientific Progress and its Applications*, July 2009, [https://www.aaas.org/sites/default/files/VeniceStatement\\_July2009.pdf](https://www.aaas.org/sites/default/files/VeniceStatement_July2009.pdf) (erişim tarihi 23.4.2021).
- WHO**, *Constitution*, [https://www.who.int/governance/eb/who\\_constitution\\_en.pdf](https://www.who.int/governance/eb/who_constitution_en.pdf) (erişim tarihi 29.1.2021).
- WHO**, *COVAX: Working for Global Equitable Access to Covid-19 Vaccines*, <https://www.who.int/initiatives/act-accelerator/covax> (erişim tarihi 2.1.2021).
- WTO**, *Declaration on the TRIPS Agreement and Public Health*, 14 November 2001, [https://www.wto.org/english/thewto\\_e/minist\\_e/min01\\_e/mindecl\\_trips\\_e.htm](https://www.wto.org/english/thewto_e/minist_e/min01_e/mindecl_trips_e.htm) (erişim tarihi 1.3.2021).
- WTO**, *Waiver from Certain Provisions of the Trips Agreement for the Prevention, Containment and Treatment of Covid-19*, IP/C/W/669, 2 October 2020, <https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=q:/IP/C/W669.pdf&Open=True> (erişim tarihi 1.2.2021).
- YILDIRIM**, Engin, 'Birleşmiş Milletler İş Hayatı ve İnsan Hakları Rehber İlkelerinin Eleştirel Bir Değerlendirmesi', Sosyal İnsan Hakları Ulusal Sempozyumu VI: Bildiriler Kitabı, No. 119, İstanbul 2014.

**YILDIRIM**, Engin, ‘*Lanetlenecek Bir Ruh, Tekmelenecek Bir Beden: Şirketlerin ‘İnsan’ Hakları Olabilir mi?*’, YBHD, Cilt: 2, Sayı: 2, 2017.

**YÜCEL-DERİCİLER**, Özge, ‘*Şirketlerin İnsan Haklarına İlişki Yükümlülüklerinin Niteliği ve Temellendirilmesi Sorunu: Saygı Gösterme Sorumluluğu Ne Yükler?*’, Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 6, Sayı: 11, 2018.

**YÜCEL-DERİCİLER**, Özge, “Küresel Covid-19 Salgını Koşullarında Sağlık Hakkı”, Betül Çotuksöken/Gülriiz Uygur/Harun Tepe (der.), *Etik, Hukuk ve İnsan Hakları*, Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları, Ankara, 2021.



**Özel Hukuk**  
Private Law



# Dijital Reklamcılığın Yol Açtığı Hukuki Sorunlar ve Çözüm Önerileri

## Legal Problems Caused by Digital Advertising and Solution Proposals

Dr. Öğr. Üyesi **Mete TEVETOĞLU**(\*)  
Av. **Betül ÇOLAK**(\*\*)

### Öz:

Teknoloji, temas ettiği her sektörü değiştirmekte, geliştirmekte veya dönüştürmektedir. Reklamcılık, teknolojik gelişmelerden en çok ve en doğrudan etkilenen sektörlerdendir. Ürün ve hizmetin insanlara tanıtılmasını, onlar tarafından bilinmesini ve tercih edilmesini hedefleyen reklamlar için, teknoloji bulunmaz nimetler sunmaktadır. Özellikle Web 2.0, giderek daha yaygın şekilde kullanılan sosyal medya platformları, yeni medya araçları, reklamcılık sektörünü adeta yeniden yapılandırmıştır. Teknoloji, sadece yeni bir reklam mecrası sunmamaktadır. Aynı zamanda tüketici alışkanlıklarının izlenmesi, hedef kitle reklamcılığı ve davranışsal reklam uygulamaları ile reklamcılığı zenginleştirmekte, çeşitlendirmekte, reklamcılık üzerindeki etkisini her geçen gün arttırmaktadır. Reklamcılığın bu dijital evrimi, verilerin hukuka uygun bir şekilde işlenmesi, sosyal medya etkileycilerinin hukuki durumu, dijital reklam pazarındaki rekabet ihlalleri ve vergilendirme gibi hukuki sorunlara yol açmaktadır. Öte yandan hem genel olarak reklamlara hem de özel olarak dijital reklamlara dair yasal düzenlemeler dağınık ve uyumsuz bir görünümündedir. Bu sebeplerle, çalışmamızda dijital reklamcılığın yol açtığı sorunlar, önce reklam türleri ve dijital reklamcılık ele alınarak hukuki açıdan incelenmiş; ardından rekabet, veri koruma ve vergi hukuku alanlarındaki güncel sorunlara değinilmiş ve bunlara dair çözüm önerileri ele alınmıştır.

### Anahtar Kelimeler:

Reklamcılık, Dijital Reklamlar, Büyük Veri, Büyük Teknoloji Şirketleri, Reklam Yasağı.

(\*) T.C. Maltepe Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Bilişim ve Teknoloji Hukuku Anabilim Dalı.  
E-posta: metetevetoglu@maltepe.edu.tr.  
Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0002-2575-906X>.

(\*\*) SCH-Legal Law Firm.  
E-posta: betulclak@gmail.com.  
Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0002-0722-0554>.

Hakem denetiminden geçmiştir.  
Makale Gönderim Tarihi: 05.08.2021.  
Makale Kabul Tarihi: 21.09.2021.

**Abstract:**

Technology changes, develops or transforms every sector it comes into contact with. Advertising is one of the sectors utmost and most directly affected by technological developments. Technology offers golden opportunities for advertisements that aim to introduce products and services to people, to be known and preferred by them. Especially Web 2.0, intensive and widespread use of social media and new media tools have almost restructured the advertising. Technology is not only a new advertising medium, but also increases its effects day by day by enriching and diversifying advertising with monitoring consumer habits, targeted and behavioral advertising practices. While advertisements are digitized, issues such as legality of data processing, the legal status of social media influencers, violations of competition and problems of taxation in the digital advertising market draw attention as prominent legal debates. On the other hand, the regulations regarding advertisements present a scattered, broad and incompatible appearance. For these reasons, in our study, these issues caused by digital advertising were examined from a legal perspective, primarily by dealing with advertising types and digital advertising; then, current problems in the fields of competition, data protection and tax law regarding digital advertisements were mentioned and solutions for them are discussed.

**Keywords:**

Advertising, Digital Ads, Big Data, BigTech, Advertising Ban.

**GİRİŞ**

Sanayi Devrimi, üretimi hızlandırmıştır. Hızlanan üretim, ürünlerin çoğalmasına ve ucuzlamasına yol açmıştır. Artarak ucuzlayan üretimse, tüketimin çoğalmasını tetiklemiştir. Tüketimin yönetilmesi ve yönlendirilmesi, reklâmın temel amaçlarındadır. Artan üretimin çoğalttığı tüketim, pazarlama ve reklâm faaliyetlerine olan ihtiyacı beslemiştir. Yaklaşık 150 yıl evvel, “Önce Üret, Sonra Sat” şeklindeki ticaret anlayışının hâkim olduğu zamanlarda; “Reklâma Harcadığım Paranın Yarısı Boşa Gidiyor, Biliyorum. Ama Hangi Yarısının Boşa Gittiğini Bilmiyorum” diyen John Wanamaker, günümüzde hâkim olan “Aynı Anda Üret, Sat ve Tüket” modelini görseydi acaba ne düşünürdü<sup>1</sup>? Ticarete hâkim olan ilkelerin değişmesiyle, önceleri çığırtağın kalabalık meydanlarda bağırarak gerçekleştirdiği reklâm kampanyaları daha sonra gazete, radyo ve televizyon aracılığıyla yürütülmeye başlamıştır. 1990 yılından itibaren, internetin yaygınlaşması, bireylerin alışkanlıklarını, davranışlarını değiştirmeye başlamış; bu durum reklâmcılığın odak noktasını bu yeni yaşam biçimine yöneltmiştir.<sup>2</sup> Etkisini iki yıla yakın bir süredir hissettiğimiz

<sup>1</sup> Berk Kocaman, *Zihinleri 'Shift' Etmenin Zamanı Geldi!*, Marketing Türkiye, 2021, <https://www.marketingturkiye.com.tr/haberler/berk-kocaman-yazdi-bugun-neden-farkli/> (erişim tarihi 26.04.2021).

<sup>2</sup> Nurettin Albay, “*Geleneksel Pazarlamadan Yeni Pazarlama Yaklaşımlarına Geçiş Süreci*”, Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, Sayı: 2, Yıl: 2010, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/194577> (erişim tarihi 14.07.2021), s. 222.



COVID-19 pandemisinde ise dijital reklam ve ticaret mecraları, işletmeler için kaçınılmaz ve vazgeçilmez bir pazarlama kanalına dönüşmüştür. Örneğin, pandemi-den sonra, 2020’de yatırımların yaklaşık yüzde 74’ü dijital pazarlamacılığına ve web-sitesi optimizasyonuna yapılmıştır.<sup>3</sup> Böylece, 1990’dan bu yana yaşanan dijital değişim ve dönüşüm, pandeminin katalizatör etkisiyle, internette hedef kitleye sunulan reklamların etkisinin kuvvetlendiği, dijital reklamların ve reklamcılığın zirve noktasına tırmandığı bir seyir izlemiştir.

İnternet ve dijital reklamcılık araçları sayesinde reklamlar artık genel kitlelere değil, doğrudan ilgili bireylere özgü şekilde hazırlanmaktadır. Özellikle reklam hizmeti sunan dijital platformlar, hedef kitle hakkında; kullanıcı hesap bilgileri, beğenileri, kullanıcıların internet sitelerinde geçirdikleri süreleri, interneti kullanma alışkanlıkları gibi birçok bilgiye kolayca erişmektedir. Hedef kitle hakkında veri toplayan şirketlerin, bu veriden yararlanma imkanlarının eşit olmaması ve arama sonuçlarında reklamları konumlandırma biçimleri ise rekabet hukuku bakımından tartışmaları gündeme getirmektedir. Diğer yandan artmakta olan otomatik yollarla veri işleme faaliyetleri, dijital mahremiyeti tartışmalarına yol açmaktadır. Veri madenciliği, veri analizi gibi yöntemler, şirketlerin bünyelerindeki verileri anlamlandırarak ve yayıncılık sektöründeki aktörlere pazarlayarak gelir elde etmesini sağlamaktadır. Pazardaki aktörlerin dijital mecralardan elde ettiği yüksek gelirin vergilendiril(e)memesi, nasıl ve hangi yollarla vergilendirilebileceği bu süreçteki diğer önemli hukuki tartışmalardır. Dijital reklamların yol açtığı bu sorunlara etkin çözümler üretilebilmesi için, öncelikle; dijital reklamcılığın gerçekçi bir bakış açısıyla incelenmesinin; sektörel ve güncel verilerin ışığında analiz edilmesinin; ardından, konunun reklam mevzuatı ile dijital reklamlarla ilgili yapılan yasal düzenlemelerin ışığında ele alınmasının faydalı olacağı düşüncesindeyiz. Dijital platformlar üzerinden yürütülen pek çok faaliyette olduğu gibi reklam faaliyetlerini de yalnızca reklam hukuku bakımından değerlendirmenin, işaret edilen sorunların ve tartışmaların sonlandırılmasında yetersiz kalacağı açıktır. Bu noktadan hareketle, çalışmamızda, dijital reklamlar; genel reklam hukuku perspektifinin ötesine geçilerek etki ettikleri, elektronik ticaret, dijital rekabet, elektronik ortamda sunulan ürün ve hizmetlerin vergilendirilmesi ve kişisel verilerin korunması konularında yol açtıkları hukuki sorunlar ile sunulması muhtemel çözüm önerileri bakış açısıyla incelenmiştir.

## I. REKLAM TERİMİ, GELENEKSEL VE DİJİTAL REKLAMLAR

Türkçe’ye, Fransızca “réclame” kelimesinden geçen “reklam” kavramı, Türk Dil Kurumu tarafından “Bir şeyi halka tanıtmak, beğendirmek ve böylelikle sürümünü sağlamak için denenen her türlü yol” olarak tanımlanmaktadır.<sup>4</sup> Oxford

<sup>3</sup> Kocaman.

<sup>4</sup> Türk Dil Kurumu, Reklam, <https://sozluk.gov.tr> (erişim tarihi 26.04.2021).

Advanced Learner's Dictionary ise reklamı, mal veya hizmetin bildiri, resim ya da film ile insanlara tanıtılması şeklinde ifade etmektedir.<sup>5</sup>

Doktrinde reklamlara ilişkin birbirinden farklı tanımlar bulunmaktadır. Zevkliler ve Özel'e göre reklam, "bir plan dahilinde, diğer insanları gerek tek tek fertler olarak gerek belirli bir gruba mensup kişiler olarak etkileyerek belirli bir davranış biçimi için kazanmak üzere kullanılan araçtır."<sup>6</sup> Pektaş tarafından reklam; "gazete, dergi, radyo, televizyon, afiş, tabela gibi medyalar aracılığıyla çeşitli mal ve hizmetlerin geniş halk kitlelerine tanıtımı" şeklinde ifade edilmiştir.<sup>7</sup>

Uluslararası Ticaret Odası ise reklamı; "...mecralarda bir ücret ya da bir değer karşılığında yayımlanan her türlü pazarlama iletişimi" olarak tanımlamaktadır.<sup>8</sup>

Görüldüğü üzere reklam kavramını hedef kitlesine, yayımladığı mecra ve amacına göre farklı şekillerde tanımlamak mümkündür. O halde "reklam" kısaca, belirli bir kişi ya da gruptan oluşan hedefe mesaj iletmeyi amaçlayan tanıtım faaliyeti olarak ifade edilebilir. Buna mukabil, 6563 sayılı Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun<sup>9</sup> (ETDK) ise reklam kavramına yer vermeksizin, 2/1 maddesinin (c) bendinde "ticari elektronik ileti" kavramına dair; "telefon, çağrı merkezleri, faks, otomatik arama makineleri, akıllı ses kaydedici sistemler, elektronik posta, kısa mesaj hizmeti gibi vasıtalar kullanılarak elektronik ortamda gerçekleştirilen ve ticari amaçlarla gönderilen veri, ses ve görüntü içerikli iletiler" tanımını yapmaktadır. Görüldüğü üzere reklam mecra ve hedeflerine göre farklı tanımlara tabi tutulabilirken araçlarına göre tür ve şekil değiştirebilmektedir. Görüşümüze göre, ticari elektronik ileti esasen reklamın elektronik bir türüdür. Fakat reklamın dijitalleşmesinden ötürü, kullanılan araç ve ortamın etkisiyle, hem isimlendirmesi hem de ruhu klasik reklamlara göre adeta mutasyona uğramış, reklam olarak tanınması ve hatta ETDK'da olduğu gibi reklam olarak anılması dahi önemli ölçüde terk edilmiştir. Oysa ETDK'nın bahse konu "ticari elektronik ileti" kavramı ve tanımı karakteristik bir reklam vasfındadır. Elektronik olması ve örnekleri bakımından ise tam bir dijital reklam tanımı görünümündedir.

<sup>5</sup> Oxford Learner's Dictionaries, Advertisement, <https://www.oxfordlearnersdictionaries.com/us/definition/english/advertisement> (erişim tarihi 26.04.2021).

<sup>6</sup> Aydın Zevkliler / Çağlar Özel, *Tüketicilerin Korunması Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016, s. 418.

<sup>7</sup> Hasip Pektaş, 'Reklam Nedir? İşlevi ve Etkileri Nelerdir?', Ondokuz Mayıs Üniversitesi Eğitim Fakültesi Dergisi, Cilt: 2, Sayı: 1, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/188293> (erişim tarihi 26.04.2021), s. 221.

<sup>8</sup> Uluslararası Ticaret Odası, *Uluslararası Reklam Uygulama Esasları*, <https://ird.org.tr/assets/pdf/icc-1.pdf> (erişim tarihi 26.04.2021).

<sup>9</sup> RG. 05.11.2015, S. 29166.

## A. Geleneksel Reklam Türleri

Klasik veya geleneksel reklamlar; gazete, dergi, radyo, televizyon ve reklam panosu gibi geleneksel reklam mecraları üzerinden yayımlanan reklamlar olarak ifade edilebilir. İnternetin giderek artan kullanımı klasik reklam türlerine olan ilgiyi olumsuz etkilemektedir.<sup>10</sup>

Radyo ve televizyonun icadı geleneksel reklamların kalitesini yükseltmiştir. Hem hedef kitle bakımından hem de reklam verenler için düşük maliyetli radyo reklamları uzun bir süre boyunca yüksek cazibeli ve etkili bir kanal olmuştur. Zamanla, televizyon fiyatlarının düşmesi, ses özelliğinin yanı sıra izleyicilere görüntü özelliği sunmasıyla reklam verenlerin ilgisini çekmiştir. Televizyon reklamlarının yüksek yayım maliyeti sebebiyle, hedef kitlede güvenilirlik algısı oluşturması reklam verenlerin bu mecraı tercih etmesindeki bir diğer etken olmuştur.

Son olarak açık hava reklamları, reklam sözleşmesinde belirtilen süre boyunca açık havada konumlandırılan ve hedef kitleye kesintisiz olarak ulaşabilen reklamlardır. Açık hava reklamları iyi tasarlandığında ve konumlandırıldığında hedef kitlenin ilgisini kolaylıkla çekmekte ve son derece etkili olmaktadır.<sup>11</sup>

## B. Dijital Reklam Türleri

### 1. Tasnif

İnternetin ve Web 2.0 teknolojisinin büyük gelişme kaydetmesi ile birlikte geleneksel reklamcılıktan dijital reklamcılığa doğru tam anlamıyla bir göç yaşanmış; birçok sektörde olduğu gibi reklamcılık sektörü de dijital dönüşüm ve değişimi iliklerine kadar hissetmiştir. Dijital mecraların dinamik yapısı, reklamlara ilişkin güncel bir tasnif yapmayı dahi zorlaştırmaktadır. Yine de ana hatlarıyla dijital reklamları; arama motoru reklamları, e-posta reklamları, sosyal medya reklamları, internet sitesi reklamları, görüntüleme esaslı (display) reklamlar, viral reklamlar, oyun reklamları ve doğal reklamlar şeklinde sınıflandırmak mümkündür. Tabi ki doktrinde veya ETDK 2/1 maddesinin (c) bendinde olduğu gibi başka şekilde sınıflandırmalar yapmak<sup>12</sup> her zaman mümkündür. Bu çalışma bakımından

<sup>10</sup> Deloitte, *Türkiye'de Tahmini Medya ve Reklam Yatırımları - 2020 İlk 6 Ay Raporu*, 2020, s. 6. Buna karşın, özellikle basılı kaynakları takip etmek isteyenler, internet kullanma imkanına sahip olmayan ya da okuma yazma bilmeyen kimseler için klasik reklamlar halen önemini ve değerini korumaktadır. Klasik veya gelenekselleşmiş reklamların bölge bazında hazırlanabilmesi, güncel olması ve geniş okur kitlesi reklam verenlerin bu türü tercih etmesine yol açan sebeplerden birkaçı olarak anılabilir.

<sup>11</sup> Ahmet Koçyiğit, *Geleneksel Reklamcılıktan Dijital Reklamcılığa Geçiş, Sosyal Medya Reklamcılığı ve Ortaya Çıkan Sorunlar*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2017, <https://bit.ly/37cibeP> (erişim tarihi 14.07.2021), s. 101.

<sup>12</sup> İbrahim Kırcova, Standart Gif Banner Reklamlar, Rich Medya Reklamları, Brandwrap Reklam Formu, E-Posta Reklamları gibi internet reklam türleri arasında bir gruplandırma yapmıştır. Bkz. İbrahim Kırcova, *İnternette Pazarlama*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2012, s. 213.

ise kapsayıcı olması sebebiyle, dijital reklamlara ilişkin yukarıda yer verdiğimiz sınıflandırmamızın, incelememizin içeriği ve kapsamı bakımından uygulamaya uygun ve güncel olacağını düşünmekteyiz.

## 2. Arama Motoru Reklamcılığı

İnternet, yaşadığımız dijital çağda, herhangi bir ürün veya hizmet hakkında araştırma yapmak için en fazla tercih edilen mecradır. Bugün araştırma için kütüphanelere ya da alışveriş için markete veya mağazaya gitmeye eskisi kadar gerek duyulmamaktadır. Anahtar kelimeler Google’da aranarak, ihtiyaç duyulan bilgilere, ürün veya hizmetlere kolayca ulaşılabilir. Bu durum reklam verenlerin arama motorları üzerinden yaptığı aramaların sonuçlarında üst sırada yer almak için yarışa girmesine neden olmuştur. Bu amaçla herhangi bir ücret ödemeksizin yapılan çalışmalar kısaca arama motoru optimasyonu (*search engine optimization-SEO*) olarak adlandırılmaktadır.<sup>13</sup> SEO, arama motorlarında aranan herhangi bir kavramın çevrimiçi ortamda bulunmasını ve ilgili kavramı içeren internet sitesinin arama sonuçlarına göre üst sıralarda yer almasını sağlamaktadır.<sup>14</sup> Bu da hedef kitlenin arama motorunda hangi kelimeyi arattığını, sayfada ne kadar vakit geçirdiğini ya da ne sıklıkla sayfayı ziyaret ettiğini bilmekle mümkündür.<sup>15</sup> İşletmeler SEO çalışmalarını ücretsiz yürütürken; arama motoru pazarlamacılığı (*search engine marketing-SEM*) faaliyetleri için bir miktar ücret ödemektedir. Diğer bir ifade ile işletmeler, arama motorlarına ödeme yaparak reklamlarını sponsorlu duruma getirmektedir.<sup>16</sup> Arama motoru reklamcılığı olarak da adlandırılabilir bu türde, işletmeler adeta arama motorlarından kullanıcıların sıklıkla arattığı kavram ya da anahtar kelimeleri satın almaktadır.<sup>17</sup> Dijital reklamcılığın hukuka konu olan ilk örnek SEO uygulamalarında kendisini göstermiştir. Zira SEO uygulamalarında reklam verenlerin seçtikleri anahtar kelimenin bir marka olması durumunda, diğer yasal unsurların da mevcut olması kaydıyla, marka hakkının ihlali gündeme gelebilmektedir.<sup>18</sup> Sınai Mülkiyet Kanunu madde 7/3-(d) hükmü uyarınca “*İşareti kullanan kişinin, işaretin kullanımına ilişkin hakkı veya meşru bağlantısı olmaması şartıyla işaretin aynı veya benzerinin internet ortamında ticari etki yaratacak biçimde*

<sup>13</sup> Mete Tevetoğlu, *Advertising Practices in Searching Engines and Arising Disputes*, Prof. Dr. Mehmet Akad’a Armağan, İstanbul 2021, s. 831 vd.

<sup>14</sup> David Meerman Scott, *Pazarlamanın ve İletişimin Yeni Kuralları: Alıcılara Doğrudan Ulaşmak İçin Basın Bültenleri, Bloglar, Pod Yayını, Viral Pazarlama ve Online Medyadan Nasıl Faydalanılır?*, (çev. Nadir Özata), MediaCat Yayıncılık, İstanbul, 2009, s. 254.

<sup>15</sup> Arda Süar, *Sosyal Medyanın Geleneksel Reklam Araçlarına Göre Hedef Kitle Belirlemedeki Avantajları*, Kocaeli Üniversitesi, Online Academic Journal of Information Technology, Sayı: 28, Yıl: 2017, Kocaeli, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/1113916> (erişim tarihi 14.07.2021), s. 28.

<sup>16</sup> Süar, s. 28.

<sup>17</sup> Scott, s. 254.

<sup>18</sup> Tevetoğlu, s. 835 vd.

*alan adı, yönlendirici kod, anahtar sözcük ya da benzeri biçimde kullanılması*” durumunda markaya tecavüz söz konusudur. Örneğin Yargıtay, internet üzerinden çiçek siparişinde ciddi bir marka gücüne ulaşan “Çiçek Sepeti” markasını anahtar sözcük olarak kullanan “cicekdiyarı.com” web sitesi operatörüne karşı açılan dijital reklamdan kaynaklanan marka tecavüzü davasında, davalı taraf “çiçek sepeti” ibarelerinin jenerik isimler olduğunu ileri sürmüşse de, mahkeme; anahtar sözcük seçimi dolayısıyla reklamda marka hakkı ihlalinin oluştuğuna hükmetmiştir.<sup>19</sup>

Avrupa Adalet Divanı’nın (Divan) SEO konusunda dijital reklamcılığa dair ilk ve en önemli kararlarından olan Google vs Louis Vuitton davası bu bakımdan önemli bir konumdadır. Bu karar aynı zamanda madde 7/3-(d) hükmünün dayanağı ve sebebidir. Dava konusu olayda, Louis Vuitton, Google’ın reklam veren şirketlere “Louis Vuitton” markasını, “imitation” ve “copy” gibi sözcüklerle birlikte anahtar kelime olarak önermesinin marka hakkının ihlali olduğunu gerekçesiyle Paris Mahkemesi’ne başvurmuştur. Paris Mahkemesi, Google’ın arama anahtarı reklamcılığının, davacının tanınmış markasının üzerindeki hakkını ihlal ettiğine karar vermiştir. Daha sonra Fransız Yüksek Mahkemesi’ne taşınan dava, Yüksek Mahkeme tarafından Divan’a iletilmiştir. İncelemesine markanın ticari kullanımından başlayan Divan, arama motoru bakımından sadece ticari etki yaratan kullanımı, markasal hakkın ihlali için yeterli bulmamıştır. Böylece, arama motorunda, başkasına ait markanın reklam aracı yani arama anahtarı olarak kullanılmasını, tek başına, marka hakkının dijital reklamcılık yoluyla ihlaline yol açan bir markasal kullanım vasfında addetmemiştir. Ancak bu kullanımın reklam vasfında olduğunun belirtilmesi kuralı da bu karardan sonra ortaya çıkmıştır.

Davalı bakımından ise durum farklıdır. Divan kararında, davalının, başkasının markasını meşru bir bağlantısı olmadan, ticari etki yaratacak şekilde kullanmayacağına işaret etmiştir. Google bakımından ise arama motoru hizmetinin Avrupa Birliği E-Ticaret Direktifi<sup>20</sup> kapsamında bilgi toplumu hizmeti olarak değerlendirilebileceği, bu bakımından Google’ın marka ihlalden, ihlalden haberdar edildiği ana kadar, sorumlu tutulmaması gerektiği değerlendirilmiştir.<sup>21</sup> Divan, dijital reklamcılık faaliyetleri bakımından, internet servis sağlayıcısının sorumluluktan muaf olabilmesini; faaliyetinin salt teknik, otomatik ve pasif nitelikte olmasına bağlamış ve bununla sınırlandırmıştır.<sup>22</sup>

<sup>19</sup> Yargıtay 11. HD, 2016/6297 E, 2018/172 K, 10.01.2018 T (www.lexpera.com.tr).

<sup>20</sup> Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market (‘Directive on electronic commerce’), <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A32000L0031> (erişim tarihi 08.07.2021).

<sup>21</sup> C-236/08, Google France, para. 41, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:62008CJ0236&from=en> (erişim tarihi: 21.09.2021).

<sup>22</sup> C-236/08, Google France, para. 113, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:62008CJ0236&from=en> (erişim tarihi 21.09.2021).

### 3. Elektronik Posta

İnternet, bireylerin araştırma yapma yöntemlerini değiştirdiği gibi iletişim kurma biçimlerini de değiştirmiştir. Mektuplar mazide kalan nostaljik bir iletişim metodu haline gelirken elektronik postalar (e-posta) hızlı ve zengin özellikleriyle işletmeleri müşterilerine hızlı ve doğrudan bir şekilde bağlamaktadır. İşletmeler, e-posta ile müşterilerine veya hedef kitlesine; anında, doğrudan ve kolayca ürün ve/veya hizmetlerini tanıtabilmekte; onlara özel teklifler sunabilmekte, kampanyalarından haberdar edebilmekte ve bülten göndererek onları bilgilendirebilmektedir. Ancak gönderilen e-postaların, e-posta reklamı olarak kabul edilebilmesi için, iletinin mevcut müşteri sayısını çoğaltmak ve/veya düzenli müşteri kitlesine sahip olmak amacıyla hedef kitleye sunulması ve reklam barındırması gerekmektedir.<sup>23</sup> Buna göre, işletmelerin, müşterilerine veya hedef kitleye elektronik posta ilettiği her halde dijital reklamlardan bahsedilemeyeceği gibi bu tür iletiler her hal ve şart altında ticari elektronik ileti olarak kabul edilmemeli, ETDK madde 2/1 (c) hükmünde aranan “ticari amaç” unsurunu barındıranlar dijital reklam veya ticari elektronik ileti olarak ele alınmalıdır.

### 4. Sosyal Medya

Günümüzde Facebook, YouTube, WeChat, TikTok, Snapchat, Telegram ve Twitter<sup>24</sup> gibi klasik sosyal medya platformlarındaki ve vloglar, bloglar, podcastler gibi çeşitli forumlardaki kullanıcı sayısı milyarlara ulaşmıştır. Söz konusu platformlar reklam verenlere, hakkında oldukça fazla bilgi sahibi olabilecekleri geniş bir hedef kitleye ulaşma imkânı sunmaktadır. Zira hesap oluşturdukları andan itibaren kullanıcılar, kendileri hakkındaki birçok bilgiyi kaydetmekte<sup>25</sup> ve zaman içerisinde paylaştıkları gönderi (post) ve hikâyelerle (story) hesaplarını zenginleştirmektedir. Böylece sosyal medya platformları hedef kitle hakkında Büyük Veri’ye kolayca ve zahmetsizce sahip olurlar. Sosyal medya reklamları kişiselleştirilebilmesinin yanı sıra YouTube, Blogger, Fenomen diye adlandırılan sosyal medya etkileycilerinin desteğinden yararlanılabilmesi bakımından da hedef kitle üzerinde oldukça etkilidir.

### 5. Web Sitesi Reklamları

İnternet sitesi reklamlarında, pek çok reklam aynı sayfada konumlandırıldığı için, görünürlük bakımından, işletmeler arasındaki rekabet oldukça yüksektir. Bu doğrultuda internet sitesinde hedef kitlenin dikkatini çeken ve kolay anlaşılabilir reklamlar sunan

<sup>23</sup> Yasemin Gedik, ‘E-Posta Pazarlama: Teorik Bir Bakış’, Uluslararası Yönetim Akademisi Dergisi, Cilt: 3, Sayı: 2, 2020, E-Posta Pazarlama: Teorik Bir Bakış Email Marketing: A Theoretical Perspective, Marketing\_A\_Theoretical\_Perspective, <https://bit.ly/3fiI9BX>, (erişim tarihi 14.07.2021), s. 479.

<sup>24</sup> Statista, *Most Popular Social Networks Worldwide as of January 2021-Ranked by Number of Active Users*, <https://www.statista.com/statistics/272014/global-social-networks-ranked-by-number-of-users/> (erişim tarihi 26.04.2021).

<sup>25</sup> Mary Atamaniuk, *Which Company Uses the Most of Your Data?*, Clario Blog, 2021, <https://clario.co/blog/which-company-uses-most-data/> (erişim tarihi 26.04.2021).

işletmeler ön plana çıkacaktır.<sup>26</sup> Dolayısıyla burada işletmelerin internet sitesi ve reklam tasarımı kadar reklamla hedefledikleri kitleyi tanınması da önem arz etmektedir.

Görüntü esaslı ya da web sitesi sabit reklamları internet kullanıcıların en sık karşılaştıkları reklam türlerindedir. Görüntü esaslı reklamlar banner (bayrak veya kenar reklam olarak anılabilir), pop-up (açılır pencere), zenginleştirilmiş medya (ziyaretçilerin etkileşime geçmesini sağlayan video, ses gibi gelişmiş özellikler içeren yeni dijital reklamcılık terimidir) ya da video formatında olabilmektedir. Hedef kitle, yazılım kodları aracılığıyla hazırlanan bannerlara tıklamakla ilgili internet sitesine yönlendirilmektedir.<sup>27</sup> Web sayfası formundaki pop-up reklamlar ise internet kullanıcısının ekranına düşerek web sayfasındaki ziyaretini kesen reklam biçimidir.<sup>28</sup> Pek çok internet sitesinde ya da uygulamada kullanıcıların karşısına çıkan pop-uplar ziyaretçilerde tıklama bıkkınlığına neden olabilmekte ve reklam hukukunun temel kuralı olan önce reklam yapılacağını bildirip reklamı izlememek için seçenek sunacak süreyi tanıma kuralına aykırılık arz edebilmektedir.

## 6. Viral Reklamlar

İnternet sayesinde insanların bilgiye ulaşması kadar bilgiyi paylaşması da kolaylaşmıştır. Artık her internet kullanıcısı kendisinin ya da başkasının ürettiği içerikleri bir tıklama ile anında binlerce hatta milyonlarca kişiye ulaştırabilmektedir. İnternet ile yayılma hızı artan dijital reklamlar özellikle farklı ve şaşırtıcı içeriğe sahip olduğunda kullanıcılar arasındaki etkisi kartopu gibi giderek büyümektedir. Viral ya da yayılmacı reklam olarak adlandırılan bu tür reklamlarda, reklam olduğuna ilişkin bir ibare de bulunmadığından, hedef kitle reklam izlediğinin farkına varmamaktadır. Hedef kitleyi, viral reklamları kendi isteği ile paylaşmaya yönelten sebeplerden birisi de budur.<sup>29</sup> Oldukça yaygın olan bu tür reklamlar ile video, fotoğraf, cümle ve hatta bir beste formatında karşılaşmak dahi mümkündür.<sup>30</sup> Örneğin Cristiano Ronaldo'nun Avrupa Futbol Şampiyonası'nda (EURO 2020) Portekiz-Macaristan maçı öncesi katıldığı basın toplantısında, önündeki Coca-Cola şişelerini kenara itip su şişelerini göstermesiyle hem bu video<sup>31</sup> hem de 2006 Dünya Kupası sırasında yer aldığı Coco-Cola reklamı<sup>32</sup> internette hızla yayılmıştır. Her yere yayılan videolar viral reklam ihtimalini

<sup>26</sup> Aytaç Mestçi, *Tanıtım ve Pazarlamanın Yeni Rekabet Alanı: İnternette Reklamcılık*, Pusula Yayıncılık, İstanbul, 2013, s. 51.

<sup>27</sup> Ramazan Aksoy, *İnternet Ortamında Pazarlama*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009, s. 169.

<sup>28</sup> Kırcova, s. 208, 215.

<sup>29</sup> Özlem Kalan, 'Yeni Medyada Reklam ve Etik Sorunlar', Atatürk İletişim Dergisi, Sayı: 10, Yıl: 2006, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/397951> (erişim tarihi 14.07.2021), s. 83.

<sup>30</sup> TRT Haber, *Arnavutluk'taki Basın Toplantısına THY Arası*, Youtube, <https://www.youtube.com/watch?v=dAphttps://www.youtube.com/watch?v=dApReSLfQV0ReSLfQV0> (erişim tarihi 08.07.2021).

<sup>31</sup> Futbol Medya, *Ronaldo Shook the World! The Sponsor Lifted the Cola-Cola from the Table, Said "Drink Water"*, Youtube, <https://www.youtube.com/watch?v=Ulw3SsFICTs> (erişim tarihi 08.07.2021).

<sup>32</sup> Spotmagazine, *Coca-Cola by Cristiano Ronaldo*, Youtube, <https://www.youtube.com/watch?v=ssLdptnMAUM&t=8s> (erişim tarihi 08.07.2021).

gündeme getirmekle birlikte gerçek zamanlı pazarlamaya da konu olmuştur. Olayın ardından IKEA Kanada'nın "CRISTIANO" adıyla müşterilerine sunduğu su şişesi, gerçek zamanlı pazarlamaya verilebilecek iyi örneklerden biridir.<sup>33</sup>

## 7. Bilgisayar Oyunları

İnternet açık havada ya da evde oynanan pek çok oyunu dijital dünyaya taşımıştır. Statista tarafından yapılan küresel bir anket sonucuna göre, kullanıcılar haftada ortalama 6 saat 33 dakikasını video oyunu oynayarak geçirmektedir.<sup>34</sup> Gün içerisinde saatlerce oyun oynayan kullanıcılar, çoğu kez, oyun oynarken geçirdikleri sürenin farkında bile olmamaktadır. Karşılarında saatlerini cömertçe internette geçiren geniş bir kitle bulan işletmeler bu popülasyona ve internette geçirilen süreye odaklanmış, bunu değerlendirmiş ve reklam kampanyalarını dijital oyunlara entegre etmiştir. Reklam verenler markalarını ya da ürünlerini oyun içerisine yerleştirerek kullanıcı ile etkileşim kurmakta ve ürünlerini oyunculara tanıtmaktadır. Oyun reklamları ürün veya markanın oyuna yerleştirilmesi suretiyle ya da bir markanın kendi sanal oyununu üretmesi şeklinde oluşturabilmektedir.<sup>35</sup>

## 8. Doğal Reklamlar

Son olarak doğal reklamlar, reklam mecrasında bulunan diğer içeriklerin yazı diline benzer şekilde oluşturulan, bulunduğu ortamın yapısına uygun tasarlanan ve konumlandırılan reklamlardır. Kullanıcılar bu tür reklamlara kendi isteği ile ulaşmaktadır. Yani kullanıcılar aktif bir hareketle doğal reklamlara tıklayarak reklam hakkında bilgi alırlar. Dolayısıyla doğal reklamların kullanıcı ile etkileşiminin yüksek olduğu gözlemlenmektedir.<sup>36</sup>

<sup>33</sup> Adsofteh World, Cristiano, [https://www.adsoftheworld.com/media/digital/ikea\\_cristiano](https://www.adsoftheworld.com/media/digital/ikea_cristiano) (erişim tarihi 08.07.2021).

<sup>34</sup> Statista, *Average Weekly Hours Spent Playing Video Games in Selected Countries Worldwide as of January 2021*, <https://www.statista.com/statistics/273829/average-game-hours-per-day-of-video-gamers-in-selected-countries/> (erişim tarihi 26.04.2021).

<sup>35</sup> Hicran Özlem Ilgın tarafından sıralanan bazı markalara ait video oyunları için bkz. "Dominos-Yo! Noid! (1990), Mc Donalds- M.C. Kids (1991), Cheetos- Chester Cheetah: Too Cool to Fool (1992), 7 Up- Cool Spot (1993), Pepsi cola- Pepsiman (1999), Burger King-Sneak King (2006), Pocketbike Racer (2006), Universal Studios- Tom Clancy's Ghost Becon Advanced Warfighter (2007), Coco Cola- Guitar Hero (2007), BMW- Gt Legend (2008)". Hicran Özlem Ilgın, 'Advergaming ve Marka İlişkisi', The Turkish Online Journal of Design, Art and Communication (TOJDAC), Cilt: 3, Sayı: 1, Yıl: 2013, <https://studylibtr.com/doc/5698880/advergaming-ve-marka-iliskisi> (erişim tarihi 15.07.2021), s. 26, 28.

<sup>36</sup> Elif Arslan, *Sosyal Medyada Yeni Bir Reklam Türü Olarak Kullanılan Native (Doğal) Reklam*, PressAcademia Procedia, Cilt: 9, İstanbul, 2019, <http://www.pressacademia.org/archives/pap/v9/50.pdf> (erişim tarihi 14.07.2021), s. 271.



## II. DİJİTAL REKLAMCILIĞIN HUKUKLA ETKİLEŞİMİ

### A. Dijital Reklamcılığın Hukuken Düzenlenme Şekli

#### 1. 5651 Sayılı Kanuna Göre

İnternete ilişkin ilk ve halen en genel düzenleme, 23.05.2007 tarihinde Resmî Gazete’de yayınlanarak yürürlüğe giren 5651 sayılı “İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun”dur. Bu Kanun’un gayesi her ne kadar doğrudan dijital reklamcılık hakkında düzenleme yapmak olmasa da Kanun’daki erişim sağlayıcı, yer sağlayıcı ve içerik sağlayıcı kavramları dijital reklamların yayımlandığı mecralar ve reklamlardan doğan hukuki sorumluluklar bakımından önem arz etmektedir. 5651 sayılı Kanun madde 2/1 hükmünde; “*erişim sağlayıcı; kullanıcılarına internet ortamına erişim olanağı sağlayan her türlü gerçek veya tüzel kişiler*”, “*içerik sağlayıcı; internet ortamı üzerinden kullanıcılara sunulan her türlü bilgi veya veriyi üreten, değiştiren ve sağlayan gerçek veya tüzel kişiler*” ve “*yer sağlayıcı; hizmet ve içerikleri barındıran sistemleri sağlayan veya işleten gerçek veya tüzel kişiler*” olarak tanımlanmıştır.<sup>37</sup>

Birkaç örnekle somutlaştırmak gerekirse; TNet veya Turkcell gibi şirketler erişim sağlayıcı; Natro, Radore gibi şirketler yer sağlayıcı; Facebook, Youtube, Twitter, TikTok gibi şirketler hem içerik hem de duruma göre yer sağlayıcı; bu şirketlerin site ve uygulamalarında veriyi üreten, değiştiren ve sağlayan gerçek veya tüzel kişiler ise içerik sağlayıcıdır.<sup>38</sup>

Dijital bir reklamı üreten ve sağlayanlar içerik sağlayıcı konumunda oldukları ölçüde, bunun hukuka aykırılığından doğrudan sorumlu iken, yer sağlayıcılar ise kendilerine bildirim yapılmasını takiben hukuka aykırı dijital reklama yer sağlamaya devam etmeleri halinde bu andan itibaren sorumludurlar.

<sup>37</sup> Gönenç Gürkaynak / İlay Yılmaz / Pınar Kara, *Türk İnternet Hukuku Uygulamasının ve Mevzuatının Evriminin İlk Dönemini Tamamlaması İçin Öneriler ve Gözlemler*, <https://bit.ly/3lnZm0z> (erişim tarihi 15.07.2021), s. 3; Sefer Oğuz, ‘*Telif Hakkı İhlallerinden İnternet Servis Sağlayıcılarının Sorumlulukları*’, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 12, Sayı: 1, Yıl: 2008, s. 152, 153.

<sup>38</sup> Belirtmek gerekir ki, yer sağlayıcılar, platformda yayınlanan içerikleri denetlemek zorunda olmadığı gibi bu içeriklerden de sorumlu değildir. Ancak, yer sağlayıcılar, kendilerine bildirim yapıldığında hukuka aykırı içeriği yayından kaldırmakla yükümlü kılınmıştır. Reklamın kişilik hakkını ihlal etmesi durumunda, kişilik hakkı ihlal edilen kişi önce içerik sağlayıcısına, içerik sağlayıcısına ulaşamaması halindeyse yer sağlayıcısına başvurup içeriğin kaldırılmasını isteyebilecektir. Bu minvalde yapılan başvurulara içerik ve/veya yer sağlayıcısı tarafından en geç yirmi dört saat içinde cevap verilmelidir. Bununla birlikte kişilik hakkı ihlal edilen kişilerin 5651 sayılı Kanun’un 9. maddesi uyarınca doğrudan Sulh Ceza Hakimliği’ne başvurması da mümkündür.

## 2. Haksız Rekabet Bakımından

Reklam içeriğinin haksız rekabet teşkil etmesi halinde Türk Ticaret Kanunu madde 58/ 1-b uyarınca; “yazılı basında yayımlanan programın, görüntünün, ses veya iletinin sahibinin veya ilan verenin kim olduğunun bildirilmesinden kaçınıldığı” hallerde sosyal medya platformunu işletenin sorumluluğu gündeme gelecektir.<sup>39</sup> Bu çerçevede, hukuka aykırı dijital reklam halinde, platformu işleten hakkında TTK’nin 56. maddesinde yer alan “haksız rekabetin tespiti, men’i ve haksız rekabet sonucu oluşan maddi durumun ortadan kaldırılması” davalarını açılabilir.<sup>40</sup> Aynı zamanda TTK madde 58/4 uyarınca “*Mahkeme, haksız rekabet eyleminin olumsuz sonuçlarının kapsamlı veya vereceği zararın büyük olacağı durumlarda ilgili hizmet sağlayıcısını da dinleyerek, haksız rekabet fiilinin sona erdirilmesini veya önlenmesine ilişkin tedbir kararını hizmet sağlayıcı aleyhine de verebilir veya içeriğin geçici olarak kaldırılması dâhil somut olaya uyan uygulanabilir başka tedbirler alabilir.*” Madde metnindeki “hizmet sağlayıcı” ifadesi 5651 sayılı Kanun bakımından erişim, içerik veya duruma göre yer sağlayıcı olarak değerlendirilmelidir.<sup>41</sup> Bu doğrultuda, erişim, içerik ve yer sağlayıcıların mahkemenin verdiği içerik kaldırma işlemini veya başkaca tedbirleri yerine getirmesi gerekir.<sup>42</sup>

## 3. Tüketici ve Reklam Hukuku

Reklam hukuku açısından, mevzuatta çeşitli kanun ve yönetmeliklerde yer alan reklamlara ilişkin temel ilkeler mecra fark etmeksizin uygulanma imkânı

<sup>39</sup> Konuya ilişkin olarak Yargıtay 11. Hukuk Dairesi’nin kararına konu olayda davacı, tüketicilerin şikayetlerini beyan ettiği bir sitede aleyhindeki gerçeği yansıtmayan anonim yorumların kendisini karalama amacıyla yapıldığını ve haksız rekabet oluşturduğunu iddia etmiştir. Daire, failin kimliğini bildirmeyen şikayet sitesi tüzel kişiliğinin m.58/1-b uyarınca sorumlu olduğunu belirterek ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur. İlgili Karar için bkz. Yargıtay 11. HD. 2011/14366 E, 2012/21009 K, 17.12.2012 T (www.lexpera.com.tr); Semih Sırrı Özdemir / M. Zahid Doğanay, ‘Bir Mecra Olarak Sosyal Medyanın Reklam Hukuku Açısından Değerlendirilmesi’, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Sayı: 13, Yıl: 2019, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/742604> (erişim tarihi 26.04.2021), s. 312.

<sup>40</sup> Ali Fuat Özbakır, *İnternet Servis Sağlayıcılarının Hukuki Sorumluluğu*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kadir Has Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2016, <https://bit.ly/3ifdnpa> (erişim tarihi 08.07.2021), s. 37, 38. 5651 sayılı Kanun’un sorumluluk rejiminde yaptığı ayırımı TTK m.58 bakımından, maddenin hizmet sağlayıcı kavramını tercih etmesi ve terminolojisi bakımından birebir aynı ve dar şekilde yorumlanmaması gerektiği görüşündeyiz.

<sup>41</sup> 5651 sayılı Kanun’un “Tanımlar” başlıklı 2/1-m maddesinde Yer Sağlayıcı: “Hizmet ve içerikleri barındıran sistemleri sağlayan veya işleten gerçek veya tüzel kişi” olarak tanımlanmıştır. Ayrıca bkz. İstanbul Anadolu 2. Asliye Ticaret Mahkemesi, 2016/932 E, 2018/785 K, 10.7.2018 T. Mahkeme bu kararında her ne kadar sadece yer sağlayıcıya yer vermişse de TTK m.58 uygulamasında tercih edilen “hizmet sağlayıcının” duruma ve olayın özelliklerine göre yer sağlayıcı, erişim sağlayıcı veya içerik sağlayıcı kavramlarını kapsar bir şekilde geniş yorumlanması gerektiği görüşündeyiz.

<sup>42</sup> Yargıtay 11. HD. 2019/618 E, 2019/8167 K, 16.12.2019 T (www.lexpera.com.tr).

bulmaktadır. Dolayısıyla reklamlara ilişkin temel ilkeler geleneksel reklamlar için geçerli olduğu kadar dijital reklamlar için de geçerlidir.<sup>43</sup>

Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği'nin "4/1-ı" maddesinde reklam mecrası tanımına internet kavramı da dahil edilmiştir. Anılan maddenin "n" bendi uyarınca, ticari reklamların "*herhangi bir mecra*" yapılabileceğinin belirtilmesi dolayısıyla ticari reklamlara ilişkin hükümler internetteki ticari reklamlar için de uygulama bulacaktır.<sup>44</sup> O halde dijital reklamlar da Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği'nin 5. maddesindeki temel ilkelere uygun olmalıdır.<sup>45</sup> Ayrıca Yönetmeliğin 6 ve 7. maddeleri uyarınca ticari reklamların ayırt edilebilir olması kadar doğru ve dürüst olması aranmaktadır. Bununla birlikte reklamlar, haksız rekabete yol açmayacak, tüketicinin tecrübe ve bilgi eksikliklerini istismar etmeyecek veya onu yanıltmayacak şekilde hazırlanmalıdır.<sup>46</sup> Benzer hükümler 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında

<sup>43</sup> İsmet Irmak, *Reklam Hukuku ve Aldatıcı/Yanıltıcı Reklamlar*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ege Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir, 2009, <https://www.ulusaltezmerkezi.net/reklam-hukuku-ve-aldatici-reklamlar/> (erişim tarihi 07.07.2021), s. 80.

<sup>44</sup> Özdemir / Doğanay, s. 320.

<sup>45</sup> Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği'nin 5. maddesinde yer alan reklamlara ilişkin temel ilkeler şunlardır: "Genel ahlak kurallarına aykırı ifade ya da görüntüler içermeme, b) Kamu sağlığını bozucu nitelikte olmama, c) Kamu düzenini bozan, şiddet hareketleri ile yasadışı veya kınanacak davranışlara yol açan, göz yuman, bu davranışları özendirilen veya destekleyen unsurlar içermeme, ç) Hasta, çocuk, yaşlı ve engellileri istismar edici ifade ya da görüntüler içermeme, d) Dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri özelliklere yönelik kötülleme, istismar, önyargı veya ayrımcılık içermeme, e) İnsan onuru ve kişilik haklarını zedeleyici biçimde yapılmama, f) Önceden izin alınmadan, hiç kimsenin özel ya da sosyal yaşamına dair ifade veya görüntüler içermeme; reklamlarda o kişiye atıfta bulunulmama; kişinin özel mülkü, ilgili ürüne ya da organizasyona verilmiş kişisel onay etkisi oluşturacak şekilde görüntülenmeme veya belirtilmeme, g) Tüketicilerin korkularını ve batıl inançlarını istismar etmeme, ğ) Hastaların tedavi öncesi ve sonrasına ait ifade ya da görüntüler içermeme, h) Toplumunu endişeye sevk edici veya yanıltıcı biçimde; hastalık, yaralanma ve benzeri bir durumla ilgili ifade ya da görüntüler içermeme, ı) Güvenlik kurallarının gözetilmediği ve güvenlik açısından tehlike oluşturabilecek uygulama ve durumlarla ilgili hiçbir sunum ya da tanımlama içermeme". Bkz. Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği, Resmî Gazete Tarihi: 10.01.2015 Resmî Gazete Sayısı: 29232.

<sup>46</sup> Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği'nin "Reklamların ayırt edilmesi" başlıklı m.6/1 hükmünde "Biçimi ve yayımlandığı mecra ne olursa olsun bir reklamın, reklam olduğu açıkça anlaşılması" gerektiği belirtilmektedir. "Doğruluk ve Dürüstlük" başlıklı 7. maddesi uyarınca "(1) Reklamlar doğru ve dürüst olmalıdır. (2) Reklamlar, ekonomik ve sosyal sorumluluk bilinci içinde ve haksız rekabete yol açmayacak şekilde hazırlanmalıdır. (3) Reklamlar, ortalama tüketicinin algılama düzeyi ile reklamın tüketici üzerindeki olası etkisi göz önünde bulundurularak hazırlanmalıdır. (4) Reklamlar, tüketicinin güvenini kötüye kullanamaz ya da onun tecrübe ve bilgi eksikliklerini istismar edemez. (5) Reklamlar, hiçbir konuda tüketiciyi doğrudan veya dolaylı olarak yanıltabilecek ifade ya da görüntüler içermemez.", Bkz. Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği, Resmî Gazete Tarihi: 10.01.2015 Resmî Gazete Sayısı: 29232.

Kanun'da (TKHK) da mevcut olup 61. maddede ticari reklamların genel ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına uygun, doğru ve dürüst olması; tüketiciyi aldatıcı veya onun tecrübe ve bilgi noksanlıklarını istismar edici şekilde hazırlanmaması gerektiği belirtilmiştir.<sup>47</sup> Aynı maddenin 7. fıkrasında ise ticari reklamlar hakkında getirilen düzenlemelerin reklam verenler, reklam ajansları ve mecra kuruluşlarını kapsadığı ifade edilmiştir.

Nihayet, 6112 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun madde 9/3'te, "gizli ticari iletişime izin verilemeyeceği" hükmü yer almaktadır. TKHK madde 61/4 - c. 2 uyarınca her türlü iletişim aracında sesli, yazılı ve görsel şekilde örtülü reklam yapılmasını yasaklamıştır. Bu doğrultuda elektronik reklam mecraları üzerinden yayımlanan viral reklamların ve örtülü reklamların da bu hükümlerde yer alan yasak kapsamında olduğu söylenebilecektir.

## B. Dijital Reklam Yasakları

Reklam verenler, geleneksel mecralarda sahip olmadıkları eşsiz fırsatlara dijital reklam platformlarında kavuşmuştur.<sup>48</sup> Buna karşın reklam hukukunun sınır ve kurallarından dijital reklamcılık aracılığıyla kaçınmak mümkün değildir. Geleneksel reklamlarda olduğu gibi dijital reklamlar için de temel bazı sınırlandırmaların uygulanmasındaki ana gaye tüketicileri korumak ya da reklam verenler arasındaki rekabetin hukuka uygun yürütülmesini sağlamaktır.<sup>49</sup>

Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği'nin 22. maddesi "*Her türlü iletişim aracında sesli, yazılı ve görsel olarak örtülü reklam yapılması yasaktır*" ifadesini içermektedir. Maddedeki "her türlü iletişim aracı" ifadesinin kapsamına dijital reklam mecralarının da girdiği açıktır. TKHK madde 61 hükmü bu yaklaşıma paraleldir. Mamafih, uygulamada oldukça yaygın şekilde karşılaşılan örtülü reklamların denetimini sağlamak oldukça güçtür. Zira reklamdaki kişinin ya da paylaşanın beyanda bulunuyormuş gibi görünmesi, bu şekilde hareket etmesi, ilgili içeriğin reklam olduğunu sıklıkla anlaşılmasız kılmaktadır. Kullanıcılar, bu sebeple, bu tür reklamların yayılmasına farkında olmadan destek sunabilmektedirler. Özellikle sosyal medya etkileyicilerinin destek verdiği reklam kampanyalarında, örtülü reklam uygulamalarıyla karşılaşılması oldukça muhtemeldir.<sup>50</sup> Ticaret Bakanlığı bu durumu gözeterek sosyal medya etkileyici-

<sup>47</sup> Dilek Görkey, *İnternet Reklamcılığı: Etik ve Hukuk Sorunsalı*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2008, <https://bit.ly/2TPpqGE> (erişim tarihi 11.07.2021), s. 44.

<sup>48</sup> Süar, s. 33.

<sup>49</sup> Özdemir / Doğanay, s. 302, 303.

<sup>50</sup> Örnek olarak bkz. Reklam Kurulu, 14.07.2020 T, 299 Sayılı Karar, Dosya No: 2020/501 ve Dosya No: 2020/502, <https://ticaret.gov.tr/tuketici/ticari-reklamlar/reklam-kurulu-kararlari>.

lerini hedef alan Sosyal Medya Etkileyicileri Tarafından Yapılan Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Hakkında Kılavuzu'nu (Kılavuz) yayımlamış ve sosyal medyadaki örtülü reklamları engellemeye çalışmıştır. Bu doğrultuda, Kılavuz'un 8. maddesinde Instagram, Facebook, Twitter gibi fotoğraf ve mesaj paylaşım mecralarında paylaşılan fotoğrafın ve/veya mesajın içinde ya da altında veya açıklamalarında reklam verene ilişkin ad, marka, ticaret unvanı gibi tanıtıcı bilgilerden herhangi biriyle birlikte “#Reklam, #Reklam/Tanıtım, #Sponsor, #İşbirliği” gibi ibarelere yer verilmesi gerektiği belirtilmiştir.

Dijital reklamlar aldatıcı eylemler barındırdıkları hallerde bu gerekçeyle yasaklanabilir. Aldatıcı reklamları ayırt etmedeki temel kriter, reklamlardaki bilginin yanlış ya da yanıltıcı olmasıdır.<sup>51</sup> Böyle bir durum söz konusu ise mecra fark etmeksizin aldatıcı reklamlara ilişkin müeyyideler uygulama alanı bulacaktır (TKHK m.61). Reklamın yayından kaldırılması, yayının durdurulması tedbirleri, dijital platformlar üzerindeki aldatıcı reklamların yol açacağı dezenformasyon ve pazar manipülasyonunu önlemesi bakımından önem taşımaktadır. Bu tür reklamlarla, özellikle kurumsal internet sitesi ya da sosyal medya hesabı üzerinden verilen siparişlerde karşılaşmaktadır. Örneğin Reklam Kurulu tarafından verilen 12.01.2021 tarihli 305 Sayılı Reklam Kurulu Toplantısı Basın Bülteninde yer alan kararda,<sup>52</sup> tüketicinin “www.mediamarkt.com.tr” adresli internet sitesi üzerinden 128 GB'lik ürünü 32GB'lik ürün fiyatına satın almasına rağmen, satın aldığı telefon değil 32 GB'lik telefonun gönderildiği olayda şirketin maddi hatasının olduğu ifade edilmiştir. Sonuç olarak, internet sitesinde satışa sunulan ürünlere ilişkin fiyat bilgilerinde tüketicilerin eksik/yanlış bilgilendirildiği, böylece tüketicinin satın alma kararını etkileyen ana vadin esaslı unsuru olan fiyat konusunda yanıltıldığı değerlendirilmiş ve anılan reklamların durdurulmasına karar verilmiştir.

### **C. Yeni Nesil Bir Yaptırım Türü: Reklam Yasağı ve Sosyal Ağ Sağlayıcıların Durumu**

Dijital mecralarda ürün ve hizmetlere ilişkin yapılan reklamların herhangi bir reklam hukuku kuralını ihlal edip etmediğini tespit etmek, denetlemek ve hukuka aykırılık durumunda yaptırım uygulamak çeşitli güçlükler arz etmektedir. Söz konusu sosyal medya platformları olduğunda reklam ve reklam içerikli yayınları tespit etmek daha da zorlaşmaktadır. Bu sorunların aşılabilmesi için 5651 sayılı Kanun'a birtakım ek maddeler getirilmiştir.

29.07.2020 tarihinde kabul edilen 7253 Sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele

<sup>51</sup> Dilek Şahinci, *İnternette Aldatıcı Reklam ve Reklam Verenlerin Sorumluluğu*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2011, s. 48.

<sup>52</sup> Reklam Kurulu, 12.01.2021 T, 305 Sayılı Karar, Dosya No: 2020/1920, <https://ticaret.gov.tr/tuketici/ticari-reklamlar/reklam-kurulu-kararlari>.

Edilmesi Hakkında Kanun'da Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun (7253 Sayılı Kanun) 31.07.2020 tarihinde Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Bu düzenleme ile internet kullanıcılarının kişisel başvurularında ve kamu kurumlarının bildirimlerinde sosyal ağ sağlayıcılarla kolayca irtibata geçebilmesi amaçlamıştır. Böylece, 7253 Sayılı Kanun'la hukuk literatüründeki internet sùjeleri arasına bir yenisi daha eklenmiştir: “*Sosyal Ağ Sağlayıcı*”.

7253 Sayılı Kanun'un 1. maddesindeki tanıma göre Sosyal Ağ Sağlayıcı “*Sosyal etkileşim amacıyla kullanıcıların internet ortamında metin, görüntü, ses, konum gibi içerikleri oluşturmalarına, görüntülemelerine veya paylaşmalarına imkân sağlayan gerçek veya tüzel kişileri*” ifade etmektedir. Aynı düzenlemenin 6. maddesiyle ise sosyal ağ sağlayıcılara birtakım yükümlülükler getirilmektedir. Bunlardan belki de en çok tartışılan ve en önemlisi, Türkiye'den günlük erişimi bir milyondan fazla olan yurt dışı kaynaklı sosyal ağ sağlayıcıları için getirilen en az bir kişiyi Türkiye'de temsilci atama yükümlülüğüdür. Bir milyondan fazla günlük erişime sahip bazı platformlar Facebook, Twitter, LinkedIn, TikTok ve Instagram olarak sıralanabilir. Sosyal ağ sağlayıcıların atayacağı temsilci gerçek veya tüzel bir kişi olabilir. Temsilci olarak atanacak kişinin gerçek kişi olması halinde bu gerçek kişinin Türk vatandaşı olması zorunlu kılınmıştır. Temsilciler 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesine dayanarak kendilerine iletilecek içeriğin platformdan çıkarılması ve içeriğe erişimin engellenmesi taleplerini karşılamakla görevlidir.<sup>53</sup>

Temsilci atama yükümlülüğünü getiren 7253 Sayılı Kanun'un 6. maddesi 1/10/2020 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bu tarihten itibaren temsilci belirleme ve bildirme yükümlülüğünü yerine getirmeyen sosyal ağ sağlayıcıya, Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu (BTK) tarafından bildirimde bulunulmuştur. Bu bildirimden itibaren otuz gün içinde bu yükümlülüğün yerine getirilmemesi halinde ilgili sosyal ağ sağlayıcıya 10 milyon Türk Lirası idari para cezası verilmesi öngörülmüştür. Nitekim BTK, 5651 sayılı Kanun'daki bu değişiklik kapsamında öngörülen temsilci belirleme yükümlülüğünü yerine getirmedikleri gerekçesiyle Kasım ayında Facebook, Youtube, Periscope, Instagram, Twitter ve TikTok gibi sosyal medya platformlarının her birine 10 milyon TL para cezası uygulanmasına karar vermiştir.<sup>54</sup>

Verilen idari para cezasının tebliğinden itibaren otuz gün içinde bu yükümlülüğün yerine getirilmemesi halinde 30 milyon Türk Lirası daha idari para cezası verileceği 7253 Sayılı Kanun'da düzenlenmiştir. Bu kapsamda Facebook, Ins-

<sup>53</sup> Murat Volkan Dülger / Onur Özkan, *Sosyal Medya Yasa Tasarısı Hakkında Görüşümüz*, Academia.edu, 2020, [https://www.academia.edu/43729381/Sosyal\\_Medya\\_Yasa\\_Tasarısı\\_Hakkında\\_Görüşümüz](https://www.academia.edu/43729381/Sosyal_Medya_Yasa_Tasarısı_Hakkında_Görüşümüz) (erişim tarihi 26.04.2021), s. 5.

<sup>54</sup> Cumhuriyet Gazetesi, *Sosyal Medya Platformlarına 10'ar milyon TL Ceza*, 2020, <https://www.cumhuriyet.com.tr/haber/sosyal-medya-platformlarina-10ar-milyon-tl-ceza-1788376> (erişim tarihi 26.04.2021).

tagram, Youtube, Twitter ve TikTok aynı gerekçe ile ikinci kez ceza almışlardır.<sup>55</sup> 7253 Sayılı Kanun'un 6. maddesinin 2. fıkrasında para cezalarının ardından kademeli şekilde reklam yasağı yaptırımı yer almaktadır. Bu hükme göre; "İkinci kez verilen idari para cezasının tebliğinden itibaren otuz gün içinde bu yükümlülüğün yerine getirilmemesi hâlinde Başkan tarafından Türkiye'de mukim vergi mükellefi olan gerçek ve tüzel kişilerin ilgili sosyal ağ sağlayıcısına yeni reklam vermesi yasaklanır, bu kapsamda yeni sözleşme kurulamaz ve buna ilişkin para transferi yapılamaz".

5651 Sayılı Kanun'la yapılan düzenlemenin önemi, sosyal medya platformlarının gelirlerinin büyük bir kısmı reklamlardan oluşmasından kaynaklanmaktadır. Örneğin Facebook, 2020'de küresel gelirinin yaklaşık yüzde 97,9'unu reklamlardan elde etmiştir.<sup>56</sup> Reklamların sosyal ağ sağlayıcıları nezdindeki yüksek değeri nedeniyle, ikinci para cezasından sonra birçok sosyal ağ sağlayıcı temsilci atama kararı almıştır. TikTok,<sup>57</sup> Dailymotion,<sup>58</sup> LinkedIn<sup>59</sup> ve son olarak Facebook<sup>60</sup> temsilci atayacaklarına ilişkin açıklamada bulunmuşlardır. Twitter ise Ocak ayında aldığı reklam yasağı cezasının ardından Mart ayında temsilci atamaya karar vermiştir.<sup>61</sup> Bu sosyal ağ sağlayıcıların temsilci atama kararlarının asıl sebebi, tahsil kabiliyeti düşük olduğu için, para cezalarından ziyade, kademeli reklam yasağının uygulanmasından sakınmak şeklinde ifade edilebilir. Reklam yasağına rağmen temsilci atamayan sosyal ağ sağlayıcılarının ise iki aşamalı internet trafiği bant genişliğinin daraltılması yaptırımları ile karşılaşması söz konusudur. Beş aşamadan oluşan yaptırım sürecinde temsilci belirleme ve bildirme yükümlülüğünün daha sonra yerine getirilmesi halinde; bundan evvel verilen idari para cezalarının dörtte birinin tahsil edilmesi, reklam yasağının ise kaldırılması söz konusudur.

<sup>55</sup> T24 Elektronik Gazete, *Türkiye'de Temsilci Bulundurmayan Sosyal Medya Platformlarına İkinci Ceza: 30'ar milyon TL*, 2020, <https://bit.ly/3j41Iis> (erişim tarihi 26.04.2021).

<sup>56</sup> Hristina Tankovska, *Facebook's Advertising Revenue Worldwide from 2009 To 2020*, Statista, 2021, <https://www.statista.com/statistics/271258/facebooks-advertising-revenue-worldwide/> (erişim tarihi 26.04.2021).

<sup>57</sup> Cumhuriyet Gazetesi, *TikTok'tan, Türkiye'ye temsilci atama kararı*, 2021, <https://www.cumhuriyet.com.tr/haber/tiktoktan-turkiyeye-temsilci-atama-karari-1804652> (erişim tarihi 26.04.2021).

<sup>58</sup> NTV, *Dailymotion Türkiye'ye Temsilci Atadı*, 2021, <https://www.ntv.com.tr/teknoloji/dailymotion-turkiyeye-temsilci-atadi,bwsze-FDX0qZW2fUJm-Ulg> (erişim tarihi 26.04.2021).

<sup>59</sup> Sputnik, *LinkedIn, Türkiye'ye Temsilci Atayacak*, 2021, <https://tr.sputniknews.com/turkiye/202101161043590544-linkedin-turkiyeye-temsilci-atayacak/> (erişim tarihi 26.04.2021).

<sup>60</sup> Sputnik, *Facebook: Türkiye'ye temsilci atama sürecini başlatmaya karar verdik*, 2021, <https://tr.sputniknews.com/turkiye/202101181043600290-facebook-turkiyeye-temsilci-atama-surecini-baslatmaya-karar-verdik/> (erişim tarihi 26.04.2021).

<sup>61</sup> NTV, *Twitter da Türkiye'de Temsilci Atıyor*, 2021, <https://www.ntv.com.tr/teknoloji/twitter-da-turkiyede-temsilci-atiyor,09VL6m45o0G-3IXPB71rWQ> (erişim tarihi 26.04.2021).

Reklam yasağı yaptırımı sayesinde; temsilci atama yükümlülüğünü yerine getirmeyen sosyal ağ sağlayıcılarının, ülkemizden ekonomik kazanç elde etmeleri tamamen engellenmek istenmiştir. Kanunun görünen amacı, mağdur olan kişilerin karşılarında muhatap bulmalarını sağlamaktır. Tartışmalı kısmı ise ifade hürriyetinin kelepçelenmesi riskidir. Belirtmek gerekir ki sosyal ağ sağlayıcıların sadece temsilci atamış olması, bu platformlarda yapılan hukuka aykırı yayın ve reklamları sona erdirmemiştir. Açıkçası, temsilci atamama sebebiyle, bant genişliğini daraltmak suretiyle sitenin girilemez hale getirilmesi şeklindeki yaptırım, kullanıcı haklarını gözetmemesi bakımından ölçülü değildir. Bu platformların çoğunluğu yerel mahkemelerin içerik çıkartma kararlarını uygulamaktadır. Ülkemizde yürürlükte olan reklam hukuku düzenlemeleri ile reklamlara ilişkin yaptırım türleri incelendiğinde, hukuka aykırı reklamlar dolayısıyla uygulanan yaptırımların esas olarak reklam verenlere ya da içeriği yayınlayanlara ilişkin olduğu görülmektedir. 5651 sayılı Kanun ile Sosyal Ağ Sağlayıcılara yönelik olarak yürürlüğe sokulan reklam yasağı ise temsilci atamayan sosyal ağ sağlayıcılarının yanı sıra suçta ve cezada şahsilik ilkesini gözetmeksizin reklam vermek isteyen şirketleri de etkilemesi yönüyle tartışma ve eleştiriye açıktır. Söz konusu reklam yasağının, reklam verenler bakımından ülkesel mi yoksa platform bazlı şekilde ülke sınırlaması olmaksızın mı uygulanacağı noktası belirsizdir. Düzenlemenin amacının yerli şirketlerin bu platformlara yabancı ülkelerde reklam vermesini teşvik etmek olmadığı açıktır. Bu bakımdan, düzenleme yerel şirketlerin yurt dışında reklam ve rekabet bakımından hak kayıplarına yol açarken, yabancı işletmeler bu platformlarda reklam avantajı elde edebilmektedir.

### III. DİJİTAL REKLAMCILIK VE HUKUKİ TARTIŞMALAR

#### A. Rekabet ve Haksız Rekabet Hukuku Bakımından

##### 1. Rekabet Hukuku Bakımından

E-ticaretin ön plana çıkmasıyla yayıncılık sektörünün geleneksel mecralardan dijital mecralara taşındığı, çevrimiçi reklamcılığın büyük bir ivme kazandığı görülmektedir. Dijital reklamlar, tıpkı geleneksel reklamlar gibi hedef kitleyi bilgilendirmekte, rekabeti sağlayarak ekonomiyi canlandırmaktadır. Dijital reklamlar, rekabet hukuku perspektifinden incelendiğinde; sektörde ürün portföyüne bağlı olarak Facebook, Google, Amazon ve Apple<sup>62</sup> gibi ciddi pazar gücüne sahip az sayıdaki teşebbüs, büyük miktarda kullanıcıya ve kullanıcı verisine ulaşabilmektedir. Az sayıdaki bu teşebbüsler, bekçi (*gatekeeper*) işlevleriyle rekabet karşıtı endişeleri artırmaktadır.<sup>63</sup>

<sup>62</sup> Congressional Research Service, *Antitrust and "Big Tech"*, 2019, <https://crsreports.congress.gov/product/pdf/R/R45910> (erişim tarihi 13.07.2021), s. 1.

<sup>63</sup> U.S. House of Representative, *Investigation of Competition in Digital Markets-Majority Staff Report and Recommendations*, 2020, [https://judiciary.house.gov/uploadedfiles/competition\\_in\\_digital\\_markets.pdf?utm\\_campaign=4493-519](https://judiciary.house.gov/uploadedfiles/competition_in_digital_markets.pdf?utm_campaign=4493-519) (erişim tarihi 10.07.2021), s. 39-40-56.



Kullanıcılar sanal ortamda attıkları her bir adımda kendileri hakkında ipuçları verirler. Veri olarak adlandırdığımız bu ipuçları şirketler için büyük değer taşır. Zira veriler klasik tabirle “çağın yeni petrolü”<sup>64</sup> veya “yeni para birimi”<sup>65</sup> dir. Kullanıcılardan derlenen veriler anlamlı bilgilere dönüştürülerek ekonomik kazanç sağlanabilir ya da algoritmalar yoluyla davranışsal reklamcılık uygulamalarına kaynak teşkil edebilir. Özellikle çerezler vasıtasıyla kişisel veriler de dahil pek çok veriyi toplayan ya da bu verileri satın alan reklam verenler, hedef kitlenin davranışlarına odaklanarak onların ilgisini çekecek reklamları karşlarına çıkarmaktadır. Örneğin bir havayolu şirketinden uçak bileti araştıran bir kimse, bu araştırmasının üstünden çok geçmeden aynı şirketin reklamlarıyla ziyaret ettiği başka sitelerde de karşılaşabilecektir. Ya da bir internet kullanıcısının kıyafet satın alma amacıyla gezindiği sitenin reklamlarını başka sitelerde görmesi mümkündür.<sup>66</sup> Bu da pek tabii çerezlerin kullanıcı hakkında daha önce topladığı veriler sayesinde mümkün olmaktadır.

Kârının büyük kısmını reklamlardan elde eden Google, verilerin sağladığı avantajları fark ederek algoritmalarını sürekli geliştirmiş ve bu sayede kullanıcılar için uygunluğunu ve tercih edilirliliğini arttırmıştır. Bugün Google, AdWords programıyla çevrimiçi reklamcılık pazarının baş aktörlerinden biridir. Google’ın temel faaliyet alanı arama motoru reklamcılığıyken; sektörün diğer önemli aktörü Facebook’un temel faaliyeti ise sosyal ağ reklamcılığıdır.<sup>67</sup> Özellikle 2015 yılından sonra, her iki şirket de reklam gelirlerini hızla arttırarak İngiltere ve Amerika’daki dijital reklam harcamalarının yaklaşık yüzde 70’ini toplamayı başarmışlardır.<sup>68</sup> Yine 2017 yılında çevrimiçi reklamlar için harcanan 88 milyar Dolar’ın yüzde 90’ından fazlası bu iki şirket arasında paylaşılmıştır.<sup>69</sup> Sektördeki verim-

<sup>64</sup> European Parliament, *Is Data the New Oil?*, 2020, [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2020/646117/EPRS\\_BRI\(2020\)646117\\_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2020/646117/EPRS_BRI(2020)646117_EN.pdf) (erişim tarihi 26.04.2021), s. 4.

<sup>65</sup> Margrethe Vestager, *Competition in a Big Data World*, 2016, [https://wayback.archive-it.org/12090/20191129204050/https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2014-2019/vestager/announcements/competition-big-data-world\\_en](https://wayback.archive-it.org/12090/20191129204050/https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2014-2019/vestager/announcements/competition-big-data-world_en) (erişim tarihi 26.04.2021).

<sup>66</sup> Şaduman Şeyda Gökdemir / Semra Akıncı, ‘Çevrimiçi Davranışsal Reklamcılığa Yönelik Tüketici Tutumları ve Mahremiyet Endişeleri’, Erciyes İletişim Dergisi Uluslararası Dijital Çağda İletişim Sempozyumu Özel Sayısı, Sayı: 1, Yıl: 2019, <https://doi.org/10.17680/erciyesiletisim.483907> (erişim tarihi 14.07.2021), s. 23, 30.

<sup>67</sup> Ulrich Dolata, ‘Apple, Amazon, Google, Facebook, Microsoft. Market Concentration - Competition - Innovation Strategies’, SOI discussion paper, Sayı: 1, Yıl: 2017, <https://www.econstor.eu/bitstream/10419/152249/1/880328606.pdf> (erişim tarihi 26.04.2021), s. 14.

<sup>68</sup> Zeynep Kaban Kadioğlu, ‘Uluslararası İletişim Düzeninde İnternet Tabanlı Küresel İletişim Şirketlerinin Rekabet Ortamları, Büyüme Stratejileri ve Toplumsal Dışsallıkları: Microsoft, Apple, Google ve Facebook’, Erciyes İletişim Dergisi Uluslararası Dijital Çağda İletişim Sempozyumu Özel Sayısı, Sayı: 1, Yıl: 2019, <https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/645249> (erişim tarihi 26.04.2021), s. 231.

<sup>69</sup> Financial Express, *Google, Facebook Dominate Digital Advertising; Check How Much of the \$88-Billion Market They Control*, 2018, <https://bit.ly/3j9Ikk4> (erişim tarihi 26.04.2021).

liliği fark eden Amazon ve Snapchat de reklam uygulamalarında ciddi sıçramalar yaparak, bu pastaya ortak olacaklarının sinyallerini vermişlerdir.<sup>70</sup> Amazon ya da Snapchat yarışı zamanında katılmışsa da çok değerli şirketler bu yarıştan geri kalmıştır. Örneğin 2005 yılında Yahoo, çevrimiçi reklamcılık pazarındaki ana oyuncuların biriyken strateji değişikliğiyle arama motoru yerine medya içeriklerine odaklanmaya karar vermiştir. Bu doğrultuda, tüketici eğilimlerini ve kullanıcı deneyimini iyileştirme ihtiyacını görmezden gelerek medya içeriklerine odaklanmıştır. Zamanla Yahoo kullanıcıların içerikleri görüntüleme sayısını artırmayı başarmışsa da ölçeklendirmek için yeterli kar elde edememiştir.<sup>71</sup>

Büyük teknoloji şirketlerinin gerçekleştirdiği yoğun veri işleme faaliyeti neticesinde bugün veri hakimiyeti adeta pazar hakimiyeti anlamına gelmektedir. Bu durumun farkında olan farklı rekabet otoriteleri büyük teknoloji şirketlerinin peşine düşmüş ve yürüttükleri soruşturmalar neticesinde bu şirketlere yüksek miktarlarda para cezaları vermişlerdir.<sup>72</sup>

Bu noktada Alman Rekabet Otoritesi'nin (Bundeskartellamt) Facebook'a ilişkin 6 Şubat 2019 tarihli kararı öncü niteliktedir. Bundeskartellamt, kişisel verilerin piyasa tarafından sömürülmesini engellemek için rekabet kuralları ile veri koruma kurallarına uyulması gerektiğini, Avrupa Genel Veri Koruma Tüzüğü

<sup>70</sup> John Koetsier, *Digital Duopoly Declining? Facebook's, Google's Share of Digital Ad Dollars Dropping*, Forbes, 2018, <https://www.forbes.com/sites/johnkoetsier/2018/03/19/digital-duopoly-declining-facebooks-googles-share-of-digital-ad-dollars-dropping/?sh=780a5ebd60a8> (erişim tarihi 26.04.2021).

<sup>71</sup> Katrina Aaslaid, *50 Examples of Corporations that Failed to Innovate*, Valuer, 2019, <https://www.valuer.ai/blog/50-examples-of-corporations-that-failed-to-innovate-and-missed-their-chance> (erişim tarihi 11.07.2021). Pazardaki gelişmeler neticesinde “bilgi ekonomisi” mensubu olan Amazon, Alphabet (Google) ve Facebook gibi az sayıdaki büyük şirketin elindeki büyük miktardaki verinin hâkim bir güç yarattığı ve bunu kendi lehlerine kullanmalarının ise hâkim gücün kötüye kullanıldığı yönündeki endişeleri arttırdığı söylenebilir. Nitekim veri ihlallerinde veri koruma kuralları kadar rekabet kurumlarının soruşturma başlatması ve yaptırımlar uygulaması bu endişelerin haklılığını ifade etmektedir.

<sup>72</sup> Federal Ticaret Komisyonu, gizlilik politikasının tüketicilerin mahremiyetini ihlal ettiği gerekçesiyle Facebook'a 5 milyar Dolar para cezası vererek hesap verebilirliği ve şeffaflığı artırması konusunda talimatlandırır. Bkz. Federal Trade Commission, *FTC Imposes \$5 Billion Penalty and Sweeping New Privacy Restrictions on Facebook*, 2019, <https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2019/07/ftc-imposes-5-billion-penalty-sweeping-new-privacy-restrictions> (erişim tarihi 13.07.2021). Fransız Rekabet Kurumu, Google'in çevrimiçi arama reklamcılığı pazarındaki hakim konumunu kötüye kullandığını söyleyerek Google'a 167 milyon Dolar (150 milyon €) para cezası vermiştir. Bkz. Autorité De La Concurrence, *L'Autorité Sanctionne Google À Hauteur De 150 M€ Pour Abus De Position Dominante*, 2019, <https://www.autoritedelaconcurrence.fr/fr/communiqués-de-presse/lautorite-sanctionne-google-hauteur-de-150-meu-pour-abus-de-position> (erişim tarihi 13.07.2021). Kanada Rekabet Bürosu, Facebook'a usulsüz gizlilik politikası nedeniyle 6,5 milyon Amerikan Dolar'ı para cezası vermiştir. Bkz. BBC News, *Canada Facebook Fined \$6.5m Over 'False' Privacy Claims*, 2020, <https://www.bbc.com/news/world-us-canada-52640785> (erişim tarihi 13.07.2021).

(General Data Protection Regulation-GDPR) çerçevesinde Kişisel Veri Hukuku prensipleri dikkate alındığında Facebook'un - Google+'ın ardından - yüksek pazar payı elde ettiğini, işlediği büyük miktardaki veriyi elinde tutarak pazara yeni aktörlerin girmesini zorlaştırdığını, ayrıca üyelerinin diğer platformlara gitmeleri mümkün olmadığından Facebook'a mecbur kaldığını, bu sebeple sektörde hakim durumda olan Facebook'un veri politikasının GDPR'ı ihlal ettiğini ve veri işleme faaliyetlerinin rekabet hukuku açısından sömürücü davranış teşkil ettiğini belirtmiş ve Facebook'u Almanya'daki kullanıcılarına sunduğu veri işleme ve çerez politikalarını on iki ay içerisinde güncellemesi konusunda talimatlandırmıştır.<sup>73</sup> Facebook'un karara itiraz etmesinin ardından 24 Mart 2021 tarihinde görülen davada Alman Yüksek Mahkemesi, Bundeskartellamt'ın rekabet hukukuna ilişkin değerlendirmesi hakkında bir hüküm verilebilmesi için öncelikle Facebook'un GDPR'ı ihlal edip etmediği hususunun netlik kazanması gerektiğini belirterek, bu konunun AB hukukunun ihlaline ilişkin olması sebebiyle, kararı Avrupa Adalet Divanı'nın<sup>74</sup> vermesi gerektiğine hükmetmiştir.<sup>75</sup>

Hâkim durumun kötüye kullanılması dışlayıcı davranışlar veya sömürücü davranışlar üzerinden gerçekleşebilmektedir. 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 6. maddesinin b, c ve e bentlerinde bahsedilen haller (sömürücü davranışlar) rekabeti doğrudan engellemeyen durumlar olmalarına karşın, rekabetin tüketici menfaatine olan yönünün etkisiyle, tüketiciyi sömüren eylemler oldukları için yasaklanmıştır. Aynı maddenin a ve d bentlerinde belirtilen "*Ticarî faaliyet alanına başka bir teşebbüsün girmesine doğrudan veya dolaylı olarak engel olunması ya da rakiplerin piyasadaki faaliyetlerinin zorlaştırılmasını amaçlayan eylemler*" ve "*Belirli bir piyasadaki hâkimiyetin yaratmış olduğu finansal, teknolojik ve ticarî avantajlardan yararlanarak başka bir mal veya hizmet piyasasındaki rekabet koşullarını bozmayı amaçlayan eylemler*" ise dışlayıcı davranışlara klasik örnektir. Söz konusu dışlayıcı davranışlar rekabeti doğrudan kısıtlamakta, bozmakta veya engellemektedir.<sup>76</sup>

Rekabet otoriteleri geçmişten beri Büyük Veri'nin kötüye kullanımını, piyasa aktörleri üzerinde yarattığı *dışlayıcı davranış* dolayısıyla cezalandırma eğilimi göstermektedir. Zaman içerisinde AB nezdinde veriyi kötüye kullanmanın ceza-

<sup>73</sup> Muammer Ketizmen / Aslıhan Kart, '*Kişisel Veri ve Rekabet Hukuku Kapsamında "Big data"*', *Kişisel Verileri Koruma Dergisi*, Sayı: 1, Yıl: 2019, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/738261> (erişim tarihi 14.07.2021), s. 72.

<sup>74</sup> Bu çalışmanın yayına teslim tarihi itibarıyla, Adalet Divanı tarafından davaya ilişkin bir karar henüz verilmemiştir.

<sup>75</sup> Natasha Lomas, *Competition Challenge to Facebook's 'Superprofiling' Of Users Sparks Referral to Europe's Top Court*, Techcrunch, 2021, <https://techcrunch.com/2021/03/24/competition-challenge-to-facebooks-superprofiling-of-users-sparks-referral-to-europes-top-court/> (erişim tarihi 26.04.2021).

<sup>76</sup> Ketizmen / Kart, s. 69.

landırılmasındaki amaç tüketicinin korunmasından daha ziyade, rekabetin korunması amacına doğru yönelmiştir. Verinin kötüye kullanılması eylemi; fiyatlandırma, sözleşme yapmayı reddetme, münhasırlık anlaşmaları, indirim sistemleri ve yahut diğer dışlayıcı davranışlardan birinin kapsamına girmediği için de bahse konu eylemi tüketici refahı üzerinden *sömürücü davranış* ile ilişkilendirmişlerdir. Öte yandan, bünyesinde büyük miktarda veriye sahip olan bir teşebbüsün, pazardaki diğer aktörlerle verileri paylaşmayı kabul etmemesi ve bu duruşunun alt pazardaki etkin rekabeti ortadan kaldırması durumunda veriyi kullanımı bakımından *dışlayıcı davranış* sergilediğinden söz etmek gerekir.<sup>77</sup>

Rekabet otoriteleri internet ortamında faaliyet gösteren teşebbüslerin rekabeti bozabilecek pazar gücüne sahip olup olmadıklarını incelerken özellikle;

- “Bedavaya hizmet sağlanan pazarlarda alıcıların alternatif sağlayıcıları tercih durumunu,
- Hâkim durumda olan bir teşebbüsün “rakipleri ve müşterilerinden bağımsız” hareket edebilmesi koşulu aranmaktaysa, bu durumda sağlayıcıların bir taraftan yeniliklere ev sahipliği yaparken diğer taraftan pazar oyuncularının yok olduğu bir çevrimiçi pazarda hâkim durumda olabilmelerinin mümkün olup olmadığını” araştırmaktadır.<sup>78</sup>

Avrupa Komisyonu AT. 40411 sayılı soruşturması sonrasında Google AdSense 2019 Kararı’nda, arama ağı reklam aracılık platformunda hâkim durumunu kötüye kullandığından bahisle Google’a 1.49 milyar Euro ceza vermiştir.<sup>79</sup> AdSense aracı ile reklam verenler ile site sahipleri arasında aracılık yapan Google ilgili pazarda “açık ara farkla güçlü konumda” bulunmaktadır. Bunun sebebi ise aracılık hizmetlerini “bireysel olarak müzakere edilen anlaşmalar yoluyla gerçekleştirmesidir”. Nitekim Komisyon soruşturma kapsamında incelediği ilgili anlaşma hükümlerinin rakip teşebbüsler açısından kısıtlayıcı nitelikte olduğuna karar verilmiştir.

Kararda, Google’ın AdSense uygulaması kapsamında, reklamların yayımlandığı internet siteleriyle arasındaki münhasırlık sözleşmesini kendi lehine uyguladığı, internet sitelerinin en sık ziyaretçi veya tıklama alan bölümlerini Google’a ayırma zorunluluğu getirdiği ve rakip reklamların gösterilme biçiminde değişiklik yapmadan önce Google’dan yazılı onay alma gibi yükümlülüklerle zorladığı ve böylece pazardaki hâkim durumunu kötüye kullandığı belirtilmektedir.

<sup>77</sup> Ketizmen / Kart, s. 70.

<sup>78</sup> Gönenç Gürkaynak / Derya Durlu Gürzumar, ‘*İnternetin Ezber Bozan Ortamında ve Yenilikçi Dijital Pazarlarda Rekabet Hukuku Eğilimleri*’, Rekabet Dergisi, Sayı: 2, Yıl: 2015, <https://www.jurix.com.tr/article/8192> (erişim tarihi 26.04.2021), s. 55.

<sup>79</sup> European Commission, *Antitrust: Commission Fines Google €1.49 Billion for Abusive Practices in Online Advertising*, 2019, [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP\\_19\\_1770](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_19_1770) (erişim tarihi 26.04.2021).

Komisyon, Google'a 1.49 milyar Euro para cezasına ek olarak rakip teşebbüslerin pazara girişini engelleyen yasa dışı davranışlarına son vermesi ve aynı veya eş değer etkiye sahip davranışları sergilemekten kaçınması yönünde uyarılarda bulunmuştur.<sup>80</sup>

Ülkemizde Rekabet Kurulu, Google'ın genel arama hizmetlerine yönelik yaptığı algoritma güncellemeleri ve Adwords<sup>81</sup> -yaygın kullanımıyla Google Ads-reklamları ile hâkim durumunu kötüye kullanarak pazardaki diğer teşebbüslerin faaliyetlerini zorlaştırdığı yönündeki iddiaları incelemiştir. 2 yıl süren soruşturmanın ardından Rekabet Kurulu, 12.11.2020 tarihli ve 20-49/675-295 sayılı ara kararında “*Google’ın, genel arama sonuçlarının en üstüne, reklam niteliği belirsiz olan ve sayfada yoğun şekilde yer alan metin reklamlarına yer vererek; kendisine reklam geliri getirmeyen organik sonuçların içerik hizmetleri pazarındaki faaliyetlerini zorlaştırmak suretiyle 4054 sayılı Kanun’un 6. maddesini ihlal ettiğini*” belirtmiştir. Rekabet Kurulu söz konusu ihlaller dolayısıyla 4054 sayılı Kanun madde 16 uyarınca Google Reklamcılık ve Pazarlama Ltd. Şti., Google International LLC, Google LLC, Google Ireland Limited ve Alphabet Inc.’e müteselsilen 196 milyon 708 bin TL idari para cezası vermiştir.

Kararda ayrıca, inceleme konusu ihlali sonlandırmak ve pazardaki etkin rekabeti tesis etmek için Google’ın, metin reklamlarını, organik sonuçları<sup>82</sup> dışlamayacak nitelikte, ölçekte ve/veya konumda sunmasını sağlayacak uyum tedbirleri alması gerektiği işaret edilmiştir.

Rekabet Kurulu 08.04.2021 tarihli ve 21-20/248-105 sayılı  *nihai kararında*; “Google’ın genel arama sonuç sayfasında, kendi yerel arama ve konaklama fiyatı karşılaştırma hizmetlerine, rakiplerine kıyasla konum ve gösterim bakımından avantaj sağladığını”, “rakip yerel arama sitelerinin Local Unit’e girişine engel olarak, rakiplerinin faaliyetlerini zorlaştırdığını ve yerel arama hizmetleri ve konaklama fiyatı karşılaştırma hizmeti pazarlarındaki rekabetin bozulmasına yol açtığını” ve böylece hakim durumunu kötüye kullandığını belirterek Google’a 296.084.899,49 TL idari para cezası vermiştir.<sup>83</sup>

<sup>80</sup> European Commission, Antitrust: Commission fines Google €1.49 billion.

<sup>81</sup> Rekabet Kurumu, 20-49/675-295 K, 12.11.2020 T, (<https://www.rekabet.gov.tr/Dosya/geneldosya/google-adwords-nihai-karar-pdf>).

<sup>82</sup> Organik arama sonucu ile anlaşılması gereken bir kişinin yaptığı arama ile ilgili olduğu için Google arama motorunda çıkan ücretsiz arama sonucu listesidir. Bkz. Google, *Google Ads Yardım*, <https://support.google.com/google-ads/answer/6054492?hl=tr> (erişim tarihi 26.04.2021).

<sup>83</sup> Bununla birlikte rakiplerinin dezavantajlı konumunu iyileştirmek üzere gerekli koşulları sağlamasına ve ilk uyum tedbirinin uygulanmaya başlamasından itibaren 5 (beş) yıllık süre boyunca periyodik olarak belirtilen hususlarda Rekabet Kurumu’na rapor sunmasına karar vermiştir.

## 2. Haksız Rekabet Hukuku Bakımından

Teşebbüsler, dijital mecralar üzerinden tüketicilere saldırgan veya aldatıcı reklamlar yaparak hem tüketicilere zarar vermekte hem de rekabet ortamını bozarak haksız rekabete yol açmaktadır. TTK madde 55'te, başlıca haksız rekabet halleri sayılmış ve bunlar arasında dürüstlük kuralına aykırı reklamlara yer verilmiştir. Maddenin devamında, haksız rekabete yol açan dürüstlük kuralına aykırı bu davranışlara örnekler verilmiştir. Bu davranışlar geleneksel reklam mecraları üzerinden gerçekleştirilebileceği gibi dijital reklam mecraları üzerinden de gerçekleştirilebilir. Ayrıca bu maddede yer alan eylemler doğrudan reklam veren tarafından işlenebileceği gibi teşebbüs adına bir başkası (milyonlarca takipçisi olan bir fenomen vb.) tarafından da işlenebilir. Örneğin, bir sosyal medya fenomeninin ya da Youtuber'ın "(X) markasının gözaltı kremi (Y) markasının ürününde çok daha etkili. (Y) markasınınkini kullandıktan sonra hiçbir etkisini görmemiş olmama rağmen, (X) markasınınkini bir aydır kullanıyorum ve gözaltımdaki kırışıklıklar neredeyse yok oldu" şeklindeki ifadesi TTK madde 55/1-a (5) uyarınca haksız rekabet teşkil edecektir. Zira fenomen bu ifade ile (Y) markasına ait ürünleri kötüleyerek (X) markasının ürünleri ile karşılaştırmaktadır.<sup>84</sup>

Fenomenlerin yürüttükleri reklam kampanyaları, tüketiciler üzerindeki yoğun etkileri de dikkate alınarak rekabet otoriteleri tarafından mercek altına alınmıştır. Ünlülerin dijital platformlar üzerinden yürüttüğü reklam faaliyetlerindeki iki ana sorun örtülü ve aldatıcı-yanıltıcı türde reklamlarda yer almalarıdır. Federal Ticaret Komisyonu, bu konuda 2017 yılında 90'dan fazla ünlüyü, sosyal medya aracılığıyla ürün tanıtırken veya onaylayıcı beyanda bulunurken markalarla olan ilişkilerini açık ve net bir şekilde açıklamaları gerektiğini yönünde uyarmıştır.<sup>85</sup> Birleşik Krallık'taki Rekabet ve Piyasa Otoritesi de ünlülerin bir menfaat karşılığında reklam yapması halinde tüketicilere bunu açıklamaları gerektiğini vurgulamıştır. Soruşturma sonucunda herhangi bir yaptırım uygulanmamışsa da ünlülerden ve sosyal medya fenomenlerinden reklamdan menfaat elde etmeleri halinde bunu "işbirliği" veya "ads" gibi ifadelerle belirteceklerine dair taahhüt alınmıştır.<sup>86</sup>

<sup>84</sup> Gökçe Naz Tandoğdu, *Sosyal Medya Etkileyicisinin Hukuka Aykırı Reklamları Nedeniyle Doğan Zararlardan Sorumluluğu*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Koç Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2019, <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezDetay.jsp?id=ifNRs23GwitQNh2nbDQjPQ&no=OzczoEq2jAxAVJNMs4FMDQ> (erişim tarihi 14.07.2021), s. 83.

<sup>85</sup> Federal Ticaret Komisyonu'nun özellikle dikkat ettiği iki husus ünlülerin yaptıkları reklamlarda bunların reklam olduğunu belirten işaretlere yer vermeleri ve markayla ilişkilerini belirtiyor olmalarıdır. Bkz. Fedaral Trade Commission, *FTC Staff Reminds Influencers and Brands to Clearly Disclose Relationship*, 2017, <https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2017/04/ftc-staff-reminds-influencers-brands-clearly-disclose> (erişim tarihi 26.04.2021).

<sup>86</sup> Competition and Markets Authority, *Celebrities Pledge to Clean Up Their Act on Social Media*, 2019, <https://www.gov.uk/government/news/celebrities-pledge-to-clean-up-their-act-on-social-media> (erişim tarihi 26.04.2021).

Reklam verenler dışında bu eylemleri gerçekleştirebilecek bir başka kişi grubu da çalışanlardır. Örneğin Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 18.12.2017 tarihli E. 2016/5129 - K. 2017/73341 kararına konu olayda davalı, Facebook platformu üzerinden "Dishe Bayan Ayakkabı" profiliyle medyada zehirli olarak adlandırılan ayakkabıların fotoğraflarını paylaşmış, postun açıklama kısmında ise "*Deichmann'dan ayakkabı alanların sonu budur. Herkesi Türkiye'de üretilen ayakkabıları almaya davet ediyoruz.*" şeklinde bir ifadeye yer vermiştir. Davacı vekili, söz konusu içeriğin müvekkiline karşı gerçeği yansıtmayan ağır ithamlar ve iddialar barındırdığını belirterek davalının bu içerikle müvekkilinin itibarını zedelemeyi ve tüketicileri haksız bir biçimde kendi iş yerine yönlendirerek satışlarını artırmayı hedeflediğini ileri sürmüştür. Davalı müdafii ise müvekkilinin işletmeye ait Facebook hesabından kendisinin asla böyle bir paylaşımında bulunmadığını, ancak müvekkilinin iş yerindeki part-time çalışan işçilerin yapmış olabileceğini belirtmiştir. Ayrıca sadece 3 kişi tarafından beğenilen bu paylaşımın 15 dakika sonra kaldırıldığını ve paylaşımın davacıya zarar verecek boyutta olmadığını belirterek davanın reddini istemiştir. Asliye Hukuk Mahkemesi davalının, zehirli ayakkabılar diye tabir edilen ayakkabıların verdikleri zararlara dair hastalıklı birkaç ayak resminin oluşturduğu görsel etkiden de yararlanmak sureti ile yanlış ve yanıltıcı reklam yaptığına kanaat getirmiştir. Ayrıca bu paylaşımın haksız rekabet teşkil ettiği, davacının ürünlerinin karalandığı ve kişilik haklarına hukuka aykırı olarak saldırıda bulunduğu gerekçeleriyle davacıya 5.000,00 TL manevi tazminat ödenmesine karar vermiştir. Asliye Hukuk Mahkemesinin kararı 11. Hukuk Dairesi tarafından onanarak kesinleşmiştir.<sup>87</sup>

Reklam içeriğinin haksız rekabet iddiasına konu olması durumunda, içerik sahibinin TTK madde 58 uyarınca sorumluluğuna gidilecektir. Bir başka kullanıcının, reklam içeriğini beğenmek ya da tekrar paylaşmak suretiyle yalnızca ona bağlantı sağlaması durumunda ise sorumluluğu gündeme gelmeyecektir. Bu durumda yayılmacı (viral) reklamlar veya reklam hukukuna aykırılık taşıyan iletileri destekleme amacı taşımaksızın paylaşılan reklamlarda kullanıcının sorumluluğuna gidilemeyecektir. Ancak kullanıcının reklam içeriğini sunuş biçiminden onu benimsediği ve diğer kullanıcılara da ulaştırmak istediği anlaşılıyorsa genel hükümlere göre sorumluluğu doğacaktır.<sup>88</sup>

<sup>87</sup> Yargıtay 11. HD. 2016/5129 E, 2017/7334 K, 18.12.2017 T (www.lexpera.com.tr).

<sup>88</sup> Özdemir / Doğanay, s. 326. Örneğin bir organizasyon kapsamında, reklamın planlanarak yeniden paylaşılması söz konusu ise kullanıcı da içerik sahibi gibi bu reklamdan sorumlu olacaktır. Çalışanların bağlı olduğu şirketin sosyal medya hesapları üzerinden paylaştıkları reklamlar bakımından ise TBK 66. maddesi uyarınca işverenler adam çalıştıran sıfatıyla sorumlu olacaktır. Zira "Adam çalıştıran, çalışanın, kendisine verilen işin yapılması sırasında başkalarına verdiği zararı gidermekle yükümlüdür." Bu durumda reklam veren hakkında, TTK m.56'da yer alan davalar açılabilir. Ayrıca reklam verenin talimatlarına veya aralarındaki sözleşmeye aykırı hareket eden reklam ajansının da sorumluluğu doğabilecektir.

Dijital platformlarda kullanıcıların veya üyelerin kimliğini tespit etmek her zaman kolay olmayabilir. Kullanıcı adı üzerinden paylaşımı yapan kişinin bilgilerine erişilemediği hallerde, mahkemelerce bu bilgiler platformun işleticisinden veya temsilcisinden talep edilebilecektir. Haksız rekabetin gerçekleştiği çevrimiçi platformun işleticisi, mahkeme talep ettiği takdirde reklamı yapan kullanıcının kaydolarken sunduğu bilgileri vermekle yükümlüdür.<sup>89</sup> Aksi takdirde TTK'nin 58/1-b maddesindeki “*Yazılı basında yayımlanan programın, görüntünün, ses veya iletinin sahibinin veya ilan verenin kim olduğunun bildirilmesinden kaçınılrsa*” hükmü uyarınca platformun işleticisi hakkında da TTK madde 56’da yer alan davalar açılabilir. Nitekim Yargıtay’ın konuya ilişkin kararında; tüketicilerin şikâyetlerini belirttiği bir sitede davacı aleyhine yapılan, gerçek dışı ve *göndericisi belli olmayan* yorumların davacıyı karalama amacıyla yapıldığının, bu eylemin haksız rekabet oluşturduğunun iddia edildiği olayda, failin kimliğini bildirmeyen şikâyet sitesi tüzel kişiliğin madde 58/1-b uyarınca sorumlu olduğu belirtilmiştir.<sup>90</sup>

## B. Veri Koruma Kuralları Bakımından

Günümüzde sosyal ağ platformları, arama motorları veya medya kuruluşları reklamlar ile finanse ettikleri çevrimiçi hizmetleri ziyaretçilerine ücretsiz olarak sunmaktadır. Bu sayede internet kullanıcıları çevrimiçi hizmetlere, reklam verenler de ürün ve hizmetlerini tanıtabileceği hedef kitleye kolayca ulaşmaktadır. Kişiselleştirmenin ön planda olduğu dijital çağda, reklam verenler internetin onlara sunduğu bu imkândan yararlanarak bir terzi edasıyla kişilere özel reklamlar hazırlamaktadır.<sup>91</sup> Bunu yaparken de yaş aralığı, cinsiyet, ilgilenilen reklamlar (tıklama), IP adresi, çevrimiçi alışveriş geçmişi, sağlık durumu ve politik görüşü<sup>92</sup> gibi kişi hakkındaki birçok veriyi kullanarak davranışsal profillerini oluştururlar. Oluşturulan profile göre kişilerin karşısına karakterleri ve ihtiyaçları dikkate alınarak en uygun reklamlar çıkarılır. Çevrimiçi davranışsal reklamcılık olarak adlandırılan bu tür reklamlarda tüketicilerin karakter ve tercihleri tespit edildikten sonra her birine farklı reklam içeriği gönderilir.<sup>93</sup>

<sup>89</sup> Özdemir / Doğanay, s. 312.

<sup>90</sup> Yargıtay 11. HD. 2011/14366 E, 2012/21009 K, 17.12.2012 T (www.lexpera.com.tr).

<sup>91</sup> Sophie Boerman / Sanne Kruijkemeier / Frederik Zuiderveen Borgesius, ‘*Online Behavioral Advertising: A Literature Review and Research Agenda*’, Journal of Advertising, Sayı: 3, Yıl: 2017, <https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/00913367.2017.1339368> (erişim tarihi 15.07.2021).

<sup>92</sup> Salih Polater, ‘*Kişisel Verilerin Reklam Amaçlı İşlenmesinde Hukuka Uygunluk Sebepleri*’, Kişisel Verileri Koruma Dergisi, Sayı: 1, Yıl: 2019, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/741785> (erişim tarihi 26.04.2021), s. 2.

<sup>93</sup> Tiffany Barnett White / Debra Zahay / Helge Thorbjørnsen / Sharon Shavitt, ‘*Getting Too Personal: Reactance to Highly Personalized Email Solicitations*’, Marketing Letters, Sayı: 19(1), Yıl: 2008, <https://www.researchgate.net/publication/5153026> (erişim tarihi 15.07.2021), s. 40. Örneğin bir öğrencinin karşısına kırtasiye ürünleri çıkarılırken, araç sahibi birinin karşısına araç bakım hizmetine ilişkin reklamlar çıkarılacaktır.



Kişisel verilere dayanan dijital reklamlarda, hedef kitle bir yandan verilerini sunduğu bu pazarın hammaddesi konumundayken diğer yandan ürün ya da hizmet alıcısı olarak tüketici konumundadır. Bu nedenle “üreten tüketiciler (*producer consumer - prosumer*)” olarak nitelendirilmişlerdir.<sup>94</sup> Zaman içerisinde giderek artan veri işleme faaliyetleri ile reklam verenlerin ve reklam hizmeti sunan platformların hedefi haline gelen tüketiciler kişisel verilerinin ve mahremiyetlerinin ihlal edildiği düşüncesiyle endişelenmişlerdir. Bu endişenin temelinde ise tüketicilerin kişisel verilerinin hukuka aykırı olarak elde edilmesi ve/veya üçüncü taraflara aktarılması ya da hedef kitlenin ayrımcı ya da manipülatif reklamlara maruz kalması gibi nedenler bulunmaktadır. Bu noktada reklam hukukundaki genel ilkeler koruyucu olsa da yeterli değildir. Bu durum kişisel verilerin korunmasına ilişkin kuralların dijital reklamlara da uygulanmasını gerekli kılmıştır.

### 1. Dijital Reklamlarda İşlenen Kişisel Veriler Bakımından Hukuki Gerekçe

Reklam faaliyetlerinin yürütülmesi ve pazarlama amacıyla gerçekleştirilen kişisel veri işleme faaliyetinin kişisel verilerin korunmasına ilişkin genel ilkelere uygun olması gerekir. Mukayeseli hukukta<sup>95</sup> da benzer şekilde düzenlenen genel ilkeler 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu’nun (KVKK) 4. maddesinde yer almaktadır. Buna göre kişisel veriler işlenirken;

- Hukuka ve dürüstlük kurallarına uygun olması,
- Doğru ve gerektiğinde güncel olması,
- Belirli, açık ve meşru amaçlar için işlenmesi,
- İşlendikleri amaçla bağlantılı, sınırlı ve ölçülü olması,
- İlgili mevzuatta öngörülen veya işlendikleri amaç için gerekli olan süre kadar muhafaza edilmesi zorunludur.

Reklam amaçlı veri işleme faaliyetlerinde genel ilkelere uygunluğun yanı sıra geçerli bir hukuka uygunluk şartı da bulunmalıdır. Bu noktada KVKK madde 5 ve 6’da yer alan veri işleme şartlarından hangisine dayanılacağı hususunda doktrinde görüş birliği ve yerleşmiş bir içtihat bulunmamaktadır. Ancak ortaya atılan görüşlerde genel olarak “açık rıza”, “sözleşmenin kurulması veya ifası için gereklilik” ve “veri sorumlusunun meşru menfaatlerinin korunması” şartlarına dayanıldığı görülmektedir. Bu kapsamda Kişisel Verileri Koruma Kurulu (KVKK Kurulu) için “açık rıza” şartı önemli bir rol oynarken, Avrupa Birliği’nin yaklaşımı “veri sorumlusunun meşru menfaatlerinin korunmasının gerekliliği” sebebinden yana olmuştur.<sup>96</sup>

<sup>94</sup> Cambridge Dictionary, 2021, <https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/prosumer> (erişim tarihi 26.04.2021).

<sup>95</sup> Bkz. Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü m.5 Kişisel Verilerin İşlenmesine İlişkin Genel İlkeler, <https://www.kisiselverilerinkorunmasi.org/wp-content/uploads/2017/09/GDPR-Türkçe-Çeviri-AB-Bakanlığı.pdf> (erişim tarihi Nisan 26.04.2021).

<sup>96</sup> Polater, s. 1.

Dijital reklamcılıkta veri işleme halinde ilgili kişinin açık rızasının hukuka uygun şekilde alınmış olması sık başvurulan, önemli bir dayanaktır. Veri koruma mevzuatımızca, açık rıza ancak “belirli bir konuya ilişkin, bilgilendirmeye dayalı, özgür iradeyle açıklanmış olması” şartlarını sağladığında geçerli kabul edilecektir.<sup>97</sup> Örneğin dijital platformlara yerleştirilen çerezler sayesinde hedef kitlenin çevrimiçi durumdayken karşılaştığı reklama karşı nasıl tepki verdiği öğrenilebilmektedir.<sup>98</sup> Söz konusu izleme aslında bir kişisel veri işleme faaliyeti olduğundan ziyaretçilerden rıza almayı gerektirir.<sup>99</sup> Bu hallerde alınan açık rızanın geçerli olup olmadığı konusu tartışmaya açıktır. İnternet sitesinin tüm ve temel fonksiyonlarıyla kullanımı ancak çerezlerin aktifleştirilmesi şartıyla mümkün hale geliyorsa, kullanıcının verdiği rızayı özgür iradesiyle açıkladığını kabul etmek mümkün değildir. Buna karşın, alternatifleri bulunduğu halde kişinin söz konusu o hizmeti tercih ederek veri işleme faaliyetine rıza gösterdiği ve bu faaliyetin kişiye ağır külfetler yüklediği durumlarda, hizmetin rıza şartına bağlanmasının özgür iradeyi etkilemeyeceği savunulmaktadır.<sup>100</sup> KVK Kurulu’nun bu konudaki yaklaşımı ise açık rıza talebinin bir hizmetin dolayısıyla sözleşmenin koşulu olarak sunulmasının açık rızayı sakatlayacağı yönündedir. KVK Kurulu, 27/02/2020 tarihli ve 2020/173 sayılı kararında (Amazon Kararı) veri sorumlusu konumundaki Amazon’un sitesinde yer alan “Çerezlerimizi engellerseniz veya reddederseniz alışveriş sepetinize ürün ekleyemez, satın alma aşamasına geçemez veya oturum açmanızı gerektiren herhangi bir Amazon hizmetini kullanamazsınız.” şeklindeki ifadenin kişisel verilerin işlenmesi için sunulan bir hizmet şartı niteliğinde olduğunu belirtmiştir. Hizmet şartına bağlanmış olan açık rızada özgür iradenin sakatlanacağını belirten KVK Kurulu bu durumun “dürüstlük kuralına uygun olma” ve “amacı ile bağlı, sınırlı ve ölçülü olma” ilkelelerine aykırılık teşkil ettiğine karar vermiştir.<sup>101</sup>

## 2. Dijital Reklamlarda Otomatik Veri İşleme

Algoritmalar kişisel verileri otomatik olarak işleyerek ziyaretçilerin ilgi alanlarına ya da karakterlerine göre hazırlanmış kişiselleştirilmiş reklam sunulmasını sağlar. Bu noktada algoritmaların ayrımcılık yapması, geçmişteki önyargıları yansıtmaması bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Konuya ilişkin olarak, Google’ın kullanıcılarına sunduğu “Reklam Ayarları” hizmeti üzerine yapılan bir çalışmada,

<sup>97</sup> Özellikle belirli bir hizmetin şartı olarak sunulan açık rıza taleplerini ilgili kişi onaylasa bile bu onay geçersiz sayılabilecektir.

<sup>98</sup> Merih Taşkaya / Ömür Talay, ‘Dijital Gözetimin Pazarlama Amaçlı Araçları: “Çerezler” ve Çerez Kullanımında “Açık Rıza”’, Akdeniz Üniversitesi İletişim Fakültesi Dergisi, Sayı: 31, Yıl: 2019, <https://dergipark.org.tr/pub/akil/article/534603> (erişim tarihi 15.07.2021), s. 365.

<sup>99</sup> European Commission, *Cookies*, <https://wikis.ec.europa.eu/display/WEBGUIDE/04.+Cookies> (erişim tarihi 26.04.2021).

<sup>100</sup> Polater, s. 12-13.

<sup>101</sup> Kişisel Verileri Koruma Kurulu, 2020/173 K, 27.02.2020 T ([www.kvkk.gov.tr](http://www.kvkk.gov.tr)).

“AdFisher” isimli araç ile kullanıcıların “Reklam Ayarları”nda işaretlediği seçeneklerin Google reklamlarında ayrımcılığa yol açıp açmadığı araştırılmıştır. Araştırma sonucunda kullanıcıların fiziksel ve karakter özelliklerinin kendilerine sunulan reklamları etkilediği tespit edilmiştir. Örneğin “Reklam Ayarları”nda kullanıcının cinsiyetini belirtmesi karşılaştığı reklamları değiştirmiştir. Cinsiyetini erkek olarak işaretleyen kişilerin kadın olarak işaretleyenlere göre tarayıcılarında daha yüksek ücretli işleri daha sık gördüğü ortaya çıkmıştır.<sup>102</sup> Algoritmaların neden böyle bir sonuca ulaştığı *kara kutu problemi*<sup>103</sup> ve Google’ın gizlilik politikası nedeniyle tespit edilememiştir. Benzer bir durum Facebook platformundaki reklamlar için de söz konusudur. Reklam verenler hedef kitlesini oldukça kapsayıcı şekilde belirlese bile Facebook algoritmaları reklam verenin bütçesini ve reklam içeriğini dikkate alarak kullanıcıların karşısına ilgi düzeylerine göre reklamlar çıkarmaktadır.<sup>104</sup>

Facebook’un eleştirildiği tek nokta algoritmalarının ayrımcılığa yol açması değildir. Facebook aynı zamanda üyelerinin karşısına çıkardığı politik reklamlar dolayısıyla da eleştirilere ve hatta yüksek miktardaki para cezalarına maruz kalmaktadır. Özellikle 2016 Amerika Birleşik Devletleri (ABD) Başkanlık Seçimleri’nde Facebook reklamlarının demokrasiyi tehdit ettiği gündeme gelmiştir. Donald Trump’ın seçim sürecinde danışmanlık hizmeti aldığı Cambridge Analytica isimli şirketin, Facebook’tan temin ettiği yaklaşık 50 milyon seçmenin verilerini analiz ederek bu grubun oylarını değiştirmelerini sağlayacak kişiselleştirilmiş reklamlar hazırladığı,<sup>105</sup> sonrasında Facebook’un seçim sürecinde de-

<sup>102</sup> Amit Datta / Michael Carl Tschantz / Anupam Datta, ‘Automated Experiments on Ad Privacy Settings: A Tale of Opacity, Choice, and Discrimination’, Proceedings on Privacy Enhancing Technologies, Sayı: 1, Yıl: 2014, <https://arxiv.org/abs/1408.6491> (erişim tarihi 10.07.2021).

<sup>103</sup> Yapay zeka sistemlerindeki kara kutu problemi kısaca, sistemdeki algoritmaların yaptığı tahminlerin ve aldığı kararların nedeninin gösterilememesini ifade etmektedir. Problemin nedeni, derin sinir ağları gibi dağıtılmış öğelerin karmaşıklığı ve insanların çok yüksek boyutlu kalıpları görselleştirememesi olarak gösterilmektedir. Sistem yaratıcılarının ve kullanıcılarının algoritmaların muhtemel etkileri hakkında önceden fikir yürütememesi, kara kutu probleminin öngörülebilirlik ilkesini zedelediğini ortaya koymaktadır. Bkz. Yavar Bathaee, ‘The Artificial Intelligence Black Box and the Failure of Intent and Causation’, Harvard Journal of Law & Technology Sayı: 2, Yıl: 2018, <https://jolt.law.harvard.edu/assets/articlePDFs/v31/The-Artificial-Intelligence-Black-Box-and-the-Failure-of-Intent-and-Causation-Yavar-Bathaee.pdf> (erişim tarihi 10.07.2021), s. 893, 895, 901.

<sup>104</sup> Muhammad Ali / Piotr Sapiezynski / Miranda Bogen / Aleksandra Korolova / Alan Mislove / Aaron Rieke, ‘Discrimination through optimization: How Facebook’s ad delivery can lead to skewed outcomes’, Proceedings of the ACM on Human-Computer Interaction, Sayı: 3, Yıl: 2019, <https://arxiv.org/abs/1904.02095> (erişim tarihi 26.04.2021), s. 199:1. Bütçenin yanı sıra kullanıcıların cinsiyetinin ve ırkının, özellikle istihdam ve barınmaya ilişkin sunulan reklamlarda etkili olduğu görülmüştür.

<sup>105</sup> Julia Carrie Wong, Mark Zuckerberg Apologises for Facebook’s ‘Mistakes’ Over Cambridge Analytica, The Guardian, 2018, <https://www.theguardian.com/technology/2018/mar/21/mark-zuckerberg-response-facebook-cambridge-analytica> (erişim tarihi 26.04.2021).

zenformasyona yol açacak bu reklamları kullanıcıların akışına çıkararak seçimi manipüle ettiği iddia edilmiştir.<sup>106</sup>

Benzer bir durum Brexit sürecinde de gündeme gelmiştir. “Ayrıla Oy Ver (*Vote Leave*)” ismiyle yürütülen kampanyada, Facebook kullanıcılarının doğum tarihi, ikametgâh ve sosyal medya hesaplarında yer alan diğer verileri dikkate alarak göç ve hayvan hakları gibi spesifik konularda reklamlar hazırlanmıştır.<sup>107</sup> Birleşik Krallık Veri Koruma Otoritesi (*ICO*), siyasi amaçlarla yapılan veri analitiğine ilişkin yürüttüğü soruşturmanın neticesinde, Facebook’a veri koruma yasalarını ciddi şekilde ihlal ettiği için 500.000 £ para cezası vermiştir.<sup>108</sup> Gelişmelerin ardından Facebook’un özellikle politik reklamları insan haklarına duyarlı çevrelerce halen riskli görülmektedir. Örneğin Avrupa Komisyonu bünyesindeki Avrupa Ekonomik ve Sosyal Komitesi, politik reklamların yüksek riskli yapay zekâ uygulaması olarak kabul edilmesi gerektiğini ifade etmiştir. Raportör Catelijne Muller, Facebook’taki politik reklamların mahremiyet, sendikaya üye olma ve gösteri yapma hakkı gibi temel insan haklarını olumsuz etkilediğini belirtmiştir.<sup>109</sup>

### C. Vergi Hukuku Bakımından

Dijital reklamların ekonomideki payı gün geçtikçe artmaktadır. Geleneksel reklamlar uzun yıllar işletmelerin gelirlerinin artırmasında etkili olmuşken, dijital reklamlar bunu sürdürmekle birlikte dijital platformlara ve pazara sonradan katılan aktörlere yeni bir gelir kaynağı da oluşturmuştur. Daha önce ürettikleri ürünlerle ya da arama ve mesajlaşma gibi verdikleri hizmetlerle para kazanan dijital platformlar artık reklamlardan da gelir elde etmeye başlamıştır. Öyle ki, reklamlardan elde ettikleri gelirler her geçen yıl artmış ve artık cirolarının önemli bir kısmını oluşturacak seviyeye gelmiştir. Örneğin Facebook’un 2019’daki reklam geliri 69,7 milyar ABD Dolar’ı iken 2020 yılında bu gelir yüzde 21 artışla 84,2 milyar ABD Dolar’ına yükselmiştir.<sup>110</sup> Benzer şekilde arama motoru Google’un,

<sup>106</sup> Olvia Solon, *Facebook’s Failure: Did Fake News and Polarized Politics Get Trump Elected?*, The Guardian, 2016, <https://bit.ly/3CdNYdI> (erişim tarihi 26.04.2021).

<sup>107</sup> BBC News, *Vote Leave’s Targeted Brexit Ads Released by Facebook*, 2018, <https://www.bbc.com/news/uk-politics-44966969> (erişim tarihi 26.04.2021).

<sup>108</sup> The Information Commissioner’s Office, *ICO issues maximum £500,000 fine to Facebook for failing to protect users’ personal information*, 2018, <https://bit.ly/3xpKDVd> (erişim tarihi 15.07.2021).

<sup>109</sup> European Economic and Social Committee, *Artificial Intelligence: EU law should set safe boundaries for high-risk applications, says EESC*, 2020, <https://bit.ly/3fm7quX> (erişim tarihi 26.04.2021).

<sup>110</sup> Hristina Tankovska, *Facebook: Annual Revenue 2009-2020, By Segment*, Statista, 2021, <https://www.statista.com/statistics/267031/facebooks-annual-revenue-by-segment/> (erişim tarihi 26.04.2021).

2019 yılında 134.8 milyar ABD Dolar'ı olan reklam gelirleri, 2020 yılında 146,9 milyar ABD Dolar'ına yükselmiştir.<sup>111</sup>

Dijital mecralar üzerinden elde edilen gelirin ve gelir elde eden kişilerin gün geçtikçe artması devletleri vergi adaletini sağlama ve muhtemel vergi kaybını önleme amacıyla harekete geçirmiştir. Ancak mevcut hukuk kurallarındaki bazı engeller ve çifte vergilendirme yasağının da etkisiyle devletler bu geliri nasıl vergilendirecekleri konusunda geçerli bir yol bulamamıştır. Bu süreçte, pek çok ülkede fiziksel olarak iş merkezi ya da daimî temsilcisi bulunmayan büyük şirketlerin, dijital faaliyetlerinin nasıl vergilendirileceği araştırılmış; bu işlemin çifte vergilendirmeyi önleme anlaşmalarını ihlal etmeden nasıl sağlanacağı tartışılmıştır.<sup>112</sup>

Zaman içerisinde dijital platformlar lehine oluşan vergi rekabetinin önlenmesi, devletlerin vergi ziyayı yaşamaması ve eşit mükellefler arasında vergi adaletsizliğine<sup>113</sup> yol açılmaması için pek çok ülkede yeni vergi yasaları uygulamaya alınmıştır.

Bugün dijital reklamlar da dahil olmak üzere dijital ortam vasıtasıyla sunulan çeşitli hizmetlerin vergilendirilmesi işlemi Türkiye, Fransa, İngiltere, Avusturya, İtalya, İspanya ve Hindistan'ın da aralarında bulunduğu pek çok ülkede uygulanmaktadır.<sup>114</sup> Dijital hizmetlere uygulanan vergi oranları Fransa ve İtalya'da %3, İngiltere'de %2 iken; %7,5 ile en yüksek oranın Türkiye'de uygulandığı görülmektedir. Dijital hizmet vergisinin kapsamına giren şirketlerin çoğu ABD merkezli büyük teknoloji şirketleridir. Bu nedenle ABD, söz konusu vergiyi ABD'deki şirketleri hedef alan ayrımcı bir vergi olarak değerlendirmekte ve eleştirmektedir.<sup>115</sup> Bu doğrultuda, ABD sınırları içerisinde bulunan büyük teknoloji

<sup>111</sup> Joseph Johnson, *Google: Annual Advertising Revenue 2001-2020*, Statista, 2021, <https://www.statista.com/statistics/266249/advertising-revenue-of-google/> (erişim tarihi 26.04.2021). Dijital reklamlar uluslararası teknoloji şirketleri dışında; Youtuber, Blogger, Fenomen diye adlandırdığımız sosyal medya etkileyicilerinin de dijital reklamlardan gelir elde etmesini sağlamıştır.

<sup>112</sup> Mustafa Cemil Kara / Ersan Öz, '*Dijital Vergilendirmeye Küresel Bir Bakış*', Vergi Dünyası, Sayı: 424, Yıl: 2016, <http://www.ersanoz.com/makaleler/15-12-2016-dijital-vergilendirmeye-kuresel-bir-bakis.pdf> (erişim tarihi 15.07.2021), s. 32. Bu tartışmalar sırasında toplanacak verginin konusu ile ilgili bir fikir birliğine varılamamıştır.

<sup>113</sup> Coşkun Karadağ, s. 74.

<sup>114</sup> Hüseyin Akkaya / Adnan Gerçek, '*OECD ve Seçilmiş Bazı Ülkelerde Dijital Ekonominin Vergilendirilmesi: Türkiye İçin Çıkarımlar*', International Journal of Public Finance, Sayı: 2, Yıl: 2019, <https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/906759> (erişim tarihi 15.07.2021), s. 173-178.

<sup>115</sup> ABD Ticaret Temsilciliği Ofisi (US Trade Representative Office) tarafından 6 Aralık 2019'da yapılan açıklamada, Fransa tarafından uygulanan dijital hizmet vergisinin ayrımcılığa sebep olduğu ve ABD şirketlerini olumsuz etkilediği gerekçesiyle rekabet soruşturması başlatıldığı ifade edilmiştir. Bkz. US Trade Representative Office, *USTR Announces Initiation of Section 301 Investigation into France's Digital Services Tax*, 2019, <https://ustr.gov/about-us/policy-offices/press-office/press-releases/2019/july/ustr-announces-initiation-section-30> (erişim tarihi 26.04.2021).

şirketlerini korumak amacıyla, onlara dijital hizmet vergisi uygulayan ülkelerle ilgili rekabet soruşturması başlatmış ve bu ülkelerden ithal ettiği ürünlere karşı misilleme yapılacağını duyurmuştur.<sup>116</sup>

Dijital reklamlara uygulanan özel vergi hükümleri yürürlüğe girmeden önce de ülkemizde reklam veren şirketler ya da reklam kampanyalarını yürütenler vergi mükellefi konumundaydı. Dijital Hizmet Vergisi, 476 Sayılı Cumhurbaşkanı Kararı gibi yeni vergi düzenlemeleri ise daha önceden vergilendirilemeyen uluslararası dev şirketlerin ya da sosyal medya etkileyicilerinin vergilendirilmesini mümkün hale getirmiştir. Buna göre 1 Mart 2020 tarihinde yürürlüğe giren Dijital Hizmet Vergisi Kanunu, dijital ortamda mal ve hizmet sunan işletmeler ile bunların satışına aracılık eden dijital platformlar için yeni bir vergi getirmiştir. Bu düzenleme uyarınca 20 milyon Türk Lirasının üstünde hasılat elde eden yerel şirketler ile 750 milyon Avro veya muadilinin üstünde hasılat elde eden uluslararası şirketler, Türkiye’de sunduğu dijital hizmetlerden elde ettikleri *hasılat* üzerinden yüzde 7.5 oranında dijital hizmet vergisi ödemekle yükümlü olmuşlardır. Her ne kadar Dijital Hizmet Vergisi’nin hasılat üzerinden alınacağı belirtilmişse de aslında bu vergi bir harcama vergisi olarak kurgulanmıştır.<sup>117</sup> Aksi halde bu verginin gelir vergisi kapsamında değerlendirilmesi gerekecek bu da çifte vergilendirmeyi önleme anlaşmalarına (ÇVÖA) aykırılık teşkil edecektir. Söz konusu verginin en çok Google, Facebook, Amazon gibi küresel çapta faaliyette bulunan işletmeleri etkileyeceği açıktır. Bu doğrultuda, Türkiye de ABD’nin rekabet soruşturmasıyla karşı karşıya kalan ülkeler arasında yerini almıştır.<sup>118</sup> Dijital Hizmet Vergisi, matraha dahil edilen kur farkının Anayasa’nın 73. maddesinde vücut bulan verginin kanuniliği ilkesi ile hukuki belirlilik ilkesine aykırılık teşkil ettiği gerekçesiyle eleştirilmiştir.<sup>119</sup>

Ulusal mevzuatımızda dijital reklamların vergilendirilmesini sağlayan bir diğer düzenleme ise 30630 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan 18/12/2018 tarihli ve 476 sayılı Cumhurbaşkanı Kararı’ (Karar) dır. Karar ile Gelir Vergisi Kanunu’nun

<sup>116</sup> The United States Trade Representative, *Initiation of Section 301 Investigations of Digital Services Taxes*, 2020, <https://ustr.gov/sites/default/files/assets/frn/frn.pdf> (erişim tarihi 8.07.2021); Reuters, U.S. To Announce, But Defer, Retaliation Over French Digital Tax: USTR, 2020, <https://www.reuters.com/article/us-usa-trade-france-digital-idUSKBN24A377> (erişim tarihi 8.07.2021).

<sup>117</sup> Numan Emre Ergin, *Sosyal Medya Şirketlerine Kesilen Cezalar ve Vergi*, Dünya Gazetesi, 2020, <https://www.dunya.com/kose-yazisi/sosyal-medya-sirketlerine-kesilen-cezalar-ve-vergi/488179> (erişim tarihi 26.04.2021).

<sup>118</sup> Office of the United States Trade Representative, *Report on Turkey’s Digital Services Tax*, 2021, <https://ustr.gov/sites/default/files/enforcement/301Investigations/Report%20on%20Turkey%E2%80%99s%20Digital%20Services%20Tax.pdf> (erişim tarihi 26.04.2021), s. 3.

<sup>119</sup> Numan Emre Ergin, *Dijital Hizmet Vergisi’ne İlişkin Değerlendirmeler*, Dünya Gazetesi, 2020, <https://www.dunya.com/kose-yazisi/dijital-hizmet-vergisine-iliskin-degerlendirmeler/468782> (erişim tarihi 26.04.2021).

(GVK) 94. maddesinin 1. fıkrasında ve Kurumlar Vergisi Kanunu'nun 15. maddesinin 1. fıkrasında sayılanların kapsamına internet ortamında verilen reklam hizmetleri vergi kesintisi de alınmıştır.<sup>120</sup> Karar'ın 5. maddesinde, hükümlerinin 1.1.2019 tarihinden itibaren yapılacak ödemelere uygulanacağı belirtilmektedir. Söz konusu Karar ile ilgili açıklamaların yer aldığı 1 Seri No.lu Kurumlar Vergisi Genel Tebliği'nde tam veya dar mükellef olması önem arz etmeksizin, internet ortamında reklam hizmeti veren veya bu hizmetlerin verilmesine aracılık eden gerçek kişilere yapılan ödemelerde vergi kesintisi oranı %15 olarak gösterilmektedir.<sup>121</sup> Devamındaki "30.4.11.1.1." başlıklı bölümde ise internet ortamında verilen reklam hizmetlerine ilişkin olarak, bu hizmeti veren veya internet ortamında reklam hizmeti verilmesine aracılık eden dar mükellef kurumlara yapılan ödemeler üzerinden %15 oranında vergi kesintisi yapılması gerektiği ifade edilmektedir.<sup>122</sup>

Söz konusu hükümlerde internet reklam bedellerine yüzde 15 oranında stopaj uygulanan gerçek kişinin gelir vergisi mükellefi olup olmaması ile tam mükellef ya da dar mükellef olup olmamasının önem arz etmemesi dikkat çekmektedir. Bu düzenleme ile reklamlar üzerinden yüksek *gelir elde eden* sosyal medya etkileycilerinin stopaj ile vergilendirilmesi ve böylece vergi güvenliğinin sağlanması amaçlanmıştır.<sup>123</sup> Sosyal medya etkileycilerinin dijital reklamlardan elde ettiği gelirlerin vergilendirileceği konusunda bir tartışma olmasa da bu verginin Gelir Vergisi Kanunu'nun (GVK) 2. maddesinde yer alan hangi gelir unsuruna<sup>124</sup> dayandırılacağı konusunda tartışmalar mevcuttur. Gelir İdaresi Başkanlığı'nın (GİB) bu konuda istikrar kazanmış uygulaması, bu gelirin ticari kazanç olduğu yönündeyken; öğretide bu gelirin serbest meslek kazancı olduğu yönünde görüş-

<sup>120</sup> Gelir Vergisi Kanunu m.94/1 kapsamında "Kamu idare ve müesseseleri, iktisadi kamu müesseseleri, sair kurumlar, ticaret şirketleri, iş ortaklıkları, dernekler, vakıflar, dernek ve vakıfların iktisadi işletmeleri, kooperatifler, yatırım fonu yönetenler, gerçek gelirlerini beyan etmeye mecbur olan ticaret ve serbest meslek erbabı, zirai kazançlarını bilanço veya zirai işletme hesabı esasına göre tespit eden çiftçiler" bulunmaktadır. Kurumlar Vergisi Kanunu m.15/1 kapsamında "Kamu idare ve kuruluşları, iktisadî kamu kuruluşları, sair kurumlar, ticaret şirketleri, iş ortaklıkları, dernekler, vakıflar, dernek ve vakıfların iktisadî işletmeleri, kooperatifler, yatırım fonu yönetenler, gerçek gelirlerini beyan etmeye mecbur olan ticaret ve serbest meslek erbabı, zirai kazançlarını bilânço veya zirai işletme hesabı esasına göre tespit eden çiftçiler" bulunmaktadır.

<sup>121</sup> Kurumlar Vergisi Genel Tebliği (Seri No: 1), "15.3.11.1.1. İnternet ortamında verilen reklam hizmetlerine ilişkin ödemeler üzerinden yapılacak vergi kesintisi", (erişim tarihi 8.07.2021).

<sup>122</sup> Kurumlar Vergisi Genel Tebliği (Seri No: 1), "30.4.11.1.1. İnternet ortamında verilen reklam hizmetlerine ilişkin ödemeler üzerinden yapılacak vergi kesintisi", (erişim tarihi 8.07.2021).

<sup>123</sup> Coşkun Karadağ, s. 84.

<sup>124</sup> Gelir Vergisi Kanunu'nun 2. maddesine göre gelire giren kazanç ve iratlar şunlardır: "Ticari kazançlar, zirai kazançlar, ücretler, serbest meslek kazançları, gayrimenkul sermaye iratları, menkul sermaye iratları, diğer kazanç ve iratlar."

ler de ileri sürülmüştür.<sup>125</sup> GİB'in çeşitli kararlarında, sosyal medya platformlarının bir çeşit ticari organizasyon olduğu, bu platformlardan sürekli şekilde elde edilen gelirin de ticari kazancın devamlılık unsuru olarak nitelendirildiği anlaşılmaktadır. Sürekliliğin olmadığı durumlarda ise arızî ticari kazanç söz konusu olacaktır. Söz konusu reklam gelirinin serbest meslek kazancı olduğunu savunan görüş ise; sosyal medya etkileyicilerinin yürüttükleri faaliyetlerin asıl unsurunun sermayeden ziyade emek, uzmanlık, şöhret gibi faktörlere dayanmasını gerekçe göstermektedir.<sup>126</sup> Söz konusu gelirin serbest meslek kazancı olarak kabul edilmesi halinde, 2020 yılı için geliri 600.000 TL'nin altında olanlar, GVK'nın 18. maddesindeki telif kazançları istisnasından yararlanacak ve kazancını beyan etmesi gerekmeyecektir. Yıllık geliri 600.000 TL'nin üzerinde olup telif ödemesi yapacak kişilerin ise Türkiye'de bulunması ve GVK'nın 94. maddesinde sayılanlar arasında yer alması halinde, telif ödemeleri üzerinden yüzde 17 oranında stopaj uygulamaları gerekmektedir.

Dijital reklam bedelleri üzerinden vergi kesintisi öngören düzenlemeler dava konusu olmuştur. İlk derece mahkemeleri söz konusu reklam hizmetlerinden elde edilen geliri ticari kazanç olarak nitelendirmiş, bu nitelikteki gelir unsurunun Türkiye'de vergilendirilebilmesi için geliri elde edenin Türkiye'de bir iş yerinin veya daimi temsilcinin olması gerektiği ifade etmiş, Türkiye'de fiziki bir iş yeri bulunmayan ilgili kurumlara stopaj uygulanması adına uluslararası sözleşmelerde ve ulusal mevzuatta belirlenen iş yeri tanımının yorum ve kıyas yoluyla genişletilmesinin Anayasa başta olmak üzere mevcut yasal düzenlemelere aykırı olduğunu belirterek genellikle şirketler lehine karar vermişlerdir.<sup>127</sup>

Diğer taraftan, 476 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararı ile 2009/14593 sayılı Bakanlar Kurulu Kararında yapılan değişiklik uyarınca, internet ortamında verilen reklam hizmetlerine ilişkin olarak, bu hizmeti veren veya internet ortamında bu hizmetin verilmesine aracılık eden dar mükellef kurumlara yapılan ödemeler üzerinden yüzde 15 oranında vergi kesintisi yapılması gerekecektir. Bu düzen-

<sup>125</sup> Gelir Vergisi Kanunu'nun 65. maddesinde Serbest meslek kazancı "Her türlü serbest meslek faaliyetinden doğan kazanç" olarak tanımlanmıştır. Devamındaki fıkrada ise "Serbest meslek faaliyeti; sermayeden ziyade şahsi mesaiye ilmi veya mesleki bilgiye veya ihtisasa dayanan ve ticari mahiyette olmayan işlerin iş verene tabi olmaksızın şahsi sorumluluk altında kendi nam ve hesabına yapılması" şeklinde ifade edilmiştir.

<sup>126</sup> Numan Emre Ergin, 'Fenomenlerin Faaliyeti Emek ve Şöhrete Dayanıyor', Platin, 2021, <https://www.platinonline.com/yazarlar/av-dr-numan-emre-ergin/fenomenlerin-faaliyeti-emek-ve-sohrete-dayaniyor-1076527> (erişim tarihi 26.04.2021).

<sup>127</sup> Abdullah Tolu, 'Google, Facebook, Instagram, Amazon ve Twitter Reklamlarına Stopaja Yargı Freni', <https://www.dunya.com/kose-yazisi/google-facebook-instagram-amazon-ve-twitter-reklamlarina-stopaja-yargi-freni/603464> (erişim tarihi 25.09.2021) ve orada anılan İstanbul 3. Vergi Mahkemesi, 28.01.2020 tarih ve E. 2019/1350, K. 2020/202; İstanbul 10. Vergi Mahkemesi 07.01.2020 tarih ve E. 2019/1190, K. 2020/16; İstanbul 4. Vergi Mahkemesi 22.11.2019 tarih ve E. 2019/696 K. 2019/2300; İstanbul 4. Vergi Mahkemesi 27.11.2019 tarih E. 2019/710, K. 2019/2334.



leme neticesinde söz konusu stopajın Dijital Hizmet Vergisi ile beraber uygulanması çifte vergilendirmeye yol açabilecektir. Zira aynı hasılat için iki farklı vergi düzenlemesi ön görülmüştür.<sup>128</sup> Aynı zamanda söz konusu vergilendirme, Türkiye’de iş yeri bulunmayan bu platformların dijital ortamdan elde ettiği gelirleri vergilendirmediği için ÇVÖA’ya aykırı olacaktır.<sup>129</sup> Zira iş yerinin mevzuatımızda<sup>130</sup> ya da taraf olduğumuz ÇVÖA’da fiziki olması aranmış dijital platformlar bu kapsamda kabul edilmemiştir. Dolayısıyla ticari faaliyetler ancak iş yerinin fiziken bulunduğu kaynak ülkede vergilendirmeye konu olacaktır. Ancak aksinin yaşandığı örnekler de mevcuttur. Örneğin İtalya’da Google yetkilileri ile İtalya Maliye Bakanlığı ve Milano Savcılığı arasında uzlaşma sağlanmış ve anlaşma sonucunda Google Anonim Şirketi’ne 2008-2013 yılları arasında İtalya’dan kazandığı reklam gelirleri için 320 milyon Avro vergi tahakkuk ettirilmiştir.<sup>131</sup>

Son olarak 01.10.2020 tarihinde yürürlüğe giren 7253 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, Türkiye’de fiziki iş yeri bulunmayan platformların vergilendirilmesine imkan sağladığı için, ÇVÖA’nın ihlal edilmesini engelleyebilir. OECD Çifte Vergilendirmeyi Önleme Model Anlaşması’nın 5. maddesinin 5. fıkrasında iş yerinin varlığına dair hususlar düzenlenmektedir. Buna göre, başka bir ülkedeki teşebbüs adına hareket edip onun adına sözleşme imzalama yetkisine sahip olan bir kişi (temsilci) bu yetkisini mutad olarak kullandığında iş yerinin temsilcisinin bulunduğu ülkede de varlığı kabul edilmektedir.<sup>132</sup> Bu doğrultuda, 7253 Sayılı Kanun dolayısıyla Türkiye’de temsilci olarak atanan kişi geniş yetkilerle donatılmış ve eylemleri ile yurt dışındaki şirketin ticari faaliyetlerini etkilemekteyse, temsilci atayan şirketin Türkiye’de iş yeri bulunduğundan bahsedilebilecektir. Böylece Türkiye, topraklarında daimî temsilcisi bulunan işletmelerin ticari faaliyetlerinden elde ettiği kazancı vergilendirebilecektir. Diğer taraftan 7253 sayılı Kanun gereğince, temsilci ataması gerektiği halde atayamayan sosyal ağ sağlayıcılarına kademeli olarak uygulanan idari para cezalarının ardından reklam yasağı uygulaması gündeme gelecektir. Reklam yasağı kararının yayımlanması ile Türkiye’de vergi mükellefi olan şirket ve kişilerin, sosyal ağ sağlayıcıların sitelerine reklam vermesi yasaklanacaktır. Ayrıca sosyal ağ sağlayıcılar ile KOBİ’ler, büyük ölçek-

<sup>128</sup> Ergin, Dijital Hizmet Vergisi.

<sup>129</sup> Ahmet Sağlı, *Türkiye’de Dijital Ekonominin Vergilendirilmesi*, EY, 2020, [https://www.ey.com/tr\\_tr/tax/turkiyede-dijital-ekonominin-vergilendirilmesi](https://www.ey.com/tr_tr/tax/turkiyede-dijital-ekonominin-vergilendirilmesi) (erişim tarihi 26.04.2021).

<sup>130</sup> Bkz. 213 sayılı Vergi Usul Kanunu m.156.

<sup>131</sup> Giuseppe Fonte / Gavin Jones, *Italy’s Renzi Faces Uphill Struggle Over Google Tax Plan*, Reuters, 2015, <http://www.reuters.com/article/us-italy-tax-internetanalysis-idUSKCN0RU1HS20150930> (erişim tarihi 26.04.2021).

<sup>132</sup> Ergin, Sosyal Medya Şirketleri.

li şirketler ya da ajanslar reklam sözleşmesi akdedemeyecek ve buna ilişkin para transferi de yapamayacaktır. Bunun yanı sıra reklam yasağı uygulanan platformlara reklam verenlere de ayrıca ceza kesileceğini bildirilmiştir.<sup>133</sup> Yasağa rağmen verilen reklamların vergi matrahından indirilmesi mümkün olmayacak ve dolayısıyla reklam kampanyaları şirketler için daha maliyetli bir hale gelecektir.

## SONUÇ

İnternetin hayatımıza girmesiyle daha önce gazete, radyo, televizyon veya reklam panolarında karşılaştığımız reklamlar e-posta, sosyal medya platformları, arama motorları gibi dijital mecralarda karşımıza çıkmaya; yani gelenekselden dijitale doğru form değiştirmeye başlamıştır. Dijital reklamların görüntü ve ses kalitesinin yüksek olması, içeriklerinin ilgi çekici olması hedef kitleyi daha çok etkilerken; aynı zamanda kişiselleştirilmiş olmaları dijital reklamları reklam verenler için vazgeçilmez kılmıştır. Reklam verenler, ellerindeki Büyük Veri sayesinde hedef kitleye daha kaliteli reklam sunmayı vadeden dijital platformlara akın ederken; tüketiciler de aldıkları hizmetten memnun oldukları için hesaplarını terk edememektedir. Konu evvela elektronik ticaret açısından yasal düzenlemeye konu edilmişse de eş zamanlı veya hemen ardından çeşitli yasal düzenlemelerle ve uygulamalarla farklı hukuki açılardan da düzenlenmeye ve uygulanmaya başlamıştır.

Zaman içerisinde giderek daha fazla veriye dayanan reklamcılık sektöründe, büyük miktardaki veri setlerini elinde tutan dev teknoloji şirketleri, rekabet ve kişisel verilerin korunması süzgeçlerine takılıp dünyanın çeşitli yerlerinde soruşturmalar geçirmiştir. Rekabet soruşturmalarının temelinde, uluslararası teknoloji şirketlerinin çeşitli araçlarla kullanıcılarının veya ziyaretçilerinin verilerini toplayarak, ellerinde büyük miktarda veri tutmaları bulunmaktadır.

Konunun kişisel verilerin korunmasına ilişkin kısmının özünde, dijital platformlardaki kullanıcıların mahremiyet endişesi yatmaktadır. 2016 ABD Başkanlık Seçimleri'ne kadar kullanıcıların "acaba olabilir mi" diye şüphe duydukları veri ihlalleri, bu seçimin ardından davalara ve haberlere konu olmuştur. Kullanıcıların kişisel verilerinin toplanarak politik ya da ticari reklamlarla iradelerinin sakatlanması, sosyo-ekonomik hayatı ve insan haklarını tehdit eden bir hal almıştır. Bu nedenle dünyanın çeşitli yerlerinde özellikle Google, Amazon, Facebook gibi şirketlere karşı davalar açılmış ve ihlalleri önleyici düzenlemeler getirilmiştir.

Dijital reklam platformlarından elde edilen gelirlerin vergilendirilmesi sorunu da pek çok ülkede gündeme gelmiştir. Bu doğrultuda ülkeler, gelirlerinin ciddi bir kısmı reklamlardan oluşan Google, Amazon, Facebook ve Apple gibi uluslararası büyük şirketler ile reklam kampanyalarını yürüten sosyal medya etkileyicilerini vergilendirmeye başlamıştır.

<sup>133</sup> Ömer Fatih Sayan, Twitter, 2021, <https://twitter.com/ofatihsayan/status/1350408379190161408?s=20> (erişim tarihi 26.04.2021).

İncelememizde ortaya konulduğu üzere dijital reklamcılık hukuki bakımdan tek yönlü değildir. Aksine dijital reklamcılık hukuk teorisi ve uygulamasında çok yönlü etkilerinden ötürü çok sayıda farklı yasal düzenlemeye, çok sayıda farklı kurumun görev alanına ve uygulamalarına konu olmuş ve olmaktadır. Elektronik ticaret, rekabet, haksız rekabet, tüketici ve reklam hukuku, veri koruma hukuku, internet yayıncılığı, sınai mülkiyet hukuku bunlardan öne çıkanlar olup her bir yasal düzenleme dijital reklamcılığı ya kendi açısından doğrudan düzenlemekte ya da dolaylı şekilde yorum yoluyla kapsayarak uygulama alanı bulmaktadır. Bu durum zaman zaman kriterlerin arasında uyumsuzluğa yol açmakta, konuya dair hukuki düzenlemelerin kapsamı ve sınırları yer yer belirsizleşmektedir. Tüm bu sebeplerle dijital reklamların hukuken ya sınırlı sayıda temel ve konuyla doğrudan ilgili yasalarla düzenlenmesi ve bu suretle dağılık ve uyumsuz düzenlemelerden uzaklaşılması ya da arz ettikleri giderek artan etki ve öneme binaen reklamcılık alanını hedef alan bir yasal düzenlemenin içinde bir bölüm şeklinde, kendine özgü ilkelerinin ışığında ele alınması değerlendirilmelidir.

## KAYNAKÇA

- AASLAID**, Katrina, *50 Examples of Corporations that Failed to Innovate*, Valuer, 2019, <https://www.valuer.ai/blog/50-examples-of-corporations-that-failed-to-innovate-and-missed-their-chance>, erişim tarihi 11.07.2021.
- ADSOFTEHWORLD**, *IKEA Cristiano*, [https://www.adsoftheworld.com/media/digital/ikea\\_cristiano](https://www.adsoftheworld.com/media/digital/ikea_cristiano), erişim tarihi 08.07.2021.
- AKKAYA**, Hüseyin / **GERÇEK**, Adnan, ‘*OECD ve Seçilmiş Bazı Ülkelerde Dijital Ekonominin Vergilendirilmesi: Türkiye İçin Çıkarımlar*’, International Journal of Public Finance, Sayı: 2, Yıl: 2019, s. 166-188, <https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/906759>, erişim tarihi 15.07.2021.
- AKSOY**, Ramazan, *İnternet Ortamında Pazarlama*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009.
- ALBAY**, Nurettin, ‘*Geleneksel Pazarlamadan Yeni Pazarlama Yaklaşımlarına Geçiş Süreci*’, Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, Sayı: 2, Yıl: 2010, s. 222, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/194577>, erişim tarihi 14.07.2021.
- ALI**, Muhammad / **SAPIEZYNSKI**, Piotr / **BOGEN**, Miranda / **KOROLOVA**, Aleksandra / **MISLOVE**, Alan / **REIKE**, Aaron, ‘*Discrimination through optimization: How Facebook’s ad delivery can lead to skewed outcomes*’, Proceedings of the ACM on Human-Computer Interaction, Sayı: 3, Yıl: 2019, <https://arxiv.org/abs/1904.02095>, erişim tarihi 26.04.2021.
- ARSLAN**, Elif, ‘*Sosyal Medyada Yeni Bir Reklam Türü Olarak Kullanılan Native (Doğal) Reklam*’, PressAcademia Procedia, Cilt: 9, İstanbul, 2019, s. 269-273, <http://www.pressacademia.org/archives/pap/v9/50.pdf>, erişim tarihi 14.07.2021.
- ATAMANIUK**, Mary, *Which Company Uses the Most of Your Data?*, Clario Blog, 2021, <https://clario.co/blog/which-company-uses-most-data/>, erişim tarihi 26.04.2021.
- AUTORITÉ DE LA CONCURENCE**, *L’Autorité Sanctionne Google À Hauteur De 150 M€ Pour Abus De Position Dominante*, 2019, <https://www.autoritedelaconurrence.fr/fr/communiqués-de-presse/lautorite-sanctionne-google-hauteur-de-150-meu-pour-abus-de-position>, erişim tarihi 13.07.2021.
- BATHAEE**, Yavar, ‘*The Artificial Intelligence Black Box and the Failure of Intent and Causation*’, Harvard Journal of Law & Technology Sayı: 2, Yıl: 2018, s. 890-938, <https://jolt.law.harvard.edu/assets/articlePDFs/v31/The-Artificial-Intelligence-Black-Box-and-the-Failure-of-Intent-and-Causation-Yavar-Bathae.pdf>, erişim tarihi 10.07.2021.
- BBC NEWS**, *Canada Facebook Fined \$6.5m Over ‘False’ Privacy Claims*, 2020, <https://www.bbc.com/news/world-us-canada-52640785>, erişim tarihi 13.07.2021.
- BBC NEWS**, *Vote Leave’s Targeted Brexit Ads Released by Facebook*, 2018, <https://www.bbc.com/news/uk-politics-44966969>, erişim tarihi 26.04.2021.
- BOERMAN**, Sophie / **KRUIKEMEIER**, Sanne / **ZUIDERVEEN BORGESIOUS**, Frederik, ‘*Online Behavioral Advertising: A Literature Review and Research Agenda*’, Journal of Advertising, Sayı: 3, Yıl: 2017, s. 363-376, <https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/00913367.2017.1339368>, erişim tarihi 15.07.2021.

- CAMBRIDGE DICTIONARY**, <https://dictionary.cambridge.org>, erişim tarihi 26.04.2021.
- COMPETITION AND MARKETS AUTHORITY**, *Celebrities Pledge to Clean Up Their Act on Social Media*, 2019, <https://www.gov.uk/government/news/celebrities-pledge-to-clean-up-their-act-on-social-media>, erişim tarihi 26.04.2021.
- CONGRESSIONAL RESEARCH SERVICE**, *Antitrust and "Big Tech"*, 2019, <https://crsreports.congress.gov/product/pdf/R/R45910>, erişim tarihi 13.07.2021.
- COŞKUN KARADAĞ**, Neslihan, *İnternet Ortamında Verilen Reklam Hizmetlerinin Vergilendirilmesi*, Vergi Raporu, Sayı: 236, Yıl: 2019, s. 74-89, <https://vergiraporu.com.tr/upImage/org/4f52355.pdf>, erişim tarihi 15.07.2021.
- CUMHURİYET GAZETESİ**, *Sosyal Medya Platformlarına 10'ar milyon TL Ceza*, 2020, <https://www.cumhuriyet.com.tr/haber/sosyal-medya-platformlarına-10ar-milyon-tl-ceza-1788376>, erişim tarihi 26.04.2021.
- CUMHURİYET GAZETESİ**, *TikTok'tan, Türkiye'ye temsilci atama kararı*, 2021, <https://www.cumhuriyet.com.tr/haber/tiktoktan-turkiyeye-temsilci-atama-karari-1804652>, erişim tarihi 26.04.2021.
- DATTA**, Amit / **TSCCHANTZ**, Michael Carl / **DATTA**, Anupam, 'Automated Experiments on Ad Privacy Settings: A Tale of Opacity, Choice, and Discrimination', Proceedings on Privacy Enhancing Technologies, Sayı: 1, Yıl: 2014, <https://arxiv.org/abs/1408.6491>, erişim tarihi 10.07.2021.
- DELOITTE**, *Türkiye'de Tahmini Medya ve Reklam Yatırımları - 2020 İlk 6 Ay Raporu*, 2020.
- DOLATA**, Ulrich, 'Apple, Amazon, Google, Facebook, Microsoft. Market Concentration - Competition - Innovation Strategies', SOI discussion paper, Sayı: 1, Yıl: 2017, ss. 33, <https://www.econstor.eu/bitstream/10419/152249/1/880328606.pdf>, erişim tarihi 26.04.2021.
- DÜLGER**, Murat Volkan / **ÖZKAN**, Onur, *Sosyal Medya Yasa Tasarısı Hakkında Görüşümüz*, Academia.edu, 2020, ss. 13, [https://www.academia.edu/43729381/Sosyal\\_Medya\\_Yasa\\_Tasarısı\\_Hakkında\\_Görüşümüz](https://www.academia.edu/43729381/Sosyal_Medya_Yasa_Tasarısı_Hakkında_Görüşümüz), erişim tarihi 26.04.2021.
- ERGİN**, Numan Emre, 'Fenomenlerin Faaliyeti Emek ve Şöhrete Dayanıyor', Platin, 2021, <https://www.platinonline.com/yazarlar/av-dr-numan-emre-ergin/fenomenlerin-faaliyeti-emek-ve-sohrete-dayaniyor-1076527>, erişim tarihi 26.04.2021.
- ERGİN**, Numan Emre, *Dijital Hizmet Vergisi'ne İlişkin Değerlendirmeler*, Dünya Gazetesi, 2020, <https://www.dunya.com/kose-yazisi/dijital-hizmet-vergisine-iliskin-degerlendirmeler/468782>, erişim tarihi 26.04.2021.
- ERGİN**, Numan Emre, *Sosyal Medya Şirketlerine Kesilen Cezalar ve Vergi*, Dünya Gazetesi, 2020, <https://www.dunya.com/kose-yazisi/sosyal-medya-sirketlerine-kesilen-cezalar-ve-vergi/488179>, erişim tarihi 26.04.2021.
- EUROPEAN COMMISSION**, *Antitrust: Commission Fines Google €1.49 Billion for Abusive Practices in Online Advertising*, 2019, [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP\\_19\\_1770](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_19_1770), erişim tarihi 26.04.2021.

- EUROPEAN COMMISSION**, *Cookies*, <https://wikis.ec.europa.eu/display/WEBGUIDE/04.+Cookies>, erişim tarihi 26.04.2021.
- EUROPEAN ECONOMIC AND SOCIAL COMMITTEE**, *Artificial Intelligence: EU law should set safe boundaries for high-risk applications, says EESC*, 2020, <https://bit.ly/3fm7quX>, erişim tarihi 26.04.2021.
- EUROPEAN PARLIAMENT**, *Is Data the New Oil?*, 2020, ss. 8, [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2020/646117/EPRS\\_BRI\(2020\)646117\\_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2020/646117/EPRS_BRI(2020)646117_EN.pdf), erişim tarihi 26.04.2021.
- FEDERAL TRADE COMMISSION**, *FTC Staff Reminds Influencers and Brands to Clearly Disclose Relationship*, 2017, <https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2017/04/ftc-staff-reminds-influencers-brands-clearly-disclose>, erişim tarihi 26.04.2021.
- FEDERAL TRADE COMMISSION**, *FTC Imposes \$5 Billion Penalty and Sweeping New Privacy Restrictions on Facebook*, 2019, <https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2019/07/ftc-imposes-5-billion-penalty-sweeping-new-privacy-restrictions>, erişim tarihi 13.07.2021.
- FINANCIAL EXPRESS**, *Google, Facebook Dominate Digital Advertising; Check How Much of the \$88-Billion Market They Control*, 2018, <https://bit.ly/3j9Ikk4>, erişim tarihi 26.04.2021.
- FONTE**, Giuseppe / **JONES**, Gavin, *Italy's Renzi Faces Uphill Struggle Over Google Tax Plan*, Reuters, 2015, <http://www.reuters.com/article/us-italy-tax-internetanalysis-idUSKCN0RU1HS20150930>, erişim tarihi 26.04.2021.
- FUTBOL MEDYA**, *Ronaldo Shook the World! The Sponsor Lifted the Cola-Cola from the Table, Said "Drink Water"*, <https://www.youtube.com/watch?v=Ulw3SsFICTs>, erişim tarihi 08.07.2021.
- GEDİK**, Yasemin, 'E-Posta Pazarlama: Teorik Bir Bakış', Uluslararası Yönetim Akademisi Dergisi, Cilt: 3, Sayı: 2, Yıl: 2020, <https://bit.ly/3fi9BX>, erişim tarihi 14.07.2021.
- GOOGLE**, *Google Ads Yardım*, <https://support.google.com>, erişim tarihi 26.04.2021.
- GÖKDEMİR**, Şaduman Şeyda / **AKINCI**, Semra, 'Çevrimiçi Davranışsal Reklamcılığa Yönelik Tüketici Tutumları ve Mahremiyet Endişeleri', Erciyes İletişim Dergisi Uluslararası Dijital Çağda İletişim Sempozyumu Özel Sayısı, Sayı: 1, Yıl: 2019, s. 21-38, <https://doi.org/10.17680/erciyesiletisim.483907>, erişim tarihi 14.07.2021.
- GÖRKEY**, Dilek, *İnternet Reklamcılığı: Etik ve Hukuk Sorunsalı*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2008, <https://bit.ly/2TPpqGE>, erişim tarihi 11.07.2021.
- GÜRKAYNAK**, Gönenç / **DURLU GÜRZUMAR**, Derya, 'İnternetin Ezber Bozan Ortamında ve Yenilikçi Dijital Pazarlarda Rekabet Hukuku Eğilimleri', Rekabet Dergisi, Sayı: 2, Yıl: 2015, s. 43-111, <https://www.jurix.com.tr/article/8192>, erişim tarihi 26.04.2021.
- GÜRKAYNAK**, Gönenç / **YILMAZ**, İlay / **KARA**, Pınar, *Türk İnternet Hukuku Uygulamasının ve Mevzuatının Evriminin İlk Dönemini Tamamlaması İçin Öneriler ve Gözlemler*, s. 2- 12, <https://bit.ly/3lnZm0z>, erişim tarihi 15.07.2021.

- ILGIN**, Hicran Özlem, ‘*Advergaming ve Marka İlişkisi*’, The Turkish Online Journal of Desing, Art and Communication (TOJDAC), Cilt: 3, Sayı: 1, Yıl: 2013, s. 24-33, <https://studylibtr.com/doc/5698880/advergaming-ve-marka-iliskisi>, erişim tarihi 15.07.2021.
- IRMAK**, İsmet, *Reklam Hukuku ve Aldatıcı/Yanılıcı Reklamlar*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ege Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir, 2009, <https://www.ulusaltezmerkezi.net/reklam-hukuku-ve-aldatici-reklamlar/>, erişim tarihi 07.07.2021.
- JOHNSON**, Joseph, *Google: Annual Advertising Revenue 2001-2020*, Statista, 2021, <https://www.statista.com/statistics/266249/advertising-revenue-of-google/>, erişim tarihi 26.04.2021.
- KABAN KADIOĞLU**, Zeynep, ‘*Uluslararası İletişim Düzeninde İnternet Tabanlı Küresel İletişim Şirketlerinin Rekabet Ortamları, Büyüme Stratejileri ve Toplumsal Dışsallıkları: Microsoft, Apple, Google ve Facebook*’, Erciyes İletişim Dergisi Uluslararası Dijital Çağda İletişim Sempozyumu Özel Sayısı, Sayı: 1, Yıl: 2019, s. 225-244, <https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/645249>, erişim tarihi 26.04.2021.
- KALAN**, Özlem, ‘*Yeni Medyada Reklam ve Etik Sorunlar*’, Atatürk İletişim Dergisi, Sayı: 10, Yıl: 2006, s. 71-89, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/397951>, erişim tarihi 14.07.2021.
- KARA**, Mustafa Cemil / **ÖZ**, Ersan, ‘*Dijital Vergilendirmeye Küresel Bir Bakış*’, Vergi Dünyası, Sayı: 424, Yıl: 2016, s. 30-37, <http://www.ersanoz.com/makaleler/15-12-2016-dijital-vergilendirmeye-kuresel-bir-bakis.pdf>, erişim tarihi 15.07.2021.
- KETIZMEN**, Muammer / **KART**, Aslihan, ‘*Kişisel veri ve rekabet hukuku kapsamında “Big data”*’, Kişisel Verileri Koruma Dergisi, Sayı: 1, Yıl: 2019, s. 64-76, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/738261>, erişim tarihi 14.07.2021.
- KIRCOVA**, İbrahim, *İnternette Pazarlama*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2012.
- KOCAMAN**, Berk, *Zihinleri ‘Shift’ Etmenin Zamanı Geldi!*, Marketing Türkiye, 2021, <https://www.marketingturkiye.com.tr/haberler/berk-kocaman-yazdi-bugun-neden-farkli/>, erişim tarihi 26.04.2021.
- KOÇYİĞİT**, Ahmet, *Geleneksel Reklamcılıktan Dijital Reklamcılığa Geçiş, Sosyal Medya Reklamcılığı ve Ortaya Çıkan Sorunlar*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2017, <https://bit.ly/37cibeP>, erişim tarihi 14.07.2021.
- KOETSIER**, John, *Digital Duopoly Declining? Facebook’s, Google’s Share of Digital Ad Dollars Dropping*, Forbes, 2018, <https://www.forbes.com/sites/johnkoetsier/2018/03/19/digital-duopoly-declining-facebooks-googles-share-of-digital-ad-dollars-dropping/?sh=780a5ebd60a8>, erişim tarihi 26.04.2021.
- LOMAS**, Natasha, *Competition Challenge to Facebook’s ‘Superprofiling’ of Users Sparks Referral to Europe’s Top Court*, Techcrunch, 2021, <https://techcrunch.com/2021/03/24/competition-challenge-to-facebooks-superprofiling-of-users-sparks-referral-to-europes-top-court/>, erişim tarihi 26.04.2021.
- MESTÇİ**, Aytaç, *Tanıtım ve Pazarlamanın Yeni Rekabet Alanı: İnternette Reklamcılık*, Pusula Yayıncılık, İstanbul, 2013.

- NTV**, *Dailymotion Türkiye'ye Temsilci Atadı*, 2021, <https://www.ntv.com.tr/teknoloji/dailymotion-turkiyeye-temsilci-atadi,bwsze-FDX0qZW2fUJm-Ulg>, erişim tarihi 26.04.2021.
- NTV**, *Twitter da Türkiye'de Temsilci Atıyor*, 2021, <https://www.ntv.com.tr/teknoloji/twitter-da-turkiyede-temsilci-atiyor,09VL6m45o0G-3lXPB71rWQ>, erişim tarihi 26.04.2021.
- OFFICE OF THE UNITED STATES TRADE REPRESENTATIVE**, *Report on Turkey's Digital Services Tax*, 2021, <https://ustr.gov/sites/default/files/enforcement/301Investigations/Report%20on%20Turkey%E2%80%99s%20Digital%20Services%20Tax.pdf>, erişim tarihi 26.04.2021.
- ÖĞUZ**, Sefer, '*Telif Hakkı İhlallerinden İnternet Servis Sağlayıcıların Sorumlulukları*', Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 12, Sayı: 1, Yıl: 2008, s. 149-184.
- OXFORD LEARNER'S DICTIONARIES**, [www.oxfordlearnersdictionaries.com](http://www.oxfordlearnersdictionaries.com), erişim tarihi 26.04.2021.
- ÖZBAKIR**, Ali Fuat, *İnternet Servis Sağlayıcılarının Hukuki Sorumluluğu*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kadir Has Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2016, <https://bit.ly/3ifdpna>, erişim tarihi 08.07.2021.
- ÖZDEMİR**, Semih Sırrı / **DOĞANAY**, M. Zahid, '*Bir Mecra Olarak Sosyal Medyanın Reklam Hukuku Açısından Değerlendirilmesi*', Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Sayı: 13, Yıl: 2019, s. 295-337, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/742604>, erişim tarihi 26.04.2021.
- PEKTAŞ**, Hasip, '*Reklâm Nedir? İşlevi ve Etkileri Nelerdir?*', Ondokuz Mayıs Üniversitesi Eğitim Fakültesi Dergisi, Cilt: 2, Sayı: 1, s. 221-230, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/188293>, erişim tarihi 26.04.2021.
- POLATER**, Salih, '*Kişisel Verilerin Reklam Amaçlı İşlenmesinde Hukuka Uygunluk Sebepleri*', Kişisel Verileri Koruma Dergisi, Sayı: 1, Yıl: 2019, s. 1-20, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/741785>, erişim tarihi 26.04.2021.
- REUTERS**, *U.S. to Announce, But Defer, Retaliation Over French Digital Tax: USTR*, 2020, <https://www.reuters.com/article/us-usa-trade-france-digital-idUSKBN24A377>, erişim tarihi 8.07.2021.
- SAĞLI**, Ahmet, *Türkiye'de Dijital Ekonominin Vergilendirilmesi*, EY, 2020, [https://www.ey.com/tr\\_tr/tax/turkiyede-dijital-ekonominin-vergilendirilmesi](https://www.ey.com/tr_tr/tax/turkiyede-dijital-ekonominin-vergilendirilmesi), erişim tarihi 26.04.2021.
- SAYAN**, Ömer Fatih, *Twitter*, 2021, <https://twitter.com/ofatihsayan/status/1350408379190161408?s=20>, erişim tarihi 26.04.2021.
- SCOTT**, David Meerman, *Pazarlamanın ve İletişimin Yeni Kuralları: Alıcılara Doğrudan Ulaşmak İçin Basın Bültenleri, Bloglar, Pod Yayını, Viral Pazarlama ve Online Medyadan Nasıl Faydalanılır?*, (çev. ÖZATA, Nadir), MediaCat Yayıncılık, İstanbul, 2009.
- SOLON**, Olivia, *Facebook's Failure: Did Fake News and Polarized Politics Get Trump Elected?*, The Guardian, 2016, <https://bit.ly/3CdNYdI>, erişim tarihi 26.04.2021.



- SPOTMAGAZINE**, *Coca-Cola by Cristiano Ronaldo*, <https://www.youtube.com/watch?v=ssLdptnMAUM&t=8s>, erişim tarihi 08.07.2021.
- SPUTNIK**, *Facebook: Türkiye'ye temsilci atama sürecini başlatmaya karar verdik*, 2021, <https://tr.sputniknews.com/turkiye/202101181043600290-facebook-turkiyeye-temsilci-atama-surecini-baslatmaya-karar-verdik/>, erişim tarihi 26.04.2021.
- SPUTNIK**, *LinkedIn, Türkiye'ye Temsilci Atayacak*, 2021, <https://tr.sputniknews.com/turkiye/202101161043590544-linkedin-turkiyeye-temsilci-atayacak/>, erişim tarihi 26.04.2021.
- STATISTA**, *Average Weekly Hours Spent Playing Video Games in Selected Countries Worldwide as of January 2021*, 2021, <https://www.statista.com/statistics/273829/average-game-hours-per-day-of-video-gamers-in-selected-countries/>, erişim tarihi 26.04.2021.
- STATISTA**, *Most Popular Social Networks Worldwide as of January 2021-Ranked by Number of Active Users*, 2021, <https://www.statista.com/statistics/272014/global-social-networks-ranked-by-number-of-users/>, erişim tarihi 26.04.2021.
- SÜAR**, Arda, 'Sosyal Medyanın Geleneksel Reklam Araçlarına Göre Hedef Kitle Belirlemedeki Avantajları', Kocaeli Üniversitesi, Online Academic Journal of Information Technology, Sayı: 28, Yıl: 2017, Kocaeli, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/1113916>, erişim tarihi 14.07.2021.
- ŞAHİNCİ**, Dilek, *İnternette Aldatıcı Reklam ve Reklam Verenlerin Sorumluluğu*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2011.
- T24 ELEKTRONİK GAZETE**, *Türkiye'de Temsilci Bulundurmayan Sosyal Medya Platformlarına İkinci Ceza: 30'ar milyon TL*, 2020, <https://bit.ly/3j41Iis>, erişim tarihi 26.04.2021.
- TANDOĞDU**, Gökçe Naz, *Sosyal Medya Etkileyicisinin Hukuka Aykırı Reklamları Nedeniyle Doğan Zararlardan Sorumluluğu*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Koç Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2019, <https://tez.yok.gov.tr/Ulusal-TezMerkezi/tezDetay.jsp?id=ifNRs23GWitQNh2nbDQjPQ&no=OzczoEq2jAxAVJNMs4FMDQ>, erişim tarihi 14.07.2021.
- TANKOVSKA**, Hristina, *Facebook's Advertising Revenue Worldwide from 2009 To 2020*, Statista, 2021, <https://www.statista.com/statistics/271258/facebooks-advertising-revenue-worldwide/>, erişim tarihi 26.04.2021.
- TANKOVSKA**, Hristina, *Facebook: Annual Revenue 2009-2020, By Segment*, Statista, 2021, <https://www.statista.com/statistics/267031/facebooks-annual-revenue-by-segment/>, erişim tarihi 26.04.2021.
- TAŞKAYA**, Merih / **TALAY**, Ömür, 'Dijital Gözetimin Pazarlama Amaçlı Aracıları: "Çerezler" ve Çerez Kullanımında "Açık Rıza"', Akdeniz Üniversitesi İletişim Fakültesi Dergisi, Sayı: 31, Yıl: 2019, s. 356-376, <https://dergipark.org.tr/tr/pub/akil/article/534603>, erişim tarihi 15.07.2021.
- TEVETOĞLU**, Mete, 'Advertising Practices in Searching Engines and Arising Disputes', Prof. Dr. Mehmet Akad'a Armağan, İstanbul 2021, s. 831-866.

- THE INFORMATION COMMISSIONER'S OFFICE**, *ICO issues maximum £500,000 fine to Facebook for failing to protect users' personal information*, 2018, <https://bit.ly/3xpKDVd>, erişim tarihi 15.07.2021.
- THE UNITED STATES TRADE REPRESENTATIVE**, *Initiation of Section 301 Investigations of Digital Services Taxes*, 2020, <https://ustr.gov/sites/default/files/assets/frn/FRN.pdf>, erişim tarihi 8.07.2021.
- TOLU**, Abdullah, *'Google, Facebook, Instagram, Amazon ve Twitter Reklamlarına Stopaja Yargı Freni'*, <https://www.dunya.com/kose-yazisi/google-facebook-instagram-amazon-ve-twitter-reklamlarina-stopaja-yargi-freni/603464> (erişim tarihi 25.09.2021).
- TRT HABER**, *Arnavutluk'taki Basın Toplantısına THY Arası*, <https://www.youtube.com/watch?v=dAphttps://www.youtube.com/watch?v=dApReSLfQV0ReSLfQV0>, erişim tarihi 08.07.2021.
- TÜRK DİL KURUMU**, *Büyük Türkçe Sözlük*, [www.tdk.gov.tr](http://www.tdk.gov.tr), erişim tarihi 26.04.2021.
- U.S. HOUSE OF REPRESENTATIVE**, *Investigation of Competition in Digital Markets-Majority Staff Report and Recommendations*, 2020, [https://judiciary.house.gov/uploadedfiles/competition\\_in\\_digital\\_markets.pdf?utm\\_campaign=4493-519](https://judiciary.house.gov/uploadedfiles/competition_in_digital_markets.pdf?utm_campaign=4493-519), erişim tarihi 10.07.2021.
- ULUSLARARASI TİCARET ODASI**, *Uluslararası Reklam Uygulama Esasları*, <https://ird.org.tr/assets/pdf/icc-1.pdf>, erişim tarihi 26.04.2021.
- US TRADE REPRESENTATIVE OFFICE**, *USTR Announces Initiation of Section 301 Investigation into France's Digital Services Tax*, 2019, <https://ustr.gov/about-us/policy-offices/press-office/press-releases/2019/july/ustr-announces-initiation-section-301>, erişim tarihi 26.04.2021.
- VESTAGER**, Margrethe, *Competition in a Big Data World*, European Commission, 2016, [https://wayback.archive-it.org/12090/20191129204050/https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2014-2019/vestager/announcements/competition-big-data-world\\_en](https://wayback.archive-it.org/12090/20191129204050/https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2014-2019/vestager/announcements/competition-big-data-world_en), erişim tarihi 26.04.2021.
- WHITE**, Tiffany Barnett / **ZAHAY**, Debra / **THORBJØRNSEN**, Helge / **SHAVITT**, Sharon, *'Getting Too Personal: Reactance to Highly Personalized Email Solicitations'*, *Marketing Letters*, Sayı: 19(1), Yıl: 2008, s. 39-50, <https://www.researchgate.net/publication/5153026>, erişim tarihi 15.07.2021.
- WONG**, Julia Carrie, *Mark Zuckerberg Apologises for Facebook's 'Mistakes' Over Cambridge Analytica*, *The Guardian*, 2018, <https://www.theguardian.com/technology/2018/mar/21/mark-zuckerberg-response-facebook-cambridge-analytica>, erişim tarihi 26.04.2021.
- ZEVKLİLER**, Aydın / **ÖZEL**, Çağlar, *Tüketicilerin Korunması Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016.

# Türk Yabancılar Hukuku Kapsamında “Yabancı Kaçak İşçi” Kavramı

## The Concept of ‘Illegal Foreigner Worker’ within the Scope of Turkish Foreigners Law

Dr. Öğr. Üyesi Gülce GÜMÜŞLÜ TUNÇAĞIL(\*)

### Öz:

Türkiye Cumhuriyeti Devletinin jeopolitik konumu sebebiyle transit ülke ve özellikle son dönemlerde hem sınır hem yakın coğrafyadaki ülkelerden yoğun şekilde göç alan bir ülke olması sonucunda ülkemizde yaşayan yabancı sayısı giderek artmaktadır. Yaşamlarını sürdürmek amacıyla çalışması gereken yabancılardan hukuken geçerli çalışma izni olmadan çalışan kişiler ‘kaçak işçi’ konumundadırlar. Yabancı kaçak işçi kavramı, temel olarak yabancının çalışma izni veya çalışma izni muafiyeti almadan çalışması veya çalışma izni olmasına rağmen hukuken çalışmaması gereken iş ve meslekleri icra etmesini ifade eder ve kayıt dışı istihdamın bir parçasıdır.

Kaçak işçi istihdamı ülkemizde ciddi bir sorun teşkil etmektedir. Kaçak işçi olarak çalışma ve çalıştırılma durumu insan hakları hukuku, yabancılar hukuku, iş ve sosyal güvenlik hukuku, vergi hukuku, idare hukuku ve ceza hukuku gibi hukukun farklı dalları açısından da ele alınması gereken çeşitli hukukî sorunlara yol açmaktadır.

Düzensiz göçün parçası olan kaçak işçilik kavramı, çalışmamızda yabancılar hukuku açısından ele alınarak; kaçak işçi olarak çalışma ve çalıştırılma durumunda hem yabancı çalışan hem işveren açısından mevzuatımıza göre uygulanan yaptırımlar hakkında değerlendirmelerde bulunulacaktır.

### Anahtar Kelimeler:

Kayıt Dışı İstihdam, Yabancı, Kaçak İşçi, Yabancılar Hukuku, Uluslararası İşgücü Kanunu.

### Abstract:

Due to Republic of Turkey’s geopolitical position, the number of foreigners’ in our country is increasing gradually, as a result of its character as being a transit country and a country that receives intensive immigration in recent years. Foreigners working without legally work permit in our country are in position of illegal workers. The concept of

(\*) Çankaya Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı.

E-posta: ggumuslu@cankaya.edu.tr.

Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0001-8076-7807>.

Hakem denetiminden geçmiştir.

Makale Gönderim Tarihi: 18.08.2021.

Makale Kabul Tarihi: 16.10.2021.

illegal foreign worker basically means that the foreigner performs jobs and professions without having a work permit or work permit exemption and works in a legally prohibited jobs or profession. This concept is a part of unregistered employment.

Illegal foreign worker is a serious problem in our country. Working and being employed as an illegal worker leads to various legal problems that need to be addressed in terms of different branches of law such as human rights law, foreigners law, labor and social security law, tax law, administrative law and criminal law.

In our study, the concept of illegal worker, which is a part of irregular migration, will be discussed in terms of foreigners' law and the sanctions both for the illegal worker and his/her employer applied according to our legislation will be evaluated.

### Keywords:

Unregistered Employment, Foreigner, Illegal Worker, Foreigners Law, Law on International Labour Force.

## GİRİŞ

Türkiye, 1960'lı yıllarda göç veren bir ülke konumundayken, daha sonraları jeopolitik konumu ve özellikle içinde bulunduğu coğrafyada yer alan diğer ülkelerin yaşadığı ekonomik sorunlar ve savaşlar nedeniyle hem göç yolları bakımından transit ülke hem göç alan bir ülke konumuna gelmiştir.<sup>1</sup> Çalışmamızda da değineceğimiz üzere Türkiye düzenli ve düzensiz göç alan bir ülkedir. Dünyanın farklı yerlerinden ekonomik sıkıntılar, politik sorunlar, insan hakları ihlalleri gibi çeşitli sebeplerle ülkemize gelen kişiler, düzensiz göçün ve bağlantılı olarak yabancı kayıt dışı istihdamın artmasına sebep olmaktadır.

Çalışma konumuz olan yabancı kaçak işçi kavramı, kayıt dışı istihdamın ve kayıt dışı istihdamın parçası olan kayıt dışı ekonominin alt kavramı, aynı zamanda görünen yüzüdür. Şöyle ki, *“kayıt dışı istihdam; kendi adına ya da bağımlı çalışanların çalışmalarının ve/veya elde ettikleri ücret ve kazançların ilgili kamu kurum ve kuruluşlarına (vergi dairesi, sosyal güvenlik kurumları vb.) hiç bildirilmemesini ya da gün veya ücret olarak eksik bildirilmesini ifade eder ve kayıt dışı istihdam resmi ve özel sektörlerde ortaya çıkabilmektedir”*.<sup>2</sup> Kayıt dışı istihdamın içinde yer aldığı en üst başlık olan kayıt dışı ekonomi ise; işverenler, işçiler veya kendi hesabına çalışanların, özellikle vergi-sigorta primlerinden kaçınmak üzere kayıt dışı, yani kazançlarını ilgili kurumlara bildirmemeleri sonucu resmî ista-

<sup>1</sup> Uluslararası İşgücü Kanunu Genel Gerekeşi ve Madde Gerekeşeleri için bkz. Sayı 31853594-101- 1309-1696, 23.06.2016, www.tbmm.gov.tr, erişim tarihi Kasım 2020; Ahmet İçduygu / Damla B. Aksel, *Türkiye’de Düzensiz Göç*, Uluslararası Göç Örgütü Yayınları, Ankara, 2012, s. 7.

<sup>2</sup> Başbakanlık, *Kayıt Dışı İstihdamla Mücadele (KADİM) Projesi ile ilgili 2006/28 Sayılı Genelge*, 04 Ekim 2006 Tarihli Resmî Gazete, Sayı: 26309, s. 1. (KADİM Projesi).

tistik yöntemlere ve hesaplara yansımayan ekonomik faaliyetlerde bulunmaları neticesinde oluşan ekonomik faaliyetlerdir.<sup>3</sup>

Kayıt dışı ekonominin dış görünüşlerinden biri olan kayıt dışı istihdamın önemli unsurlarından biri yabancı kaçak işçi çalıştırmaktır. Yabancı kaçak işçilerin yanı sıra çocuk işçiler, ikinci bir işte çalışanlar veya emekliler de<sup>4</sup> yine kayıt dışı istihdamın dışı yansıyan yüzleridir.

İşverenlerin kaçak işçi çalıştırmayı tercih etme nedenlerinden en önemlisi ekonomiktir. Şöyle ki, işverenin kaçak işçi olarak çalıştırdığı kişilere ödeyeceği ücret genelde kayıtlı çalışanlarına verdiği ücrete nazaran daha az olduğu ve bu kişiler üzerinden sosyal güvenlik yükümlülüklerini de yerine getirmediği görülmektedir. Böylece çalıştırdığı yabancı kaçak işçi başına işverenin maliyeti düşmektedir.<sup>5</sup>

Güncel verilere baktığımızda Türkiye İstatistik Kurumu, Türkiye’de vatan-dış-yabancı ayrımı yapmaksızın herhangi bir sosyal güvenlik kurumuna bağlı olmadan çalışanlar olarak nitelendirdiği kayıt dışı çalışanların oranını Ağustos 2020 tarihi itibarıyla %32,9; bu kişilerin tarım dışı sektörde çalışma oranını %20,6 ve tarım sektöründe çalışma oranını ise %85 olarak açıklamıştır.<sup>6</sup> Yine aynı istatistiğe göre, kayıt dışı çalışan erkeklerin toplam oranı %29,7 iken kayıt dışı kadın çalışanların oranı %40,1’dir. Tarım ve tarım dışı sektörlerde kayıt dışı olarak çalışan kadın ve erkeklerin oranı da yüksektir. Tarım sektöründe kayıt dışı çalışan erkeklerin oranı %77,9 iken kadınların %95; tarım dışı sektörde kayıt dışı çalışan erkeklerin oranı %20,4, kadınların ise %21,1’dir. Türkiye’de yabancı kaçak işçi oranının ne kadar olduğuna ilişkin istatistiklere net bir şekilde ulaşılmamakla<sup>7</sup> birlikte İstanbul Serbest Muhasebeci Mali Müşavirler Odası’nın 2012 yılında yayınladığı rapora göre, *Türkiye’de bir yılda kaçak olarak çalışan yabancı işçi sayısı yaklaşık 200 bin ve bu işçilerin kayıt dışı ekonomi nedeniyle işverenlere sağ-*

<sup>3</sup> KADİM Projesi, s. 1.

<sup>4</sup> Adnan Mahiroğulları, ‘Türkiye’de Kayıtdışı İstihdam ve Önlemeye Yönelik Stratejiler’, Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, Sayı 22/2, Yıl: 2017, Isparta, s. 548; Hasan Dönmez, *Türkiye’de Kayıt Dışı İstihdam*, Legal Yayıncılık, 2020, s. 48.

<sup>5</sup> Başbakanlık Genelgesinde açıklanan kayıt dışı istihdama yol açan diğer nedenler şunlardır: bürokratik işlemlerin fazlalığı, etkin denetimin gerçekleştirilememesi, tarafların bilgilendirme ve bilinçlendirilme konularındaki eksiklik, sosyal güvenlik hizmetlerinin yeterince cazip görünmemesi, işsizlik oranının yüksekliği ve istihdamın katma değerinin düşük ve işgücünün eğitimsiz olması, kamu kurumları arasındaki koordinasyon ve işbirliği eksikliği, çalışma ilişkilerinde meydana gelen değişimler ve gelir dağılımındaki adaletsizlik, yoksulluk ve işsizlik. KADİM Projesi s. 2, 4.

<sup>6</sup> Türkiye İstatistik Kurumu İşgücü İstatistikleri Ağustos 2020, Yayın Tarihi 10 Kasım 2020, Sayı 33792, Resmî İnternet sitesi <https://data.tuik.gov.tr>, erişim tarihi Kasım 2020.

<sup>7</sup> Oğuzhan Aslantürk / Yusuf Erdem Tunç, ‘Yabancıların Türkiye’de Kayıtdışı İstihdamı’, Aksaray Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, Sayı 10/4, Yıl: 2018, Aksaray, s. 16.

*ladığı haksız kazanç ise 15 yılda 22 milyar lirayı geçmektedir.*<sup>8</sup> Yine aynı raporda Suriye,<sup>9</sup> İran, Ukrayna, Rusya Federasyonu, Gürcistan ve Azerbaycan’dan gelen kişilerin, yoğunlukla yabancı kayıt dışı olarak istihdam edildiği belirtilmiştir.

Çalışmamızda yabancı kayıt dışı istihdamın görünen yüzü olan kaçak işçi kavramı ve yabancılar hukuku açısından yabancı kaçak işçi olarak çalışma ve çalıştırılması durumunda uygulanan yaptırımlar üzerinde bir değerlendirme yapılacaktır. Son kısımda kayıt dışı istihdamın ceza hukuku, vergi hukuku ve iş hukukundaki sonuçlarına ilgili olduğu ölçüde ve yabancılar hukuku ile paralellik kurularak sınırlı bir şekilde değinilecektir.

## I. YABANCI KAÇAK İŞÇİ KAVRAMI

Yabancı kaçak işçi kavramını ele almadan önce göç, göçmen ve düzensiz göç kavramları üzerinde durmayı uygun görüyoruz. 4.4.2013 tarihli ve 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanununun (YUKK)<sup>10</sup> 3/1. maddesine göre göç, “*yabancıların, yasal yollarla Türkiye’ye girişini, Türkiye’de kalışını ve Türkiye’den çıkışını ifade eden düzenli göç ile yabancıların yasa dışı yollarla Türkiye’ye girişini, Türkiye’de kalışını, Türkiye’den çıkışını ve Türkiye’de izinsiz çalışmasını ifade eden düzensiz göçü ve uluslararası korumayı*” ifade etmektedir. Böylece Türk hukukunda göç, düzenli ve düzensiz göç şeklinde gerçekleşmektedir. Genel olarak hukuka uygun şekilde Türkiye’ye giriş yapılması, ikamet veya seyahat edilmesi ya da çalışılması düzenli göç, bunu gerçekleştiren yabancı ise düzenli göçmen; hukuka aykırı şekilde Türkiye’ye giriş yapılması, ikamet veya seyahat edilmesi ya da çalışılması düzensiz göç, bunu gerçekleştiren yabancı ise düzensiz göçmen olarak değerlendirilmektedir.<sup>11</sup> Çalışmamızın konusu olan ya-

<sup>8</sup> İstanbul Serbest Muhasebeci Mali Müşavirler Odası, “*Yabancı Kaçak İşçiler ve Türkiye’ye Göç Hareketi Raporu*”, 24.06.2012, Sayı 2012/9, erişim tarihi Kasım 2020. Ayrıca düzensiz göçe ilişkin çeşitli istatistikî veriler için bkz. İçduygu / Aksel, s. 20 vd.

<sup>9</sup> Birleşmiş Milletlerin raporunda 2016 yılından itibaren 80.000’nin üzerinde çalışma izninin Suriyelilere verildiği belirtilmiştir. UNHCR (Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği) Durable Solutions for Syrian Refugees July/August 2019, s. 3, <https://www.unhcr.org/tr/wp-content/uploads/sites/14/2020/09/SB2019-TR-04092020.pdf>, erişim tarihi Ağustos 2021. Öte yandan Dünya Çalışma Örgütü (International Labour Organization) tarafından yapılan bir çalışmaya göre Türkiye’de bulunan Suriyelilerin kayıt dışı çalışma oranının oldukça yüksek olduğu ifade edilmiştir. Bkz. International Labour Organization, Syrians in the Turkish Labour Market, 2017, s. 1, [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/--ilo-ankara/documents/genericdocument/wcms\\_738618.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/--ilo-ankara/documents/genericdocument/wcms_738618.pdf), erişim tarihi Ağustos 2021. Ayrıca Türkiye’de bulunan Suriyelilerin durumuna ilişkin yapılan çalışma için bkz. Murat Erdoğan, Suriyeliler Barometresi 2019: Suriyelilerle Uyum İçinde Yaşamın Çerçevesi, Orion Kitabevi, Ankara, 2020, s. 42-44, 136-137, <https://www.unhcr.org/tr/wp-content/uploads/sites/14/2020/09/SB2019-TR-04092020.pdf>.

<sup>10</sup> RG. 11.4.2013/28615.

<sup>11</sup> Nuray Ekşi, *Yabancılar ve Uluslararası Koruma Hukuku*, 5. Baskı, Beta Basım, İstanbul, 2018, s. 1.

bancı kaçak işçi düzensiz göçün bir parçasıdır. Ayrıca genel olarak diğer hukuk düzenlerinde bu kişiler “*hukuk dışı göçmen işçi (illegal migrant workers), belgesiz göçmen işçi (non-documented) veya gizli göçmen (clandestine)*” olarak da nitelendirilmektedir.<sup>12</sup>

Öğretide, yabancı ülkelerde çalışmak amacıyla hukuka uygun şekilde bulunan kişiler “*göçmen işçi/düzenli işçi*” olarak tanımlanmaktadır ve başka ülkelerde kendi rızaları ile bulunmaları ekonomik nedenlere dayandığı için göçmen, aşağıda ele alacağımız, uluslararası koruma veya geçici koruma kavramlarından farklıdır.<sup>13</sup> Genel olarak bu kişiler ya hukuka uygun olmayan yollarla ülkeye girenler ya da hukuka uygun yollarla ülkeye girip çalışma izni olmadan çalışanlardır.<sup>14</sup>

Aslında bir ülkede bulunan bütün yabancılar genel olarak göçmen olarak kabul edilmektedir.<sup>15</sup> Şöyle ki “turistler, sağlık ve eğitim amacıyla gelen yabancılar, yabancı işçiler, ülkeye kaçak olarak giriş yapanlar veya kaçak duruma düşen yabancılar, yabancı girişimciler, mülteciler, uluslararası doktrinde ve uygulamada göçmen kategorisinde değerlendirilmektedir”.<sup>16</sup> Kendi ülkesinde zulme uğrama korkusu olmadan bir başka ülkeye yaşamak için giden kişiler genel olarak göçmen olarak ifade edilmektedir.<sup>17</sup> Ancak Türk yabancılar hukuku açısından göçmen tanımı farklıdır<sup>18</sup> ve göçmen tanımı, 19.09.2006 tarihli ve 5543 sayılı İskân Kanunu hükümlerine göre yapılmaktadır.<sup>19</sup> Söz konusu kanun uyarınca Türk soyundan ve Türk kültürüne bağlı olan ve Türkiye’ye yerleşmek amacıyla gelen yabancılar göçmendir (m.3/d, m.4). Örneğin 1989 yılında Bulgaristan’dan gelen Türk soyundan kişiler, o dönemde İskân Kanunu kapsamında göçmen olarak işlem görmüşlerdir.<sup>20</sup>

<sup>12</sup> Işıl Özkan, Göç, İltica ve Sığınma Hukuku, Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu ve Uluslararası İşgücü Kanunu ile Getirilen Değişikliklerle, Güncellenmiş 3. Baskı, Seçkin, Ankara, 2018, s. 132’den naklen.

<sup>13</sup> Özkan, s. 132.

<sup>14</sup> Özkan, s. 133.

<sup>15</sup> Ekşi, s. 5.

<sup>16</sup> Bülent Çiçekli, ‘Mülteci, Sığınmacı ve Göçmenler: Sınıflandırma ve Yasal Statünün Belirlenmesine İlişkin Sorunlar’, Vatandaşlık, Göç, Mülteci ve Yabancılar Hukukundaki Güncel Gelişmeler, Uluslararası Sempozyum Bildirileri, 15-16 Mayıs 2009, Anadolu Üniversitesi, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Yıl: 2010, Ankara, s. 332-333.

<sup>17</sup> Sibel Özel, ‘Uluslararası Koruma Başvuru Sahibi, Uluslararası Koruma Sahibi ile Geçici Koruma Altına Alınanların Hukuki Statülerinin Sığınmacı ve Göçmen Kavramları Özelinde Değerlendirilmesi’, Uludağ Journal of Economy and Society / B.U.Ü. İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi Sayı 37/, Yıl: 2018, s. 269 (Uluslararası Koruma).

<sup>18</sup> Özkan, 132; Ekşi, s. 5; Sibel Özel, ‘Türkiye’de Suriyelilerin Hukukî Statüsü’, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı XVII/2, Yıl: 2020, İstanbul, s. 709, 720 (Hukukî Statü).

<sup>19</sup> R.G. 26.09.2006/26301.

<sup>20</sup> Ekşi, s. 5.

## A. Kavram Hakkında Ortaya Konan Bazı Tanımlar

Türk hukukunda yabancı kaçak işçi kavramına ilişkin çeşitli tanımlar söz konusudur. Bu tanımlardan biri; bulunduğu ülkeye vatandaşlık bağı ile bağlı olmadan, mevcut yasal düzenlemelere uygun oturma, çalışma veya konaklama izni bulunmadan çalışan bireyin kaçak işçi olduğu şeklindedir.<sup>21</sup> Bir başka tanım ise, çalışması izne tâbi olan ve ülke mevzuatına uygun çalışmayan yabancıdır.<sup>22</sup> Bu tanımların dışında Başbakanlık döneminde 2006 yılında çıkarılan genelge ile yabancı kaçak işçi sorunu değerlendirilmiş ve yabancı kaçak işçi olarak kabul edilecek kişiler şu şekilde gruplandırılmıştır:<sup>23</sup>

- *Türkiye'ye hukuka uygun olarak girip, çalışma izni almadan çalışanlar.* Ayrıca, çalışma izni almadan çalışmanın yanında yabancılara yasaklı iş ve meslek kollarında çalışmak ve çalışma izninde belirtilen iş veya meslek kolları dışında çalışmak da bu gruba dâhil edilmelidir.<sup>24</sup>
- *Türkiye'ye hukuka uygun olarak girmeyip yine hukuka uygun bir şekilde çalışmayanlar.* Aslında aynı ilk gruptaki gibi çalışma izni olmadan ve yasaklı iş ve meslek kollarında çalışan yabancılar kastedilmektedir.
- *Türkiye'ye yasal yollardan giriş yaparak, vatandaşlık için başvurup ikamet tezkeresi ile oturanlar ve çalışanlar.* Şu anda yürürlükte bulunan mevzuat çerçevesinde artık ikamet tezkeresi kavramı yerine ikamet izni kavramı kullanılmaktadır.<sup>25</sup> Bu grup ile hangi kişilerin kastedildiği genelge metninde açıkça yer almamaktadır. Burada kastedilen vatandaşlık başvurusunda bulunan kişilerin, Türkiye'de kalabilmeleri için kendilerine verilen ikamet izni ile vatandaşlık başvuruları sonuçlanmadan Türkiye'de çalışmaya başlamalarıdır. Burada bahsedilen grubun İskân Kanunu kapsamında göçmen olarak kabul edilen kişiler olduğunu değerlendiriyoruz.<sup>26</sup> Bir kişinin göçmen olarak nitelendirilmesinde iki temel unsur söz konusudur, biri kişinin kendi rızası ile bir başka ülkeye göç etmesi; diğeri kişinin geldiği ülkeye yerleşme

<sup>21</sup> KADİM Projesi, s. 2.

<sup>22</sup> *Yabancıların Çalışma İzinleri Uygulama Rehberi*, T.C. Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Yayın No. 10, Ankara 2014, s. 19. Benzer tanımlar için bkz. Hakan Keser, 'Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanun Tasarısı Işığında Türkiye'de Yabancıların Çalışma Hakkı ve Yabancı Kaçak İşçilik', Kamu İş (İş Hukuku ve İktisat Dergisi), Sayı 7/2, Yıl: 2003, s. 39; Elçin Savur, *Türk-Yabancılar Hukuku Çerçevesinde Yabancıların Çalışma Hakkı ve Buna İlişkin Sınırlamalar*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2016, s. 196.

<sup>23</sup> *Kayıt Dışı İstihdamla Mücadele (KADİM) Projesi ile ilgili 2006/28 Sayılı Başbakanlık Genelgesi*.

<sup>24</sup> Savur, s. 197.

<sup>25</sup> Bkz. 4.4.2013 tarihli ve 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu m.19 vd.

<sup>26</sup> Aynı yönde bkz. Savur, s. 198.



niyetidir.<sup>27</sup> Nitekim yukarıda üzerinde durduğumuz İskân Kanunu’nun 3/d ve 4. maddeleri kapsamında sınır dışı edilmeyen ve güvenlik bakımından Türkiye’ye gelmeleri sakıncalı olmayan Türk soyundan ve Türk kültürüne bağlı olup yerleşmek amacıyla Türkiye’ye gelen kişiler göçmen olarak kabul edilir. Bu kişilerin yurda kabulüne, yurtda barınmalarına, iskân yardımlarına ve Türk vatandaşlığına kabulüne<sup>28</sup> ilişkin düzenlemelere İskân Kanununda yer verilmiştir. Ayrıca bu kişilerin Türkiye’de çalışabilmeleri için ilerleyen kısımlarda üzerinde duracağımız üzere 25 Eylül 1981 tarihli ve 2527 sayılı Türk Soylu Yabancıların Türkiye’de Meslek ve Sanatlarını Serbestçe Yapabilmelerine, Kamu, Özel Kuruluş veya İşyerlerinde Çalıştırılabilmelerine İlişkin Kanunun<sup>29</sup> 3. ve 28 Temmuz 2016 tarihli ve 6735 sayılı Uluslararası İşgücü Kanununun (UİK)<sup>30</sup> 16/ç maddelerine göre, İçişleri ve Dışişleri Bakanlıkları ile diğer ilgili bakanlık ve kuruluşların görüşleri alınarak Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca çalışma izni verilmelidir. Aslında yukarıdaki iki grupta olduğu gibi bu grup açısından da çalışma iznine ihtiyaç olmadan çalışma söz konusudur.

- “Türkiye’ye yasal olarak giriş yapıp, başka ülkeye geçmek için çaba sarf ederken çalışanlardır”. Yine aynı şekilde bu grupta da çalışma izni olmadan çalışma mevcuttur.
- Genelgede bahsedilen son grup “mülteci olarak çalışanlar”dır. Bu noktada ülkemizde genel olarak kullanılan mülteci kavramının, hukukî anlamdaki mülteci statüsünden farklı olduğu önemle belirtilmelidir. Türk yabancılar hukuku bakımından mülteci, Türkiye Cumhuriyeti Devletinin taraf olduğu Mültecilerin Hukukî Durumuna Dair 1967 Protokolüyle değişik 28 Temmuz 1951 tarihli Mültecilerin Hukuki Durumuna Dair Sözleşme kapsamında tanımlanmaktadır.<sup>31</sup> Sözleşmenin 1. maddesi uyarınca mülteci “1 Ocak

<sup>27</sup> Özkan, s. 130.

<sup>28</sup> Nitekim bu konuda karşılaştırmız: 29.05.2009 tarihli ve 5901 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanununun 12/1/d hükmü. RG. 12.06.2009/27256.

<sup>29</sup> RG. 29.9.1981/17473. Ayrıca bkz. Türk Soylu Yabancıların Türkiye’de Meslek ve Sanatlarını Serbestçe Yapabilmelerine, Kamu veya Özel Kurum, Kuruluş veya İşyerlerinde Çalıştırılabilmelerine Dair Kanunun Uygulanması Hakkındaki Yönetmelik (RG. 14.01.1983/17928).

<sup>30</sup> RG. 13.08.2016/19800.

<sup>31</sup> Cenevre’de 28 Temmuz 1951 tarihinde imzalanmış olan Mültecilerin Hukuki Durumuna Dair Sözleşmenin Onaylanması Hakkında Kanun, Kanun No. 359, Kabul Tarihi 29.8.1961; RG. 05.09.1961/10898. Mültecilerin Hukukî Durumuna Dair Sözleşmenin zaman ve mekân bakımından tadilini öngören ve Birleşmiş Milletler Genel Kurulunun 2198 (XXI) sayılı kararıyla kabul edilmiş bulunan «Mültecilerin Hukukî Durumuna Dair Protokol, RG. 05.08.1968/12968. Bu Protokol uyarınca ihtirazî kayıt ve coğrafi sınırlama bakımından Sözleşmenin sadece Avrupa’da cereyan eden hâdiseler neticesinde talep edilen sığınmalara uygulanacağı şartıyla katılma kararlaştırılmıştır.

1951 den evvel cereyan eden hâdiseler neticesinde ve ırkı, dinî, tabiiyeti, muayyen bir gruba mensubiyeti veya siyasi kanaatleri yüzünden takibata uğrayacağından haklı olarak korktuğu için vatandaşı olduğu devletin ülkesi dışında bulunan ve bu devletin korumadan yararlanmayan veya yaşadığı korkuya dayanarak yararlanmak istemeyen ya da vatansız olan ve söz konusu hâdiseler sonucunda önceden mutaden oturduğu ülke dışına dönemeyen veya yaşadığı korkuya dayanarak dönmek istemeyen kişi” olarak tanımlanmıştır. Sözleşme hükümlerine uygun olarak YUKK’un 61. maddesine göre mülteci “Avrupa ülkelerinde meydana gelen olaylar nedeniyle; ırkı, dini, tabiiyeti, belli bir toplumsal gruba mensubiyeti veya siyasi düşüncelerinden dolayı zulme uğrayacağından haklı sebeplerle korktuğu için vatandaşı olduğu ülkenin dışında bulunan ve bu ülkenin korumasından yararlanamayan ya da söz konusu korku nedeniyle yararlanmak istemeyen yabancıya veya bu tür olaylar sonucu önceden yaşadığı ikamet ülkesinin dışında bulunan, oraya dönemeyen veya söz konusu korku nedeniyle dönmek istemeyen vatansız kişidir”. Bu şartları taşıyan yabancılar, Türkiye’de mülteci statüsüne başvurabilirler<sup>32</sup> ve yetkili mercilerin bu yöndeki kararı kurucu değil açıklayıcı niteliktedir.<sup>33</sup>

Mülteciler, YUKK kapsamında uluslararası korumadan yararlanan bir gruptur. Uluslararası korumadan yararlanan diğer gruplar, şartlı mülteciler ve ikincil koruma statüsü sahipleridir. Şartlı mülteci statüsü, mültecilerden farklı olarak Avrupa dışında meydana gelen olaylar nedeniyle, ırkı, dini, belirli bir toplumsal gruba mensubiyeti gibi nedenlerle zulme uğramaktan korkan yabancı ve vatansız kişilere verilen statüdür (m.62). Bu özellikleri taşıyan Avrupa dışından gelen başvuru sahipleri, üçüncü ülkeye yerleşinceye kadar YUKK kapsamında şartlı mül-

1951 Sözleşmesinde 1 Ocak 1951 tarihinden önce oluşan olaylar ile sınırlıydı (m.1/2). Ancak 1967 Protokolü ile bu zaman sınırlaması kaldırıldı. Türkiye Cumhuriyeti Devletinin 1967 Protokolüne taraf olması ile Türkiye açısından da bu zaman kısıtlaması sona ermiştir. Öte yandan Türkiye mülteci statüsünü sadece Avrupa’da meydana gelen olaylar sebebiyle gelecek kişilere tanımakta olup mültecilere tanınan hakların Türk vatandaşlarına tanınan haklardan fazla olamayacağına ilişkin beyanda bulunmuştur. Sözleşme ve Protokol hakkında değerlendirme ve mülteci tanımı hakkında bkz. Yılmaz Altuğ, *Devletler Hususi Hukuku Bakımından Mülteciler*, Sermet Matbaası, İstanbul, 1967, s. 5 vd.; Aysel Çelikel/Günseli Öztekin Gelgel, *Yabancılar Hukuku*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 20-23; Rona Aybay; Esra Dardağan Kibar, *Yabancılar Hukuku*, 3. Baskı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2010, s. 24-27; Özkan, s. 74-78, 84 vd.; Ekşi, s. 41 vd.; Özel, *Uluslararası Koruma*, s. 256-264; Özel (Hukukî Statü), s. 713-718; Tefik Odman, *Mülteci Hukuku*, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi İnsan Hakları Merkezi Yayınları No: 15, Ankara, 1995, s. 34-43; 188-198; Neşe Baran Çelik, ‘*Türk Hukukunda Uluslararası Koruma Başvurusunda Bulunan veya Uluslararası Korumadan Yararlanan Yabancıların Hak ve Yükümlülükleri*’, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Özel Sayı, Cilt 1, Yıl: 2015, s. 74-76.

<sup>32</sup> Ekşi, s. 48.

<sup>33</sup> Özel, *Hukukî Statü*, s. 713.

teci olacaklardır.<sup>34</sup> İkincil koruma statüsü ise, mülteci veya şartlı mülteci olarak nitelendirilemeyen, ancak menşe ülkesine veya ikamet ülkesine geri gönderildiği takdirde; ölüm cezasına mahkûm olacak veya ölüm cezası infaz edilecek, işkenceye, insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza veya muameleye maruz kalacak, uluslararası veya ülke genelindeki silahlı çatışma durumlarında, ayırım gözetmeyen şiddet hareketleri nedeniyle şahsına yönelik ciddi tehditle karşılaşacak yabancı ve vatansız kişilere (m.63) verilen statüdür. Dolayısıyla mülteci, şartlı mülteci ve ikincil koruma statüsü sahipleri, Türk yabancılar hukukunda uluslararası korumadan yararlanan kişilerdir. YUKK kapsamında bu korumanın yanında bir de geçici koruma statüsü kabul edilmiştir. Geçici koruma statüsü, "ülkesinden ayrılmaya zorlanmış, ayrıldığı ülkeye geri dönemeyen, acil ve geçici koruma bulmak amacıyla kitlesel olarak sınırlarımıza gelen veya sınırlarımızı geçen yabancılara" sağlanabilen korumadır (YUKK m.91). Nitekim günümüzde Suriyeliler, bu korumadan yararlanmaktadır (Geçici Koruma Yönetmeliği<sup>35</sup> geçici madde 1). Geçici koruma kararı, İçişleri Bakanlığının teklifi üzerine Cumhurbaşkanı tarafından alınır (Geçici Koruma Yönetmeliği, m.9/1) ve sona erdirilir (Geçici Koruma Yönetmeliği, m.11/1).

Şu anda yürürlükte bulunan 2013 tarihli YUKK hükümleri ile 2006 tarihli Genelge hükümlerini birlikte yorumladığımızda, kanımızca Genelgede bahsedilen mülteci, hukukî anlamda tek başına mülteci statüsü değildir. Burada, hukukî anlamdan öte Türkiye'de bulunan uluslararası koruma ve geçici korumadan yararlanan herkesi kastetmek istenildiğini değerlendiriyoruz.

Bu kapsamda, uluslararası korumadan veya geçici korumadan yararlanan yabancıların Türkiye'de çalışma hakları mevzuatımızda ne şekilde düzenlenmiştir? YUKK kapsamında mülteci veya ikincil koruma statüsü sahibi yabancıların, statü almalarından itibaren kendilerine çalışma hakkı tanınmaktadır. Bir diğer deyişle, bu yabancıların sahip oldukları mülteci kimlik kartı ve ikincil koruma statüsü kimlik kartı, çalışma izni yerine geçmektedir (m.89/4/a). Ancak mülteci veya ikincil koruma statüsü sahipleri, yabancıların çalışmasının yasak olduğu mesleklerde ve iş kollarında çalışamazlar. Ayrıca bu kişilerin çalışmaları, iş piyasasındaki durum, çalışma hayatındaki gelişmeler, istihdama ilişkin sektörel ve ekonomik şartların gerekli kıldığı hâl nazara alınarak belli bir süre için, tarım, sanayi, hizmet sektörleri, belirli bir meslek, iş kolu veya mülkî ve coğrafi alan itibarıyla sınırlandırılabilir (YUKK m.89/4/b-c).

Buna karşın şartlı mültecilerin sahip oldukları kimlik belgeleri, çalışma izni yerine geçmez ve uluslararası koruma başvurusu tarihinden altı ay sonra çalışma izni veya çalışma izni muafiyeti almak için başvurmaları gerekir (YUKK m.89/4/a; ÜİK m.17). Öte yandan geçici korumadan yararlanan yabancıların

<sup>34</sup> Özel, Hukukî Statü, s. 718.

<sup>35</sup> R.G. 22.10.2014/29153.

Türkiye’de çalışabilmeleri için çalışma izni almaları gerekir; UİK m.17/1 uyarınca bu yabancılar, geçici koruma kimlik belgesinin düzenlendiği tarihten itibaren altı ay sonra çalışma izni veya çalışma izni muafiyeti almak için başvurabilirler.<sup>36</sup>

Çalışma izni veya çalışma izni muafiyeti başvuru usulü UİK’de düzenlenmiştir. Buna göre başvuru, yurt içinde doğrudan Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığında, yurt dışında yabancının vatandaşı olduğu veya yasal olarak bulunduğu ülkedeki Türkiye Cumhuriyeti büyükelçiliklerine veya başkonsolosluğa yapılır. Yurt dışından yapılan çalışma izni başvuruları Türkiye Cumhuriyeti büyükelçilikleri veya başkonsolosluğu tarafından Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığına iletilir (UİK m.7,13). Uluslararası koruma veya geçici koruma sağlanan yabancıların çalışma izni veya çalışma izni muafiyeti verilmesinde İçişleri Bakanlığının olumlu görüşü alınır (UİK m.17/2). Çalışma izni veya çalışma izni muafiyeti, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca verilir (UİK m.6/1, 13/5). Son olarak, uluslararası koruma başvuru sahibi, uluslararası koruma ve geçici korumadan yararlananların çalışmaları, il, süre, sektör, işkolu, iş ve meslek bakımından Bakanlığın uluslararası işgücü politikası doğrultusunda İçişleri Bakanlığının görüşü de alınarak Bakanlıkça belirlenir (UİK m.17/6).

## B. Değerlendirme

Kanımızca yabancı kaçak işçi kavramını tanımlarken, aslında esas alınması gereken yegâne ölçüt, yabancının hukuka uygun bir şekilde çalışmamasıdır. Bir diğer deyişle yabancı kişi çalışma izni olmadan ülkemizde çalışıyorsa, kaçak işçi konumundadır ve yukarıda da değindiğimiz üzere, çalışma izni veya çalışma izni muafiyeti olmadan çalışan yabancılar düzensiz göçmen kapsamındadırlar.<sup>37</sup>

Türk hukukunda yabancı olarak kabul edilen kişiler; diğer devletlerin vatandaşları, uluslararası koruma veya geçici koruma başvuru sahipleri ile uluslararası korumadan veya geçici korumadan yararlanan kişiler,<sup>38</sup> göçmenler<sup>39</sup> ve vatansızlardır.<sup>40</sup>

<sup>36</sup> Ayrıca bkz. Geçici Koruma Yönetmeliği m.29 (R.G. 22.10.2014/29153) ve Geçici Koruma Sağlanan Yabancıların Çalışma İzinlerin Dair Yönetmelik (R.G. 15.1.2016/29594).

<sup>37</sup> Bkz. yuk. Bölüm I.

<sup>38</sup> Bkz. yuk. Bölüm I/A.

<sup>39</sup> Türkiye’de ikamet eden Türk soylu yabancıların Türk Silahlı Kuvvetleri ve Güvenlik Teşkilatı hariç olmak üzere kamu veya özel kurum, kuruluş veya işyerlerinde çalışabilmeleri için İçişleri ve Dışişleri Bakanlıkları ile diğer ilgili bakanlık ve kuruluşların görüşleri üzerine Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığından izin verilir. Bkz. 2527 sayılı ve 25.09.1981 tarihli Türk Soylu Yabancıların Türkiye’de Meslek ve Sanatlarını Serbestçe Yapabilmelerine, Kamu, Özel Kuruluş veya İşyerlerinde Çalıştırılabilmelerine İlişkin Kanun (RG. 29.9.1981/17473). Ayrıca Türk Soylu Yabancıların Türkiye’de Meslek ve Sanatlarını Serbestçe Yapabilmelerine, Kamu veya Özel Kurum, Kuruluş veya İşyerlerinde Çalıştırılabilmelerine Dair Kanunun Uygulanması Hakkındaki Yönetmelik (RG. 14.01.1983/17928)’in 3. maddesinde de çalışma izni verilebilmesine ilişkin şartlar belirtilmiştir. Bunlar: İçişleri Bakanlığından ikamet izni

Bu noktada Türkiye’de mülteci statüsü hariç olmak üzere, diğer uluslararası korumadan ve özellikle geçici korumadan yararlananların sayıları oldukça fazladır. Şöyle ki Birleşmiş Milletlerin hazırlamış olduğu raporda, Türkiye Cumhuriyeti Devleti, 3,6 milyon kişi ile dünyada en fazla, bu korumadan yararlanan kişileri ülkesinde barındırmaktadır.<sup>41</sup> Bu noktada söz konusu yabancıların sayılarının fazla olmasının, kayıt dışı istihdam sayılarının artışı sonucunu doğurması oldukça muhtemeldir.

Bir kişinin hukuka uygun bir şekilde çalışmadığını ne şekilde tespit edebiliriz? Bir yabancıнын Türkiye’de hukuka uygun şekilde çalışabilmesi için çeşitli şartlar söz konusudur<sup>42</sup> ve bu şartlardan yararlanılarak ve 2006/28 sayılı Başbakanlık Genelgesi ile de paralellik kurularak, kanımızca kaçak işçi olarak değerlendirileceğimiz kişiler:

- Türkiye’ye hukuka uygun bir şekilde giriş yapmadan çalışanlar;
- Türkiye’ye hukuka uygun şekilde giriş yapıp, hukuka aykırı bir şekilde ikamet edenlerden çalışma izni olmayanlar,
- Türkiye’ye hukuka uygun şekilde giriş yapıp, ülkede hukuka uygun bir şekilde ikamet edip, çalışma izni olmadan çalışanlar,

---

almak, belirli meslek ve sanatlar için özel kanunlarda aranan nitelikleri taşıdığını gösteren yetkili Türk makamlarından alınan belge ile kanıtlamak, eğitim durumunu gösteren yabancı okul veya fakültelerden verilen diplomaların veya yabancı ülkelerden alınan kalfalık, ustalık veya dengi belgelerin Çıraklık Kurulunun görüşü ile denkliğini Milli Eğitim Bakanlığından onaylatmak, o mesleği yapmasında güvenlik bakımından sakınca olmamak, yabancılar için olan özel kütüklerde nüfus kayıtlarını tesis etmek ve meslekî kuruluşlara zorunlu kayıt şartı varsa, bu kuruluşlara üyeliğini belgelemektedir. Ayrıca özel kuruluş ve işyerlerinde çalıştırılmaları, çalışma mevzuatının öngördüğü usul ve esaslara tâbidir (Yön. m.13). Son olarak serbest çalışma izni verilmiş olanların iş yeri kurabilmeleri Türk vatandaşlarına uygulanan hükme bağlı kılınmıştır (Yön. m.14/1).

<sup>40</sup> Vatansız kişi, hiçbir devlete vatandaşlık bağıyla bağlı olmayan kişidir (YUKK m.3/ş). YUKK’un 50. maddesinde vatansızlığın tespiti, 51. maddesinde vatansız kişilere tanınan haklar ve güvenceler düzenlenmiştir. YUKK m.51/ç uyarınca vatansız kişilerin çalışma izniyle ilgili iş ve işlemlerde 27.02.2003 tarihli 4817 sayılı Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanun (YÇİHK) (RG 6.3.2003/25040) hükümlerinin uygulanacağı kabul edilmiştir. Nitekim 28.07.2016 tarihli 6735 sayılı Uluslararası İşgücü Kanununun (ÜİK) yürürlüğü ile YÇİHK yürürlükten kaldırılmıştır. ÜİK’nun 26. maddesinde diğer mevzuatta YÇİHK’na yapılmış olan atıfların ÜİK’ya yapılmış sayılacağı kabul edilmiştir. Böylece vatansızların Türkiye’de çalışma esas ve usulleri ÜİK hükümlerine tâbidir. Böylece vatansızların Türkiye’de çalışabilmeleri için çalışma izni almaları gerekir. Ayrıca ÜİK’nın 16/f. maddesine göre vatansız kişiler istisnâî çalışma izni alarak Türkiye’de çalışabilirler.

<sup>41</sup> Bkz. <https://www.unhrc.org/Refugee-Statistics>, (çalışmanın yayımlandığı tarih 18 Haziran 2020), erişim tarihi 1 Kasım 2020. Bu verilere göre ikinci sırada yer alan Kolombiya’da bu gruptaki kişi sayısı 1.8 milyondur.

<sup>42</sup> Bkz. Vahit Doğan, *Türk Yabancılar Hukuku*, Üçüncü Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2020, s. 199-201.

- Bildirim ve sosyal güvenlik yükümlülüğünü yerine getirmeyenler,
- Son olarak, çalışma izni olup, kendilerine yasaklı iş ve meslek kollarında çalışanlar.<sup>43</sup>

Aslında ilk üç kategoride, çalışma izni olmadan çalışma; son kategoride ise, çalışma izni olup yasaklı iş ve meslek kollarında çalışma durumları söz konusudur.

### 1. Hukuka Uygun Şekilde Çalışma İzni Almayanlar

Bir yabancınn Türkiye’de çalışma usul ve esasları, 28.07.2016 tarihli ve 6735 sayılı Uluslararası İşgücü Kanunu (UİK) ile düzenlenmiştir.<sup>44</sup> İlgili Kanun kapsamında çalışma izni, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı (ÇSGB)<sup>45</sup> tarafından resmî belge şeklinde düzenlenen ve geçerlilik süresi içinde yabancıya Türkiye’de çalışma ve ikamet hakkı veren izin olarak tanımlanmıştır (m.3/c). Bir yabancınn Türkiye’de çalışabilmesi için gereken temel koşul, çalışmaya başlamadan önce çalışma izni almasıdır. Çalışma izni olmaksızın yabancıların Türkiye’de çalışması veya çalıştırılması yasaklanmıştır (UİK m.4/2). Çalışma izni olmadan çalışan yabancı, kaçak işçi konumundadır.

UİK ile getirilen yeni düzenleme uyarınca, bir yabancıya çalışma izninin verilebilmesi için uluslararası işgücü politikasının esas alınması gerekmektedir. Uluslararası işgücü politikası ise; uluslararası işgücü hareketliliği, bölgesel gelişmeler, sektörel ve ekonomik değişiklikler, çalışma hayatına ilişkin gelişmeler, yabancınn tâbiyetini taşıdığı devletle yapılan iki veya çok taraflı anlaşmalar, kamu düzeni, kamu güvenliği ve kamu sağlığı dikkate alınarak Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından belirlenecektir. Dolayısıyla uluslararası işgücü politikasına uygunluk değerlendirmesi, idarenin takdirindedir.

UİK genel gerekçesinde,<sup>46</sup> uluslararası işgücü politikasının belirlenme amacı nitelikli yabancı istihdamı Türkiye’ye çekmek, sektörel esnekliği sağlamayı başararak yabancıların kayıt dışı çalışmalarını engellemek olarak açıklanmıştır. Genel gerekçede, 4817 sayılı Kanun’un yabancınn niteliği ile çalıştığı sektör açısından farklı uygulamalara izin vermeyen ve esneklik sağlamayan yapısı ile örneğin ev hizmetinde çalışanlar açısından kayıt dışı istihdamı arttırdığı belirtilmiştir.<sup>47</sup> Bu noktada genel gerekçede, YÇİHK döneminde çalışma izninin alınmasından önce vize ve ikamet izni alınması gerekliliği nedeniyle Çalışma ve Sosyal

<sup>43</sup> Keser, s. 6.

<sup>44</sup> R.G. 13.08.2016/19800.

<sup>45</sup> Aile ile Sosyal Hizmetler Bakanlığı ile Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığının Kurulması ile Kamu Personel İşlemlerinin Yürütülmesine İlişkin Bazı Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinde Değişiklik Yapılmasına Dair Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, No.73, RG. 21.04.2021/31461.

<sup>46</sup> Uluslararası İşgücü Kanunu Genel Gerekçesi ve Madde Gerekçeleri için bkz. Sayı 31853594-101- 1309-1696, 23.06.2016, www.tbmm.gov.tr, erişim tarihi Kasım 2020.

<sup>47</sup> Uluslararası İşgücü Kanunu Genel Gerekçesi, s. 5-6.

Güvenlik Bakanlığı, Dışişleri ve İçişleri Bakanlıkları tarafından ayrı inceleme yapılmasının eleştirildiği, bunun sonucunda UİK ile artık çalışma izninin, ikamet izni yerine geçeceği (m.12/1) ve geçerli çalışma izni bulunanların ayrı olarak vize almalarının gerekmeceği vurgulanmıştır (YUKK m.12/1/b).

UİK kapsamında geçerli çalışma izninin alınma süreci ve şartları şu şekilde özetlenebilir: Bir yabancı, Türkiye’de çalışmak için başvurularını yurt içinde doğrudan ÇSGB’ye, yurt dışında ise, yasal olarak bulunduğu ülkedeki Türkiye Cumhuriyeti büyükelçiliğine veya başkonsolosluklarına yapabilir (m.7/1). Ayrıca meslekî yeterlilik gerektiren sağlık ve eğitim hizmetinde çalışacak yabancılar ile Araştırma Geliştirme (Ar-Ge) Merkezî Belgesi olan firmalarda Ar-Ge personeli olarak çalışacak yabancılar, çalışma izin başvurularının değerlendirilebilmesi için yetkili makamlardan<sup>48</sup> ön izin almaları gerekir (m.8). Çalışma izni başvurusu genel olarak uluslararası işgücü politikasına göre değerlendirilmektedir.<sup>49</sup> Uluslararası işgücü politikasına uygunsuz ve UİK’da belirtilen ret sebepleri (m.9) kapsamına girmiyorsa çalışma izni kabul edilen yabancılara durumlarına uygun olarak süreli (m.10/1-2), süresiz (m.10/3-4), bağımsız (m.10/5-6-7-8) veya istisnâ çalışma izni (m.16) verilebilir.<sup>50</sup> Diğer taraftan çalışma izni verilmesi ya da çalışma izninin süresinin uzatılması talebinde bulunan yabancıların Türkiye’ye girişine izin verilmeyecek (YUKK m.7), vize verilmeyecek (YUKK m.15) ve hakkında sınır dışı etme kararı alınacak (YUKK m.54) yabancılardan olmaması gerekir (UİK m.9/f; Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik<sup>51</sup> m.25/2).

Sonuç olarak, kanuna uygun şekilde çalışma iznini temin etmeyen veya ön izin usulünü yerine getirmeyen bir yabancıның çalışması, kayıt dışı istihdama yol açmaktadır. Ayrıca çalışma izni olup çalışma izin süresi sona ermesine rağmen çalışma iznini yenilemeden çalışanlar ve çalışma izninde veya çalışma izin muafiyetinde bildirilen iş ve meslek kolları dışında çalışan kişiler de kaçak işçi konumundadır.

<sup>48</sup> Sağlık hizmetlerinde çalışacaklar Sağlık Bakanlığından, yükseköğretim öncesi eğitim kurumlarında çalışacaklar MEB’den, yükseköğretim kurumlarında akademik personel olarak çalışacaklar YÖK’ten ve AR-GE personeli olarak çalışacaklar ise Sanayi ve Teknoloji Bakanlığından ön izin almalılardır.

<sup>49</sup> Bu kuralın istisnası olarak ön izne dayanarak çalışacak yabancı öğretim elemanlarının çalışma izni başvurularının değerlendirilmesinde ‘başvurunun uluslararası işgücü politikasına uygun olup olmadığı’ değerlendirmemektedir (UİK m.8/4).

<sup>50</sup> Bu konuların ayrıntılı düzenlemeleri üzerinde durulmayacaktır. Nitekim UİK kapsamında çalışma izin türlerine ilişkin değerlendirmeler için bkz. Çelikel / Öztekin Gelgel, s. 230 vd.; Ekşi, s. 230-233; Doğan, s. 207 vd.; Gülce Gümürlü Tunçağıl, ‘Yabancıların Türkiye’de Eğitim Hizmetinde Çalışması’, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı 9/1, Yıl: 2019, Ankara, s. 82-83; Ömür Karaağaç, ‘Yabancıların Türkiye’de Çalışmalarına İlişkin Temel Düzenleme Olarak Uluslararası İşgücü Kanununun Genel Değerlendirilmesi’, Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı 3/1, Yıl: 2018, Ankara, s. 103.

<sup>51</sup> R.G. 17.03.2016/29656. (YUKK Yön.).

## 2. Türkiye'ye Hukuka Uygun Bir Şekilde Giriş Yapmadan Çalışanlar

YUKK kapsamında bir yabancıнын hukuka uygun şekilde Türkiye'ye giriş yapmış sayılabilmesi için o yabancıнын geçerli pasaport veya pasaport yerine geçen belgelerle ve doksan güne kadar kalacaksa vizeye sahip olarak sınır kapılarından ülkeye girmesi gerekmektedir (m.5, m.11). Ayrıca bu yabancıнын Türkiye'ye girişine izin verilmeyecek (m.7) ya da Türkiye'ye girişi yasaklı (m.9) veya vize verilmeyecek (m.15) yabancılarından da olmaması gerekir.<sup>52</sup>

YUKK'da belirtilen şart ve durumlara uymadan Türkiye'ye giriş yapan ve usulüne göre giriş yapmadığı için yine kendisine çalışma izni verilmeyen kişilerin ülkemizde çalışması durumunda kayıt dışı istihdam/kaçak işçilik söz konusu olacaktır.

## 3. Türkiye'de Hukuka Uygun Şekilde İkamet Etmeden Çalışanlar

Öncelikle, yurt dışında bulunan bir yabancıнын Türkiye'de çalışmaya başlamadan önce ikamet izni alması gerekmektedir. Çünkü hukuka uygun şekilde alınan çalışma izni, ikamet izni yerine geçmektedir (UIK m.12/1; YUKK m.27/2; YUKK Yön. m.25). Bir diğer deyişle, geçerli çalışma izni olan yabancıнын ayrıca ikamet izni almasına gerek yoktur. Çalışma izninin sona erdiği tarih, aynı zamanda ikamet izninin bittiği tarih olarak da sayılmaktadır (YUKK Yön. m.25/3).

Öte yandan, çalışma izni talebi olmadan Türkiye'de bulunan yabancıların daha sonra çalışma talebinde bulunması durumunda bu kişilerin zaten hukuka uygun bir şekilde Türkiye'de bulunması gerekliliği açıktır ve bu kişiler taleplerini doğrudan ÇSGB'ye iletebilirler (m.7/1). Bu başlık altında ele aldığımız ihtimal, Türkiye'de geçerli ikamet iznine sahip olmadan Türkiye'de bulunan kişilerin aynı zamanda kayıt dışı çalışmasına ilişkindir.

Genel olarak, Türkiye'de vizenin veya vize muafiyetinin tanıdığı süreden ya da doksan günden fazla kalacak yabancıların ikamet izni almaları gerekmektedir (YUKK m.19). YUKK kapsamında kimlerin ikamet izninden muaf sayılacağı (m.20), ikamet izni başvurularının hangi yetkili makamlara yapılabileceği (m.21-22), ikamet izinlerinin tanzimi ve şekli (m.23), uzatılması (m.24), ikamet izin türleri ve izinleri iptali (m.30-49) konuları düzenlenmiştir.<sup>53</sup> Bu hükümleri tek tek incelemek çalışma konumuzun amacını ve sınırlarını aşmaktadır. Sadece şunu

<sup>52</sup> Konu hakkındaki açıklamalar için bkz. Çelikel / Öztekin Gelgel, s. 80 vd.; Ekşi, s. 69 vd.; Doğan, s. 45 vd.; Esra Dardağan, 'An Overview and Discussion of the New Turkish Law on Foreigners and International Protection', *Perceptions*, Sayı XVIII/3, Yıl: 2013, Ankara, s. 110-115; Rifat Erten, 'Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Hakkında Genel Bir Değerlendirme', Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı XIX/1, Yıl: 2015, Ankara, s. 11-19; Barış Teksoy, '6458 Sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanununa Göre Yabancıların Vize Alma Zorunluluğu', Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı 62/3, 2013, Ankara, s. 855-906.

<sup>53</sup> Konuya ilişkin açıklamalar için bkz. Çelikel/Öztekin Gelgel, s. 98 vd.; Ekşi, s. 83-93; Doğan, 81-707; Dardağan, s. 115 vd.; Erten, s. 19 vd.; Emre Esen, *Türk Hukukunda Yabancıların İkamet İzinleri*, Beta Basım, İstanbul, 2019.



söyleyebiliriz ki YUKK'un saydığımız bu hükümlerine aykırı olarak Türkiye'de ikamet eden yabancı, Türkiye'de çalışması durumunda geçerli bir çalışma iznine sahip olmadığından kaçak işçi konumunda olacaktır.

#### 4. Çalışmaya/Çalıştırılmaya İlişkin Bildirim ve Sosyal Güvenlik Yükümlülüğünün Yerine Getirilmemesi

ÜİK m.22/1 uyarınca süresiz veya bağımsız çalışma izni bulunan yabancılar ile yabancı çalıştıran işverenler aşağıda belirtilen hususları on beş gün içinde Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'na bildirmek zorundadır:

- Çalışma izni veya çalışma izni muafiyeti kapsamında çalışmanın başladığını,
- Çalışma izni veya çalışma izni muafiyeti kapsamında çalışmanın sona erdiğini,
- Çalışma izni veya çalışma izni muafiyetinin iptalini gerektirecek halleri.

Bildirim yükümlülüğü, süresiz veya bağımsız çalışma izni bulunan yabancılar ile yabancı çalıştıran işverenlere aittir. Bunun yanında çalışma izni veya çalışma izni muafiyeti alan yabancılar ile yabancı çalıştıran işverenlerin, Türkiye'nin taraf olduğu sosyal güvenlik sözleşmeleri hükümleri saklı kalmak üzere, sosyal güvenlik mevzuatından kaynaklanan yükümlülükleri de söz konusudur.<sup>54</sup> Böylece hem çalışma izni alan yabancıların hem onu istihdam eden işverenin yukarıda bahsettiğimiz hususlara ilişkin bildirim yükümlülüğünü ve sosyal güvenlik yükümlülüğünü<sup>55</sup> yerine getirmelilerdir. Nitekim bu kişiler bu yükümlülüklerini ifa etmezlerse idarî yaptırıma maruz kalacaklardır.<sup>56</sup>

Bu noktada, uygulamaya yön veren Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından çıkarılan 2013/11 sayılı Sigortalılık İşlemleri Genelgesi'nin beşinci kısmında yabancıların sigortalılığına ilişkin açıklamalara değinmekte yarar görmekteyiz.<sup>57</sup> Bu Genelge'de belirtildiği üzere, yabancıların çalışma izinlerinin takibi "Kayıt dışı İstihdamla Mücadele Daire Başkanlığı Uygulamaları" programı içinde yer alan "Diğer Kurumlar-Yabancı Çalışan Sorgu" menüsü aracılığıyla yapılacaktır. Çalışma izni alınmadan çalıştırılan ve fakat Kurum'a bildiri mi yapılan yabancı sigortalılar ile çalışma izni

<sup>54</sup> 31.5.2006 tarihli ve 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununun (RG. 16.06.2006/26200) m.4/2/c kapsamında "mütekabiliyet esasına dayalı olarak uluslararası sosyal güvenlik sözleşmesi yapılmış ülke uyruğunda olanlar hariç olmak üzere, yabancı uyruklu kişilerden hizmet akdi ile çalışanlar" sigortalı sayılmışlardır. Bunun yanında ilgili Kanunun 50/2. maddesindeki şartları taşıyan yabancılar isteğe bağlı sigortalı da olabilmektedir.

<sup>55</sup> Sosyal güvenlik yükümlülüğü konusundaki açıklamalar için bkz. Çelikel/Gelgel, s. 299-306; Ekşi, s. 264-268; Doğan, s. 238-240; [http://www.sgk.gov.tr/wps/portal/sgk/tr/emekli/yurtdisi\\_islemler/sosyal\\_guvenlik\\_sozlesmeleri](http://www.sgk.gov.tr/wps/portal/sgk/tr/emekli/yurtdisi_islemler/sosyal_guvenlik_sozlesmeleri), erişim tarihi Haziran 2021.

<sup>56</sup> Bkz. aşa. "Yabancı Kaçak İşçi Çalıştırmanın Yabancılar Hukuku Açısından Sonuçları".

<sup>57</sup> Sosyal Güvenlik Kurumu Emeklilik Hizmetleri Genel Müdürlüğü 2013/11 Sayılı Sigortalılık İşlemleri Genelgesinin (07/10/2020 tarihli ve 2020/41 sayılı Genelge İşlenmiş Hâli), Ekim 2020, <https://kms.kaysis.gov.tr>, s. 219 vd.

olmadan çalıştığı yetkili kontrol ve denetim elemanlarınca belirlenen yabancıların işverenler tarafından Sosyal Güvenlik Kurumuna tescili yapılacaktır. Bu noktada *sigortalının geçici görevli olarak gelip gelmediği ile çalışma izninden muaf olup olmadığı hususu araştırılarak sonucunun Sosyal Güvenlik Kurumuna bildirilmesi için tescili yapan Sosyal Güvenlik İl Müdürlüğüne/Sosyal Güvenlik Müdürlüklerince Çalışma Genel Müdürlüğüne, bunlardan yabancı kimlik numarası bulunmayanlar ise yabancı kimlik numarası alınmak üzere ayrıca nüfus idarelerine bildirilmelidir.*<sup>58</sup> Son olarak ilgili Genelge’de, “isteğe bağlı sigortalı olmak için talepte bulunan yabancıların Türkiye’de yerleşik olma hâlinin belgelendirilmesi” hususuna da yer verilmiştir.<sup>59</sup>

### 5. Yasaklı İş ve Meslek Kollarında Çalışanlar

UİK’nın 9/ç. maddesinde çalışma izni veya çalışma izin muafiyeti başvurularının diğer kanunlarda Türk vatandaşlarına hasredilen iş ve meslekler için yapılması durumunda reddedileceği belirtilmektedir. Türkiye’de yabancılar, sadece kendilerine yasaklanmayan iş ve mesleklerini icra edebilirler. UİK kapsamında serbest bölgelerde çalışacak yabancılar (m.18) ve yabancı mühendis ve mimarların (m.20) Türkiye’de çalışabilmelerine ilişkin hükümler kabul edilmiştir. Yabancıların diğer meslekleri icra edip edememelerine ilişkin kurallar, sektörel kanunlarda yer almaktadır. İlgili sektörel kanunlara baktığımızda ya yabancıların belirli meslek veya iş kollarında çalışması yasaklanmış ya da çalışmalarını belli şartlara tâbi tutulmuştur.<sup>60</sup> Bu kısımda söz konusu sektörel kanunlar üzerinde tek tek durulmayacaktır, sadece yabancıların çalışmasının yasak olduğu meslek ve iş kolları üzerinde durulacaktır.

Bir yabancı kendisinin hukuken çalışmasının yasak olduğu bir mesleği veya işi ifa ederse kaçak işçi konumunda olacaktır.<sup>61</sup> Genel olarak yabancıların çalışamayacakları iş ve meslek kolları şu şekildedir:<sup>62</sup>

- a. 11 Nisan 1928 tarihli ve 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San’atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun’un<sup>63</sup> 30. maddesi gereğince Türkiye Cumhuriyeti sınırları dâhilinde diş hekimliği ve dişçilik<sup>64</sup> mesleğini sadece Türk vatandaşları yapabilir.

<sup>58</sup> 2013/11 sayılı Genelge, s. 223 vd.

<sup>59</sup> 2013/11 sayılı Genelge, s. 245.

<sup>60</sup> Çelikel / Gelgel, s. 216-217.

<sup>61</sup> Başbakanlık Genelgesinde tespit edilen yabancı kaçak işçilerin genel olarak çalıştırıldığı iş kolları “küçük ve orta ölçekli işletmeler özellikle inşaat, döküm, deri, tekstil, plastik, tarım, gemicilik, yükleme-boşaltma, temizlik, tezgâhtarlık, otelciliktir. KADİM Projesi, s. 3. Bu iş kolları, yabancıların çalışmasının yasak olmadığı alanlardır.

<sup>62</sup> Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Resmî İnternet Sitesi, <https://www.esgb.gov.tr/uigm/sikka-sorulan-sorular/>, erişim tarihi Haziran 2021; Çelikel/Gelgel, s. 216-234; Ekşi, s. 244-255; Doğan, s. 234-238.

<sup>63</sup> R.G. 14.04.1928/ 863.

<sup>64</sup> 2012 tarihli Yabancı Sağlık Meslek Mensuplarının Türkiye’de Özel Sağlık Kuruluşlarında Çalışma Usul ve Esaslarına Dair Yönetmelik’in (RG. 22.02.2012/28212) 2/1. maddesinde de bu

- b. 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 63. maddesi uyarınca Türk vatandaşı olan kadınların hastabakıcı olarak çalışabileceği kabul edilerek yabancı kadınların Türkiye'de hastabakıcılık görevini ifa edemeyecekleri belirtilmiştir.
- c. 18 Aralık 1953 tarihli ve 6197 sayılı Eczacılar ve Eczaneler Hakkında Kanun'un<sup>65</sup> 2. maddesine göre Türkiye Cumhuriyeti sınırları içerisinde eczacılık yapabilmek için Türk vatandaşı olma şartı getirilmiştir.
- d. 9 Mart 1954 tarihli ve 6343 sayılı Veteriner Hekimliği Mesleğinin İcrasına, Türk Veteriner Hekimleri Birliği ile Odalarının Teşekkül Tarzına ve Göreceği İşlere Dair Kanun'un<sup>66</sup> 2. maddesinde açıkça Türk vatandaşlarının veteriner hekimlik mesleğini yapabileceği kabul edilmiştir.
- e. 24 Mayıs 1933 tarihli ve 2219 sayılı Hususî Hastaneler Kanunu'nun<sup>67</sup> 9. maddesi ile özel hastanede müdürlük görevi sadece Türk vatandaşlarına hasredilmiştir. Şöyle ki ilgili hüküm ile hususî hastanenin mesul müdürünün Türkiye'de sanatını yapmaya izinli Türk hekimi olması gerekmektedir.
- f. 19 Mart 1969 tarihli ve 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun<sup>68</sup> 3. maddesi gereğince avukatlık mesleğine kabul edilebilmek için Türk vatandaşı olma şartı kabul edilmiştir. Bu hükmün yanında Avukatlık Kanunu'nun 44/B maddesi ve Türkiye Barolar Birliği Avukatlık Ortaklığı Yönetmeliği<sup>69</sup> gereğince yabancı sermayeyi teşvik mevzuatı çerçevesinde ve mütekabiliyet esasına tâbi olarak Türkiye'de yabancı avukatlık ortaklıklarının kurulabileceği kabul edilmiştir. Bu avukatlık ortaklıklarının kurulabilmesi için yabancı ortakların her birinin vatandaşı olduğu ülke ile Türkiye Cumhuriyeti Devleti arasında mütekabiliyet şartının sağlanmış olması ve Türk avukatların da bu kişilerin ülkelerinde eşit şartlarda avukatlık ortaklığı faaliyetinde bulunacaklarına ilişkin ilgili makamlarca bir belgenin temini gerekir (Avukatlık Ortaklığı Yönetmeliği m.7/e/3). Söz konusu avukatlık ortaklıklarının sadece yabancı hukuklar ve milletlerarası hukuk konularında danışman-

Yönetmeliğin dış hekim, eczacı ve hastabakıcılar hariç özel sağlık kuruluşlarında çalışacak tüm yabancı sağlık meslek mensuplarını kapsadığı belirtilmiştir. Yani yabancı dış hekimleri, Türkiye'de özel sağlık kuruluşlarında çalışamazlar. Aynı maddenin ikinci fıkrasında Türk soylu dış hekimlerinin, eczacıların ve hastabakıcıların Türkiye'de çalışabilmelerinin 2527 sayılı Türk Soylu Yabancıların Türkiye'de Meslek ve Sanatlarını Serbestçe Yapabilmelerine, Kamu, Özel Kuruluş veya İşyerlerinde Çalıştırılabilmelerine İlişkin Kanuna tâbi olduğu belirtilmiştir. Bkz. yuk.1/B.

<sup>65</sup> R.G. 24.12.1953/8591.

<sup>66</sup> Bu Kanunun önceki adı, "Veteriner Hekimliği Mesleğinin İcrasına, Türk Veteriner Hekimleri Birliği ile Odaların Teşekkül Tarzına ve Göreceği İşlere Dair Kanun" idi. Kanun başlığı 3.4.1984 tarihli ve 2993 sayılı Kanunun 19'uncu maddesi ile 9/3/1954 tarih ve 6343 sayılı Kanuna ek olarak getirilen ek 5'inci madde hükmüyle değiştirilmiştir. RG. 18.3.1954/8661.

<sup>67</sup> R.G. 05.06.1933/2419.

<sup>68</sup> R.G. 07.04.1969/13168.

<sup>69</sup> R.G. 25.11.2001/24594.

lık yapabilecekleri, bu kuralın bu ortaklıklarda çalışan Türk vatandaşı ve yabancı avukatları da kapsadığı belirtilmiştir (Avukatlık Kanunu m.44/B; Avukatlık Ortaklığı Yönetmeliği m.11/4). Ayrıca ortakların baroya kayıtlı olması şartı aranmaktadır (Avukatlık Kanunu m.44/B; Avukatlık Ortaklığı Yönetmeliği m.11/5). *Ancak ortaklığın faaliyette bulunacağı yer Barosunun Avukatlık Ortaklığı Siciline kaydolması zorunludur; aksi durumda ortaklık unvanı kullanılamaz ve ortaklık adına faaliyette bulunulamaz* (Avukatlık Ortaklığı Yönetmeliği m.11/5).

Bu hükümlerin yanında çalışma izni verilen Türk soylu yabancıların Türk vatandaşlarına hasredilen mesleklerden biri olan avukatlığı yapabilecekleri de kabul edilmiştir (Türk Soylu Yabancıların Türkiye’de Meslek ve Sanatlarını Serbestçe Yapabilmelerine, Kamu veya Özel Kurum, Kuruluş veya İşyerlerinde Çalıştırılabilmelerine Dair Kanunun Uygulanması Hakkındaki Yönetmelik m.11).<sup>70</sup>

- g. 24 Şubat 1982 tarihli ve 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu’nun<sup>71</sup> hâkim ve savcı adaylarının niteliğine ilişkin hüküm olan 8/1/a maddesinde hâkimlik ve savcılık mesleğini icra edebilmek için Türk vatandaşı olma şartı söz konusudur.
- h. 18 Ocak 1972 tarihli ve 1512 sayılı Noterlik Kanunu’nun<sup>72</sup> 7. madde hükmü icabı noterlik stajına kabul edilebilmesi için Türk vatandaşı olma şartı aranmaktadır. Böylece yabancılar, Türkiye’de noter olarak çalışamazlar.
- i. 10 Haziran 2004 tarihli ve 5188 sayılı Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanun’un<sup>73</sup> 10/1/a. maddesinde özel güvenlik görevlisi görevinde bulunabilmek için Türk vatandaşı olma şartı kabul edilmiştir.
- j. 19 Nisan 1926 tarihli ve 815 sayılı Türkiye Sahillerinde Nakliyatı Bahriye (Kabotaj) ve Limanlarla Kara Suları Dâhilinde İcrayı San ‘at ve Ticaret Hakkında Kanunun (Kabotaj Kanunu)<sup>74</sup> 3. maddesi gereğince kara suları dâhilinde balık, istiridyeye, midye, sünger, inci, mercan, sedef ve saire saydı, kum ve çakıl ihracı, dalgıçlık, arayıcılık, kılavuzluk, deniz bakkallığı, kapitanlık, çarkçılık, kâtiplik, tayfalık icrası, iskele, rıhtım hamallığı ve deniz esnafılığı icrası Türk vatandaşlarına aittir.<sup>75</sup>

<sup>70</sup> Ayrıca ilgili hükümde avukatlık mesleğinin yanında doktorluk, hemşirelik ve mühendislik meslekleri de örnek olarak sayılmıştır. Bu kişiler, bu sayılan meslekler gibi serbestçe veya kamu veya özel kurum, kuruluş veya işyerlerinde yapabilmek veya memur olabilmek için genel veya özel kanunların aradığı Türk vatandaşı olma şartından muaf tutulmuşlardır. Bakanlar Kurulu Kararı’nın Tarihi 25.10.1982/ 8-5488; RG. 14.01.1983/17928.

<sup>71</sup> R.G. 26.02.1983/17971.

<sup>72</sup> R.G. 05.02.1972/14090.

<sup>73</sup> R.G. 26.06.2004/25504.

<sup>74</sup> R.G. 29.04.1926/359.

<sup>75</sup> Ayrıca Kabotaj Kanunu’nun yanında 16 Aralık 1999 tarihli ve 4490 sayılı Türk Uluslararası Gemi Sicili Kanunu ile 491 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına

- k. 27 Ekim 1999 tarihli ve 4458 sayılı Gümrük Kanunu'nun<sup>76</sup> 227. maddesi uyarınca gümrük müşaviri ve gümrük müşavir yardımcısı olabilmek için Türk vatandaşı olma şartı aranmaktadır.
- l. 7 Haziran 2012 tarihli ve 6326 sayılı Turist Rehberliği Meslek Kanunu'nun<sup>77</sup> 3. maddesi gereğince turist rehberi unvanını alabilmek için Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olma şartı kabul edilmiştir.

## II. YABANCI KAÇAK İŞÇİ OLARAK ÇALIŞMA VE ÇALIŞTIRMANIN YABANCILAR HUKUKU AÇISINDAN SONUÇLARI

Genel olarak *işçi trafiği veya kaçak işçi ticareti ile başka ülkelere çalışmaya giden işçilerin haklarının buldukları ülkelerde korunması sıkıntılıdır ve bu kişiler sınır dışı edilme müeyyidesi ile karşılaşır*lar.<sup>78</sup>

Uluslararası İşgücü Kanunu'nun 23. maddesi kapsamında yabancıların ve işverenlerin kanundan doğan yükümlülüklerini yerine getirip getirmediği ÇSGB iş müfettişleri ile Sosyal Güvenlik Kurumu müfettişleri ve denetmenleri tarafından denetlenir. Denetim sonucunda yabancıların ve işverenin, UİK'dan doğan yükümlülüklerine aykırı davrandığı ve çalışma konumuz açısından yabancıların çalışma izni olmadan veya kendisine yasaklı iş ve meslek kollarında çalıştığı tespit edilirse, durum ÇSGB'ye bildirilir. Yetkili makamlar tarafından çalışma izni olmadığı tespit edilen yabancıların ÇSGB'ye bildirilmesi üzerine UİK ile öngörülen idarî para cezaları, Çalışma ve İş Kurumu İl Müdürünce uygulanır.<sup>79</sup> İlgililer, kendile-

Dair Kanun (RG. 21.12.1999/23913); Türk Uluslararası Gemi Sicili Yönetmeliği (RG. 23.06.2000/24088) ve Gemiadamları ve Kılavuz Kaptanlar Yönetmeliği m.42, 69 (RG. 10.02.2018/30328) hakkındaki değerlendirmeler için bkz. Çelikel / Öztekin Gelgel, s. 231-232; Nuray Ekşi, 'Kabotaj Kanunu Uyarınca Yabancılara Yasaklanan Meslek ve Sanatlar', Kabotaj, Mavi Vatan ve Türk Denizcilliği, İstanbul Barosu Cumhuriyet Araştırmaları Merkezi/Taşıma ve Lojistik Hukuku Komisyonu Ortak Düzenlenen Çevrimiçi Konferans, 1 Temmuz 2021, Tebliğ Kitabı, 2021, s. 357-377.

<sup>76</sup> R.G. 04.11.1999/23866.

<sup>77</sup> R.G. 22.06.2012/28331.

<sup>78</sup> Özkan, s. 133. Ayrıca bkz. Tüm Göçmen İşçilerin ve Ailelerin Korunmasına Dair Birleşmiş Milletler Sözleşmesi, RG. 8.7.2004/25516. (Kanun No. 4662, 26.04.2001) (m.2'de göçmen işçi kavramı tanımı var). Bu Sözleşme kaçak işçileri düzenli göçmen hâline getirecek önlemler almamakta; devletlere kaçak işçiliği önleme yükümlülüğü getirmektedir. Özkan, s. 133.

<sup>79</sup> Bu noktada 2003 yılında yapılan Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı İş Teftiş Kurulu Başkanlığı tarafından "yabancıların izinsiz çalışmasının önlenmesi teftiş projesi" gerçekleştirilmiştir. Proje sonunda hazırlanan raporda belirtilen teftiş yöntemi üzerinde örnek olarak bahsedilecektir. İlgili raporda yabancı kaçak işçilerin tespiti usulünden bahsedilmiştir. Buna göre belirli işyerlerinin faaliyetlerinin yoğunlaştığı saatlerde ve özellikle gece haber verilmeden gidildiği, çalıştırılan yabancıların bilgilerinin ve ifadelerinin alındığı, bu bilgi ve ifadelerin iş yeri kayıt ve belgeleri ile karşılaştırıldığı ve yabancıların çalışma izinlerinin veya çalışma izin muafiyetinin ya da bu belgelerin geçerli olup olmadığı ve çalışmalarının hukukî düzenlemelere uygun olup olmadığı denetlendiği bildirilmiştir. Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı İş Teftiş Kurulu Başkanlığı,

rine tebliğinden itibaren idarî para cezalarını bir ay içinde ödemelidir;<sup>80</sup> idarî para cezaları, genel bütçeye gelir olarak kaydedilir.

UİK m.23 kapsamında kaçak çalışan yabancılara ve bu yabancıları çalıştıran işverenlerine idarî para cezaları öngörülmektedir. Nitekim UİK'nın genel gerekçesinde, kayıt dışı istihdamın önlenmesi için kanunda kabul edilen hükümlerin ihlâli durumunda karşılaşılabilecek yaptırımların caydırıcı olma kaygısı açık bir şekilde belirtilmiştir.<sup>81</sup> Kaçak işçi çalıştıran işverenlere ve kaçak olarak çalışan yabancılara uygulanan cezalar aşağıda tablo üzerinde gösterilmiştir.<sup>82</sup> Bu belirlenen tutarlar 2021 yılı için belirlenmiş olup her yıl güncellenmektedir.

	Uygulanacak İdarî Para Cezaları / 2021 yılı
Çalışma izni bulunmayan yabancıyı çalıştıran işverenlere her bir yabancı için	11796 TL
Çalışma izni olmaksızın bağımlı çalışan yabancıya	4716 TL
Çalışma izni olmaksızın bağımsız çalışan yabancıya	9438 TL
Kanunda öngörülen bildirim yükümlülüğünü, süresi içinde yerine getirmeyen bağımsız ve süresiz izinle çalışan yabancı ile yabancı çalıştıran işverene her bir yabancı için	784 TL

**Kaynak:** <https://www.csgb.gov.tr/uigm/genel-bilgiler/idari-para-cezaları/> (erişim tarihi Haziran 2021)

*Yabancıların İzinsiz Çalışmasının Önlenmesi Teftiş Projesi Genel Değerlendirme Raporu*, Ankara 2008, [https://ailevecalisma.gov.tr/medias/5986/2007\\_25.pdf](https://ailevecalisma.gov.tr/medias/5986/2007_25.pdf), s. 9-10, erişim tarihi Mayıs 2021.

Ayrıca belirli illerde ve turizm sektöründe yer alan 590 iş yerinde yapılan teftiş sonucunda 641 yabancının çalışma izni olmadan çalıştırıldığı veya bağımsız çalıştığı tespit edilmiştir. İzinsiz çalıştırılan yabancıların ve bildirim yükümlülüğüne uymayan iş yeri sayıları ve kesilen idarî para cezaları için bkz. *Yabancıların İzinsiz Çalışmasının Önlenmesi Teftiş Projesi Genel Değerlendirme Raporu*, s. 17-18.

Son olarak ilgili raporda kayıt dışı yabancı istihdamın önüne geçilmesi adına çeşitli öneriler de kaleme alınmıştır. Bunlar kişilerin bilgilendirilmesi için duyurular hazırlanması (yazılı ve görsel basında) ve eğitim seminerleri düzenlenmesi, yetkili kişilerce denetimlerin yapılması ve Türk işçi istihdam edilmesinin yaygınlaşmasıdır.

<sup>80</sup> UİK m.23/5/b uyarınca çalışma izni olmaksızın yabancı çalıştıran işverenlere yönelik verilen para cezalarının iptaline ilişkin davaların adli yargı yerinde çözümlenmesine ilişkin Uyuşmazlık Mahkemesi tarafından verilen kararlar için bkz. E. 2019/532, K. 2019/535, T. 30.09.2019; E. 2019/686, K. 2019/729, T. 25.11.2019, <https://www.lexpera.com.tr/>

<sup>81</sup> Uluslararası İşgücü Kanunu Genel Gereğesi ve Madde Gereğeleri için bkz. Sayı 31853594-101- 1309-1696, 23.06.2016, [www.tbmm.gov.tr](http://www.tbmm.gov.tr), erişim tarihi Kasım 2020, s. 5.

<sup>82</sup> Kaynak <https://www.csgb.gov.tr/uigm/genel-bilgiler/idari-para-cezaları/> erişim tarihi Haziran 2021.

5326 sayılı Kabahatler Kanununun 17. maddenin 7. bendine göre, idarî para cezaları her takvim yılı başından geçerli olmak üzere ilgili yıl için 213 sayılı Vergi Usul Kanununun Enflasyon düzeltmesi ve yeniden değerlendirme oranı başlıklı mükerrer m.298'e göre artırılmaktadır.

UİK ile öngörülen ve yukarıda tablo ile gösterilen idarî para cezalarının yanında çalışma izni olmadan çalışan yabancılar hakkında sınır dışı etme yaptırımı da uygulanır (UİK'nın 23/8 ve YUKK'un 54. maddeleri). Bu uygulanan yaptırımları çalışmamızda yabancı kaçak işçi olarak çalışanlar ve bu kişileri çalıştıran kişiler, bir diğer deyişle muhatapları açısından ikiye ayırarak inceleyeceğiz.

## **A. Çalışma İzni Olmaksızın Çalışan Yabancı İşçiye Uygulanacak Yaptırımlar**

### **1. İdarî Para Cezası**

Yukarıdaki tabloda gösterildiği üzere 2021 yılı itibariyle çalışma izni veya çalışma izin muafiyeti olmadan bir işverene bağımlı çalıştığı tespit edilen yabancıya uygulanacak idarî para cezası 4.716 TL; bağımsız çalışan yabancıya ise uygulanacak idarî para cezası 9.438 TL'dir. Öte yandan UİK m.23/5 uyarınca da bağımsız veya süresiz çalışma izni ile çalışan yabancıнын bildirim yükümlülüğünü yerine getirmemesi durumunda öngörülen idarî para cezası 784 TL'dir.

### **2. Sınır Dışı Edilme**

Çalışma izni veya çalışma izin muafiyeti olmadan çalışan yabancıya uygulanan idarî para cezasının yanında ilgili kişi hakkında sınır dışı etme kararı da alınır. Sınır dışı etme kararını Göç İdaresi Genel Müdürlüğü'nün talimatı üzerine veya re'sen valilikler alır (YUKK m.53/1).

Sınır dışı etme sebepleri ve usulü, YUKK'nda düzenlenmiştir. Bu sebeplerden biri çalışma izni olmadan çalıştığı tespit edilen yabancılar hakkında sınır dışı etme kararının alınmasıdır (YUKK m.54/g). Bu sebebin varlığı durumunda yetkili makamın takdir yetkisi bulunmamaktadır. Ancak kaçak yabancı işçi, YUKK m.55'de gösterilen durumlardan birine dâhilse, sınır dışı etme kararı alınmaz. Bu durumlar: yabancıнын sınır dışı edileceği ülkede ölüm cezası veya insanlık dışı muameleye maruz kalacağı konusunda ciddi emarelerin varlığı; ciddi sağlık sorunları, yaş ve hamilelik durumu nedeniyle seyahat etmesi riskliyse, hayatî tehlike arz eden hastalıkları için tedavisi devam edip sınır dışı edileceği ülkede tedavi imkânına sahip olmaması, mağdur destek sürecinden yararlanmakta olan insan ticareti mağduru veya tedavileri tamamlanmıncaya kadar psikolojik, fiziksel veya cinsel şiddet mağduru olmasıdır. Bu durumlardan birinin varlığı hâlinde ilgili kişi hakkında sınır dışı etme kararı alınmaz. UİK m.23/8'e göre, çalışma izni bulunmadan çalıştığı tespit edilen yabancılar sınır dışı edilmek üzere İçişleri Bakanlığı'na bildirilir.

Hakkında sınır dışı etme kararı alınan yabancı kaçak işçi, öncelikle Türkiye'yi terke davet edilir (m.56). Yabancıнын ülkeyi terk etmesi gereken süre kendisine bildirimden itibaren 15 gün ila 30 gün arasındadır. Genel kural doğrultusunda kaçma ve kaybolma riski bulunanlar, yasal giriş veya yasal çıkış kurallarını ihlâl edenler, sahte belge kullananlar, asılsız belgelerle ikamet izni almaya çalışanlar

veya aldığı tespit edilenler, kamu düzeni, kamu güvenliği veya kamu sağlığı açısından tehdit oluşturanlar terke davet edilmez. Bu kişiler ya doğrudan sınır dışı edilir ya da sınır dışı edilene kadar valiliklerce idarî gözetim altına alınır veya idarî gözetime alternatif yükümlülükler getirilir (m.57/2).

Eğer ilgili kişi hakkında valilik tarafından idarî gözetim kararı alınmışsa, bu kişi geri gönderme merkezlerine 48 saat içinde götürülür. Geri gönderme merkezlerindeki idarî gözetim süresi altı ayı geçemez (m.57/3, c.1).<sup>83</sup> İdarî gözetim kararının mutlaka gerekçeli olarak ilgiliye veya yasal temsilcisine ya da avukatına bildirilmesi gerekir; bu karara karşı itiraz yolu açıktır (m.57/5-6).

Eğer ilgili yabancı kişi hakkında idarî gözetim kararı alınmamışsa ama ilgili kişi m.57/2 kapsamındaysa (m.57/A/3) veya hakkındaki idarî gözetim sonlandırılmışsa, bu yabancıya idarî gözetime alternatif yükümlülükler getirilmesi zorunludur (m.57/4). Bu karar ilgiliye, yasal temsilciye veya avukatına gerekçeleri ile tebliğ edilir (m.57/A/4, c.1).<sup>84</sup> İdarî gözetime alternatif yükümlülükler, 2019 yılında eklenen 57/A maddesinde sayılmıştır.<sup>85</sup> Bu yükümlülükler, belirli adreste ikamet etme, bildirimde bulunma, aile temelli geri dönüş, geri dönüş danışmanlığı, kamu yararına hizmetlerde gönüllülük esasıyla görev alma, teminat ve elektronik izleme yükümlülüğüdür. Bu yükümlülüklerin süresi yirmi dört ayı geçemez (m.57/A/3). Yabancı, hakkında alınan idari gözetime alternatif yükümlülükleri uymadığı takdirde idarî gözetim altına alınabilir (m.57/A/6).

### 3. Giriş Yasağı

Hakkında sınır dışı etme kararı alınan bir yabancı için ülkeye giriş yasağı da konulabilir. YUKK m.3'e göre Türkiye'den sınır dışı edilen yabancıların Türkiye'ye girişi, Göç İdaresi Genel Müdürlüğü veya valilikler tarafından yasaklanır. Nitekim YUKK m.7/a uyarınca çalışma izni olmayanların veya bu izni hileli yollarla edinenler ya da bu izinlerin sahte olduğu anlaşılanların Türkiye'ye girişlerine izin verilmez.

<sup>83</sup> Ancak yabancının iş birliği yapmaması veya ülkesiyle ilgili doğru bilgi veya belgeleri vermemesi ile hakkında alınan sınır dışı işlemi tamamlanamamışsa, idarî gözetim süresi, en fazla altı ay daha uzatılabilir (m.57/3, c.2). Geri gönderme merkezlerinde sağlanacak hizmetler için bkz. YUKK m.59.

<sup>84</sup> Maddenin devamında "*hakkında idari gözetime alternatif yükümlülükler getirilen yabancı, bir avukat tarafından temsil edilmiyorsa kendisi veya yasal temsilcisi, kararın sonucu, itiraz usulleri ve süreleri hakkında bilgilendirileceği*" belirtilmiştir. Ancak hüküm doğrultusunda sadece hakkında elektronik izleme yükümlülüğü getirilen yabancının veya yasal temsilcisinin ya da avukatının bu karara karşı sulh ceza hâkimliğine itiraz imkânı tanınmıştır. Başvuru yabancının tâbi tutulduğu idarî yükümlülüğü durdurmaz ve sulh ceza hâkimi incelemeyi beş gün içinde sonuçlandırır. Sulh hukuk hâkiminin vereceği karar kesindir (m.57/A/5).

<sup>85</sup> 06.12.2019 tarihli ve 7196 sayılı Bazı Kanunlarda ve 375 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, m.78. R.G. 24.12.2019/30988.



#### 4. İş yeri Kapatma Cezası

Mülga 27 Şubat 2003 tarihli ve 4817 sayılı Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanunun<sup>86</sup> (YÇİHK) 21/5. maddesine göre, çalışma izni olmadan bağımsız çalışan yabancıların iş yerinin veya iş yerlerinin olması durumunda, Bakanlık bölge müdürlerince işyerlerinin kapatılma kararı alınır ve bu karar, ilgili valiliğe bildirilirdi. Bu düzenlemenin UİK ile kaldırılması sonrasında bağımsız çalışan yabancıların iş yerinin bulunması durumunda iş yerinin kapatılma kararı artık alınmamaktadır.

### B. Yabancı Kaçak İşçi Çalıştıran İşveren veya İşveren Vekiline Uygulanacak Yaptırımlar

#### 1. İdarî Para Cezası

6735 sayılı Kanunun 23. maddesinin 5/b fıkrasına göre hesaplanan bedele göre 2021 yılı itibariyle çalıştırılan her yabancı için işverene 11.796 TL. idarî para cezası uygulanır. Öte yandan UİK m.23/5 uyarınca da yabancı çalıştıran işverene bildirim yükümlülüğünü yerine getirmemesi durumunda her bir yabancı için 784 TL idarî para cezası uygulanmaktadır.

#### 2. Sınır Dışı Edilme Masraflarını Karşılama

UİK m.23/9'a göre, işveren veya işveren vekili, yabancı kaçak işçinin ve varsa eş ve çocuklarının konaklama giderlerini, ülkelerine dönmeleri için gerekli masrafları ve gerektiğinde sağlık harcamalarını karşılamakla yükümlüdür.<sup>87</sup> Eğer bu giderler, Göç İdaresi Genel Müdürlüğü tarafından karşılanmışsa, bu meblağ, işveren veya işveren vekilinden tahsil edilir.

### C. Değerlendirme

Kaçak işçi çalıştıran işverene yönelik idarî para cezası ve çalıştırdığı işçinin sınır dışı edilme masraflarını karşılaması dışında başka bir yaptırım mevzuatımızda kabul edilmemiştir. Bu kişiye yönelik daha ağır sayılabilecek (örneğin kamu ihalelerine girememe, meslekten belirli bir süre yasaklılık ya da işyeri ruhsatının iptali, oda kaydının silinmesi gibi) önlemler alınabilir.<sup>88</sup> Böylece yabancı kaçak işçi çalıştırma durumu asgariye indirilebilir.

Ayrıca uygulamada çeşitli sorunlarla karşılaşılabilir. Örneğin çalışma izni olmadan bağımsız çalışan yabancı hakkında sınır dışı etme kararı alınır ve karar uygulanırsa, bu kişinin -bir şekilde işlettiği- iş yerinin akıbeti ne olacaktır? Kişi

<sup>86</sup> R.G. 06.03.2003/25040.

<sup>87</sup> Ayrıca gerçek veya tüzel kişiler, Türkiye'de kalmalarını veya dönmelerini garanti ettikleri yabancıların sınır dışı masraflarını karşılamak zorundadırlar (YUKK m.60/6).

<sup>88</sup> Mehmet Candan, *Kayıt Dışı İstihdam, Yabancı Kaçak İşçi İstihdamı ve Toplumumuz Üzerindeki Sosyo-Ekonomik Etkileri*, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Türkiye İş Kurumu Genel Müdürlüğü, Ankara 2007, s. 89.

adına iş yeri tasfiye edilecek midir, tasfiye edildiğinde bu bedel kendisine verilecek midir? Kaçak işçi olarak çalışan kişilerin durumlarının idare tarafından tespiti üzerine her durumda sınır dışı kararı alınacak mıdır; şöyle ki kişi, önceden kayıtlı istihdam edilmezken, sonradan kayıt altına alınmışsa, önceki çalışmaya ilişkin kendisine bir yaptırım uygulanacak mıdır? Çalışma izni olmadan çalışan yabancı daha sonra iş hukukundan doğan yükümlülüklerini yerine getirmek isterse, yine de o kişi sınır dışı edilecek midir?

Kayıt dışı ekonomiyle mücadelede en önemli araçlardan biri hiç kuşkusuz o ülkenin hukukî düzenlemelerinin kapsamlı olması ve etkili bir şekilde uygulanmasıdır. Bu sebeple uygulamada karşılaşılabilecek sorun ve uygulamaların tespit edilerek hukukî düzenlemelerin güncellenmesi gerektiği fikrindeyiz.

### III. GENEL OLARAK YABANCI KAÇAK İŞÇİ ÇALIŞTIRMANIN YABANCILAR HUKUKU DIŞINDA BAZI HUKUK DALLARI İLE İLGİSİ

Çalışma konumuz, yabancı kaçak işçi çalıştırmanın yabancılar hukuku açısından ele alınmasıdır. Ancak bu konu tek boyutlu değildir; insan hakları, vergi hukuku, ceza hukuku ve iş hukuku boyutları söz konusudur. Bütün bunlar ayrı çalışma konusu olduğu için ayrıntıya girmeden bu hususlara sınırlı şekilde temas edilecektir. Kayıt dışı ekonominin görünen yüzlerinden biri olan kaçak yabancı işçiliğin önlenmesi veya ciddi şekilde azaltılması sonucunda bütçenin vergi gelirleri artacak ve ülke ekonomisine katkı sağlanacaktır.<sup>89</sup> Aksi hâlde kayıt dışı istihdam bütçe açığına sebep olduğundan bütçe açığını kapamak adına devletler çeşitli önlemler almak (örneğin katma değer vergisi oranlarını arttırmak veya borçlanmak) zorunda kalacaklardır.<sup>90</sup>

Konunun iş hukuku boyutunda ise yabancıların çalışma izni almadan çalıştırılması ile yasaklı olduğu işlerde çalışmasının iş sözleşmesine etkisi meseleleri ile karşılaşmaktayız.<sup>91</sup> Her iki konunun kamu düzeni kavramı ile ilişkili olup olmadığı, buna göre yapılan iş sözleşmelerinin geçerli olup olmayacağı, geçerli olmaması durumunda geçmişe mi geleceği mi etkili olacağı, geçerli bir iş sözleşmesi yoksa yabancıların taleplerini (ücret, sigortalılık) hangi hukukî sebebe dayanarak elde edeceği (sebepsiz zenginleşme mi haksız fiil mi?), yabancıların yasaklı işlerde çalışması durumunun ehliyet meselesiyle mi ilgili olduğu yoksa iş sözleşmesi yapma serbestisini mi sınırladığı yönünde doktrinde farklı görüşler

<sup>89</sup> Keser, s. 44.

<sup>90</sup> Candan, s. 76. Ayrıca vergi hukukuna ilişkin olarak ortaya çıkan sonuçlar için bkz. Candan, s. 76 vd.

<sup>91</sup> Konu hakkındaki değerlendirmeler ve doktrindeki görüşler için bkz. Cin Mustafa, 'Yabancıların Kendilerine Yasak İşlerde veya Çalışma İzni Almadan Çalışmasının İş Sözleşmesine Etkisi', Kamu İş (İş Hukuku ve İktisat Dergisi), Sayı 8/1, Yıl: 2005, <https://www.tuhis.org.tr/pdf/812.pdf>, Savur, s. 213-225.

söz konusudur.<sup>92</sup> Kısaca, bir görüş yabancıların kendilerine yasak olan işlerde çalışmasının iş akdi kurma özgürlüğünü sınırlama kapsamında değerlendirmektedir.<sup>93</sup> Buna karşın yabancıların Türkiye’de yasaklı bir işte çalışması durumunu ehliyet konusu altında değerlendiren bir diğer görüşe göre bu sözleşme bâtıldır ve yabancı kişi, işçi sayılamayacağı için işçilik haklarına da dayanamaz, sadece haksız fiil veya sebepsiz zenginleşme kurallarına dayanarak talepte bulunabilir.<sup>94</sup> Öte yandan çalışma izni veya çalışma izin muafiyeti bulunmayan yabancıların, iş sözleşmesi ehliyetine sahip olmadıkları, bu kişilerle yapılan iş sözleşmesinin ileriye dönük olarak geçersiz olduğu; yabancı işçinin çalışma izninin uzatılmaması durumunda ise çalışmaya devam etmesi hâlinde işverenin haklı sebeple sözleşmeyi feshedebileceği, feshetmezse sözleşmenin askıda kaldığı yönünde değerlendirmeler söz konusudur.<sup>95</sup> Buna karşın bu kişilerin iş sözleşmesinin baştan geçersiz olduğu, hukuken işçi konumunda sayılamayacakları için sendikalara üye olamayacağı, hak ettikleri ücreti alamadıklarında yargı önünde haklarını da arayamayacağı ve hukuk düzeninin işçiyi koruyan hükümlerinin kapsamında olmadıkları, mesai saatleri ve hafta sonu tatillerine sahip olamayacakları, sosyal güvenlik hakkına sahip olamadıkları için hastalandıklarında veya iş veya meslek kazasına uğradıklarında sosyal güvenlik kurumlarının sağlamış olduğu tedavi hizmetlerinden yararlanamayacakları ileri sürülmüştür.<sup>96</sup> Bu farklılıklar Yargıtay kararlarında da söz konusudur. Yargıtay 2006 tarihli bir kararında, Türk soylu Bulgaristan vatandaşının çalışma izni verilmeden bağımlı çalıştırılması nedeniyle işçi sayılmayacağını ve İş Kanunu’na dayanan taleplerini İş Mahkemesi’nde davalıdan isteyemeyeceğine karar vermiş.<sup>97</sup> Diğer taraftan 2014 yılında Yargıtay, kaçak olarak çalışan kişilerin yabancı olmalarından dolayı çalışamayacakları işler dışındaki işlerde izin almadan çalışmaları veya çalışma izin süresinin bitmesine rağmen çalışmaya devam etmeleri durumlarında bu kişilerin çalışmaları kamu düzenine ilişkin olmamaları nedeniyle kesin hükümsüz sayılmayacağına, çalışma izni almadan çalışılmışsa işçinin sigortalılık hakkından yararlanması gerektiğine hükmetmiştir.<sup>98</sup> Bu karardan yola çıkarak öğretilerde yabancıların kendilerine yasaklı olan işlerde çalışması durumunda konunun kamu düzenini ilgilendirmesi

<sup>92</sup> Cin, s. 1-20; Savur, s. 213-235.

<sup>93</sup> Sarper Süzek, *İş Hukuku (Genel Esaslar, Bireysel İş Hukuku)*, Yenilenmiş 14. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2017, s. 319, 321 vd.

<sup>94</sup> Kenan Tunçomağ / Tankut Centel, *İş Hukukunun Esasları (Genel Kavramlar, İş Sözleşmesi, Sendikalar, Toplu İş Sözleşmeleri, Arabuluculuk ve Tahkim, Grev ve Lokavt)*, 6. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2013, s. 82.

<sup>95</sup> Hamdi Mollamahmutoğlu; Muhittin Astarlı; Ulaş Baysal, *İş Hukuku*, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 6. Bası, Ankara, 2014, s. 501-502, 563.

<sup>96</sup> Keser, s. 45; Candan, s. 75-76.

<sup>97</sup> Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E. 2006/1748, K. 2006/22496, T. 14.09.2006, www.lexpera.com.tr.

<sup>98</sup> Yargıtay 10. Hukuk Dairesi, E. 2013/14038, K. 2014/327, T. 16.01.2014, www.lexpera.com.tr.

nedeniyle sigortalı sayılmayacakları, işçi ile kurulan sözleşmelerin geçersiz sayılacağı ve sosyal sigorta yardımlarından yararlanamayacakları ifade edilmiştir.<sup>99</sup> Bu kararlarda ve tüm görüşlerde yabancılık unsuru ve milletlerarası özel hukuk konuları göz ardı edilmiştir.<sup>100</sup>

Kaçak olarak çalıştırılan yabancı kişinin işçi sayılıp sayılmayacağı konusu, bu kişilerin çalıştığı süre boyunca emeğinin karşılığını alması gerektiği, işçiyi koruma temel amacı ve insan hakları<sup>101</sup> açısından değerlendirilmelidir. Nitekim bu kişiler en temel hakları olan *insan haklarından mahrum edilen, ezilen ve sömürülen kişilerdir*.<sup>102</sup>

Konunun ceza hukuku boyutunda ise 26 Eylül 2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda (TCK)<sup>103</sup> ayrı suç tipleri olarak kabul edilen insan ticareti<sup>104</sup> ve göçmen kaçakçılığı<sup>105</sup> suçları ile karşılaşmaktadır. Bu suç tipleri, Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin bulunduğu jeopolitik konum nedeniyle ciddi boyutlara ulaşması açısından özel önem taşımaktadır.<sup>106</sup> Bunun yanında Türkiye Cumhu-

<sup>99</sup> Çağlar Çopuroğlu, 'Türkiye'deki Yabancı Kayıt Dışı İşçilerin Kısa ve Uzun Vadeli Sosyal Sigortalar Üzerinde Oluşturduğu Riskler', Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı 9/17, Yıl: 2021, Antalya, s. 277.

<sup>100</sup> Bireysel iş sözleşmesine milletlerarası nitelik kazandıran unsurlar (yabancılık unsuru) için bkz. Doğa Elçin, *Milletlerarası Unsurlu Bireysel ve Toplu İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012, s. 39-44.

<sup>101</sup> 10 Aralık 1948 tarihinde Birleşmiş Milletler Genel Kurulunca kabul edilen Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinin Türkçe metni için bkz. RG 27.05.1949/7217. Beyannamenin 22. maddesine göre;

*"her şalışın, cemiyetin bir üyesi olmak itibarıyla, sosyal güvenliğe hakkı vardır; haysiyeti için ve şahsiyetinin serbestçe gelişmesi için zaruri olan ekonomik, sosyal ve kültürel hakların millî gayret ve milletlerarası işbirliği yoluyla ve her Devletin teşkilâtı ve kaynaklarıyla mütenasip olarak gerçekleştirilmesine hakkı vardır"*.

<sup>102</sup> Özkan, s. 133'den naklen.

<sup>103</sup> R.G. 12.10.2004/25611.

<sup>104</sup> TCK m.80'e göre, zorla çalıştırmak, hizmet ettirmek, fuhuş yaptırmak veya esarete tâbi kılmak ya da vücut organlarının verilmesini sağlamak maksadıyla tehdit, baskı, cebir veya şiddet uygulamak, nüfuzu kötüye kullanmak, kandırmak veya kişiler üzerindeki denetim olanaklarından veya çaresizliklerinden yararlanarak rızalarını elde etmek suretiyle kişileri ülkeye sokan, ülke dışına çıkaran, tedarik eden, kaçırılan, bir yerden başka bir yere götüren veya sevk eden ya da barındıran kimseye adli para cezası ve hapis cezası verilir. Ayrıca bu suçun bir tüzel kişi tarafından işlenmesi hâlinde ise tüzel kişilere özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur. İnsan ticareti durumunda mağdurun rızası geçersiz kılınmıştır (TCK m.80/2).

<sup>105</sup> TCK m.79 uyarınca "doğrudan doğruya veya dolaylı olarak maddi menfaat elde etmek maksadıyla, yasal olmayan yollardan; a) Bir yabancıyı ülkeye sokan veya ülkede kalmasına imkân sağlayan, b) Türk vatandaşı veya yabancının yurt dışına çıkmasına imkân sağlayan kişiye" hapis ve adli para cezası kabul edilmiştir. Ayrıca bu suçun bir tüzel kişi tarafından işlenmesi hâlinde ise tüzel kişilere özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur.

<sup>106</sup> Aybay; Dardağan Kibar, s. 29.

riyeti Devleti, insan ticareti ve göçmen kaçakçılığına karşı çeşitli milletlerarası sözleşmelere de taraf olmuştur.<sup>107</sup> Son olarak ülkemizde suç teşkil eden (örneğin uyuşturucu veya silah kaçakçılığı gibi) ve kaçak olarak sayılan işleri yapan yabancılar için de cezaî sorumluluk doğmaktadır.

## SONUÇ

Türkiye'nin jeopolitik konumu ve son dönemlerde artan hızla göç alan bir ülke niteliğinde olması sonucu yabancı kaçak işçi istihdamı ciddi bir sorun teşkil etmektedir. Bir diğer deyişle, yabancı kaçak işçi istihdamı konusunun önemi, ülkemizin diğer ülkelerde (özellikle Suriye, Afganistan) yaşanan siyasî ve toplumsal süreçlerin sonucu olarak bu ülkelerden son dönemlerde çok fazla göç alan ülke konumuna gelmesinde yatmaktadır. Bunun sonucunda da işverenlerce ihtiyaç duyulan işgücü, yabancı kaçak işçilerle karşılanmaya çalışılmakta ve bu nedenle ülkemiz açısından yerli işgücü istihdam edilemediğinden işsizlik artmakta, toplumsal ve ekonomik yaşam olumsuz etkilenmektedir.

Çalışma konumuz yabancı kaçak işçiliğinin yabancılar hukuku kapsamında ele alınması olduğundan, yabancılar hukukuna ilişkin mevzuatımızda yabancı işçiye ve onu çalıştıran işverene uygulanacak müeyyidelerin yeterliliği veya etkili olup olmadığı tartışılmalıdır. Kanımızca yabancı kaçak işçi olarak çalışma ve çalıştırılmanın önlenmesine ilişkin düzenlemeler, uygulamada karşılaşılan hukukî sorunları ve uygulamaları da göz önünde bulundurularak güncellenmelidir. Ancak genel olarak yabancı kaçak işçi çalıştırmakla en önemli mücadele, istihdam eden ve edilenlerin bilinçlendirmesi ile olacaktır.

Son olarak, yabancı kaçak işçi istihdamı sadece yabancılar hukuku bakımından değil insan hakları hukuku, ceza hukuku, sosyal güvenlik hukuku ve vergi hukuku açısından ele alınması gereken önemli bir hukukî sorundur ve multidisipliner bir konu olduğu için sadece hukuk alanında değil ilgili olduğu diğer alanlarda (ekonomi gibi) da dikkatle incelenerek çözümler üretilip uygulamaya geçirilmesi gereken bir gerçekliktir.

<sup>107</sup> Sınır aşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun, Kanun No. 4800, Kabul Tarihi 30.01.2003. Sınır Aşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesine Ek Kara, Deniz ve Hava Yoluyla Göçmen Kaçakçılığına Karşı Protokolün Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun, Kanun No. 4803, Kabul Tarihi 30.01.2003, Sınır Aşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesine Ek İnsan Ticaretinin, Özellikle Kadın ve Çocuk Ticaretinin Önlenmesine, Durdurulmasına ve Cezalandırılmasına İlişkin Protokolün Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun, Kanun No. 4804, Kabul Tarihi 30.01.2003. RG. 4.2.2003/ 25014. Bkz. Özkan, s. 135; İçduygu / Aksel, s. 47-48.

## KAYNAKÇA

- AYBAY**, Rona / **DARDAĞAN KİBAR**, Esra, *Yabancılar Hukuku*, 3. Baskı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2010.
- ASLANTÜRK**, Oğuzhan / **TUNÇ YUSUF**, Erdem, ‘*Yabancıların Türkiye’de Kayıtdışı İstihdamı*’, Aksaray Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, Sayı 10/4, Yıl: 2018, Aksaray, s. 13-20.
- BARAN ÇELİK**, Neşe, ‘*Türk Hukukunda Uluslararası Koruma Başvurusunda Bulunan veya Uluslararası Korumadan Yararlanan Yabancıların Hak ve Yükümlülükleri*’, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Özel Sayı, Cilt 1, Yıl: 2015, s. 67-148.
- BAŞBAKANLIK**, *Kayıt Dışı İstihdamla Mücadele (KADİM) Projesi ile İlgili 2006/28 Sayılı Genelge*, 04 Ekim 2006 Tarihli Resmî Gazete, Sayı: 26309 (KADİM Projesi).
- CANDAN**, Mehmet, *Kayıt Dışı İstihdam, Yabancı Kaçak İşçi İstihdamı ve Toplumumuz Üzerindeki Sosyo-Ekonomik Etkileri*, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Türkiye İş Kurumu Genel Müdürlüğü, Ankara, 2007.
- CİN**, Mustafa, ‘*Yabancıların Kendilerine Yasak İşlerde veya Çalışma İzni Almadan Çalışmasının İş Sözleşmesine Etkisi*’, Kamu İş (İş Hukuku ve İktisat Dergisi), Sayı 8/1, Yıl: 2005, <https://www.tuhis.org.tr/pdf/812.pdf>.
- ÇALIŞMA VE SOSYAL GÜVENLİK BAKANLIĞI İŞ TEFTİŞ KURULU BAŞKANLIĞI**, *Yabancıların İzinsiz Çalışmasının Önlenmesi Teftiş Projesi Genel Değerlendirme Raporu*, Ankara, 2008, [https://ailevecalisma.gov.tr/medias/5986/2007\\_25.pdf](https://ailevecalisma.gov.tr/medias/5986/2007_25.pdf), erişim tarihi Mayıs 2021.
- <https://www.csgeb.gov.tr/uigm/genel-bilgiler/idari-para-cezaları/>, erişim tarihi Haziran 2021.
- ÇELİKEL**, Aysel / **ÖZTEKİN GELGEL**, Günseli, *Yabancılar Hukuku*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2018.
- ÇİÇEKLİ**, Bülent, ‘*Mülteci, Sığınmacı ve Göçmenler: Sınıflandırma ve Yasal Statünün Belirlenmesine İlişkin Sorunlar*’, Vatandaşlık, Göç, Mülteci ve Yabancılar Hukukundaki Güncel Gelişmeler, Uluslararası Sempozyum Bildirileri, 15-16 Mayıs 2009, Anadolu Üniversitesi, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Yıl: 2010, Ankara, s. 327-362.
- ÇOPUROĞLU**, Çağlar, ‘*Türkiye’deki Yabancı Kayıt Dışı İşçilerin Kısa ve Uzun Vadeli Sosyal Sigortalar Üzerinde Oluşturduğu Riskler*’, Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı 9/17, Yıl: 2021, Antalya, s. 269-285.
- DARDAĞAN**, Esra, ‘*An Overview and Discussion of the New Turkish Law on Foreigners and International Protection*’, Perceptions, Sayı XVIII/3, Yıl: 2013, Ankara, s. 109-128.
- DOĞAN**, Vahit, *Türk Yabancılar Hukuku*, Üçüncü Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2020.
- DÖNMEZ**, Hasan, *Türkiye’de Kayıt Dışı İstihdam*, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2020.
- EKŞİ**, Nuray, *Yabancılar ve Uluslararası Koruma Hukuku*, 5. Baskı, Beta Basım, İstanbul, 2018.
- EKŞİ**, Nuray, ‘*Kabotaj Kanunu Uyarınca Yabancılar Yasaklanan Meslek ve Sanatlar*’, Kabotaj, Mavi Vatan ve Türk Denizciliği, İstanbul Barosu Cumhuriyet Araştırmaları Merkezi/Taşıma ve Lojistik Hukuku Komisyonu Ortak Düzenlenen Çevrimiçi Konferans, 1 Temmuz 2021, Tebliğ Kitabı, 2021, s. 357-377.

- ELÇİN**, Doğa, *Milletlerarası Unsurlu Bireysel ve Toplu İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012.
- ERDOĞAN**, Murat, *Suriyeliler Barometresi 2019: Suriyelilerle Uyum İçinde Yaşamın Çerçevesi*, Orion Kitabevi, Ankara, 2020, <https://www.unhcr.org/tr/wp-content/uploads/sites/14/2020/09/SB2019-TR-04092020.pdf>.
- ERTEN**, Rifat, 'Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Hakkında Genel Bir Değerlendirme', Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı XIX/1, Yıl: 2015, Ankara, s. 3-51.
- ESEN**, Emre, 'Türk Hukukunda Yabancıların İkamet İzinler', Beta Basım, İstanbul, 2019.
- GÜMÜŞLÜ TUNÇAĞIL**, Gülce, 'Yabancıların Türkiye'de Eğitim Hizmetinde Çalışması', Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı 9/1, Yıl: 2019, Ankara, s. 68 - 109.
- INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION**, Syrians in the Turkish Labour Market, 2017, s. 1, [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---ilo-ankara/documents/genericdocument/wcms\\_738618.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---ilo-ankara/documents/genericdocument/wcms_738618.pdf), erişim tarihi Ağustos 2021.
- İÇDUYGU**, Ahmet / **AKSEL**, Damla B., *Türkiye'de Düzensiz Göç*, Uluslararası Göç Örgütü Yayınları, Ankara, 2012.
- KARAAĞAÇ**, Ömür, 'Yabancıların Türkiye'de Çalışmalarına İlişkin Temel Düzenleme Olarak Uluslararası İşgücü Kanununun Genel Değerlendirilmesi', Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı 3/1, Yıl: 2018, Ankara, s. 89-121.
- KESER**, Hakan, 'Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanun Tasarısı Işığında Türkiye'de Yabancıların Çalışma Hakkı ve Yabancı Kaçak İşçilik', Kamu İş (İş Hukuku ve İktisat Dergisi), Sayı 7/2, Yıl: 2003, s. 2-48.
- MAHİROĞULLARI**, Adnan, 'Türkiye'de Kayıtdışı İstihdam ve Önlemeye Yönelik Stratejiler', Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, Sayı 22/2, Yıl: 2017, Isparta, s. 547-565.
- MOLLAMAHMUTOĞLU**, Hamdi / **ASTARLI**, Muhittin / **BAYSAL**, Ulaş, *İş Hukuku*, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 6. Bası, Ankara, 2014.
- ÖZKAN**, Işıl, *Göç, İltica ve Sığınma Hukuku, Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu ve Uluslararası İşgücü Kanunu ile Getirilen Değişikliklerle*, Güncellenmiş 3. Baskı, Seçkin, Ankara, 2018.
- ÖZEL**, Sibel, 'Uluslararası Koruma Başvuru Sahibi, Uluslararası Koruma Sahibi ile Geçici Koruma Altına Alınanların Hukuki Statülerinin Sığınmacı ve Göçmen Kavramları Özelinde Değerlendirilmesi', Uludağ Journal of Economy and Society / B.U.Ü. İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi Sayı 37/, Yıl: 2018, s. 249-295.
- ÖZEL**, Sibel, 'Türkiye'de Suriyelilerin Hukuki Statüsü', Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı XVII/2, Yıl: 2020, İstanbul, s. 709-734.
- SAVUR**, Elçin, *Türk-Yabancılar Hukuku Çerçevesinde Yabancıların Çalışma Hakkı ve Buna İlişkin Sınırlamalar*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2016.
- SOSYAL GÜVENLİK KURUMU EMEKLİLİK HİZMETLERİ GENEL MÜDÜRLÜĞÜ**, 2013/11 Sayılı Sigortalılık İşlemleri Genelgesinin (07/10/2020 tarihli ve 2020/41 sayılı Genelge İşlenmiş Hâli, Ekim 2020.

**SÜZEK**, Sarpek, *İş Hukuku (Genel Esaslar, Bireysel İş Hukuku)*, Yenilenmiş 14. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2017.

**T.C. ÇALIŞMA VE SOSYAL GÜVENLİK BAKANLIĞI**, *Yabancıların Çalışma İzinleri Uygulama Rehberi*, Yayın No.10, Ankara, 2014.

**TEKSOY**, Barış, ‘6458 Sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanununa Göre Yabancıların Vize Alma Zorunluluğu’, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı 62/3, 2013, Ankara, s. 855-906.

**TUNÇOMAĞ**, Kenan / **TANKUT**, Centel, *İş Hukukunun Esasları (Genel Kavramlar, İş Sözleşmesi, Sendikalar, Toplu İş Sözleşmeleri, Arabuluculuk ve Tahkim, Grev ve Lokavt)*, 6. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2013.

**TÜRKİYE İSTATİSTİK KURUMU**, *İşgücü İstatistikleri*, Ağustos 2020, Yayın Tarihi 10 Kasım 2020, S. 33792, Resmi İnternet Sitesi <https://data.tuik.gov.tr>.

**UNHCR**, *Durable Solutions for Syrian Refugees*, July/August 2019, s. 1-4, <https://www.unhcr.org/tr/wp-content/uploads/sites/14/2020/09/SB2019-TR-04092020.pdf>, erişim tarihi Ağustos 2021.