

# İSTANBUL MEDİPOL ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

Cilt / Volume: 10

Sayı / Issue: 1

Bahar / Spring 2023

Genel Sayı / Number: 19



**MEDİPOL**  
**UNV-İSTANBUL**  
İSTANBUL MEDİPOL ÜNİVERSİTESİ

## Künye

İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi  
*Journal of Istanbul Medipol University School of Law*

ISSN: 2148-6883 e-ISSN: 2687-6663 DOI: 10.46547/imuhfd

Cilt / Volume: 10 Sayı / Number: 1 Bahar / Spring 2023

### Sahibi / Owner

İstanbul Medipol Üniversitesi adına  
On behalf of Istanbul Medipol University  
Prof. Dr. Ömer Ceran

### Editör / Editors in Chief

Prof. Dr. Ayşe NUHOĞLU / Turkey  
ayse.nuhoglu@medipol.edu.tr  
ORCID: 0000-0002-0536-6517  
Kurum: İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi

### Editör Yardımcıları / Deputy Editors

Arş. Gör. Abdullah ERYİĞİT / Turkey  
abdullahery@gmail.com  
ORCID: 0000-0002-1757-0187  
Kurum: İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Dr. Öğr. Üye. Abdullah Musab ŞAHİN / Turkey  
asahin@medipol.edu.tr

ORCID: 0000-0001-6529-9179  
Kurum: İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Arş. Gör. Beyza YİĞİTBAŞI AKTAŞ / Turkey  
byigitbasi@medipol.edu.tr

ORCID: 0000-0002-1112-3474  
Kurum: İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Arş. Gör. Rüveyda GÜNDÜZ / Turkey  
ruveyda.gunduz@medipol.edu.tr

ORCID: 0000-0003-0802-3349  
Kurum: İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Arş. Gör. Melih KOÇ / Turkey  
mkoc@medipol.edu.tr

ORCID: 0000-0002-3479-1010  
Kurum: İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Arş. Gör. Yağmur ASLAN / Turkey  
yagmur.aslan@medipol.edu.tr

ORCID: 0000-0001-6594-0464  
Kurum: İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Arş. Gör. Merve İLDAN / Turkey  
mildan@medipol.edu.tr

ORCID: 0000-0002-7087-4323  
Kurum: İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi

### İletişim / Correspondance

İstanbul Medipol Üniversitesi Kavacık Güney Yerleşkesi  
Göztepe Mah. Atatürk Cad. No: 40/16 34815 Beykoz / İstanbul  
Tel: +90 216 681 51 00

hukukfakultesidergisi@medipol.edu.tr  
dergipark.org.tr/tr/pub/imuhfd / medipol.edu.tr/universite/yayinlar

**Yayına Hazırlayan / Prepared for Publication by**  
Mert Sarsağ

**Kapak / Cover**  
Levent Karabağlı

**Grafik-Tasarım / Graphic-Design**  
Medicomia

**Danışma Kurulu / Advisory Board**

Prof. Dr. / Prof. Dr. Mehmet Akman, Marmara Üniversitesi, İstanbul, Türkiye  
Prof. Dr. / Prof. Dr. Mehmet Emin Artuk, İstanbul Medipol Üniversitesi, İstanbul, Türkiye  
Prof. Dr. / Prof. Dr. M. Âkif Aydın, İstanbul Medipol Üniversitesi, İstanbul, Türkiye  
Prof. Dr. / Prof. Dr. Yavuz Atar, İbn Haldun Üniversitesi, İstanbul, Türkiye  
Prof. Dr. / Prof. Dr. Cem Baygın, Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi, Erzincan, Türkiye  
Prof. Dr. / Prof. Dr. Nihat Bulut, İstanbul Medipol Üniversitesi, İstanbul, Türkiye  
Prof. Dr. / Prof. Dr. Talat Çanbolat, Milli Savunma Üniversitesi, İstanbul, Türkiye  
Prof. Dr. / Prof. Dr. Ayhan Döner, Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi, Erzincan, Türkiye  
Prof. Dr. / Prof. Dr. Nuray Ekşi, Özyeğin Üniversitesi, İstanbul, Türkiye  
Prof. Dr. / Prof. Dr. Fethi Gedikli, İstanbul Üniversitesi, İstanbul, Türkiye  
Prof. Dr. / Prof. Dr. Hüseyin Hatemi, İstanbul Ticaret Üniversitesi, İstanbul, Türkiye  
Prof. Dr. / Prof. Dr. Mehmet Helvacı, İstanbul Üniversitesi, İstanbul, Türkiye  
Prof. Dr. / Prof. Dr. Sultan Tahmazoğlu Üzeltürk, Yeditepe Üniversitesi, İstanbul, Türkiye  
Prof. Dr. / Prof. Dr. Macit Kenanoğlu, Türk Alman Üniversitesi, İstanbul, Türkiye  
Prof. Dr. / Prof. Dr. Mahmut Koca, İstanbul Medipol Üniversitesi, İstanbul, Türkiye  
Prof. Dr. / Prof. Dr. Şafak Narbay, Sakarya Üniversitesi, Sakarya, Türkiye  
Prof. Dr. / Prof. Dr. Ayşe Nuhoğlu, İstanbul Medipol Üniversitesi, İstanbul, Türkiye  
Prof. Dr. / Prof. Dr. H. Eyüp Özdemir, İstanbul Medipol Üniversitesi, İstanbul, Türkiye  
Prof. Dr. / Prof. Dr. İzzet Özgenç, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi, Ankara, Türkiye  
Prof. Dr. / Prof. Dr. Sibel Özel, Marmara Üniversitesi, İstanbul, Türkiye  
Prof. Dr. / Prof. Dr. Ahmet Hamdi Topal, Kastamonu Üniversitesi, Kastamonu, Türkiye  
Prof. Dr. / Prof. Dr. Cevdet Yavuz, İstanbul Medipol Üniversitesi, İstanbul, Türkiye  
Prof. Dr. / Prof. Dr. Ahmet Ulvi Türkbağ, İstanbul Medipol Üniversitesi, İstanbul, Türkiye  
Prof. Dr. / Prof. Dr. Harun Demirbaş, İstanbul Medipol Üniversitesi, İstanbul, Türkiye  
Prof. Dr. / Prof. Dr. Salih Önder Yeşiltepe, İstanbul Medipol Üniversitesi, İstanbul, Türkiye  
Dr. Öğr. Üye. / Asst. Prof. A. Ersin Bayra, İstanbul Medipol Üniversitesi, İstanbul, Türkiye  
Dr. Öğr. Üye. / Asst. Prof. Levent Korkut, İstanbul Medipol Üniversitesi, İstanbul, Türkiye  
Dr. Öğr. Üye. / Asst. Prof. Sinan Seçkin, İstanbul Medipol Üniversitesi, İstanbul, Türkiye

İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi senede iki sayı yayımlanan, çift kör hakemli ve açık erişimli bir dergidir. Dergiye Türkçe, İngilizce, Almanca ve Fransızca dillerinde makaleler kabul edilmektedir.

*The Journal of Istanbul Medipol University School of Law is a biannual double-blind peer-reviewed open access journal. The Journal accepts articles in Turkish, English, German and French.*

**Tarandığı Dizinler / Indexing Services**



**Tarandığı Veri Tabanları / Abstracting Services**





# İÇİNDEKİLER / TABLE OF CONTENTS

## KAMU HUKUKU / PUBLIC LAW

- Araştırma Makalesi / Research Article - Mustafa Eren GÜÇARSLAN**  
Freedoms in the COVID-19 Pandemic in the Light of the ECtHR Case Law  
*AIHM İçtihadı Işığında COVID-19 Pandemisinde Özgürlükler* ..... 1
- Araştırma Makalesi / Research Article - Selin ULUDOĞAN**  
Amerika Birleşik Devletleri'nde Ceza Yargılamasından Çıkarma ve Onarıcı Adalet Uygulamaları  
*Diversion and Restorative Justice Practices in the United States* .....21
- Araştırma Makalesi / Research Article - Begüm DİLEMRE ÖDEN**  
Güncel Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Haksız Çıkma Zammının Mükellef Hakları Kapsamında Değerlendirilmesi  
*The Evaluation Of The Unfair Hike in The Light of Current Constitutional Court Decisions Within The Scope of Taxpayer Rights* .....39
- Araştırma Makalesi / Research Article - Muhammet KOÇAKGÖL**  
Menfaat Çatışmasından Kaçınma Sorumluluğu  
*Duty to Avoid Conflicts of Interest* .....61
- Araştırma Makalesi / Research Article - Şaban Cankat TAŞKIN**  
Israrlı Takip Suçu  
*The Crime of Stalking (TPC 123/A)* .....91
- Araştırma Makalesi / Research Article - Talha ERDOĞMUŞ**  
Kişisel Verileri İhlal Eden İdareye Karşı İdari Para Cezası Uygulanmaması Sorunu  
*The Problem Of Inability For Implementing Administrative Fine Against The Administration Violating Personal Data* ..... 137
- Araştırma Makalesi / Research Article - Turgay ÜNSAL**  
Polisin İdari Kolluk Yetkileri ve Ölçülülük İlkesi  
*Administrative Law Enforcement Powers of the Police and the Principle of Proportionality* .....169
- ## ÖZEL HUKUK / PRIVATE LAW
- Araştırma Makalesi / Research Article - Çağla YILMAZ**  
Evliliğin Sona Ermesinin Miras Sözleşmesine Etkisi  
*Effect of Dissolution of Marriage on Inheritance Agreement* .....189
- Araştırma Makalesi / Research Article - Gülenda ATAY**  
Örtülü “Influencer” Reklamlarının İdari Denetimi  
*Administrative Supervision of the Covert Influencer Advertising* ..... 209

**Araştırma Makalesi / Research Article - Gneř Sima KORKMAZ**

Tketicici İşlemi Niteliğindeki Satış Szleřmesinde Ayıplı İfa Durumunda  
Tazminat

*Compensation in the Defective Performance Situation in the*

*Sales Contract as a Consumer Transaction .....237*

# Freedoms in the COVID-19 Pandemic in the Light of the ECtHR Case Law\*

AIHM İctihadı Işığında COVID-19 Pandemisinde Özgürlükler

Mustafa Eren GÜÇARSLAN\*\*

## ABSTRACT

The European Convention on Human Rights (ECHR) has gone beyond being a catalog of rights that only lists fundamental rights and freedoms, and it has created an effective judicial mechanism. In this article, the legal analysis of the limitation of fundamental rights and freedoms within the effect of the COVID-19 pandemic has been made in light of the European Court of Human Rights (ECtHR) case law. Although many rights have been affected during the process, our study addresses freedom of movement, assembly, and religion due to the limited number of cases. The conditions for restricting fundamental rights and freedoms will be mentioned in our research. Then, the compliance of the interventions to fundamental rights with these conditions is analyzed within the framework of the decisions. How the proportionality review in terms of the measures taken is examined within the framework of the ECtHR's recent judgments.

**Keywords:** European Convention on Human Rights, Fundamental Rights and Freedoms, Freedom of Movement, Freedom of Assembly, Freedom of Religion.

## Öz

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AIHS) sadece temel hak ve özgürlükleri listeyen bir haklar kataloğu olmanın ötesine geçerek etkin bir yargı mekanizması oluşturmuştur. Bu makalede, COVID-19 pandemisi etkisiyle temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının hukuki analizi Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AIHM) içtihadı ışığında yapılmıştır. Süreç içerisinde birçok hak etkilenmiş olmakla birlikte, mahkeme önüne gelen dava sayısının henüz sınırlı olması nedeniyle; bu çalışmamızda seyahat, toplanma ve din özgürlükleri ele alınmıştır. Çalışmamızda, öncelikle temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının koşullarına kısaca değinilmiştir. Ardından temel haklara yapılan müdahalelerin bu koşullara

\* Makale gönderim tarihi: 11.10.2022. Makale kabul tarihi: 13.12.2022, Mustafa Eren Güçarslan, "Freedoms in the COVID-19 Pandemic in the Light of the ECtHR Case Law", *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 10, Sayı 1, 2023, s. 1-19, <https://doi.org/10.46547/imuhfd.2023.10.1.1>.

\*\* İstanbul Medipol Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Doktora Öğrencisi, erengucarslan@gmail.com, <https://orcid.org/0000-0003-0906-9568>

uygunluğu kararlar çerçevesinde incelenmiştir. Alınan tedbirler bakımından orantılılık incelemesinin AIHM içtihadına ne şekilde yansıdığı, mahkemenin g ncel kararlarıyla değerlendirilmiştir.

**Anahtar Kelimeler:** Avrupa İnsan Hakları S zleşmesi, Temel Haklar ve H rriyetler, Seyahat  zg rl ę , Toplanma  zg rl ę , Din  zg rl ę .

## Introduction

Various restrictions have been implemented within the scope of combating the COVID-19 pandemic. Many precautions taken to combat the COVID-19 pandemic are of the nature of limiting a fundamental right and freedom guaranteed in constitutions.<sup>1</sup> Over time, there have been many interferences with fundamental rights and freedoms in the pandemic. For example, curfews and mandatory quarantine measures interfered with the right to personal freedom and security. Also, the obligation to wear a mask affects the person's immunity. Travel bans have limited the freedom of movement. Limitations on open-air meetings, prohibition of demonstrations, and postponing association meetings interfere with the freedom of assembly and association. Therefore, the closing of places of worship such as churches, mosques, and synagogues and the prohibition of worship limited the freedom of worship. Measures such as the suspension of workplaces and the closure of schools also affected the right to property, the freedom to work and contract, and the right to education.

International attempts at protecting human rights at the international level developed by establishing the League of Nations, including certain human rights guarantees in the peace treaties negotiated by the war's end. However, the established international structures did not give a suitable environment for shaping international law.

International community; whereas human rights are a fundamental and basic component of world peace and participation, it was after the Second World War that the universal community got to be persuaded of the basic significance of shielding and advancing human rights. A response to the destruction caused by the Second World War on the European continent was realized by establishing the Council of Europe.<sup>2</sup>

1 Anja Radjenovic, *Upholding human rights in Europe during the pandemic*, European Union, 2020, p. 1, [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2020/652085/EPRS\\_BRI\(2020\)652085\\_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2020/652085/EPRS_BRI(2020)652085_EN.pdf). (19.07.2022).

2 Peter Van Dijk, Fried Van Hoof, Arjen Van Rijn, Leo Zwaak, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, 5<sup>th</sup> ed., Interstania, United Kingdom, 2018, p. 4.



Some of the rights included in the United Nations Universal Declaration of Human Rights (UDHR) are also participated in the European Convention on Human Rights (ECHR). In addition, the European Court of Human Rights (ECtHR), which is the judicial review mechanism of the ECHR, appears as a specific issue. The ECtHR is designed to guarantee the protection of fundamental rights for the states which are under the jurisdiction of the Council of Europe. The fact that the ECHR has created an effective judicial mechanism by going beyond just being a catalog of rights that determines fundamental rights and freedoms brings the ECtHR to an essential point with its structure that performs the judicial function, despite being a regional court, the ECtHR has a global impact. The Convention deals with the non-intervention area of the state based on negative rights areas. Therefore, the ECtHR focuses on; pluralism, tolerance, recognition, equality, and freedoms that constitute the rights regulated in the Convention.

Regarding ECHR, it is accepted as an essential step that the ECtHR has provided the binding and a sanction mechanism.<sup>3</sup> The ECHR is a document that has been put into practice with the case law of the ECtHR and, therefore, cannot be considered independent from the case law of the ECtHR. Therefore, it is vital to consider the Convention and the Court's case law in deciding disputes. Otherwise, there will be a violation of rights due to non-compliance with the Convention.

In this regard, the Turkish Constitutional Court stated that “*international agreements on fundamental rights and freedoms shall be applied first compared to the provisions of the law, and within this scope, the Convention and the case law of the ECtHR should be taken into account in the decision of the dispute.*”<sup>4</sup> In this respect, the ECtHR imposes a responsibility on the parties to protect individuals and their rights and freedoms.

The central part of this study provides a legal analysis of the limitation of fundamental rights and freedoms during the pandemic in light of the case law. Although many rights have been affected during this period, a limited number of rights mentioned on the topic have been discussed in the study to limit the issue. For this aim, the case law of the ECtHR has been examined. First, the conditions for restricting fundamental rights and freedoms will be mentioned. Second, the compatibility of the interventions with fundamental rights to these conditions will be examined.

3 Van Dijk, Van Hoof, Van Rijn, Zwaak, p. 4.

4 Turkish Constitutional Court, Sevim AKAT EŞKİ Individual Application, 2013/2187, para. 46.

To prevent the spread of the coronavirus, measures were taken to prohibit people from traveling from one place to another. During this period, European Union (EU) Member States adopted entry and travel restrictions, including mandatory medical checks, quarantine, and travel bans.<sup>5</sup> This situation interfered with freedom of movement.

The freedoms that allow people to progress in their interests and meet with others are named freedom of assembly and association is regulated in article 11 of the ECHR. Due to the nature of the right, it is not only a protection against state intervention but also protects the social life of the relevant community. In order to ensure the emergence and expression of the different perspectives that individuals have, it provides the mutual relationship and interaction between different social groups, as well as in organizational matters.<sup>6</sup> Freedom of association and assembly go beyond the freedom of expression, that is, the freedom of individuals to express their opinions and collectively reveals the use of the right.<sup>7</sup> From this point of view, it can be said that freedom of expression, in particular, constitutes the foundations of a democratic society.

In terms of freedom of religion, many forms of religious worship require collective participation and physical proximity between participants, thus reducing social distance. Therefore, the prohibition of religious gatherings was among the measures taken to reduce the speed of the spread of the virus. The ECHR contains provisions stipulating that freedom of religion may be restricted in certain circumstances. As one of these, it is stipulated that the right may be subject to certain limitations in cases necessary for public health. However, in practice, when we look at the measures taken by European states during the COVID-19 pandemic, the restrictions imposed on religious places of worship and practices differed significantly.

Articles 9, 10, and 11 of the ECHR expand the meaning of freedom of expression. Significantly, its scope expands through organizations that include individuals with the same beliefs, ideas, or interests.<sup>8</sup>

---

5 Costica Dumbrava, *Lifting coronavirus restrictions: The role of therapeutics, testing, and contact-tracing apps*, European Parliamentary Research Service, 2020, p. 3, [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2020/652016/EPRS\\_IDA\(2020\)652016\\_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2020/652016/EPRS_IDA(2020)652016_EN.pdf), (19.07.2022).

6 Nihal Jayawickrama, *The Judicial Application of Human Rights Law: National, Regional and International Jurisprudence*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002, p. 738.

7 İlyas Doğan, *İnsan Hakları Hukuku*, 2<sup>nd</sup> ed., Astana Yayınları, Ankara, 2015, p. 660.

8 Jayawickrama, p. 942.

The freedom of movement is regulated in the fourth protocol of the ECHR<sup>9</sup> as follows: “Everyone lawfully within the territory of a State shall, within that territory, have the right to liberty of movement and freedom to choose his residence.” Furthermore, the restrictions stated in the following paragraph as “the interests of national security or public safety, for the maintenance of order public, for the prevention of crime, for the protection of health or morals, or the protection of the rights and freedoms of others.” As seen from the convention “protection of health or morals” included in the restriction regime of the freedom of movement.

### I. The Proportionality of the Measures During the Times of Pandemic

The examination method of the ECtHR cases starts with examining whether the applicant’s rights given by the first paragraph of the article have been interfered with and, if there is, whether this intervention is justified under the first paragraph of the article.<sup>10</sup> The ECHR seeks to answer whether there ECHR article applies the case in the first of the tests applied by the ECtHR to determine the violation of freedom.

In the second, after determining an interference, answers are sought to the following questions: whether it is a legally prescribed interference, the existence of a legitimate aim, and whether it is necessary for a democratic society. In the case of detection of these, it is examined whether there is a situation that makes the action taken in line with the limitations in the second paragraph under the law. If we consider the systematic order of the examination made by the Court, In the file it deals with, the Court first examines whether the issue dealt with, i.e., the scope of one of its leading articles, and investigates whether there is an interference with freedoms. If it is concluded that there is no intervention, it is decided that there is no violation. If there is an intervention, the next step is passed. It is examined whether the intervention is under the legislation and whether the practitioners are authorized or determined. In the next stage, the legitimacy of the intervention is investigated. Finally, considering the “margin of appreciation” doctrine introduced by the Convention, it is examined whether the interference with freedoms is “necessary in a democratic society” and proportionate to the legitimate aim.

9 Katharina Koch, *Lockdown measures as detention? – The case Terheş & La Roumanie*, Jean-Monnet-Saar Europarecht Online, [https://jean-monnet-saar.eu/?page\\_id=101545](https://jean-monnet-saar.eu/?page_id=101545) (20.08.2022).

10 Alastair R. Mowbray, *Cases and Materials on the European Convention on Human Rights*, 3<sup>rd</sup> ed., Oxford University Press, Oxford, 2014, p. 739.

Similar to the previous systematic review, determining the violation and then investigating whether the violation is under the law is sought. In the fundamental systematic, the first paragraph of an article regulates freedom, and the second paragraph regulates the restriction of freedom. Regarding the tests to be applied, it will be checked whether the legal order foresaw the interference, and then it will be examined whether such an intervention is necessary for a democratic society.<sup>11</sup> On the other hand, the examination of necessity in a democratic society investigates whether there is a social need for the intervention and whether there is a proportionality between the legitimacy of the intervention and the aim pursued.<sup>12</sup>

Protecting the person against political power is considered a legal and political assurance of public freedoms. Therefore, the first precaution to protect fundamental rights and freedoms is to include legal rules in a hierarchy. The hierarchy of norms is a tool developed to ensure the supremacy of the Constitution and is one of the most rooted guarantees of public freedoms.<sup>13</sup>

Three essential elements exist for a text to be accepted as a law. Otherwise, it will not be enough to call a text a law. These criteria are; a law should be “*accessible*”, “*clear*,” and “*foreseeable*” to people.<sup>14</sup> The fact that the law is accessible means that people have sufficient information about the rule of law and that it is understandable means that it is arranged with sufficient clarity to allow people to regulate their behavior.<sup>15</sup>

As stated in the *Golder v. UK* case, one of the reasons why the contracting states come together is the principle of “*the rule of law*.”<sup>16</sup> Defining the Convention as the first step towards securing certain rights in the ECHR, which brings the states’ parties together at the point of regulation, is related to the rule of law principle.

11 Levent Korkut, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 9., 10. ve 11. Maddeleri (Düşünce, Vicdan ve Din Özgürlüğü; İfade Özgürlüğü; Toplantı ve Dernek Kurma Özgürlüğü)”, Ed. Serdar Gülenler, Recep Kaplan, Musa Sağlam, *Bireysel Başvuru Yuvarlak Masa Toplantıları, Volume 2*, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2014, p. 905.

12 Korkut, p. 905.

13 Tark Zafer Tunaya, *Siyasal Kurumlar ve Anayasa Hukuku*, 4<sup>th</sup> ed., Fakiülteler Matbaası, İstanbul, 1980, p. 230.

14 Tijen Düandar-Sezer, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Dernek Kurma Özgürlüğü*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, 2004, p. 264.; *Sunday Times v. UK*, 6538/74, para. 49.; *Silver v. UK*, 5947/72, 6205/73, 7052/75, 7061/75, 7107/75, 7113/75, para. 87.

15 *Sunday Times v. UK*, 6538/74, 06.11.2020, para. 49.

16 *Golder v. UK*, 4451/70, 21.02.1975, para. 34.

Accordingly, ECtHR interprets that the principles of the rule of law and legal certainty are inherent in the whole Convention.<sup>17</sup> This also can be expressed as “*the rule of law test*”<sup>18</sup> which has the following steps that include these reasons can be defined as follow: “*i) Is there a legal foundation for the proposed measure in domestic law? ii) Is the legal provision available to the general public? Is the legal provision sufficiently precise to allow persons to anticipate the consequences of a particular action rationally? Is the legislation successfully protecting the various substantive rights against arbitrary interference?*”<sup>19</sup>

The ECtHR interprets the concept of law expressed in the Convention in a substantive sense, and transactions that set an abstract norm, regardless of their type, can be accepted by the Court as the existence of an element of legal predictability.<sup>20</sup> However, the Court broadly interprets the unwritten law, including the Court’s jurisprudence and even the rules set by professional organizations that make regulations based on the authority given by the legislature.<sup>21</sup> Accessibility is a sub-element of the legality criterion. However, the criterion of accessibility does not necessarily mean that every norm should be published.<sup>22</sup> In the *Chappell v. United Kingdom* decision, it is stated that there will be no problem with accessibility in case of publication.<sup>23</sup>

With the predictability factor, the Court examines whether it enables individuals to regulate their behavior under the legal norm by obtaining counseling if necessary. To a certain extent, it is ensured that they can foresee the consequences of a certain act.<sup>24</sup> Therefore, seeking a consultancy to understand the provisions and consequences of the law will not constitute a violation in terms of predictability.

17 *Marckx v. Belgium*, 6833/74, 13.06.1979, para. 58.

18 Gentjan Skara, Bojana Hajdini, *The Right to Freedom of Peaceful Assembly during the COVID-19 pandemic in the light of the Albanian Constitutional Court’s Decision 11/2021 and the ECHR*, Jean-Monnet-Saar Europarecht online, 27 Sep 2021), [https://jean-monnet-saar.eu/?page\\_id=102519](https://jean-monnet-saar.eu/?page_id=102519) (25.08.2022).

19 Gentjan Skara, Bojana Hajdini, *The Right to Freedom of Peaceful Assembly during the COVID-19 pandemic in the light of the Albanian Constitutional Court’s Decision 11/2021 and the ECHR*.

20 Mustafa Erdoğan, *İnsan Hakları Teorisi ve Hukuku*, 7th ed., Hukuk Yayınları, Ankara, 2019, p. 156; Steven, Greer, *The European Convention on Human Rights Achievements Problems and Prospects*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006, p. 376.

21 *Sunday Times v. UK*, 6538/74, 26.04.1979, para. 47; *Barthold v. Germany*, 8734/79, 25.03.1985, para. 46.

22 Tolga Şirin, *Karşılaştırmalı Anayasa Hukukunda Kanun Kavramı*, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2019, p. 378.

23 *Chappell v. UK*, 10461/83, 30.03.1982, para. 56.

24 Şirin, p. 410-411.

In the *Kokkinakis v. Greece* decision, despite the ambiguity in its writing, regarding the prohibition of religious indoctrination, considering that there was a judicial decision that would make predictable what behaviors fall within the scope of this law, it decided that the law met the criterion of predictability.<sup>25</sup> The Court considers that the administration cannot have unlimited discretion in matters that impact fundamental rights. According to this, “*In matters affecting fundamental rights, it would be contrary to the rule of law, one of the fundamental principles of a democratic society enshrined in the Covenant, to express the judicial discretion vested in the executive as unlimited power. Consequently, the law should specify the scope and manner of exercising such discretion vested in the competent authorities.*”<sup>26</sup> However, in cases where the Court decides that the interference has a legal basis that is accessible, predictable, and contains sufficient guarantees against arbitrariness, it displays a hesitant appearance in checking whether the national authorities have correctly interpreted this legal basis. The applicants are told that the norm subject to interference is not predictable. Do not make a comprehensive assessment unless a claim is made.<sup>27</sup> Accordingly, in the decision of *Young, James, and Webster v. the United Kingdom*, the Court stated that it would not examine the case within this scope, as the legality condition was not put forward by the applicants regarding the dismissal of the applicants who did not comply with the terms of the “*closed-shop agreement*” and stated that it would not examine the case on other issues examined.<sup>28</sup> The subject of the *Tebieti Mühafize Cemiyeti and Israfilov v. Azerbaijan* decision is the claim for its closure as the Ministry of Justice sent a letter to the applicant association requesting it to correct certain violations of laws and by-laws, as it did not correct the stated violations. The Court found problems with the predictability of a law written in general terms, which seemed to give the Ministry of Justice broad powers.<sup>29</sup>

Concepts such as “*public order,*” “*public interest,*” and “*general morality*” in the ECHR and constitutional regulations, although expressed in these higher normative regulations, need to be clarified and expressed clearly in the laws.<sup>30</sup> Otherwise, it will be challenging to prevent arbitrariness in the limitation of

25 *Kokkinakis v. Greece*, 14307/88, 25.05.1993, para. 19.

26 *Hasan and Chaush v. Bulgaria*, 30985/96, 26.10.2000, para. 84.

27 Şirin, p. 408-409.

28 Ferdinand Von Prondzynski, “Freedom of Association and the Closed Shop: The European Perspective”, *The Cambridge Law Journal*, Volume 41, No: 02/1982, p. 272.; *Young, James and Webster v. UK*, 7601/76, 7806/77, 13.08.1981, para. 60.

29 *Tebieti Mühafize Cemiyeti and Israfilov v. Azerbaijan*, 37083/03, 10.05.2010, para. 61-62.

30 Mustafa Erdoğan, *Türk Anayasa Hukuku*, Hukuk Yayınları, Ankara, 2018, p. 84.

rights, and the legal ground will be opened for the de facto implementation of the rights written in the books.<sup>31</sup> At the beginning of the aims aimed at the legality of the restriction, it is to present the provisions regarding the restriction in the Constitution, which is essentially the upper norm of the law in question, clearly and distinctly.

In the systematic of the Convention, instead of a general reason for the restriction of rights and freedoms, specific reasons for restriction are regulated in the relevant articles, considering the nature and nature of each right.<sup>32</sup> After determining that the interference was legally prescribed, the ECtHR focuses on whether the interference in question pursued the legitimate aims set out in the Convention.<sup>33</sup>

The Court evaluates these limits according to the conditions specific to each concrete case. It should be noted that the right cannot be subject to any restrictions other than those listed here. In other words, the Convention adopted the principle of “*numerus clausus*” while determining the limit of limitation.<sup>34</sup> The intervention must comply with the democratic social order. The interference with fundamental rights and freedoms should not have been in line with hidden political interests. With the cases, *Handyside*<sup>35</sup> and *Silver*<sup>36</sup> have developed an interpretation framework consisting of three essential elements in their decisions with the examination method, which can be expressed as the necessity test: When we examine the stages of the necessity test, due to the nature of the democratic necessity; elements of proportionality and margin of appreciation are achieved.

Interference with freedom must comply with the criteria of a democratic society. In its decisions on the subject, the ECtHR expresses the importance of democratic society in general in the ECHR and is accepted as a fundamental characteristic of the European public order.<sup>37</sup> Since democracy is the only political model accepted by Convention, any restriction on freedom must be

31 Münci Kapani, *Kamu Hürriyetleri*, 7<sup>th</sup> ed., Yetkin Yayınları, Ankara, 2013, p. 234.

32 Şeref Gözübüyük, Feyyaz Gölcüklü, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, 11<sup>th</sup> ed., Turhan Kitabevi, Ankara, 2016, p. 393; Evra Çetin, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin 8-11. Maddeleri Bağlamında Çahşanların Hakları*, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2015, p. 111-112.

33 *Handyside v. UK*, 5493/72, 07.12.1976, para. 45-46.

34 Şeref Gözübüyük, Feyyaz Gölcüklü, p. 396.

35 *Handyside v. UK*, 5493/72, 07.12.1976, para. 48-50.

36 *Silver v. UK*, 5947/72; 6205/73; 7052/75; 7061/75; 7107/75, 25.03.1983, para. 97-98.

37 Philip Leach, Tim Eicke, *Taking a Case to the European Court of Human Rights*, 4<sup>th</sup> ed., Oxford University Press, New York, 2017, p. 187.



necessary for a democratic society.<sup>38</sup> The Court evaluates the principle of “*proportionality*”, in other words, “*proportionality criteria*”, within the criteria of being necessary in a democratic society. There must be a balance between the aim and the tool used. The principle of proportionality determines to what extent the state can be limited about what it wants to limit for a legitimate purpose. In other words, the limit of limitation is determined by the principle of proportionality. In particular, the issue of whether an interference with a right is proportionate should be considered from two aspects. The first one is the effect of the interference on the right in question, and the second one is the reasons for the interference and its effects on the applicant.<sup>39</sup>

Within the framework of the Convention “*margin of appreciation*” given to the member states emerges as important in determining a necessary intervention. There are social, economic, and cultural differences between the member states. Therefore, as the ECtHR has developed with its case law, it is accepted that the member states have the power to decide because each society has different characteristics. In other words, it is possible to interpret the Convention within the legal limits. While the margin of appreciation plays an essential role in interpreting the ECHR, it also provides room for maneuvering for the member states.<sup>40</sup> The Court refers to the practice in the judicial systems of member states where there is no consensus, particularly on sensitive issues of morality, ethics, and social policy.<sup>41</sup>

The margin of appreciation doctrine, which was first expressed in the case law of the ECtHR in the *Handyside v. the United Kingdom* case, emerged as a result of the national authorities having more information about the characteristics of each society, the duty to the parties protection of rights and freedoms, and the principle of subsidiarity of the Convention.<sup>42</sup>

In the doctrine, it is stated that it is not easy to define a “*margin of appreciation*” that can be valid in all cases, it is relatively vague, and therefore its application is difficult to predict.<sup>43</sup> Situations where there is no common denominator between the practice parties, may lead to different applications

38 *The United Communist Party v. Turkey*, 133/ 1996/ 752/ 951, 30.01.1998, para. 45.

39 Steven Greer, *The Margin of Appreciation: Interpretation and Discretion Under The European Convention On Human Rights*, Council of Europe Publishing, Strasbourg, 2000, p. 20.

40 Derya Doğru, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Yargılamasında Takdir Marjı Doktrini*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2019, p. 9.

41 William A. Schabas, *The European Convention on Human Rights: A Commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2015, p. 500.

42 *Handyside v. UK*; 5493/72, 07.12.1976, para. 48.

43 Bernadette Rainey, Elizabeth Wicks, Clare Ovey, *Jacobs, White and Ovey: the European Convention on Human Rights*, 7<sup>th</sup> ed., Oxford University Press, Oxford, 2017, p. 360.



according to the conditions of the party country. It has been characterized as a concept that could significantly weaken the protection granted by the Convention and has been criticized for these reasons.<sup>44</sup>

## II. Recent Case Law of the ECtHR

The case law of the ECtHR develops over time regarding the prudence of the measures taken. Currently, on *Terheş v. Romania* and *Communauté genevoise d'action syndicale (CGAS) v. Switzerland* cases the ECtHR has decisions. Especially in terms of the criteria applied by the Court in terms of margin of appreciation, both decisions are remarkable. Firstly, in the case of *Terheş v. Romania*, the decision of inadmissibility was rendered. In the second *CGAS v. Switzerland* case, the Court gave a violation verdict with a close vote. Here, the case law will be put forward in terms of three rights, which are our subject of examination, and legal analysis will be made on the two decisions that have been decided. Other pending cases will be summarized in terms of subject integrity.

### A. *Terheş v. Romania*<sup>45</sup>

During the Covid 19 pandemic, a state of emergency was declared by a decree issued by the President of Romania. The decree provided restrictions on exercising certain fundamental rights, including freedom of movement.<sup>46</sup>

Based on the decree, the Ministry of the Interior issued a circular prohibiting people from leaving their homes during certain hours.<sup>47</sup> A circular issued later expanded the scope of the curfew. Accordingly, anyone leaving their home had to carry a document justifying the reason for doing so.<sup>48</sup> Violation of the rule was punishable by fines. The applicant alleged that he was personally affected by the measures imposed by the government.

According to the ECtHR, the measures were applied to everyone through legislation adopted in Romania. The applicant was forced to stay at home due to the application of the measure and was only allowed to leave on grounds expressly set out in the legislation and with the appropriate form of exemption.<sup>49</sup> In this judgment, the Court assessed Article 5 and found that the interference

44 Hilaire Barnett, *Constitutional and Administrative Law*, 10<sup>th</sup> ed., Routledge, London and New York, 2013, p. 403.

45 *Terheş v. Romania*, 49933/20, 13.04.2021.

46 *Terheş v. Romania*, para. 5.

47 *Terheş v. Romania*, para. 6.

48 *Terheş v. Romania*, para. 7.

49 *Terheş v. Romania*, para. 38-47.

had a legal basis and involved a proportionate measure in pursuit of a legitimate aim. However, based on the uncertainty at the onset of the COVID-19 pandemic, and given the urgent need for measures at the time, given the increasing number of cases and the increasing rate of hospitalization, it may be justifiable for a state to take stricter measures to protect its citizens.<sup>50</sup> Therefore, when a state takes stringent measures, they need to be limited to a short period, closely monitored, and adapted as necessary. In the current situation, with the course of the COVID-19 pandemic and the data obtained, the proportionality threshold of the measures to be taken can be expected to be higher.

### **B. Communauté généroise d'action syndicale (CGAS) v. Switzerland<sup>51</sup>**

In this case, where the Court decided a violation, the prohibition of public meetings for a while at the beginning of the COVID-19 pandemic, the criminal sanctions associated with it, and the fact that proportionality was not subject to judicial review constituted the rationale for the decision.<sup>52</sup> In the instant case, between 17 March and 30 May 2020, all public events in which the applicant association could carry out its activities under its legal purpose were prohibited entirely. The Court notes that in the same period, hundreds of people could use workplaces such as factories and offices. From 17 March 2020, any person who willfully violates the ban can be imprisoned or fined for up to three years under the said regulation.<sup>53</sup>

The Court notes the delay in the domestic court's decision to hold meetings.<sup>54</sup> The Court further declares that, in order to fulfill the requirements of the nature of law, domestic law must provide specific protection against arbitrary violations by public authorities of the rights guaranteed by the Convention and that when it comes to questions of fundamental rights, the law will be contrary to the rule of law.

In summary, these principles are first having determined that it pursued a "*legitimate aim*", second it evaluates the interference in the light of the whole case to determine whether it met a "*pressing social need*." In particular, it had to be proportionate to the aim pursued, and the reasons the national authorities relied on to justify it had to be "*relevant and sufficient*". Other key aspects to examine when considering the proportionality of the interference with the

50 Katharina Koch, *Lockdown measures as detention? – The case Terheş & La Roumanie*.

51 *Communauté généroise d'action syndicale (CGAS) v. Switzerland*, 21881/20, 15.03.2022.

52 *CGAS v. Switzerland*, para. 9.

53 *CGAS v. Switzerland*, para. 9.

54 *CGAS v. Switzerland*, para. 58.

goal pursued are the kind and severity of the punishments applied.<sup>55</sup>

In examining the proportionality of the measures, the Court considers that it should consider the chilling effect they can have, particularly the fact that a prior ban on a meeting may deter potential participants from attending the meeting.<sup>56</sup>

In this context, for a measure to be proportionate and necessary in a democratic society, the Court decides on a violation where a measure violates that fundamental right less seriously and achieves the same aim.<sup>57</sup>

The Court held that Sweden had exceeded its margin of appreciation and violated Article 11 as interference was not necessary in a democratic society.<sup>58</sup>

### **C. EB and one Other Application v. Serbia<sup>59</sup>**

According to the Court, the limits on the applicant's freedom of movement were not so severe that the authorities' nationwide curfew could be a deprivation of liberty. This case concerns the restrictions imposed by the Serbian executive authorities through successive by-laws and administrative decisions on persons placed in asylum and reception centers. Opinions were requested from the parties that the Court wanted to achieve their link between article 5 and the freedom of movement in this case. For now, the Court asks about the necessity of the measures taken about Krnjača Asylum Centre.<sup>60</sup>

### **D. Central Unitaria De Traballadores/As v. Spain<sup>61</sup>**

The application concerns the right to organize and participate in peaceful assemblies and demonstrations during the COVID-19 pandemic. The applicant, a trade unionist, alleged that the ban on the 1 May Labor Day demonstration amounted to a breach of the Convention. The applicant, a trade unionist, notified the administrative authorities of his intention to hold a demonstration on 1 May 2020. can be recommended. The competing rights were evaluated, and the local authorities decided that the latter is dominant between freedom of assembly and the right to health in the current situation.<sup>62</sup> The case is being communicated.

55 CGAS v. Switzerland, para. 81.

56 CGAS v. Switzerland, para. 83.

57 CGAS v. Switzerland, para. 87

58 CGAS v. Switzerland, para. 91.

59 E.B. v. Serbia, 50086/20 and 50898/20, 05.11.2021.

60 E.B. v. Serbia.

61 Central Unitaria De Traballadores/As v. Spain, 49363/20.

62 Central Unitaria De Traballadores/As v. Spain.

### **E. Nemytov and Two Other Applications v. Russia<sup>63</sup>**

The case concerned the restrictions on public events in Moscow in response to the spread of the COVID-19 pandemic. During the process, the applicants faced administrative detention and administrative fines. During this period, ECtHR has asked questions from the parties as follows: “Does domestic provisions meet the “quality of law” requirements? did the interference pursue a legitimate aim? Was the interference “necessary in a democratic society” and “proportionate to the legitimate aim pursued?”<sup>64</sup> Were the reasons adduced by the national authorities to justify the interference “relevant and sufficient?”<sup>65</sup>

### **F. Magdić v. Croatia<sup>66</sup>**

This case is about both three rights; freedom of movement, assembly, and religion. In Croatia, in the fight against coronavirus, measures were taken to prohibit leaving the residence and residence, except in exceptional cases and with their permission, banning public gatherings of more than five people and suspending religious gatherings. The applicant alleges that these measures violated his rights.

The Court asks the applicants about Article 9,11 and Article 2 § 1 of Protocol No. 4 of the ECHR that there has been a violation of the applicant’s right according to these articles of the Convention.<sup>67</sup>

### **G. Association of Orthodox Ecclesiastical Obedience v. Greece<sup>68</sup>**

Within the scope of this study, it has emerged as an application related to the freedom of religion. The facts of the case can be briefly said as, during the COVID-19 pandemic, authorities have decided to ban public worship for one month, including Easter. On 30 March 2020, the applicant association applied for judicial review of the said measures.<sup>69</sup>

It is noteworthy that the domestic Court rejected it because it had no legitimate interest. In this case, an examination will also be carried out within the scope of the right of application of legal persons.<sup>70</sup> The case is a pending, and an another communicated case.

63 Nemytov v. Russia and 2 other applications, 1257/21 3244/21 24699/21.

64 Nemytov v. Russia and 2 other applications.

65 Nemytov v. Russia and 2 other applications.

66 Magdić v. Croatia, 17578/20.

67 Magdić v. Croatia,.

68 Association of Orthodox Ecclesiastical Obedience v. Greece, 52104/20.

69 Association of Orthodox Ecclesiastical Obedience v. Greece.

70 Association of Orthodox Ecclesiastical Obedience v. Greece.

## Conclusion

Following the start of the COVID-19 pandemic in the spring of 2020, various European countries have taken steps to stop the spread of the virus. The measures taken were to stop the spread of the virus and prevent hospital capacities from being exceeded. In short, the legal value to be protected by these measures is the protection of the right to health.

“*Human rights in the times of pandemic*,” which was the starting point of our work, constitutes the main subject area of this article. Within the framework of the requirements explained above, the issue has been handled within the framework of the ECtHR decisions. The boundaries of the subject were determined according to the ECHR case law based on freedom of movement, assembly, and religion.

This framework gave brief information about the three rights at the first stage. In the second stage, if the violation has a legal basis, whether it is necessary for a restrained, democratic society has been examined within ECtHR criteria. In addition, this section analyses recent decisions to understand the subject better.

The findings obtained within the framework of this legal analysis will be evaluated, and an idea will be given for further studies; the main ideas can be summarized as follows, according to Kukathas, “*a free society is an open society*.”<sup>71</sup> Therefore, the principles that define its nature must accept the variability of human arrangements rather than fixate or establish or maintain a particular set of institutions in a closed order.<sup>72</sup>

The basic principle that defines a free society broadly connects with free speech expanding rights. The first consequence of this is the principle of freedom of movement.<sup>73</sup> A second consequence is the principle of mutual indulgence in relationships. Indeed, society is accessible to the extent that it is prepared to tolerate intermediate associations that differ or differ from its standards or practices.<sup>74</sup>

During the pandemic, there have been interventions to fundamental rights and freedoms around the thin line between freedoms and security. Ensuring that freedom is the exception to the main limitation will strengthen the ideal of a democratic society.

71 Kukathas, *Chandran*, *The Liberal Archipelago: A Theory of Diversity and Freedom*, Oxford University Press, Oxford, 2003, p. 74.

72 Kukathas, *The Liberal Archipelago: A Theory of Diversity and Freedom*, p. 74.

73 Kukathas, *The Liberal Archipelago: A Theory of Diversity and Freedom*, p. 75.

74 Kukathas, *The Liberal Archipelago: A Theory of Diversity and Freedom*, p. 75.

The UDHR states, “*All human beings are born free and equal in dignity and rights. They are endowed with reason and conscience and should act towards one another in a spirit of brotherhood.*” It aims to protect and develop human dignity. In this respect, human rights are a part of personality and, at the same time, a subject of society. Therefore, all institutions and structures in societies can have legitimacy only to the extent that they prioritize human rights.

People need services provided by the government. Achieving these services requires a stable management mechanism. The state performs services that other institutions cannot fulfill. Nevertheless, there is no freedom where the state has a despotic structure. Where there is no state and law, there is no freedom. The state must be involved in a dynamic and active social structure for freedom. Society must be an element of democratic pressure on practitioners.

Therefore, it reveals the state’s and society’s necessity to be strong in connection. Another consequence of this situation is that the state and society interact. However, it is known that it will not be practical for individuals to participate in decision-making mechanisms one by one in today’s societies. Therefore, it is possible to say that democracy will become an essential building block of society and play a significant role in its future.

The legality of the measures may be questioned in terms of necessity, which is also the subject of scrutiny in the case law of the ECtHR. Limitations of fundamental rights are only permissible if prescribed by law and the measures taken are proportionate to the legitimate aim pursued, such as, here, the protection of health. Significant restrictions on many ordinary social activities, such as access to public places of worship and attendance at public gatherings, need to be enforced under the law. The state has to bring about a restriction by law under the relevant constitutional guarantees and in proportion to the purpose pursued.

Increasing restrictions on the rights mentioned above can be fully justified in a crisis. A fair balance must be struck between coercion and prevention. This will ensure that the measures taken comply with the principles of necessity and proportionality in a democratic society. In this case, the proportionality condition specified in the Convention is also complied with.

The state’s positive obligation is the obligation to provide appropriate conditions for individuals to exercise their rights without hindrance by other people and groups in society. However, keeping this in mind, this positive obligation brings responsibilities.

Today, the situation is changing in times of pandemic. The virus is constantly evolving, with new variations appearing regularly. Other measures are being

taken to reduce the spread of the virus. Therefore, the situation is not the same as at the beginning of the pandemic, such as vaccines and increased testing capacities. For this reason, each concrete event should be evaluated according to the current conditions. In this way, it will be possible to determine whether there is a necessary and measured intervention in a democratic society.

As the ECHR's case law develops, this issue will remain on the agenda and be enriched with new discussions. One of the reasons for mentioning the ongoing decisions in the study is to emphasize that the subject is open to development.

Namely, the Swedish case was decided by the ECtHR in recent days. An important place is reserved in this study because it sets a precedent in case law. This situation is a living example that emphasizes that the law is changing and developing structure. The coronavirus pandemic has been a necessary test for states to act according to the law and evaluate their success in taking health-related measures. Finally, the "*living instrument doctrine*", which expresses the necessity of interpreting the ECHR according to the evolving circumstances, reappears here.

Finally, to emphasize again, the following can be said to give an idea for future studies on the subject. During the study, it was also seen that new applications were added to pending cases. In addition, the proceedings and cases are still ongoing. Some applications were decided while the article was being prepared. Future studies can be evaluated separately, considering the case law and the decisions to be made. In addition, as can be seen, the rights affected during the pandemic period are not limited to those within the scope of this study. For this reason, a scientific study can be carried out regarding other rights.

## BIBLIOGRAPHY

- Adet, Jo, *Coronavirus: how new restrictions on religious liberty vary across Europe*, The Conversation, 2020, <https://theconversation.com/coronavirus-how-new-restrictions-on-religious-liberty-vary-across-europe-135879>. (19.07.2022).
- Barnett, Hilaire, *Constitutional and Administrative Law*, 10th ed., Routledge, London and New York, 2013.
- Çetin, Evra, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin 8-11. Maddeleri Bağlamında Çalışanların Hakları*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015.
- Doğan, İlyas, *İnsan Hakları Hukuku*, 2nd ed., Astana Yayınları, Ankara, 2015
- Doğru, Derya, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Yargılamasında Takdir Marjı Doktrini*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2019.
- Dumbrava, Costica, *Lifting coronavirus restrictions: The role of therapeutics, testing, and contact-tracing apps*, European Parliamentary Research Service, Brussels, 2020.
- Dündar-Sezer, Tijen, , *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Dernek Kurma Özgürlüğü*, Yayımlanmamış Doktora Tezi, İzmir, 2004.
- Erdoğan, Mustafa, *İnsan Hakları Teorisi ve Hukuku*, 7th ed., Hukuk Yayınları, Ankara, 2019.
- Erdoğan, Mustafa, *Türk Anayasa Hukuku*, Hukuk Yayınları, Ankara, 2018.
- Gözübüyük Şeref; Gölcüklü, Feyyaz, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, 11th ed., Turhan Kitabevi, Ankara, 2016.
- Greer, Steven, *The European Convention on Human Rights Achievements Problems and Prospects*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006.
- Greer, Steven, *The Margin of Appreciation: Interpretation and Discretion Under The European Convention On Human Rights*, Council of Europe Publishing, Strasbourg, 2000.
- Jayawickrama, Nihal, *The Judicial Application of Human Rights Law: National, Regional and International Jurisprudence*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002.
- Kapani, Münci, *Kamu Hürriyetleri*, 7th ed., Yetkin Yayınları, Ankara, 2013.
- Koch, Katharina, *Lockdown measures as detention? – The case Terheş & La Roumanie*, Jean-Monnet-Saar Europarecht Online), [https://jean-monnet-saar.eu/?page\\_id=101545](https://jean-monnet-saar.eu/?page_id=101545) (20.08.2022).
- Korkut, Levent, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 9., 10. ve 11. Maddeleri (Düşünce, Vicdan ve Din Özgürlüğü; İfade Özgürlüğü; Toplantı ve Dernek Kurma Özgürlüğü)”, Ed. Serdar Güleler, Recep Kaplan, Musa Sağlam, *Bireysel Başvuru Yurvarlak Masa Toplantıları, Volume 2*, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2014.
- Kukathas, Chandran, *The Liberal Archipelago: A Theory of Diversity and Freedom*, Oxford University Press, Oxford, 2003.
- Leach, Philip; Eicke, Tim, *Taking a Case to the European Court of Human Rights*, 4th ed., Oxford University Press, New York, 2017.
- Mowbray, Alastair R, *Cases and Materials on the European Convention on Human Rights*, 3rd ed., Oxford University Press, Oxford, 2014.
- Radjenovic, Anja, *Upholding human rights in Europe during the pandem-*



ic, European Union, 2020, [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2020/652085/EPRS\\_BRI\(2020\)652085\\_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2020/652085/EPRS_BRI(2020)652085_EN.pdf). (19.07.2022)

- Rainey, Bernadette; Wicks, Elizabeth; *Ovey, Clare, Jacobs, White and Ovey: the European Convention on Human Rights*, 7th ed., Oxford University Press, Oxford, 2017.
- Schabas, William A, *The European Convention on Human Rights: A Commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2015.
- Skara, Gentjan; Hajdini, Bojana, The Right to Freedom of Peaceful Assembly during the COVID-19 pandemic in the light of the Albanian Constitutional Court's Decision 11/2021 and the ECHR, Jean-Monnet-Saar Europarecht Online, 27 September 2021), [https://jean-monnet-saar.eu/?page\\_id=102519](https://jean-monnet-saar.eu/?page_id=102519) (25.08.2022)
- Şirin, Tolga, *Karşılaştırmalı Anayasa Hukukunda Kanun Kavramı*, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2019.
- Tunaya, Tarık Zafer, *Siyasal Kurumlar ve Anayasa Hukuku*, 4th ed., Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1980.
- Van Dijk, Peter; Van Hoof, Fried; Van Rijn, Arjen; Zwaak Leo, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, 5th ed., Interstania, United Kingdom, 2018.
- Von Prondzynski, Ferdinand, "Freedom of Association and the Closed Shop: The European Perspective", *The Cambridge Law Journal*, 41, 02/1982, p. 256-272.



KAMU HUKUKU / PUBLIC LAW

Araştırma Makalesi / Research Article

# Amerika Birleşik Devletleri'nde Ceza Yargılamasından Çıkarma ve Onarıcı Adalet Uygulamaları\*

Diversion and Restorative Justice Practices in the United States

Selin ULUDOĞAN\*\*

## ÖZ

Amerika Birleşik Devletleri'nde onarıcı adalet kurumu eyalet yasası ve eyalet yargı teşkilatı çerçevesinde değerlendirilmektedir. Onarıcı adalet uygulamaları ceza yargılamasının her aşamasında olabilmektedir. “*Diversion*”, yani, dosyayı klasik ceza yargılamasından çıkarma kapsamında erken aşamalarda uygulanan onarıcı adalet uygulamaları ceza adaleti açısından daha anlamlı olmaktadır.

**Anahtar kelimeler:** Amerika Birleşik Devletleri, ceza yargılaması, ceza yargılamasından çıkarma, eyalet yargı teşkilatı, eyalet yasası, onarıcı adalet.

## ABSTRACT

The state law and the state trial court systems are the legal framework of the restorative justice practices in the U.S. The restorative justice can take place at any stage during the criminal proceedings. Diverting the case from the traditional criminal justice system to restorative justice programs at the early stages of the criminal proceedings seems to be more meaningful for the criminal justice system.

**Keywords:** The United States, criminal proceedings, diversion, state trial courts, state law, restorative justice.

\* Makale gönderim tarihi: 09.12.2022. Makale kabul tarihi: 03.05.2023. Selin Uludoğan, “Amerika Birleşik Devletleri'nde Ceza Yargılamasından Çıkarma ve Onarıcı Adalet Uygulamaları”, *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 10, Sayı 1, 2023, s. 21-38, <https://doi.org/10.46547/imuhfd.2023.10.1.2>.

\*\* İstanbul Medipol Üniversitesi Kamu Hukuku Yüksek Lisans Programı Öğrencisi, selin.uludogan@std.medipol.edu.tr, <https://orcid.org/0000-0003-3475-2094>.

*“What even is justice in a homicide?... There can only be restoration when there is something to be restored.”*

-Rachel Liles, the daughter of Deborah Liles who was killed in her home<sup>1</sup>.

*“Cinayette adalet nedir ki?... Onarılacak bir şey varsa onarıcı adalet olabilir.”*

-Rachel Liles, kendi evinde öldürülen Deborah Liles'in kızı

## Giriş

Bu makalede, onarıcı adalet uygulamalarının ilk çıkış yerlerinden biri olan Amerika Birleşik Devletleri'ndeki (ABD) ceza yargılamasından çıkarma ve onarıcı adalet uygulamaları değerlendirilmektedir. Önemle belirtmek gerekir ki, ABD ceza hukuku sisteminde ceza yargılamasından çıkarma ve onarıcı adalet aynı anlama gelmemektedir. Ceza yargılamasından çıkarma ceza ve mahkûmiyete engel olan seçenek kurumlardandır<sup>2</sup>. Onarıcı adalet uygulamaları ise tutuklamadan mahkûmiyete kadar uzanan bir süreçte onarıcı ceza adaleti felsefesini somutlaştırmaya çalışan programlardır. Ceza yargılamasından çıkarılan dosya onarıcı adalet programlarına sevk edilebilir. Hem ceza yargılamasından çıkarma hem de onarıcı adalet uygulamaları mahkemelerin iş yükünü azaltmak, infaz kurumlarının kalabalığını azaltmak, failin topluma entegre olabilmesi, fail ve mağdurun diyalog kurabilme imkânı bulabilmesi açısından önemlidir.

Bu makalenin amacı, ABD ceza hukuku sisteminde ceza yargılamasından çıkarma sürecini genel olarak anlatmak ve onarıcı adalet çatısındaki uzlaşma ve diğer uygulamaları değerlendirmektir. Yine belirtmek gerekir ki, ABD ceza hukuku sisteminde onarıcı adalet ile mağdur fail uzlaşması da farklı kavramlardır. Zira, onarıcı adalet programları kapsamında uzlaşma kurumuna alternatif uygulamalar yer almaktadır. Bu bağlamda, bu makalenin bir diğer amacı ise ABD'deki uzlaşma kurumuna alternatif olan onarıcı adalet programlarının Türk ceza hukuku sisteminde değerlendirilip değerlendirilemeyeceğini ortaya koymaktır. Çalışmanın birinci bölümünde; ABD federal devlet yapılanması, yargı teşkilatı, ceza yargılamasının genel yürüyüşü; ikinci bölümünde; ceza yargılamasından çıkarma, onarıcı adalet kurumunun ceza yargılamasındaki yeri, hükümlülüğe ve tekerrüre etkisi; üçüncü bölümde; onarıcı adalet kavramı, uzlaşma modelleri, onarıcı adaletin ABD eyalet yasalarındaki kodifikasyon süreci; dördüncü bölümde; mağdur fail diyaloglarının onarıcı adalet sistemindeki yeri, onarıcı adalet uygulamalarına getirilen yenilikler; beşinci bölümde, onarıcı adalet kurumuna yöneltilen eleştiriler değerlendirilmektedir.

1 Eli Hager, *They Got Her This Time, Son*, <https://www.theatlantic.com/politics/archive/2020/07/limits-restorative-justice-jacksonville/614311/> (e.t. 8.12.2022).

2 Bu konuda bilgi için bakınız Mehmet Emin Artuk, ve diğerleri., *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 14. Baskı., Ankara 2020, s. 880-896.

## I. Amerika Birleşik Devletleri'nde Ceza Hukuku Sistemi

### A. ABD Yargı Teşkilatına Genel Bir Bakış

ABD'de uygulanmakta olan cezaya ve mahkumiyete seçenек kurumları anlayabilmek için öncelikle federal devlet ve yargı örgütlenmesine değinmek gerekmektedir. ABD'de elli eyalet ve District of Columbia (D.C.) ile birlikte toplam elli bir eyalet vardır. Elli eyaletin farklı yasaları, D.C. yasası ve bir de ülke çapında bağlayıcılığı olan bir federal yasayla birlikte toplam elli iki yasa vardır<sup>3</sup>. Yargı teşkilatı da aynı şekilde yerel yönetim eyalet mahkemeleri, eyalet üst mahkemeleri ve federal bölge mahkemeleri ve en üst mahkeme olarak örgütlenmiştir<sup>4</sup>. Federal ceza yasası federal konuları ilgilendirdiği sürece her eyalette uygulanmaktadır. Ayrıca eyaletlere maddi ceza hukuku alanında rehberlik edecek şekilde düzenlenmiş olan bir model ceza kanunu (Model Penal Code) bulunmaktadır. Dolayısıyla, onarıcı adalet literatürünü incelerken eyalet yasalarının yarattığı çeşitlilik göz önünde bulundurulmalıdır. Bu bağlamda, eyalet yasalarında literatürü taradığımızda onarıcı adalet kurumunun çeşitli terimlerle düzenlenmiş olduğu görülmektedir. Örneğin, *restorative justice* (onarıcı adalet), *victim-offender mediation* (mağdur fail uzlaşması), *victim offender dialogue* (mağdur fail diyalogu), *restorative practices* (onarıcı uygulamalar) vb. çeşitli terimlerle karşılaşılmaktadır<sup>5</sup>. Bu terim farklılığı hem süreç içerisinde uygulamanın değiştiğini hem de eyaletlerin onarıcı adalet kurumuna olan farklı bakış açılarını yansıtmaktadır.

### B. ABD Ceza Yargılamasının Genel Yürüyüşü

#### 1. Yargılama Evreleri ve Aşamaları

ABD'de ceza yargılamasının kolluk yakalamasından dosyanın mahkemeye sevk edilmesine kadar olan sürece *pre-charge* (soruşturma evresi) denilmektedir. Dosya mahkemeye sevk edildikten ve fail kendine yüklenen suç öğren-

3 Kıvanç Şentürk, "Amerika Birleşik Devletleri'nde Yüksek Riskli Suçlular Hakkında Uygulanan Özel Tedbirler", *Ceza Hukuku Dergisi*, Cilt 16, Sayı 45, Nisan 2021, s.232; "Federal bir yapı bulunması sebebiyle 50 eyalet ceza yargılaması ve federal ceza yargılaması olmak üzere 51 farklı ceza yargılamasından oluşan Amerika Birleşik Devletleri ceza yargılaması sisteminin anlaşılması zor olan yönleri bulunmaktadır." (İlyas Şahin, "Amerika Birleşik Devletlerinin Yargısal Sisteminde Ceza Yargılaması". *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, 2015, s. 708).

4 Yusuf Solmaz Balo, "Amerika Birleşik Devletleri Mahkeme Teşkilatı", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Sayı 61, 2012, s. 976.

5 "For this study I applied the following closed set of terms or codes to each statute, court rule and regulation: circle practices, community conferencing, impact panels, family conferencing, family group conferencing, restorative circles, restorative court, restorative justice, restorative practices, restorative processes, victim-offender, victim offender dialogue, victim offender mediation, victim offender, and victim offender conferencing." (Thalia González, "The State of Restorative Justice in American Criminal Law", *Wisconsin Law Review*, Sayı 6, 2020, s. 1153.)

dikten (*information*) veya iddianame (*indictment*) oluşturulduktan sonraki aşamalar ise *pre-trial* (duruşma öncesi) *trial* (duruşma) ve *post-trial* (duruşma sonrası) aşamalarıdır. Duruşma öncesi kendi içinde, *pre-arraignment* (ön duruşma), *pre-sentencing* (ön hüküm) ve *plea-bargain* (Savcı-Sanık pazarlığı) aşamalarına ayrılmaktadır. Kovuşturma evresi, *jury trial* (jüri duruşması) ve duruşma sonrası *post-conviction* (hüküm sonrası) aşamalarından oluşmaktadır<sup>6</sup>. Eyalet duruşma mahkemelerindeki ceza yargılaması sūjeleri *district attorney* (eyalet savcısı), *trial jury* (jüri), ve *judge* (hâkim) olarak adlandırılmaktadır. Eyalet savcı ve hâkimleri federal savcılardan farklı olarak çoğunlukla seçimle işbaşına gelmektedir<sup>7</sup>. Kovuşturma evresine katılan ve ön taramadan geçen on iki kişilik jüri ise *verdict*, yani, suçlu, suçsuz, kararsız kararı vermektedir. Hâkimin görevi ise daha ziyade yasalara ve anayasal ilkelere uygun yargılama sürecinin işleyişini sağlamaktır yani bir çeşit hakemlik yapmaktır. Kısaca, kovuşturma öncesi savcının egemenliğindeyken, kovuşturma esas olarak jüri ve savcı ile birlikte yürümektedir.

## 2. Plea Bargain (Savcı-Sanık Pazarlığı)

ABD ceza yargılamasında dosyaların 97%'sinin hükme bağlandığı ve belki de ceza yargılamasının en önemli işlemleri savcı-sanık pazarlığı anlaşmasıdır<sup>8,9</sup>. Bu anlaşma için savcı ve şüpheli arasında müdafî vasıtasıyla yapılan bir çeşit ceza pazarlığı denilebilir. *Preliminary hearings*'de (hazırlık duruşmasında) hâkimin karşısına çıkan ve kendisi hakkındaki savcı tarafından belirlenen suçlamaları, ya da *grand jury* (büyük jüri) tarafından hazırlanmışsa iddianamesini, öğrenen fail savcıyla bir pazarlık yapmaktadır. Örneğin, iştirak halinde işlenen bir suçta savcı faile itirafçı olması halinde birinci dereceden değil de cezası daha az olan ikinci dereceden kasten öldürme suçunun cezasını teklif edebilir<sup>10</sup>. Anlaşma sağlanırsa hâkim anlaşmaya onay vermektedir. Duruşmaya gidilmeden hızlıca hüküm verilmekte ve dosya infaz işlemleri için ilgili birimlere yönlendirilmektedir. Eğer fail suçu kabul etmezse hâkim duruşma için gün belirlemektedir. Duruşmada ise savcı on iki kişiden oluşan jüriyi sanığın suçu işlediğine dair ikna etmeye çalışmaktadır. Jüri, suçlu, suçsuz veya kararsız kararını hâkime

6 David Mauk, John Oakland, *American Civilization an Introduction*, 4. Baskı, NY 2005, s.193.

7 Yusuf Solmaz Balo, Ekrem Çetintürk, "Amerika Birleşik Devletleri Ceza Hukuku Uygulamasında Savcı-Sanık Pazarlığı ve Türkiye'de Uygulanabilirliği", *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Sayı 17, 2013, s. 1287.

8 Elayne E. Greenberg, "Unshackling Plea Bargaining from Racial Bias", *J. Crim. L. & Criminology*, Sayı 93, 2021, s. 93.

9 Balo; Çetintürk, s. 1247.

10 "Bu davada sanık Adamson birinci derece öldürmeyle suçlanmış, ancak suçta iştirak eden diğer kişiler aleyhine ifade vermeyi kabul etmesi karşılığında suçlamalar ikinci derece öldürmeye düşürülmüştür."(Balo, Çetintürk, s. 1273)

sunmaktadır. Hâkim ilgili yasadaki düzenlemeye dayanarak cezayı tayin etmektedir<sup>11</sup>. Duruşma öncesinde savcı sanık pazarlığı anlaşması yapan fail artık kendisine isnat edilen suçu hâkim önünde ikrar etmiş olmaktadır. Bu anlaşma savcı açısından da bağlayıcı olmakta ve failin iki kez aynı suçtan suçlanmasını (*double jeopardy*) engellemektedir. Artık fail bazı anayasal haklarından da feragat etmiş olmaktadır<sup>12</sup>. Yani, tarafsız jüri karşısına çıkamayacak, savunmasını yapamayacak ve suçu kabul ettiği için temyize başvuramayacaktır.

Bir taraftan, savcı sanık pazarlığı ABD anayasasında yasaklanmış olan *self-incrimination* ilkesiyle (kimse kendine suçlama yöneltmeye zorlanamaz ilkesiyle) çelişen bir uygulama olarak görülmektedir. Fakat, mahkemelerin iş yükünü ve yargılama masraflarını azaltarak hızlıca cezanın infazına başlanmasına yardımcı olduğundan kullanılmaya devam edilmektedir. Öte yandan, fail duruşmaya gidip jüri tarafından suçlu bulunduğu takdirde alacağı daha ağır cezadan kurtulmuş olmaktadır. Örneğin, savcıyla pazarlık aşamasında beş yıl hapis cezasını kabul edip jüri kararı ile karşılaşabileceği olası on yıl hapis cezasından kurtulabilmektedir. Her suç tipine uygulanan bu ana akım ceza yargılaması işlemine getirilen en önemli eleştiri ise zaman zaman masum insanların korku ve panikle hiç işlemedikleri bir suçu üstlenip infaz kurumuna gönderilmesidir<sup>13</sup>.

Onarıcı adalet uygulamaları ABD ceza yargılaması sisteminin her aşamasında uygulanabilmektedir<sup>14</sup>. Ceza yargılaması yolunda ilk aşamalardan son aşamalara doğru ilerlendikçe onarıcı adalet uygulanacak olan suçların da ağırlaştığı görülmektedir<sup>15</sup>. Bu bağlamda, fail açısından onarıcı adaletin soruşturma evresi ya da savcı ile pazarlık sonucu suçunu kabul etmeden önceki aşamalarda uygulanması önemli olmaktadır<sup>16</sup>.

11 Mauk, Oakland, s. 193.

12 Balo, Çetintürk, s. 1266.

13 Greenberg, s.117.

14 Golan Luzon, "Challenges Shared by Restorative Justice in Strict Liability in the Absence of Mens Rea", *New Criminal Law Review*, Cilt 19, Sayı 4, 2016, s. 582.

15 "Felony ölüm cezası veya bir yıldan fazla hapis cezası gerektiren suçlar, Misdemeanor bir yıldan az hapis cezasını gerektiren suçlar" (Mehmet Hakan Hakeri, "Amerikan Ceza Hukukuna Genel Bir Bakış", *Ceza Hukuku Dergisi*, Cilt 3, Sayı 8, 2008, s. 8.); Wobblers duruma göre felony ya da misdemeanor sayılan suçlardır. Bakınız. <https://www.shouselaw.com/> (e.t. 23.01.2022).

16 Suçu kabul etmekle mahkeme tarafından suçlu bulunmak farklı kavramlardır. Suçu kabul etme savcı sanık pazarlığı sonucunda savunma hakkından feragat edilerek gerçekleştirildiğinden hukuki niteliği açısından savunma olarak kabul edilemez. Suçlu bulunan sanık ise tarafsız jüri önünde savunma hakkını kullandıktan sonra suçsuz olduğunu savunmasına rağmen suçlu bulunmuştur.

## II. Ceza Yargılamasından Çıkarma

### A. Genel Olarak

Ceza muhakemesinde failin cezaya seçenek yaptırımlar uygulayan kurumlara yönlendirilmesine ceza yargılamasından çıkarma denilmektedir<sup>17,18</sup>. Ceza yargılamasından çıkarma soruşturma evresinde uygulandığında fail hakkında, tutuklama kaydı hariç, adli sicil kaydı oluşmamaktadır. Eyalet uygulamaları, yasal düzenlemelerle değişiklik gösterebilmekle beraber ceza yargılamasının hangi aşamasında olduğuna göre kolluk, denetim birimi, savcı, hâkim tarafından dosya ceza yargılamasından çıkarılarak cezaya alternatif programlara sevk edilebilmektedir<sup>19</sup>.

### B. Ceza Yargılamasından Çıkarmann Hüküm ve Tekerrüre etkisi

Fail hakkında hüküm verilmesi adli sicil kaydı yani sabıkası açısından önemli bir husustur. ABD ceza yargılamasında hüküm türleri olarak hüküm niteliği taşıyan suçunu kabul etme (*guilty plea*) ve hüküm (*conviction*) karşımıza çıkmaktadır. Suçunu kabul etme aşamasından önce henüz bir hüküm oluşmadığı için dosyanın bu evrede ceza yargılamasından çıkarılmış olması durumunda ve fail edimleri yerine getirdiği takdirde adli sicilinde tekerrüre esas alınacak bir hüküm de olmayacaktır. Fail suçunu kabul ettikten sonra ya da hüküm verildikten sonra ceza veya mahkûmiyete alternatif kuruma gitse bile hüküm tekerrüre esas alınacaktır. Bu bağlamda, savcı sanık pazarlığı aşamasında yasalar faile ceza yargılamasından çıkarma ve onarıcı adalete sevk etme fırsatını sunmaktadır. Örneğin, Colorado eyalet yasasında savcı sanık pazarlığı aşamasında eyalet savcısının dosyayı ceza yargılamasından çıkartarak onarıcı adalet programlarına sevk edebileceği düzenlenmiştir<sup>20</sup>. Fakat, istisnai olarak eyaletlerde 'hüküm' tanımını genişleten düzenlemeler mevcutsa farklı uygulamalar olabilmektedir. Örneğin, Kansas DUI (driving under the influence: madde etkisi altında araç kullanma) yasaları böyle düzenlenmiştir. Yani, ilk kez madde etkisi altında araç kullanırken yakalanıp kovuşturma evresinden önce ceza yargılamasından çıkarılan fail, programı başarıyla tamamlayınca bir

17 Feridun Yenisey, Ayşe Nuhoğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 9. Baskı, Ankara 2021, s. 848.

18 ABD ceza hukuku sisteminde ceza yargılamasından çıkarma uzlaşma kurumu ile aynı anlama gelmemektedir.

19 "Cases may be referred to victim-offender mediation programs by judges, probation officers, victim advocates, prosecutors, defense attorneys, and law enforcement." (John J. Wilson, "A Comparison of Four Restorative Conferencing Models" U.S. Department of Justice, February 2001, s.2) <https://www.ojp.gov/pdffiles1/ojdp/184738.pdf> (e.t. 8.12.2022).

20 Colorado Revised Statutes Title 16. Criminal Proceedings § 16-7-301. "Propriety of plea discussions and plea agreements Colo. Rev. Stat. § 16-7-301 "(d) To consent to diversion, as provided in section 18-1.3-101, C.R.S.; Colo. Rev. Stat. § 16-7-301 "(f) To consent to an assessment for suitability for participation in restorative justice practices, including victim-offender conferences".



hüküm oluşmamaktadır. Fakat, kişi beş sene içerisinde tekrar bu nitelikte suç işlerse artık ilk kez bu suçu işlemiş olarak kabul edilmemekte ve ceza yargılamasından çıkarılmışsa tekerrüre esas alınmaktadır<sup>21</sup>.

Hükmü geniş yorumlayan yasal uygulamalar göçmen statüsünde olmayan yabancılar için de mevcuttur<sup>22</sup>. Bu yabancılar ceza yargılamasına alternatif programları başarılı bir şekilde bitirmiş olsalar da yani, adli sicil kayıtlarından bilgiler silinmiş bile olsa, göçmenlik otoritelerince hüküm almış muamelesi görmektedirler. Göçmenlik otoriteleri ceza yargılamasından çıkarılmış dosya arşivlerine ulaşıp göçmen olmayan yabancılar haklarında hüküm varmış gibi yasal işlem uygulayabilmektedirler<sup>23</sup>. Hükmü geniş yorumlayan yasal düzenlemelerin veya otoritelerin bu tutumunun nedeni suçun ve failin niteliğiyle alakalı olduğu anlaşılmaktadır. Başka bir deyişle, madde etkisi altında araç kullanma suçunun niteliği trafikte yarattığı tehlikelilik ve madde bağımlılığıyla paralel olarak suçun tekrarlanma ihtimalinin yüksek oluşu olarak düşünülmektedir. Bu yönüyle, hükmün geniş yorumlanmasında caydırıcılık hedeflenmiştir. Yani, failin sürekli alkollü araç kullanarak yakalanıp her defasında ilk kez suçu işlemiş gibi hafif ceza almasını engellemek ve ceza adalet sisteminin istismar edilmesini engellemek için yapıldığı anlaşılmaktadır. Aynı yönde,

- 
- 21 “Kan. Stat. § 8-1567(I)(3) (2018) An. Stat. § 8-1567(i)(3) (2018), which provides that “conviction” includes:(A) Entering into a diversion agreement in lieu of further criminal proceedings on a complaint alleging an offense described in subsection (i)(2); and(B) conviction of a violation of an ordinance of a city in this state, a resolution of a county in this state or any law of another jurisdiction that would constitute an offense that is comparable to the offense described in subsection (i)(1) or (i)(2)”; “For the purpose of determining whether a conviction is a first, second or third or subsequent conviction for the purpose of sentencing under this section, the term, conviction’ includes being convicted of a violation of this section or entering into a diversion agreement in lieu of further criminal proceedings on a complaint alleging a violation of this section. For such purpose ‘conviction’ also includes being convicted of a violation of a law of another state or an ordinance of any municipality which prohibits the acts that this section prohibits or entering into a diversion agreement in lieu of further criminal proceedings in a case alleging a violation of such a law or ordinance. For the purpose of this section, only convictions occurring in the immediately preceding five years, including prior to the effective date of this act, shall be taken into account.” (Karl B. Grube, “Florida’s Non-Statutory, De Facto DUI/DWI Diversion Programs: Diverting Justice for Judicial and Prosecutorial Expediency”, *Stetson Law Review*, Cilt 48, Sayı 4, 2019, s. 578-79.)
- 22 “Deferred adjudications, terms of imprisonment, conditional dismissals involving a guilty plea that is later vacated, and suspended entries of sentences or withholds of adjudications are all considered convictions for immigration purposes. Therefore, an alien who enters a guilty plea to participate in a diversion program is convicted in the eyes of immigration, notwithstanding the court’s subsequent vacating of the plea and conviction.” (Sara Elizabeth Dill, “Unbalanced Scales of Justice: How Ice Is Preventing Noncitizens from Having Equal Access to Diversion Programs and Therapeutic Courts”, *Family Court Review*, Cilt 50, Sayı 4, 2012, s. 632).
- 23 “Thus, diversion programs requiring statements or admissions of the facts of the offense as part of the rehabilitative process may also result in harsh immigration penalties if immigration authorities examine the court records” (Dill, s.632.)

göçmen olmayan bir yabancının cezaya alternatif programı başarılı bir şekilde bitirse bile sabıkalı muamelesi görmesi caydırıcılık açısından bir uygulama olarak görülebilir. Fakat, ceza adaleti açısından yarattığı ayrımcılık nedeniyle doğru olmadığı düşünülebilir.

Fail günlük hayatına döndüğünde hüküm giymemiş olsa bile belli veriler sistemde kalabilmektedir. Bunların erişilebilir olmasını engellemek için *sealing* (mühürleme) denilen işlem yapılabilmektedir. *Expungement* (bütün kayıtların imhası) için mahkemeye başvurulması ve kabul alınması gerekmektedir, örneğin, Kaliforniya eyalet yasasının böyle düzenlendiği görülmektedir<sup>24</sup>. Onarıcı adalettteki evrensel gizlilik ilkesini ihlal edebilecek bir diğer bir husus ise dijital kayıtlardır. Örneğin, tutuklama esnasında kolluk tarafından alınan parmak izlerinin dijital veri bankasına anında aktarılması ve o kayıtları silmenin neredeyse imkânsız olması adli sicil kaydını sildirmek isteyen kişiler açısından sorun olabilmektedir. Fakat, bu kayıtlara herhangi bir şekilde ulaşan işveren vb. kişiler güvenlik soruşturması nedeniyle kişiler aleyhine kullanamayacakları da yasalarda düzenlenmiş durumdadır. Yani, fail için en olumlusu tutuklama kaydı dahi oluşturulmadan uyuşmazlıkların çözülebilesidir<sup>25</sup>.

### C. Onarıcı Adaletin Ceza Yargılamasından Çıkarmadaki Yeri

Onarıcı adalet mahkemelerinin iş yükünü azaltmak, infaz kurumlarındaki kalabalığı azaltmak ve suçun tekrarlanmasını önlemek için daha yaygın olarak kullanılmak istenmektedir. Dosyaların ceza yargılamasından çıkarma programlarına yönlendirmesi için zorunluluk bulunmamaktadır. Bu uygulama kolluk veya yargılama makamlarının kendi inisiyatifleri ve eyalet düzenlemeleri doğrultusunda olup çoğunlukla da fail ve müdafî talepleriyle olmaktadır. Ceza yargılamasının her aşamasında onarıcı adalet uygulansa da genellikle duruşma öncesi bir aşamada ve daha hafif suçlara uygulandığı görülmektedir<sup>26</sup>. Bazı suçların eyalet yasalarında kapsam dışına alınmıştır. Örneğin, Kaliforniya eyalet yasasında kalıcı travmaya neden olan kasten yaralama suçu ceza yargılamasından çıkarılamamaktadır<sup>27</sup>.

24 "An expungement under California Penal Code 1203.4 PC allows a defendant to withdraw a plea of guilty or no contest, to reenter a plea of not guilty, and to have the case dismissed. When the court grants it, an expungement releases an individual from many of the negative consequences of a criminal conviction." <https://www.shouselaw.com/ca/defense/penal-code/1203-4/> (e.t. 22.01.2022).

25 *Restorative Justice & Community Mediation*, <https://www.bouldercounty.org/safety/victim/restorative-justice> (22.01.2022).

26 "Restorative justice can be used at the pre-trial, sentencing, and post-sentencing stages of the criminal process. Restorative justice is very commonly used in pre-trial diversion programs for minor offenses." (Adriaan Lanni, "Taking Restorative Justice Seriously", *Buffalo Law Review*, Cilt 69, Sayı 3, 2021, s. 649.)

27 Cal. Pen. Code - part 2. of Criminal Procedure [681 - 1620] (Part 2 Enacted 1872.) Title 6.

### III. Onarıcı Adalet Kavramı

#### A. Genel Olarak

Onarıcı adalet felsefesi mağdur, fail ve devlet arasındaki ilişkiye odaklanmaktadır<sup>28</sup>. Suçun topluma ve mağdura verdiği zararı gidermeye, toplumsal barışı onarmaya ve muhafaza etmeye çalışmaktadır. Onarıcı adaletin amaçları şu şekilde sıralanabilir<sup>29</sup>:

- “Toplum düzenini ve barışını onarmak ve zarar görmüş ilişkileri düzeltmek
- Suç oluşturan davranışları kabul edilemez olarak adlandırıp toplumsal değerleri yeniden olumlamak
- Mağdurları desteklemek, onların seslerini duyurmalarını ve katılımlarını sağlamak ve ihtiyaçlarını belirlemek
- Tüm ilgili taraflar tarafından, özellikle failer tarafından, sorumluluğun üstlenilmesini teşvik etmek
- Onarıcı, ileriye dönük sonuçlar belirlemek
- Failerin değişimini teşvik ederek tekrar suç işleme eğilimlerini azaltmak ve yeniden entegrasyonlarını kolaylaştırmak”.

#### B. Onarıcı Adaletin Kuzey Amerika’daki Tarihi

Onarıcı adalet Kuzey Amerika’da ilk olarak 1974’te Kanada Ontaria’da, daha sonra ABD’de Indiana eyaletinde uygulanmıştır<sup>30</sup>. Kanada’da iki çocuğun mala zarar verme suçunu işlemeleri sonrası denetim memurunun yönlendirmesiyle henüz o zaman yasalarda olmayan bir uzlaşma usulü ile mağdurların zararı karşılanmıştır. Hâkimin iki çocuk ile suçun mağdurları arasında özür, zararın maddi tazmini ve on sekiz ay süreli denetim edimli anlaşma yapılmasıyla

---

Pleadings and Proceedings Before Trial [976 - 1054.10] (Heading of Title 6 amended by Stats. 1951, Ch. 1674.) CHAPTER 2.96. Court Initiated Misdemeanor Diversion [1001.95 - 1001.97] (Chapter 2.96 added by Stats. 2020, Ch. 334, “Sec. 1.) (e) A defendant may not be offered diversion pursuant to this section for any of the following current charged offenses:(1) Any offense for which a person, if convicted, would be required to register pursuant to Section 290. (2) A violation of Section 273.5; 273.5. “(a) Any person who willfully inflicts corporal injury resulting in a traumatic condition upon a victim described in subdivision (b) is guilty of a felony, and upon conviction thereof shall be punished by imprisonment in the state prison for two, three, or four years, or in a county jail for not more than one year, or by a fine of up to six thousand dollars (\$6,000), or by both that fine and imprisonment. (3) A violation of subdivision (e) of Section 243.(4) A violation of Section 646.9.”

28 Mustafa Özbek, “Çağdaş Ceza Adalet Sistemlerinde Alternatif Çözüm Arayışları ve Arabulucuk Uygulaması” *Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaşma* (Yay. Haz. Feridun Yenisey), s. 112.

29 Yvon Dandurand, Curt T. Griffiths. *Onarıcı Adalet Programları El Kitabı*, Birleşmiş Milletler Uyuşturucu ve Suç Ofisi, Birleşmiş Milletler Yayınları, Newyork, 2006, s. 10.

30 “Following several other Canadian initiatives, the first United States programme was launched in Elkhart, Indiana in 1978.”, <http://restorativejustice.org/> (e.t. 26.01.2022).

birlikte ilk mağdur fail uzlaşması gerçekleşmiştir<sup>31</sup>. ABD Elkhart Indiana'da yapılan ilk mağdur fail uzlaşmasında Vietnam savaşı gazisi olan fail, madde bağımlılığı ve ekonomik sıkıntılar sebebiyle seri yağma suçları işlemiştir. Bu suçun cezası on ile yirmi yıl arası hapis cezası olduğundan hâkimin yönlendirmesi ve ailesinin de desteğiyle mağdur fail uzlaşması denenmiştir<sup>32</sup>.

### C. Onarıcı Adalet Teorisi

1990'larda yaygın olan mağdur fail uzlaşma modelini araştırmacılar Howard Zehr ve Mark Umbreit onarıcı adalet teorisi ve uygulamalı çalışmalarına temel olarak almışlardır<sup>33</sup>. Onarıcı adalet teorisi fail tarafından mağdura verilmiş olan zararın giderilmesi ve mağdurun iyileştirilmesinin yanı sıra failin de toplum için tehlikelilik riskini azaltarak topluma tekrar entegre edilmesini amaçlamaktadır. Kamusal alanda güvenlik sağlanması ve toplumsal barış açısından daha kalıcı bir çözüm getirmeyi hedeflemektedir. Klasik ceza yargılaması bireyle kamu arasındayken onarıcı adalet birey ve toplum arasındaki bozulan ilişkiyle ilgilenmektedir<sup>34</sup>. Klasik ceza yargılamasında amaç faile işlediği suçun cezasını çektirmektir, örneğin, failin infaz kurumuna gitmekten başka bir katkısı olmamaktadır. Onarıcı adalet ise faile verdiği zararın toplumsal sorumluluğunu üstlenmesini hedeflemektedir. Dolayısıyla, klasik cezalandırmada mağdur ve fail açısından pasif bir katılım söz konusuysen onarıcı adalette hem mağdur hem failin aktif katılımı olduğu düşünülmektedir<sup>35</sup>. Klasik ceza yargılaması sürecinde mağdurların kişisel hikâyelerini içinde yaşadıkları toplumun hafızasına aktarabilmesi kolay olmamaktadır. Mağdurların faile verilecek olan cezaya katkıları bile tartışmalıdır. Onarıcı adalet ise mağdurlara yaşadıkları travmayı atlatabilmek, failden kendi ihtiyaçları doğrultusunda zararın tazminini isteyebilmek ve toplumun güvenliği için alınması gereken önlemlere katkıda bulunabilme imkânını sağlamaktadır.

Onarıcı adalet uygulamasındaki modellerden sadece biri olan mağdur fail uzlaşması ceza yargılamasının hangi aşamasında başvurulduğuna göre farklılık göstermektedir. Öyle ki mahkûmiyet sırasında artık bu süreç mağdur fail

31 Ali Savaş Çubukçuoğlu, *Onarıcı Adalet Bağlamında Uzlaştırma Kurumu ve Kapsamı*, Yüksek Lisans Tezi, T.C. Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı İstanbul, 2018, s. 12.

32 "Elkhart County's Victim Offender Reconciliation Program (VORP) in that first case the offender committed a string of robberies. He was a Vietnam veteran, unemployed, struggling with drugs and alcohol, and trying to support his wife and daughter. He was supposed to go to prison for 10 to 20 years under state mandatory sentencing laws. The judge thought prison would ruin his life, and his family's, and decided to put him in VORP instead.", <https://www.wfyi.org/> (e.t. 26.01.2022).

33 Abby Riffie, "Victim-Offender Mediation: An Alternative Accountability Method in Police Brutality Cases," *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, Cilt 34, Sayı 5, 2019, s. 787-790.

34 Riffie, s. 789.

35 Lanni, s. 643.

görüşmeleri ya da diyalogları adını almaktadır<sup>36</sup>. Genel olarak ceza yargılamasının erken aşamalarında dosya ceza yargılamasından çıkarıldığında daha hafif suçlarla karşılaşmaktadır. Daha ileriki aşamalarda daha ağır suçlarla karşılaşmakta ve bu görüşmeler de mağdur fail diyalogları olarak isimlendirilmektedir<sup>37</sup>.

#### D. ABD’de Uzlaşma Modelleri

ABD’de temel olarak uygulanmakta olan dört uzlaşma modeli bulunmaktadır: *mağdur fail uzlaşması*, *toplum onarım heyeti*, *aile grup konferansı*, *çember oturum cezalandırması*<sup>38</sup>. ABD’de ceza yargılamasından çıkarılan dosya seçenek programlara yönlendirilir, örneğin, denetim ofisi, çocuk mahkemeleri, uyuşturucu mahkemeleri vb. programlar. Onarıcı adalet uygulamaları çatısı altında da mağdur fail uzlaşması en çok bilinenidir<sup>39</sup>.

#### E. Eyaletlerdeki Onarıcı Adalet Yasal Düzenlemeleri

2019’daki verilere göre elli eyaletin kırk beşinde iki yüz yirmi dokuz yasal düzenleme olduğu görülmektedir<sup>40</sup>. Literatür taramasında özellikle 2008 sonrası onarıcı adalet terimlerinin hızla arttığı görülmektedir<sup>41</sup>. Dosyayı ceza yargılamasından çıkartan makamların başında mahkemeler ve savcılar başı çekmektedir<sup>42</sup>. Yasal düzenlemelerde ilk üç sırada kırk dokuz madde hükmü ile Colorado, yirmi iki madde hükmü ile Vermont ve yirmi bir madde hükmü ile Kaliforniya eyaletleri bulunmaktadır<sup>43</sup>.

36 “Victim-Offender Dialogues are also used to address criminal offenses, but typically occur on an ad hoc basis after the criminal process is complete” (Lanni, s. 649).

37 Lanni, s. 650.

38 “Four models of restorative conferencing: victim-offender mediation, community reparative boards, family group conferencing, circle sentencing.” (Wilson, John J., s.1).

39 Flora Go, “Mediation as Practiced in Criminal Law: The Present, the Pitfalls, and the Potential”, James Boskey Dispute resolution Essay Competition- Winner, (2010), s. 23. [https://www.americanbar.org/groups/dispute\\_resolution/awards\\_competitions/james\\_b\\_boskey\\_law\\_student\\_essay\\_contest\\_on\\_dispute\\_resolution](https://www.americanbar.org/groups/dispute_resolution/awards_competitions/james_b_boskey_law_student_essay_contest_on_dispute_resolution), (e.t. 8.12.2022).

40 “As the data in this study indicate, forty-five states have codified restorative justice into statutory or regulatory law.” (González, The Legalization, s.1031); “Since 2008, the saturation of restorative justice in state law has increased rapidly, resulting in the current landscape—229 laws distributed across forty-five states.” (González, The Legalization, s. 1058).

41 González, Thalia, The Legalization, s. 1058.

42 González, The State of Restorative Justice, s. 1178.

43 “Colorado exhibits the highest degree of combined state-level saturation (forty-nine statutes, rules, and regulations) Vermont follows at twenty-two and California with twenty-one statutes, rules, and regulations.” (González, The Legalization, s. 1055).

#### IV. Mağdur Fail Diyaloglarının Onarıcı Adaletteki Yeri

##### A. ABD'deki Onarıcı Adalet Programları

ABD'de önde gelen onarıcı adalet program merkezleri kolluk, denetim ofisi, eyalet savcılıkları ve yerel mahkemelerle koordineli olarak çalışmaktadır. Bu merkezler çoğunlukla kâr amacı gütmeyen kuruluşlardır. Yerel yönetimlerin kendi ihtiyaçları doğrultusunda her eyalette farklı bir onarıcı adalet merkezi görülebilmekte ve bu merkezler kendi projelerini yönetebilmektedir. Bu programlara eğer eyalet yasaları uyarınca bir kısıtlama getirilmemişse ya da kendi programlarına dahil ediyorlarsa ceza yargılanmasının her aşamasında, her suç tipi bakımından dosya sevk edilebilmektedir.

Birkaç örnekle izah etmek faydalı olacaktır. Red Hook Community-Bronx, ABD tarihindeki Yerli Amerikanların uyguladıkları geleneksel uyumsuzluk çözümlü olan barışma uygulamasını devam ettiren ve hafif suç tiplerini programına dahil eden bir onarıcı adalet programıdır<sup>44</sup>. Bir diğeri San Quentin Insight Prison Project, hükümlülerin infaz kurumunda katıldıkları iyileştirici bir onarıcı adalet programıdır<sup>45</sup>. Boulder County şerif ofisinde ise klasik mağdur fail uzlaşmasına yakın bir onarıcı adalet programı bulunmaktadır. Bu programın aşamaları sevk, ilk görüşme, ön hazırlık buluşması, toplantı, ve sözleşme olarak sınıflandırılmaktadır<sup>46</sup>. Common Justice Brooklyn NYC, diğerlerine göre daha yenilikçi bir ceza adaleti anlayışına sahip olan ve yetişkinler tarafından işlenen ağır şiddet suçlarının faileri ile mağdurları arasındaki diyalog programlarını yürütmektedir. Örneğin, silahlı yağma suçunun mağduru ile faili arasında diyalog programı uygulanmaktadır<sup>47</sup>. Suç işlenirken kullanılan şiddet arttıkça onarıcı adalet kurumu ceza yargılamasında ileri bir aşamada devreye girmektedir. O yüzden, örneğin, nitelikli yağma suçu kapsamında onarıcı adalet çalışması yapıldığı zaman mağdur fail arasında bir uzlaşmadan ziyade bir

44 “The Justice Center handles low-level criminal cases (including selected felonies), as well as Family Court and Civil Court matters. Red Hook also operates a peacemaking program, building on a Native American approach to justice, facilitated by trained volunteers from the community.”, <https://www.courtinnovation.org/> (e.t. 27.01.2022).

45 “The Victim Offender Education Group (VOEG) program supports incarcerated individuals in the process of understanding and developing insight into the underlying circumstances of their lives and the choices that led them to prison. The process utilizes a Restorative Justice philosophy to help individuals to address memories and feelings connected to traumatic and unresolved events in their lives in an effort to integrate these experiences into their lives and experience a renewed sense of wholeness, authenticity, emotional wellbeing, and positive behavior.” <http://www.insightprisonproject.org/> (e.t. 22.01.2022).

46 Community Mediation, [www.bouldercounty.org/](http://www.bouldercounty.org/) (e.t. 22.01.2022).

47 “In New York City, we operate the first alternative-to-incarceration and victim-service program in the United States that focuses on violent felonies in the adult courts”, <https://www.commonjustice.org/> (e.t. 22.01.2022).

diyalogdan bahsedilebilmektedir.

### **B. Onarıcı Adalet Uygulamasına Getirilen Yenilikler**

Onarıcı adalet savunucuları infaz kurumlarındaki kalabalığın azaltılması için şiddet suçlarının da yaygın olarak onarıcı adalet uygulamalarına yargılamanın erken aşamalarında dahil edilmesi gerektiği görüşündedir<sup>48</sup>. Mağdur fail görüşmesinde mağdurun bizzat katılmaya uygun olmadığı ya da mağduru olmayan suçlarda *surrogate victim* (mağdur vekili) uygulamasına başvurulabilmektedir. Yani, aynı suçun mağduru olan başka bir kişi veya mağdurun bir yakını faille diyalog için bir araya gelmektedir. Örneğin, uyuşturucu madde ticaretinden yargılanan bir fail ile madde bağımlısı başka bir mağdurun yakınlarının mağdur vekili olarak bir araya getirildiği onarıcı adalet uygulamaları yapılabilmektedir<sup>49</sup>.

Son yıllarda mağdur fail diyaloglarında teknolojinin kullanılabileceği araştırmalara konu olmaktadır. Failin mağdurun yaşadıklarını POV (bakış açısı) kullanılarak sanal olarak deneyimleyebileceği araştırılmaktadır. Faile VR (sanal gerçeklik) gözlükleri takılarak saldırı anının mağdur bakış açısından tekrar yaşatılarak empati kurabilmesinin daha mümkün olabileceği tartışılmaktadır. Örneğin, aile içi şiddet faillerini sanal gerçeklik teknolojisi kullanarak sözel şiddete maruz bırakmak üzerine deneyler yapılmaktadır<sup>50</sup>. Tabii ki bu uygulamaların etik kurallar çerçevesinde yapılması mümkün olabilecektir.

### **C. Basına Yansıyan Mağdur Fail Uzlaşmaları/Diyalogları**

2018 yılı Florida savcısı Melissa Nelson dosyasında onarıcı adalet uygulanarak annelerini öldüren kişiye ölüm cezası yerine iki kere ömür boyu hapis cezasını kabul eden bir ailenin hikayesi bulunmaktadır<sup>51</sup>. Savcı aracılığıyla ailenin annelerinin katiliyle mağdur fail diyalogları girişiminde bulunulmuş fakat aile failden istediği özür konuşmasını bir türlü duymamıştır. Yine de duruşma öncesi süreçte yirmiden fazla görüşme sonucunda mağdur yakınları çok yıpranmıştır. Dolayısıyla, failin savcı sanık pazarlığı yapmasına razı olmuşlar ve ölüm cezasının verilmesi konusunda dosyayı jüri önüne götürmekte ısrarcı olmamışlardır. Yargılamada duruşmaya devam edilirse ölüm cezası verilebileceği gibi failin temyiz hakkı ve beraat etme riski de devam edeceğinden ve on yılı

48 Lanni, s. 677.

49 Lanni, s. 664.

50 Kate E. Bloch, "Virtual Reality: Prospective Catalyst for Restorative Justice", *American Criminal Law Review*, Cilt 58, Sayı 2, 2021, s. 291.

51 *Man Pleads Guilty in Music Teacher's Killing to Spare His Life*, <https://www.news4jax.com/news/2019/02/22/man-pleads-guilty-in-music-teachers-killing-to-spare-his-life/> (9.12.2022); Hager, <https://www.theatlantic.com/politics/archive/2020/07/limits-restorative-justice-jacksonville/614311/> (e.t. 8.12.2022).



aşkın bir süre de ölüm cezasının sonuçlanmasını bekleyeceklerinden aile daha kısa ve kesin çözüm olarak iki kez ömür boyu hapis cezasını tercih etmiştir.

Kasım 2021 Missouri savcısı Wesley Bell dosyasında, polis memuru ve süpermarket hırsızlık şüphelinin Zoom toplantısı uzlaşması olmuştur<sup>52,53</sup>. Polis memuru, süpermarketten yiyecek çaldığı ihbarını aldığı şüpheliye şok tabancası yerine yanlışlıkla silahla müdahale etmiş ve şüpheli yaralanarak mağdur olmuştur. Bunun sonucunda yapılan mağdur fail uzlaşması başarılı sonuçlanmıştır. Polis memuru hakkındaki suçlamalar \$2 milyon karşılığında düşürülmüş ve üst sınırı on yıl hapis cezası olan ikinci dereceden yaralama suçundan beraat etmiştir.

## V. Onarıcı Adalet Uygulamalarına Getirilen Eleştiriler

Soruşturma evresinde ceza yargılamasından çıkarılarak uygulanan onarıcı adalet uygulamasına yöneltilen eleştiriler bulunmaktadır. İlki ceza sorumluluğu belirlenirken failin eyleminin *mens rea*' sı (suçun manevi unsuru) tespit edilmeden sadece *actus reus*'a (maddi unsurlara) dayanılarak failin ceza sorumluluğuna gidilmesidir<sup>54</sup>. Aynı yönde, onarıcı adaletin toplumsal sorumluluğa vurgu yaptığı halde ceza sorumluluğunu belirlemesi ve hatta ceza yargılaması tamamlanmadan yaptırım belirlemesi eleştirilmektedir.

Özellikle duruşma öncesinde daha çok kolluk ve savcı tarafından yürütülen ve jürinin yargılamaya katılmadığı bu sürecin anayasal ilkeler açısından da sorunlu olduğu tartışılmaktadır. Miranda hakları, danışma hakkı, jüri önüne çıkma hakkı, kendi kendini suçlamaya zorlanmama gibi anayasal ilkeleri önemli ölçüde zedelediği tartışılmaktadır<sup>55</sup>. Ayrıca eyalet savcılarının yerel seçimlerle görev başına gelmesi ve onarıcı adalet gibi yenilikçi ceza adaleti kurumlarına yönelmeleri bölgedeki seçmenlerin siyasi görüşüne göre şekilleneceğinden eleştirilmektedir. Yani, toplumda suçun arttığı dönemlerde seçmenin isteğine göre savcıların hapis cezası gibi klasik ödetici ceza sistemine daha çok meyil etmeleri söz konusu olmaktadır<sup>56</sup>.

52 Jim Salter, *Charges Being Dropped Against Ex-Officer at Victim's Request*, [https://apnews.com/article/police-st-louis-missouri-ab646f17abb62ee7883e9803c2716ce3\(e.t.9.12.2022\)](https://apnews.com/article/police-st-louis-missouri-ab646f17abb62ee7883e9803c2716ce3(e.t.9.12.2022)).

53 <https://www.dailymail.co.uk/news/article-10246761/White-Missouri-cop-accidentally-shot-black-shoplifting-suspect-felony-charge-dropped.html> (e.t. 27.01.2022).

54 Luzon, s. 583.

55 "This may compromise his constitutional rights, especially that against self-incrimination, because the restorative justice model leads victim-offender mediations to often require the offender to admit his guilt prior to participation." (Go, s. 23).

56 Jeffrey Bellin, *Expanding the Reach of Progressive Prosecution*, *J. Crim. L. & Criminology*, Cilt 110, Sayı 4/2, 2020, s. 710, <https://scholarlycommons.law.northwestern.edu/jclc/vol110/iss4/2>.



Onarıcı adalet programlarına katılımlarda gönüllülük esas alınmasına rağmen faillerden belirli bir katılım ücreti alınıyor olması ekonomik eşitsizlik olduğu gerekçesiyle eleştirilebilmektedir<sup>57</sup>. Fakat, yasal düzenlemelerde yapılan alt-üst sınırlandırmalarla miktarlar düzenlenebilmektedir<sup>58</sup>. Ekonomik durumu müsait olmayan faillerin de katılım ücretini sosyal hizmet karşılığı ödemiş olarak kabul eden programlar mevcuttur. Örneğin, Bay County Florida hafif suçlar programı \$280 katılım ücreti yerine ya \$200 ile sekiz saat hizmet veya yirmi sekiz saat sosyal hizmet yapıldığında katılım ücretini ödenmiş kabul etmektedir<sup>59</sup>.

### Sonuç

ABD ceza yargılamasında federal devlet örgütlenmesinin eyalet yasalarına ve ceza yargılaması sürecine etkileri görülmektedir. Federal kuvvetler ayrılığı ceza yargılaması sistemini ve bu da kaçınılmaz olarak onarıcı adalet uygulamalarını etkilemektedir. Ceza yargılamasından çıkarılan dosyanın erken evrelerde çıkarılması adli sicil kaydı açısından önemli olmaktadır. Mağdur fail uzlaşma modeli onarıcı adalet çatısı altında 1990'lı yıllardan itibaren popüler bir yöntem olmakla birlikte, ABD ceza adalet sistemine çok egemen olmadığı da anlaşılmaktadır. Mağdur fail uzlaşmasının ceza yargılamasında bulunduğu aşamaya göre daha ağır suçlara uygulanması durumunda mağdur fail diyalogu adını alması doğal bir sonuç olarak karşımıza çıkmaktadır. Yerel yönetimlerin onarıcı adalet uygulamalarının yıllar içerisinde resmi yasal düzenlemelerle özellikle 2008 sonrası literatüre girmiş olması, onarıcı adalet uygulamalarının ülke çapında benimsendiğini göstermektedir. Onarıcı adalet kurumunun hukuki zeminde kullanımının yaygınlaşması, şiddet suçlarının da yaygın olarak kapsama dahil edilmesi gerektiği tartışmalarını beraberinde getirmektedir. Dosyayı klasik ceza yargılamasından çıkartarak onarıcı adalet programlarına sevk eden kolluk, denetim birimleri ve savcılar onarıcı adalet uygulamalarında önemli aktörler oldukları görülmektedir. Onarıcı adalet teorisinin ve uygulamasının zaman içerisinde geçirdiği değişim göz önünde bulundurduğunda yeniliklere açık bir alan olduğunu söylemek mümkündür. Son olarak, Türk

57 “Results also indicate 2 emerging trends: the use of fees to access restorative justice (e.g., „pay to play“)” (González, *The State of Restorative Justice*, s.1164.)

58 Colo. Rev. Stat. § 18-1.3-104(b.5) (I) “..If the court orders the defendant to attend a restorative justice practices victim-offender conference, the facilitator of the conference shall provide his or her services for a fee of no more than one hundred twenty-five dollars, based on a sliding scale; however, the fee may be waived by the court.”, codes.findlaw.com (e.t. 23.01.2022).

59 “Pay \$280.00 – Online or with Money Order/Cashier’s Check OR Pay \$200.00 and perform 8 hours of Community Service at a non-profit organization OR Perform 28 hours of Community Service at a non-profit organization.”, <https://sa14.fl.gov/diversion-program/> (e.t. 23.01.2022).

ceza hukuku sistemi onarıcı adalet uygulamaları kapsamına, uzlaşma kurumunun yanı sıra, mağdur fail diyalogu ve mağdur vekili uygulamalarının alınması değerlendirilebilir.

## KAYNAKLAR

- Artuk, Mehmet Emin ve Diğerleri., *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 14. Baskı, Ankara 2020.
- Balo, Yusuf Solmaz, “Amerika Birleşik Devletleri Mahkeme Teşkilatı”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Sayı 61, 2012, ss. 973-1016.
- Balo, Yusuf Solmaz; Çetintürk, Ekrem, “Amerika Birleşik Devletleri Ceza Hukuku Uygulamasında Savcı-Sanık Pazarlığı ve Türkiye’de Uygulanabilirliği”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Sayı 17, 2013, ss. 1243-1292.
- Bellin, Jeffrey “Expanding the Reach of Progressive Prosecution”, *J. Crim. L. & Criminology*, Cilt Cilt 110, Sayı 4/2, 2020.
- Bloch, Kate E., “Virtual Reality: Prospective Catalyst for Restorative Justice”, *American Criminal Law Review*, Cilt 58, Sayı 2, Spring 2021, ss. 285-330.
- Çubukçuoğlu, Savaş, Ali, “Onarıcı Adalet Bağlamında Uzlaştırma Kurumu ve Kapsamı”, Yüksek Lisans Tezi, T.C. Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı, İstanbul, 2018.
- Dandurand, Yvon/ Curt T. Griffiths. *Onarıcı Adalet Programları El Kitabı*, Birleşmiş Milletler Uyuşturucu ve Suç Ofisi, Birleşmiş Milletler Yayınları, Newyork, 2006.
- González, Thalia, “The Legalization of Restorative Justice: A Fifty-State Empirical Analysis”, *Utah Law Review*, Cilt 2019, Sayı 5, 2020.
- González, Thalia, “The State of Restorative Justice in American Criminal Law”, *Wisconsin Law Review*, Sayı 6, 2020, ss. 1147-1198.
- Greenberg, Elayne E., “Unshackling Plea Bargaining from Racial Bias”, *J. Crim. L. & Criminology*, Cilt 93, 2021.
- Grube, Karl B., “Florida’s Non-Statutory, De Facto DUI/DWI Diversion Programs: Diverting Justice for Judicial and Prosecutorial Expediency”, *Stetson Law Review*, Cilt 48, Sayı 4, 2019, ss. 547-596.
- Hager, Eli, *They Got Her This Time, Son*, <https://www.theatlantic.com/politics/archive/2020/07/limits-restorative-justice-jacksonville/614311/> (8.12.2022).
- Hakeri, Mehmet Hakan, “Amerikan Ceza Hukukuna Genel Bir Bakış”, *Ceza Hukuku Dergisi*, Cilt 3, Sayı 8, 2008, ss. 5-27.
- Lanni, Adriaan, “Taking Restorative Justice Seriously”, *Buffalo Law Review*, Cilt 69, Sayı 3, 2021, ss. 635-682.
- Luzon, Golan, “Challenges Shared by Restorative Justice in Strict Liability in the Absence of Mens Rea”, *New Criminal Law Review*, Cilt 19, Sayı 4, 2016, ss. 577-591.
- Mauk, David; Oakland, John, *American Civilization: An introduction*, 4. Baskı ed., NY 2005.
- Şahin, İlyas, “Amerika Birleşik Devletlerinin Yargısal Sisteminde Ceza Yargılaması”. *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, 2015, ss. 707-725.
- Şentürk, Kıvanç, “Amerika Birleşik Devletleri’nde Yüksek Riskli Suçlular Hakkında Uygulanan Özel Tedbirler”, *Ceza Hukuku Dergisi*, Cilt 16, Sayı 45, 2021, ss. 227-252.
- Wilson, John J., “A Comparison of Four Restorative Conferencing Models”, U.S. Department of Justice February 2001<<https://www.ojp.gov/pdffiles1/ojdp/184738.pdf>>
- Yenisey, Feridun; Nuhoglu, Ayşe, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 9. Baskı, Ankara 2021.

- Yenisey, Feridun. *Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaşma*, İstanbul, 2005.
- codes.findlaw.com (8.12.2022).
- <http://restorativejustice.org/> (8.12.2022).
- <https://apnews.com/article/police-st-louis-missouri-ab646f17abb62ee7883e9803c2716ce3> (8.12.2022).
- <https://sa14.fl.gov/diversion-program/> (8.12.2022).
- <https://www.commonjustice.org/> (8.12.2022).
- <https://www.news4jax.com/news/2019/02/22/man-pleads-guilty-in-music-teachers-killing-to-spare-his-life/> (8.12.2022).
- <https://www.shouselaw.com/ca/defense/penal-code/1000/> (8.12.2022).
- <https://www.shouselaw.com/ca/defense/process/sentencing/victim-restitution/> (8.12.2022).
- <https://www.wfyi.org/> (8.12.2022).

KAMU HUKUKU / PUBLIC LAW

Araştırma Makalesi / Research Article

# Güncel Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Haksız Çıkma Zammının Mükellef Hakları Kapsamında Değerlendirilmesi\*

The Evaluation Of The Unfair Hike in The Light of Current  
Constitutional Court Decisions Within The Scope of Taxpayer Rights

Begüm DİLEMRE ÖDEN\*\*

## ÖZ

Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmeden önce, 6183 sayılı Kanun'un 58. maddesinin 5. fıkrasında, "İtirazında *tamamen veya kısmen haksız çıkan borçludan, hakkındaki itirazın reddolunduğu miktardaki amme alacağı %10 zamlı tahsil edilir.*" hükmü yer almaktaydı. "Haksız çıkma zammı" adı verilen bu uygulamanın temel amacının; tahsil aşamasına gelmiş bulunan kamu alacaklarının tahsilini hızlandırmak, tahsilin geciktirilmesini önlemek, belirli bir kanuni sebebe dayanmadan yargı organında itirazlarda bulunmayı zorlaştırmak olduğu ileri sürülmekteydi. Anayasa Mahkemesi'nin de iptal kararı öncesinde görüşü bu yöndeydi. Ancak uygulama bu amaçları yerine getirmekten uzaktı. Aksine bu uygulama, Anayasa'nın 35. maddesinde düzenlenen mülkiyet hakkına ve 36. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkına aykırılık taşımaktaydı. Nitekim Anayasa Mahkemesi de güncel bir iptal kararıyla eski görüşünü değiştirmiş ve haksız çıkma zammına ilişkin olan 6183 sayılı Kanun'da yer alan hükmü mülkiyet hakkı ve adil yargılanma hakkına aykırılık gerekçesiyle iptal etmiştir. İlave olarak güncel bir bireysel başvuru kararında da Mahkeme, benzer değerlendirmelerde bulunarak ihlal kararı vermiştir. Çalışmada Anayasa Mahkemesi'nin güncel kararları ışığında haksız çıkma zammının mükellef hakları kapsamında değerlendirmesinin yapılması amaçlanmaktadır.

**Anahtar Kelimeler:** Vergi, Mülkiyet Hakkı, Adil Yargılanma Hakkı, Haksız Çıkma Zammı, Ödeme Emrine İtiraz.

## ABSTRACT

In the 5th paragraph of the Article 58th Law No. 6183, "The public receivables of the debtor who are found to be completely or partially unjustified in his objection,

\* Makale gönderim tarihi: 14.02.2023. Makale kabul tarihi: 01.05.2023. Begüm Dilemre Öden, "Güncel Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Haksız Çıkma Zammının Mükellef Hakları Kapsamında Değerlendirilmesi", *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 10, Sayı 1, 2023 s. 39-60, <https://doi.org/10.46547/imuhfd.2023.10.1.3>.

\*\* Dr. Öğr. Üyesi, Mali Hukuk Anabilim Dalı, Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi, [begumdi-lemre@cankaya.edu.tr](mailto:begumdi-lemre@cankaya.edu.tr), <https://orcid.org/0000-0002-4765-2634>.

shall be collected with a 10% increase.“ provision was in place. The Constitutional Court annulled this provision. The primary purpose of this application, which is called the unfair hike, was claimed that it was to accelerate the collection of public receivables, prevent delays, to make it challenging to make objections in the judicial body without a specific legal reason. This was the view of the Constitutional Court. However, the application did not fulfill these purposes. On the contrary, the practice violated the right to property regulated in Article 35 of the Constitution and the right to a fair trial held in Article 36. The Constitutional Court, with a recent annulment decision, annulled the provision in Law No. 6183 because it violated the right to property and fair trial. In addition, a recent individual application decision has given a violation profit. In the study, it is aimed to evaluate this practice within the scope of taxpayer rights in the light of the current decisions of the Constitutional Court.

**Keywords:** Tax, Property Right, Right to Fair Trial, Unfair Hike, Payment Order Appeal.

## Giriş

Bilindiği üzere kamu hizmetlerinin finanse edilip yürütülebilmesi amacıyla devlet, Anayasa'dan aldığı yetkiyle bazı mali yükümlülükler koymaktadır. Bunları “kamu alacağı” olarak da ifade edebiliriz. Tüm kamu alacaklarının önceden belirlenmiş ödeme zamanları bulunmaktadır ve bu ödeme zamanlarının son günü de kamu alacağının vadesidir.

Kamu alacağını vadesinde ödemeyenlere idare tarafından ödeme emri gönderilmektedir. Zira bunların zamanında ve eksiksiz bir şekilde yerine getirilmesi, kamu hizmetlerinin aksamaması ve devamlılığının sağlanması açısından önem arz etmektedir. Aksi takdirde idare, kamu gücüne dayanarak re'sen harekete geçecek ve alacağını zorla tahsil edecektir.

Kendisine ödeme emri tebliğ edilen borçlu, borcunu ödeyebileceği gibi ödeme emrine karşı dava da açabilir. İşte 6183 sayılı Kanun'un 58. maddesinin 5. fıkrasında Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmeden önce yer alan ve haksız çıkma zammına ilişkin olan düzenleme uyarınca; ödeme emrine karşı yapmış olduğu itirazında haksız çıkan kamu borçlusundan, itirazın reddo- lunduğu miktardaki amme alacağı %10 haksız çıkma zammıyla beraber tahsil edilmekteydi.

Haksız çıkma zammının getiriliş amacı konusunda kanun metninde herhangi bir bilgi bulunmamaktadır. Gerek eski tarihli Anayasa Mahkemesi kararlarında gerekse de doktrinde hükmün amacının, kamu alacaklarının en kısa sürede tahsili ve ödeme emirlerine karşı sebepsiz yere dava açılması suretiyle mahkemelerin meşgul edilmesinin önüne geçilmesi olduğu dile getirilmiştir.

Sonrasında uygulamanın bu amaçları yerine getirmekten uzak olduğu ve 6183 sayılı Kanun'un 58. maddesinin 5. fıkrasında yer alan hükmün bazı anayasal haklara aykırılık taşıdığı görüşü güç kazanmıştır. Anayasa Mahkemesi de güncel bir kararı ile bu hükmü, Anayasanın 13., 35. ve 36. maddelerine aykırı olarak iptal etmiştir. İlâveten Mahkeme güncel bir bireysel başvuruda da hak ihlali kararı vermiştir.

Çalışma üç bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde ödeme emrinin hukuki niteliği ile ödeme emrine karşı dava açılması konuları üzerinde durulmaktadır.

İkinci bölümde haksız çıkma zammı ele alınmaktadır. Bu kapsamda bu bölümde, hem Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı öncesi durum hem de Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı sonrası durum ayrı ayrı incelenmektedir.

Konunun somutlaştığı üçüncü ve son bölümde ise haksız çıkma zammı mükellef hakları kapsamında değerlendirilmektedir. Bu bölümde konu önce mülkiyet hakkı, ardından da adil yargılanma hakkı kapsamında irdelenmektedir. Yine konuyla ilgili Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarına da bu bölümde değinilmektedir.

## I. Ödeme Emrinin Hukuki Niteliği ve Ödeme Emrine Karşı Dava Açılması

Bu bölümde öncelikle ödeme emri kavramının hukuki niteliği, ardından ödeme emrine karşı hangi sürede, nerede ve hangi sebeplere dayanılarak dava açılabileceği üzerinde durulacaktır.

### A. Ödeme Emrinin Hukuki Niteliği

Kamu hizmetlerinin finanse edilebilmesi ve yürütülebilmesi amacıyla devlet, Anayasa'dan aldığı yetkiyle mali yükümlülükler koymaktadır. "Kamu geliri" olarak ifade edebileceğimiz bu mali yükümlülüklerin temel özelliği, kamu gücüne dayanılarak alınmalarıdır. İlâveten bunlar, devlet gücü ve memur eliyle tahsil edilirler.<sup>1</sup>

"Kamu alacağı" kavramı ile "kamu geliri" kavramının esas itibarıyla aynı anlama geldiğini söyleyebiliriz. Buradan hareketle kamu alacakları, devletin vergi hukuku ilkelerine uygun bir biçimde ve idari işlemler vasıtasıyla sağladığı kamu gelirleridir.<sup>2</sup> Kaynağını Anayasa'dan alan vergi hukuku ilkeleri, "*münferit vergilerin gerek kapsamı gerekse yapılarının belirlenmesi bakımından uyulması gereken normlar*" olarak doktrinde tanımlanmaktadır.<sup>3</sup>

1 Doğan Şenyüz, Mehmet Yüce, Adnan Gerçek, *Vergi Hukuku (Genel Hükümler)*, Ekin Yayınevi, Bursa, 2019, s. 319-320.

2 Şenyüz, Yüce, Gerçek, s. 320.

3 Nihal Saban, *Vergi Hukuku*, Beta, İstanbul, 2014, s. 61.

Bir başka yazara göre de kamu alacağı, “*kamu hizmetlerinin finansmanı amacıyla ve kamu gücüne dayanılarak konulan mali yüklerden kaynaklanan, kamu idarelerinin bütçelerinde yer alan ve idari işlemler aracılığıyla tahsil edilebilen gelirlerdir.*”<sup>4</sup> Başka bir yazar da kamu alacağını; “*Devletin kamu hukukundan doğan ve kamu gücüne dayanarak idari işlemlerle sağladığı kamu gelirleridir.*” şeklinde ifade etmiştir.<sup>5</sup>

6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun’un (AATUHK) 1. maddesinde kamu alacakları sıralanmaktadır. Buna göre; devlete, belediyelere ve il özel idarelerine ait asli ve fer’i nitelikteki alacaklar kamu alacağı olarak kabul edilmektedir. Vergiler, resimler, harçlar, cezalar, vergi ve para cezaları bu kapsamda değerlendirilmektedir.

AATUHK m. 37 uyarınca, yukarıda değinilen tüm bu kamu alacaklarının kendi kanunlarında belirtilen ödeme zamanları bulunmaktadır ve bu ödeme zamanlarının son günü de kamu alacağının vadesini ifade etmektedir.

Doğmuş bulunan kamu borçlarının zamanında ve eksiksiz bir şekilde yerine getirilmemesi halinde kamu hizmetlerinin devamlılığının sağlanması açısından gerekli olan gelirleri toplamakla yükümlü olan idare, kamu gücüne dayanarak re’sen harekete geçmektedir. Bir başka ifadeyle kamu alacaklarının vadesi geçmesine rağmen ödenmemesi durumunda alacağın zorla tahsili devreye girmektedir.<sup>6,7</sup>

Danıştay 7. Dairesi de bir kararında<sup>8</sup>; “*kamu alacağının ödeme emri düzenlenmek suretiyle tahsili yoluna gidilebilmesinin ön koşulu, ortada, tarh ve tahakkuk aşamalarından geçmiş bir kamu alacağının bulunması ve vadesinin geçmiş olmasına karşın ödenmemiş olması*” ifadesini kullanarak konuya ilişkin açıklamada bulunmuştur.

AATUHK, vadesinde ödenmeyen kamu alacakları bakımından kamu icra hukuku bağlamında, hazinenin durumunu sağlamlaştırmak adına bazı güvence önlemleri getirmektedir.<sup>9</sup> Getirilen güvence önlemlerinin, ilerleyen bölümlerde üzerinde durulacağı üzere, mükellef haklarını ihlal edici nitelikte olması gerekmektedir.

4 Yusuf Karakoç, *Genel Vergi Hukuku*, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2011, s. 591.

5 Binnur Çelik, *Kamu Alacaklarının Takip ve Tahsil Hukuku*, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, Ankara, 2002, s. 24.

6 Yusuf Karakoç, “Kamu Alacaklarının Tahsili: Kamu İcra Hukuku”, *Vergi Sorunları Dergisi*, Sayı 153, Haziran 2001, s. 121.

7 Nami Çağan, *Vergi Hukukunda Süreler*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları Nom 389, Sevinç Matbaası, Ankara, 1975, s. 93.

8 Bkz. Danıştay 7. Dairesi’nin 2006/230 sayılı esas, 2009/937 sayılı karar ve 16.02.2009 tarihli kararı. Danıştay. [https://karararama.danistay.gov.tr/\(29/07/2022\)](https://karararama.danistay.gov.tr/(29/07/2022)).

9 Çelik, s. 48 vd.



AATUHK m. 55 uyarınca, usulüne uygun bir biçimde tarh ve tebliğ olunan ve belirli vade gününde ödenmeyen vergi borçları için “ödeme emri” gönderilir.<sup>10</sup> Ödeme emrinde;

- Borcun 15 gün içerisinde ödenmesi veya
- Aynı süre içinde mal beyanında bulunulması,
- Mal beyanında bulunulmaması durumunda 3 aya kadar hapis cezası (tazyik hapsi) ile cezalandırılacağı yazılıdır.<sup>11</sup>

Borçlunun, kendisine tebliğ edilen ödeme emrine rağmen borcunu ödemesi halinde, AATUHK’da yer alan hükümler<sup>12</sup> çerçevesinde haciz işlemlerine başlanacaktır.

### **B. Ödeme Emrine Karşı Dava Açılması**

Anayasa’nın, idarenin her türlü eylem ve işlemine karşı yargı yolunun açık olduğunu hükme bağlayan 125. maddesi ile uyumlu olacak şekilde, amme borcunu vadesinde ödemeyen mükellefin, gönderilen ödeme emrine karşı AATUHK m. 58 gereğince sadece 3 sebebe dayanarak dava açma hakkı bulunmaktadır. Şayet birazdan değinilecek olan bu 3 sebepten bir tanesi varsa 15 gün içerisinde vergi mahkemesinde dava açabilir.<sup>13</sup> Bu nedenler şunlardır:<sup>14</sup>

- “Böyle bir borcum yok”,
- “Böyle bir borcum vardı ama kısmen veya tamamen ödedim”,
- “Bu borç zamanaşımına uğradı”<sup>15</sup>

Kanunda gösterilen bu 3 neden dışında herhangi bir neden ile ödeme emrine karşı dava açılması mümkün değildir.

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun (İYUK) 27. maddesi uyarınca; vergi mahkemelerinde vergi uyuşmazlıklarına ilişkin olarak dava açılması, tahsil işlemlerini durdurmaktadır. Ancak aynı hükmün devamında tahsilât işlemlerinden dolayı açılan davaların tahsil işlemini durdurmayacağı hükme bağlanmıştır. Bu doğrultuda ödeme emrine karşı açılan davalar, tahsilât işlemlerinden dolayı açılan dava olarak kabul edildiğinden, ödeme emrine karşı açılan davalarda tahsil işlemleri durmamakta, tahsile devam olunmaktadır. Tahsil sadece, yürütmeyi durdurma talep edilmesi ve bu talebin mahkemece uygun bulunması halinde durmaktadır.

10 Nami Çağan, *Vergi Hukukunda Süreler*, s. 99.

11 Nurettin Bilici, *Vergi Hukuku*, Savaş Yayınevi, Ankara, 2021. s. 178.

12 Detaylı bilgi için bkz. AATUHK m. 62-99.

13 AATUHK m. 58’de dava açma ifadesi yerine “ödeme emrine itiraz” tabiri yer almaktadır.

14 Bilici, s. 180-181.

15 Nami Çağan, *Vergi Hukukunda Süreler*, s. 108-109.

Son olarak, ödeme emrine karşı açılan davayı sonuçlandırması için AA-TUHK m. 58/4 uyarınca mahkemeye 7 günlük bir süre tanınmıştır.<sup>16</sup>

## II. Haksız Çıkma Zammı Uygulaması

Haksız çıkma zammı, AATUHK m. 1'e göre fer'i nitelikteki amme alacaklarındanır.<sup>17</sup> Ödeme emrine karşı dava açan mükellef, tamamen veya kısmen haksız çıkarsa, davanın reddolunduğu miktardaki amme alacağı kendisinden %10 zamla tahsil edilmektedir. İşte bu uygulama "haksız çıkma zammı" olarak anılmaktadır.

Haksız çıkma zammı uygulamasına benzer bir uygulama İcra iflas hukukunda yer alan ve İcra İflas Kanunu (İİK) m. 67/2'de düzenlenen "icra inkâr tazminatı"dır. İcra inkâr tazminatı, kendisine gönderilen ödeme emrine karşı haksız itiraz eden borçlunun mahkûm edileceği tazminata verilen addır.<sup>18</sup>

İİK'nın düzenlediği bu tazminatın uygulanabilmesi için borçlunun itirazında haksız bulunması yeterli değildir. Borçlunun haksızlığına ilave olarak şu kıstaslar da dikkate alınmaktadır:

- Borçlu-alacaklı kötü niyetli olmalıdır.
- Diğer taraf talepte bulunmalıdır.
- Hâkim somut olayın niteliklerine göre reddedilen yahut hükmolunan tutarın yüzde yirmisinden aşağı olmamak üzere, uygun bir tazminata hükmetme noktasında takdir yetkisine sahiptir.

"İİK'da yer alan icra inkâr tazminatının, kamu icra hukukunda yer alan haksız çıkma zammından önemli farkları bulunmaktadır. Öncelikle tazminat, yargılamanın her iki tarafı için de öngörülmüştür. İkinci olarak, alacaklı için haksızlık yanında kötü niyet de aranmaktadır. Son olarak Kanun, kesin bir oran belirtmeyip sadece asgari oranı belirtmiştir."<sup>19</sup> Dolayısıyla somut durumun özelliklerini değerlendirecek olan hâkime bir "takdir yetkisi" tanındığını söyleyebiliriz.

Aşağıda, hem Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı öncesi durum hem de Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı sonrası durum ayrı ayrı ele alınmaktadır.

16 Madde metninde; "İtiraz komisyonu bu itirazları en geç 7 gün içinde karara bağlamak mecburiyetindedir." ifadesi yer almaktadır.

17 Tamer Budak, Serkan Benk, "Kamu Alacağı: Hukuki Bir Değerlendirme", *Business and Economics Research Journal*, Cilt 2, Sayı 2, 2011, s. 65.

18 Ejder Yılmaz, "İcra İnkâr Tazminatı Açısından "Likid Alacak" Kavramı", *Bankacılar Dergisi*, Sayı 67, Yıl 2008, s. 86.

19 Sevcan Artun, "Türk Vergi Yargılaması Hukuku'nda Adil Yargılanma Hakkı Açısından Özellik Arz Eden Durumlar", *V. Genç Vergi Hukukçuları Sempozyumu Genç Hukukçular/Yeni Yaklaşımlar*, Ekin Yayınevi, Bursa, 2015, s. 128.

### A. Anayasa Mahkemesi'nin İptal Kararı Öncesi Durum

AATUHK m. 58 uyarınca ödeme emrine karşı açılan dava neticesinde idarenin davacıdan haksız çıkma zammı talep edebilmesi için “mahkemece davanın esasına girilmek suretiyle davacının haksızlığına kanaat getirilmesi ve davanın kısmen veya tamamen reddedilmesi” gerekmektedir.<sup>20</sup>

Haksız çıkma zammının amacının ve işlevinin ne olduğu ve uygulamanın gerekçesi hakkında kanun metninde ve meclis tutanaklarında bir bilgi bulunmamaktadır.<sup>21</sup> Öğretide YALTI, “*Bu zam, ödeme emrine karşı dava açmamaya ve ödemeye zorlayıcı-cezai karakterde bir ödeme*” tespitinde bulunmuştur.<sup>22</sup> Anayasa Mahkemesi tarafından yapılan bir değerlendirmede de bu hükmün amacının “kamu alacağının mümkün olduğunca kısa sürede tahsili” olduğu belirtilmiştir.<sup>23</sup> Ancak mükellefin ödeme emrine karşı dava açmasının, tahsili kendiliğinden durdurmadığı unutulmamalıdır. Şayet tahsilâtın durması isteniyorsa bu durumda İYUK m. 27 kapsamında yürütmenin durdurulması talebinde bulunulması şarttır. Yürütmenin durdurulması için bu talebin kabul edilmesi de gerekmektedir. Bu doğrultuda kanaatimizce, Anayasa Mahkemesi’nce yapılan bu tespit yerinde değildir. Mükellefçe ödeme emrine karşı dava açılması, istisnaen yürütmenin durdurulmasına karar verilmediği müddetçe, kamu alacaklarının tahsilini geciktirmemektedir.

Bu durumda akla, hasız çıkma zammı uygulaması ile mahkemelerin haksız yere ve gereksiz bir biçimde meşgul edilmesinin önlenmek istenmiş olup olmayacağı sorusu gelmektedir.<sup>24</sup> Bu konunun Anayasa’nın mülkiyet hakkını ele alan 35. maddesi ve hak arama özgürlüğünü ele alan 36. maddesi kapsamında değerlendirilmesi şarttır. Bu konulara izleyen bölümlerde ayrıntılı olarak değinilecektir.

### B. Anayasa Mahkemesi'nin İptal Kararı Sonrası Durum

Anayasa Mahkemesi yakın tarihli bir karar ile AATUHK m. 58/5’te yer alan ve haksız çıkma zammına ilişkin olan düzenlemeyi Anayasa m. 35 kapsamında mülkiyet hakkına ve m. 36 kapsamında adil yargılanma hakkına aykırı bularak

20 Mustafa Lütfi Tombaloğlu, *Amme Alacaklarının Takip ve Tahsil Usulü*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2011, s. 265.

21 Mustafa Akkaya, “Haksız Çıkma Zammı ve Anayasaya Uygunluğu”, *Mualla Öncel’e Armağan*, Cilt I, Ankara Üniversitesi Yayınları No. 243, Ankara, 2009, s. 340.

22 Billur Yaltı, “Bir Başka Açıdan Haksız Çıkma Zammı: İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin Yukos Kararının Düşündükleri”, *Vergi Sorunları Dergisi*, Sayı 289, Ekim 2012, s. 163.

23 Bkz. Anayasa Mahkemesi’nin 2009/83 sayılı esas, 2011/29 sayılı karar ve 03/02/2001 tarihli kararı. Anayasa Mahkemesi, <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/2011/29?EsasNo=2009%2F83> (30/07/2022).

24 Akkaya, s. 344.

iptal etmiştir.<sup>25</sup> İlaveten önüne gelen ve haksız çıkma zammına ilişkin olan bir bireysel başvuruda da Anayasa m. 35 kapsamında mülkiyet hakkı ihlaline karar vermiştir.<sup>26</sup>

Görüldüğü üzere eski kararlarında haksız çıkma zammını Anayasa'ya aykırı görmeyen Mahkeme, gerekçelerine ilerleyen bölümde değinileceği üzere, yerinde bir karar ile görüşünü değiştirmiş ve hem haksız çıkma zammına ilişkin olan hükmü iptal etmiş hem de bireysel başvuruda hak ihlali kararı vermiştir.

### III. Haksız Çıkma Zammının Mükellef Hakları Kapsamında Değerlendirilmesi

Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmeden önceki dönemde haksız çıkma zammı uygulaması, anayasal hak ve özgürlükleri ihlal ettiği gerekçesiyle eleştirilmekteydi. Bu uygulamanın özellikle mülkiyet hakkı ve adil yargılanma hakkı kapsamında fazlaca eleştiriye maruz kaldığına tanık olunmaktadır. Ancak diğer taraftan, tahsil aşamasına gelmiş bulunan kamu alacaklarının tahsilini hızlandırmak, tahsilin geciktirilmesini önlemek, belirli bir kanuni sebebe dayanmadan yargı organında itirazlarda bulunmayı zorlaştırmak gibi amaçlarla bu uygulamanın savunulduğuna Anayasa Mahkemesi'nin önceki kararlarında rastlanmaktadır.<sup>27</sup>

Hâlbuki Anayasa Mahkemesi'nin önceki görüşünde<sup>28</sup> yalnızca, bir idari işlem ya da eyleme karşı yargı yolunun tamamen kapalı olması durumunda Anayasa'nın 125. maddesinin ihlal edilmiş olduğu kanaatinde olması yerinde değildi. Eğer Mahkeme, idari işleme karşı dava açılabilmesinden önceki alanda biraz sonra üzerinde duracağımız ölçülülük testini uygulamış olsaydı, haksız çıkma zammının elverişli ve gerekli bir sınırlama olmaması nedeniyle hukuka aykırılığını doğru bir biçimde ortaya koyabilirdi.<sup>29</sup>

Gelinen noktada Anayasa Mahkemesi eski görüşünü değiştirmiş ve güncel

25 Anayasa Mahkemesi'nin 2021/119 sayılı esas, 2022/48 sayılı karar ve 21/04/2022 tarihli kararı. Anayasa Mahkemesi, <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/2022/48?EsasNo=2021%2F119> (29/07/2022).

26 Bkz. Anayasa Mahkemesi'nin 2019/4408 başvuru numaralı ve 18/05/2022 tarihli kararı. Anayasa Mahkemesi, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2019/4408> (30/07/2022).

27 Bkz. Anayasa Mahkemesi'nin 2009/83 sayılı esas, 2011/29 sayılı karar ve 03/02/2001 tarihli kararı. Anayasa Mahkemesi, <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/2011/29?EsasNo=2009%2F83> (30/07/2022).

28 Bkz. Anayasa Mahkemesi'nin 2009/83 sayılı esas, 2011/29 sayılı karar ve 03/02/2001 tarihli kararı. Anayasa Mahkemesi, <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/2011/29?EsasNo=2009%2F83> (03/04/2023).

29 Mine Uzun, "Hak Arama Özgürlüğünün Anayasal Sınırları Çerçevesinde Anayasa Mahkemesi'nin Haksız Çıkma Zammı Kararı", *Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuka Genç Yaklaşımlar Konferansı Serisi No.2 Vergi Hukuku*, XII Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013, s. 48.

kararı ile AATUHK m. 58’de yer alan haksız çıkma zammı uygulamasına ilişkin maddeyi iptal etmiştir. İlaveten yine bir bireysel başvuru kararında haksız çıkma zammının hak ihlaline sebebiyet verdiği karar vermiştir.

Aşağıda, hem Anayasa Mahkemesi’nin güncel iptal kararı ve bireysel başvuru kararı hakkında bilgi verilecek hem de kararlar mükellef hakları çerçevesinde değerlendirilmeye çalışılacaktır.

Anayasa Mahkemesi’ne yapılan itiraz şu şekildedir:<sup>30</sup> “Ödeme emrinde yer alan kamu alacağına ash ile buna bağlı ceza ve faiz yanında ödeme emrine karşı açılan davanın reddi nedeniyle haksız çıkma zammı istenilmesinin kamu borçlusu açısından ağır bir külfet hâline dönüştüğü, bu durumun hak arama özgürlüğüne ölçüsüz bir müdahale niteliği taşıdığı, vergilere karşı dava açılmasının tahsilat işlemlerini durdurduğu ve mahkeme tarafından davanın reddedilmesi hâlinde ödeme emrinin düzenlendiği, buna karşılık dava açılmakla tahsil işlemleri durmayan vergi dışında kalan kamu alacakları yönünden ihbarnameye karşı açılan davanın sonucu beklenmeden ödeme emrinin düzenlendiği, bu itibarla ihbarnamenin iptali talebine ilişkin olarak verilmiş bir karar bulunmaksızın ödeme emrine karşı dava açmak durumunda kalındığı, bunun vergiden kaynaklanan alacaklar ile diğer kamu alacakları arasında eşitsizliğe neden olduğu belirtilerek kuralın Anayasa’nın 2., 13., 36. ve 125. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.”

Mahkeme ilgisi nedeniyle başvuruyu Anayasa’nın 35. maddesi yönünden de incelemiştir.

Bizim değerlendirmelerimiz de mülkiyet hakkı ve adil yargılanma hakkı ile sınırlı olacaktır. Zira 2. ve 13. maddeleri ayrıca irdelenecek gerek olmayıp diğer haklar yönünden söylenecekler bu maddelerle de ilintili olacaktır.

### A. Mülkiyet Hakkı Yönünden

Anayasa’nın 35. maddesi “herkesin mülkiyet ve miras haklarına sahip olduğunu”, “bunların sadece kamu yararı amacıyla” ve “kanunla” sınırlanabileceğini belirtmek suretiyle mülkiyet hakkını düzenlemektedir. Aynı düzenleme uyarınca bu hakkın kullanılması “toplum yararına” aykırı olamaz. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne (AİHS) ek 1 Nolu Protokol’ün 1. maddesi de mülkiyet hakkını güvence altına almaktadır.<sup>31</sup> Vergilendirme yetkisinin kullanılması

<sup>30</sup> Anayasa Mahkemesi’nin 2021/119 sayılı esas, 2022/48 sayılı karar ve 21/04/2022 tarihli kararı, parag. 10. Anayasa Mahkemesi, <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/2022/48?EsasNo=2021%2F119> (29/07/2022).

<sup>31</sup> Detaylı bilgi için bkz. Aida Grgic, Zvonimir Mataga, Matija Longar, Ana Vilfan, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Mülkiyet Hakkı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Ek Protokollerinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz Kitap*, Avrupa Konseyi İnsan Hakları El Kitapları No. 10, Belçika, 2007.

mülkiyet hakkına müdahale teşkil ettiğinden, söz konusu düzenlemeler devletin, vergi yoluyla mülkiyet hakkına müdahalesini meşru kılmaktadır.<sup>32</sup>

Bu düzenlemelerden hareketle en temel haliyle “mülkiyet hakkı, kişilere (gerçek-tüzel) ait mallara ve mülklere devletçe bulunulabilecek her türlü keyfi müdahaleye karşı koruma sağlamaktadır”. Öte yandan bu madde, “devlete özel ve tüzel kişilere ait olan mülkiyetleri yasalarda belirtilen koşullar altında kullanma ve hatta bu kişileri bunlardan mahrum etme hakkı” da tanımaktadır.<sup>33</sup>

Bu bağlamda “mülkiyet hakkı, yapısı itibarıyla sınırlandırılmaz değildir”. Bir başka ifadeyle “mülkiyet hakkı mutlak bir hak değildir”. Vergilendirme de, bireylerin mülkiyet hakkına devlet tarafından yapılan bir müdahaledir. Zira vergilendirme ile bireylerin malvarlığı, alınan vergi kadar eksilir.<sup>34</sup>

Mutlak bir hak olmayan mülkiyet hakkına devlet tarafından yapılan müdahalenin “meşru bir müdahale” olarak kabul edilebilmesi için bazı gereklilikler bulunmaktadır. Bu gereklilikler hem Anayasa’da hem de AİHS’de ifade edilmiştir. Anayasa Mahkemesi’nce de bu kriterler pek çok kararda yinelenmiştir.<sup>35</sup>

“Kamu otoritelerince bireylerin mülkiyet hakkına yapılan müdahalelerin;

- Hukuki temele sahip olması,
- Kamu yararı amacını taşıması,
- Ölçülü olması gerekmektedir.”

“Temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması” başlıklı Anayasa’nın 13. maddesinde temel hak ve hürriyetlerin “özlerine dokunulmadan, kanunla ve sadece Anayasa’da belirtilen sebeplerle sınırlanabileceği” düzenlemesi yer almaktadır.

Görüldüğü üzere temel hak ve özgürlüklere sınırlama getiren düzenlemelerin “kanunla yapılması, Anayasa’da öngörülen sınırlama sebebine uygun ve ölçülü olması” gerekir.

Mahkeme, incelemekte olduğumuz Anayasa Mahkemesi kararında da bu kriterler açısından değerlendirmelerde bulunmuştur. Mahkeme ilk olarak itiraz konusu kuralın mülkiyet hakkına yönelik bir müdahale oluşturup oluşturmadığını, bir başka ifadeyle hakka bir sınırlama getirip getirmediğini araştırmıştır ve itiraz konusu kuralın; “*borca itiraz eden borçlunun bu itirazında*

32 Nihal Saban, s. 72-73.

33 Grgic, Mataga, Longar, Vilfan, s. 6.

34 Billur Yaltı, *Vergi Yükümlüsünün Hakları*, Beta, İstanbul, 2006, s. 49.

35 Bkz. Anayasa Mahkemesi’nin 2019/20613 başvuru numaralı ve 02/03/2022 tarihli kararı; 2014/1546 başvuru numaralı ve 02/02/2017 tarihli kararı. Anayasa Mahkemesi, <https://www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi/> (29/07/2022).

*tamamen veya kısmen haksız çıkması durumunda hakkındaki itirazın reddedildiği miktardaki kamu alacağının %10 zamlı tahsil edileceğini öngörmek suretiyle borçlunun mal varlığında azalmaya sebep olduğundan mülkiyet hakkına yönelik bir sınırlama oluşturduğu*<sup>36</sup> ifade edilmiştir.

### 1. Hukuki Temele Sahip Olması

İtiraz konusu kuralın mülkiyet hakkına yönelik bir müdahale oluşturduğuna kanaat getiren Mahkeme, sonrasında bu sınırlamanın hukuki bir temelinin olup olmadığını araştırmıştır.

Hukuki temele sahip olma kriterinin sağlanması için, mülkiyet hakkını sınırlamaya yönelik bir kanuni düzenlemenin salt varlığı yeterli değildir. Bu kanuni düzenlemenin keyfiliğe izin vermeyecek şekilde “belirli”, “ulaşılabilir” ve “öngörülebilir” nitelikte olması gerekmektedir. Bir diğer ifadeyle vergileme, belirlilik ve öngörülebilirlik sağlanmak suretiyle kanunilik ile meşruluk kazanmaktadır.<sup>37</sup> Aslında Anayasa’nın 2. maddesinde güvenceye alınan “hukuk devleti ilkesi” ve “hukuki güvenlik ilkesi” de bu gereklilikleri içermektedir.<sup>38</sup>

*“İtiraz konusu kuralda kimden, hangi durumda ve ne oranda tahsilât yapılacak hususunun herhangi bir tereddüde yer vermeyecek biçimde açık ve net olarak düzenlendiği gözetildiğinde kuralın belirli, ulaşılabilir ve öngörülebilir nitelikte olduğu ve bu yönüyle kanunilik şartını taşıdığı”*<sup>39</sup> sonucuna varan Mahkeme, somut durumda ilk kriterin sağlandığı sonucuna ulaşmıştır. Gerçekten de itiraz konusu kural, hukuki bir temele sahip olup belirli, ulaşılabilir ve öngörülebilirdir.

### 2. Kamu Yararı Amacını Taşınması

Anayasa’nın 35. maddesinde yer alan düzenleme uyarınca, mülkiyet hakkı “kamu yararı” amacıyla sınırlanabilmektedir.

*“Kamu yararı kavramı, özel ve bireysel çıkarlardan ayrı ve bunlara üstün olan toplumsal yararı ifade eder. Bütün kamusal işlemler nihayetinde kamu yararını gerçekleştirmek hedefine yönelmek durumundadır.”*<sup>40</sup>

36 Anayasa Mahkemesi’nin 2021/119 sayılı esas, 2022/48 sayılı karar ve 21/04/2022 tarihli kararı, parag. 14. Anayasa Mahkemesi, <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/2022/48?EsasNo=2021%2F119> (29/07/2022).

37 Billur Yaltı, *Vergi Yükümlüsünün Hakları*, s. 73.

38 Nami Çağan, *Vergilendirme Yetkisi*, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul, 1982, s. 172.

39 Anayasa Mahkemesi’nin 2021/119 sayılı esas, 2022/48 sayılı karar ve 21/04/2022 tarihli kararı, parag. 18. Anayasa Mahkemesi, <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/2022/48?EsasNo=2021%2F119> (29/07/2022).

40 Bkz. Anayasa Mahkemesi’nin 2013/8324 başvuru numaralı ve 23/02/2016 tarihli kararı, parag. 63. Anayasa Mahkemesi, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2013/8324> (01/08/2022).

Yasama organı kanunları, yürütme organı ise idari işlemleri yürürlüğe koyarken amaç olarak kamu yararı kavramından yararlanmaktadır. İlaveten, yargı organları da karar gerekçelerinde sık sık kamu yararı kavramını dayanak edinmektedir.<sup>41</sup>

Bu şartın aranması, toplumun genel yararının gerekleri ile bireyin temel haklarının korunması arasında olması gereken adil dengenin sağlanması açısından da önem taşımaktadır. Zira devlet tarafından mülkiyet hakkına yapılan müdahalede meşru bir amaç güdülmüş olsa dahi, adil denge sağlanamamışsa artık müdahalenin meşruluğundan söz edilemez.

Mahkeme haklı bir değerlendirme ile kuralla getirilen sınırlamanın kamu yararı amacı taşıdığını ifade etmiştir. Gerçekten de söz konusu kuralla mülkiyet hakkına getirilen sınırlama, kamu alacağının zamanında ve eksiksiz tahsiline hizmet etmekte olup bu yönüyle kamu yararına hizmet etmektedir. Devlete yüklenen ödevlerin yerine getirilmesi noktasında kamu alacaklarının zamanında ve eksiksiz tahsil önemli. Mahkeme'nin konuyla ilgili değerlendirmesi de şu şekildedir: *“Kuralla gereksiz yere dava açılmasını zorlaştırmak suretiyle kamu alacağının tahsilinin sürüncemede bırakılmasının önlenmesi şeklindeki kamu yararının amaçlandığı anlaşılmaktadır.”*<sup>42</sup>

### 3. Ölçülü Olması

İtiraz konusu kuralla getirilen düzenleme, hukuki temele sahip olup kamu yararı amacını taşımaktadır. Ancak mülkiyet hakkına getirilen sınırlamanın meşru olarak kabul edilebilmesi için bu iki kriterin sağlanması yeterli değildir. Sınırlamanın Anayasa'ya aykırı olmadığının söylenebilmesi için ölçülü olması da gerekmektedir. Ancak bu takdirde meşru bir sınırlamadan söz edilebilir. Bir başka ifadeyle, meşru bir amacı gerçekleştirmek bakımından kullanılan her aracın meşru kabul edilemeyeceği unutulmamalıdır. Bu çerçevede, amaç ile araç arasında makul bir dengenin sağlanması önem taşımaktadır. Bu takdirde aracın da meşru olduğu söylenebilecektir. Bu da aracın, elverişli, gerekli, orantılı olması ile gerçekleştirilebilecektir.<sup>43</sup> Doktrinde, vergilendirme yetkisinin aşırı ölçüler içinde kullanılmasına karşı anayasal sınırlar olmasından hareketle, ölçülü olmayan uygulamaların, vergilendirme olarak değil “müsadere”

41 Burak Aslanpınar, “Anayasa Mahkemesi'nin Vergi ve Benzeri Mali Yükümlülüklerle İlişkin Kararlarında Kamu Yararı Ölçütü”, *TBB Dergisi*, Sayı 104, Yıl 2013, s. 299.

42 Anayasa Mahkemesi'nin 2021/119 sayılı esas, 2022/48 sayılı karar ve 21/04/2022 tarihli kararı, parag. 21. Anayasa Mahkemesi, <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/2022/48?EsasNo=2021%2F119> (29/07/2022).

43 Billur Yaltı, “Vergi Hukukunda Sorumluluğun Sınırı: Mülkiyet Hakkı: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa Çerçevesinde AATUHK, 35 ve Mükerrer 35”, *Prof. Dr. Mualla Öncel'e Armağan*, Cilt I, Ankara Üniversitesi Yayınları No. 243, Ankara, 2009, s. 523.



olarak nitelendirilmesi gerektiği yönünde görüş bulunmaktadır.<sup>44</sup>

Daha önce de üzerinde durulduğu üzere ölçülülük ilkesi Anayasa'nın 13. maddesinde güvenceye bağlanmaktadır. Bu ilkenin şu üç alt ilkesi bulunmaktadır:

- Elverişlilik
- Gereklilik
- Orantılılık

Elverişlilik ilkesi; sınırlamanın amacı gerçekleştirmeye elverişli olmasını ifade eder.<sup>45</sup> 46Gereklilik ilkesi; amaç bağlamında sınırlamanın zorunlu olmasını şart koşar. Yani aynı amaca daha hafif bir sınırlama ile ulaşılması mümkün olmamalıdır.<sup>47</sup> Son olarak orantılılık ise getirilmiş olan sınırlama ile amaç arasında makul bir dengenin gözetilmesi gerekliliğini belirtir.<sup>48,49</sup>

Aşağıda, bu üç kriter özelinde ölçülülük şartının sağlanıp sağlanmadığı irdelenmektedir.

#### a. Elverişlilik Kriteri

İptali istenen kural, “ödeme emrine karşı açılan davada haksız çıkan kısmın %10 zamlı borçludan tahsil edilmesini” hükmüne bağlanmaktadır. Ancak unutulmamalıdır ki, ödeme emrine karşı dava açılması esas itibarıyla tahsil işlemlerini durdurmamaktadır. Bu doğrultuda ödeme emrine karşı dava açılmış olsa da cebri icra işlemler devam edecektir. Eğer ki tahsil işlemlerinin durması isteniyorsa istisnai olarak mahkemeden yürütmenin durdurulmasının talep edilmesi, mahkemenin de bu talebi haklı görüp durdurmaya hükmetmesi gerekmektedir.

Dolayısıyla dava açılması, tahsilâtın gecikmesine veya aksamasına sebebiyet vermemektedir. Ödeme emrine karşı dava açılmış olması tahsilât işlemlerini durdurmadığından kamu alacağının tahsilinin aksaması veya gecikmesi söz konusu olmayacaktır. Bu doğrultuda bir kamu zararı da oluşmayacaktır.

44 Nami Çağan, *Vergilendirme Yetkisi*, s. 169.

45 Yüksel Metin, *Ölçülülük İlkesi Karşılaştırmalı Bir Anayasa Hukuku İncelemesi*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2002, s. 26.

46 Gamze Gümüşkaya, *Mülkiyet Hakkına Vergisel Müdahaleler Bakımından İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'ne Kişisel Başvuru*, XII Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010, s. 97.

47 Eda Özdiler Küçük, “Vergi Hukukunda Kişisel Veriler Bakımından Ölçülülük İlkesinin Uygulanması”, *Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuka Genç Yaklaşımlar Konferans Serisi No. 2 Vergi Hukuku*, XII Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013, s. 149.

48 Anayasa Mahkemesi'nin 2021/119 sayılı esas, 2022/48 sayılı karar ve 21/04/2022 tarihli kararı, paragraf. 22. Anayasa Mahkemesi, [https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/2022/48?EsasNo=2021%2F119%20\(29/07/2022\)](https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/2022/48?EsasNo=2021%2F119%20(29/07/2022)).

49 Gümüşkaya, s. 97.

Ödeme emrine karşı açılan davada yürütmenin durdurulması durumunda dahi gecikme zammı, “borcun vade tarihi ile ödeme tarihi arasındaki dönem” için uygulandığından, tahsilâtın gecikmesinden kaynaklanan zararlar giderilmiş olmaktadır. Dolayısıyla kural “elverişlilik” ölçütünü sağlamamaktadır.

Mahkemece de yerinde bir değerlendirmeye “*kuralın, gereksiz yere dava açılmasının zorlaştırılması suretiyle kamu alacağının tahsilinin sürüncemede bırakılmaması* şeklindeki amacın gerçekleştirilmesi için elverişli olmadığı sonucuna varılmıştır.”<sup>50</sup>

### **b. Gereklilik Kriteri**

Kural “gereklilik” ölçütünü de karşılamamaktadır. Zira öngörülen amaca daha hafif bir sınırlama ile ulaşılabilmesi mümkündür.

Anayasa Mahkemesi de bu görüşü paylaşmıştır. “*Tarh işlemine karşı açılan dava henüz kesinleşmeden bu tarihyattan kaynaklanan kamu alacağı için ödeme emri düzenlenebilir. Kamu alacağının dayanağı tarh işlemine ilişkin yargısal süreç devam etmekte iken ödeme emrine karşı dava açılmasının, ödeme emri içeriği kamu alacağının %10’u oranında zamlı olarak tahsili yoluyla önlenmeye çalışılmasının son çare ve dolayısıyla hakka en az müdahale teşkil eden araç olduğunun söylenmesi güçtür.*”<sup>51</sup>

### **c. Orantılılık Kriteri**

İtiraz konusu olan kuralda haksız çıkma zammının hesaplanmasına ilişkin olarak bir tutar sınırlaması getirilmemiştir. İlaveten yine kuralda borcun aslına oranla bir üst sınır da bulunmamaktadır. Oysaki daha önce değinilen İİK’da yer alan düzenlemede “*meblağın yüzde yirmisinden aşağı olmamak üzere uygun bir tazminat*” ödenmesi söz konusudur. İİK kapsamında hakime, somut durumun özelliklerini değerlendirecek şekilde bir takdir yetkisi tanınmıştır. Aynı yetkiye burada rastlanmamaktadır.

Bu bağlamda kamu borçluları önemli tutarda haksız çıkma zammı ödemek suretiyle ciddi mali külfet altında kalabilmektedir. Bu durum da gereksiz yere dava açılmasını zorlaştırarak kamu alacağının tahsilinin sürüncemede bırakılmasının önlenmesine yönelik kamu yararı ile kamu borçlularına yüklenen külfet arasında orantısızlık doğurmaktadır.

Netice itibarıyla kural, ölçülülük ilkesi kriterlerinin hiçbirini sağlamamakta

50 Anayasa Mahkemesi’nin 2021/119 sayılı esas, 2022/48 sayılı karar ve 21/04/2022 tarihli kararı, parag. 27. Anayasa Mahkemesi, <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/2022/48?EsasNo=2021%2F119> (29/07/2022).

51 Anayasa Mahkemesi’nin 2021/119 sayılı esas, 2022/48 sayılı karar ve 21/04/2022 tarihli kararı, parag. 28. Anayasa Mahkemesi, <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/2022/48?EsasNo=2021%2F119> (29/07/2022).

ve mülkiyet hakkına ölçsüz bir sınırlama getirmektedir. Her ne kadar getirilen sınırlama hukuki temele sahip olup kamu yararı amacını taşısa da ölçülü olmadığı için mülkiyet hakkına yapılan müdahale meşru değildir. Anayasa Mahkemesi de kuralın, mülkiyet hakkına ilişkin olan Anayasa m. 35'e aykırı olduğuna karar vermiştir.<sup>52</sup>

#### 4. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Konuya Yaklaşımı

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) de aynı türden olmasa da benzer bir haksız çıkma zammı uygulamasında mülkiyet hakkı ihlaline karar vermiştir.<sup>53</sup> Olayı kısaca şöyle özetleyebiliriz:<sup>54</sup> Yukos A.Ş. petrol üretimi alanında ihtisaslaşmış olan bir şirkettir. Bu şirket, vergi hukukunda “peçeleme” adı verilen özel hukukta ise “muvazaa” olarak adlandırılan hileli hareketler ile vergi kaçırmış ve ilgili devlet yetkililerince de bu durum tespit edilmiştir. Yukos A.Ş.’nin, 2000, 2001, 2002 ve 2003 yılına ilişkin olarak ödemesi gereken vergi ve ceza toplamı faiziyle birlikte yaklaşık 16 milyar Avro olarak tespit edilmiştir. Buna miktara ilaveten Yukos’un, kendisine gönderilen ödeme emrine uygun bir biçimde zamanında ödememe yapmaması dolayısıyla her bir borcu için ayrı ayrı olacak şekilde ve %7’den hesaplanmak suretiyle yaklaşık 1.16 milyar Avro “icra tazminatı” ödemesine karar verilmiştir.

Tüm bu süreçlerin neticesinde şirket iflas ederek tasfiye sürecine girmiştir. Bunun üzerine Yukos A.Ş., haklarında 2000, 2001, 2002 ve 2003 yılına ilişkin olarak gerçekleştirilen vergilendirmenin, “kanuna aykırı” ve “keyfi” olduğunu, bunun yanında çok yüksek bir tutarda kesilen icra tazminatının, “orantısız” olduğunu ileri sürerek AİHM’e başvurmuştur.

AİHM, Yukos kararında icra tazminatına ilişkin olarak önemli değerlendirmelerde bulunmuştur. Öncelikle belirtmeliyiz ki AİHM’e göre esas itibariyle, icrai süreçlerde tahsil giderleri borçlulardan talep edilebilir. Yahut ödeme emrini alan borçlular, borçlarını yerine getirmiyorlarsa cezalandırılabilirler. Bunda, Mahkeme’ye göre, bir yanlışlık yoktur. Ancak Mahkeme Yukos olayında, borçlu şirketten ödemesi talep edilen yaklaşık 1.16 milyar Avro tutarındaki icra tazminatının ne masrafla ilgisinin bulunduğu ne de ödeme emrine uyumu sağlamaya yönelik olduğu sonucuna ulaşmıştır. Yani bir diğer ifadeyle Mahkeme,

52 Anayasa Mahkemesi’nin 2021/119 sayılı esas, 2022/48 sayılı karar ve 21/04/2022 tarihli kararı, parag. 30. Anayasa Mahkemesi, <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/2022/48?EsasNo=2021%2F119> (29/07/2022).

53 Bkz. Yukos v. Rusya Davası (20 Eylül 2011;8 Mart 2012 final) European Court of Human Rights, <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22documentcollectionid%22%3A%22GRAND-CHAMBER%22%22CHAMBER%22%7D> (02/08/2022).

54 Detaylı bilgi için bkz., Yaltı, “Bir Başka Açıdan Haksız Çıkma Zammı: İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin Yukos Kararının Düşündürdükleri”, s. 159-164.

bu tutarın Yukos'un tasfiye haline girmesinden başka bir sonuca yaramadığı kanaatine ulaşmıştır. Bu nedenle AİHM, ölçüsüz ve yersiz olan bu uygulamanın başvuranın mülkiyet hakkını ihlal ettiği sonucuna varmış ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne ek 1 Nolu Protokol'ün 1. maddesi kapsamında mülkiyet hakkı ihlaline karar vermiştir.

Yukos kararının en önemli noktası, daha önce de ifade ettiğimiz üzere, AİHM'in mülkiyet hakkı temelinde, icra tazminatına ilişkin değerlendirmeleridir. AİHM, "mükellefin haksız çıkması halinde ödeyeceği haksız çıkma zammının makul olması ve hangi zararın karşılığı olarak alındığının belli olması ilkesini" bu kararda açık bir biçimde ortaya koymuştur. Bu kapsamda Mahkeme'nin, haksız çıkma zammı türünden uygulamaları; "makul olması" ve "hangi zararın karşılığı olarak alındığının belli olması" durumunda mülkiyet hakkına aykırı bulmadığını ifade edebiliriz.

Öğretide YALTI tarafından da ifade edildiği üzere AİHM Yukos kararında, icra tazminatı gibi uygulamalar ile mülkiyet hakkı arasındaki ilişkiyi kurmuş ve bu kapsamda standartları belirlemiştir. YALTI, Yukos kararının AATUHK çerçevesinde uygulanan ve AYM tarafından önceki kararında<sup>55</sup> Anayasa'ya uygun bulunan haksız çıkma zammına ilişkin değerlendirmenin yenilenmesi gerektiğini ifade etmiştir.<sup>56</sup> YALTI'ya göre; AATUHK'da hiç bir azami limit tesis edilmemiş olması, kanun koyucunun konuyu orantılılık açısından hiç değerlendirmedeğini göstermektedir. Anayasaya uygunluk denetiminde, konuya adil yargılanma hakkı dışında yaklaşılsa ve mülkiyet hakkına ilişkin olan 35. madde ve hakkın sınırlarına ilişkin 13. madde uygulansaydı, haksız çıkma zammı ile zarar/masraf arasındaki ilişkiye girilmesi, kanunun en azından bir tavan miktar belirlemediği için ölçüsüz olduğu sonucuna varılması beklenirdi.<sup>57</sup> Bizim de bu görüşü paylaştığımızı belirtmeliyiz. Ayrıca YALTI, AYM'nin bireysel başvuru yolunda bu uygulamayı ihlal temelinde yapıp yapmayacağını bekleyip görmek gerektiğini ifade etmiştir.<sup>58</sup> Nitekim gelinen noktada, daha öncede değinildiği üzere, AYM görüşünü değiştirmiş, haksız çıkma zammına ilişkin olan hükmü mülkiyet hakkı ve adil yargılanma hakkına aykırılık gerekçesiyle iptal

55 Bkz. Anayasa Mahkemesi'nin 2009/83 sayılı esas, 2011/29 sayılı karar ve 03/02/2001 tarihli kararı. Anayasa Mahkemesi, <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/2011/29?EsasNo=2009%2F83> (30/07/2022).

56 Yaltı, "Bir Başka Açıdan Haksız Çıkma Zammı: İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin Yukos Kararının Düşündürdükleri", s. 160.

57 Yaltı, "Bir Başka Açıdan Haksız Çıkma Zammı: İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin Yukos Kararının Düşündürdükleri", s. 163.

58 Yaltı, "Bir Başka Açıdan Haksız Çıkma Zammı: İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin Yukos Kararının Düşündürdükleri", s. 163.

etmiş<sup>59</sup>, yine güncel bir bireysel başvuru kararında da ihlal kararı vermiştir.<sup>60</sup>

### B. Adil Yargılanma Hakkı Yönünden

Anayasanın 36. maddesi herkesin meşru vasıta ve yollardan faydalanarak yargı organları önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ve adil yargılanma hakkına sahip olduğunu, hiçbir mahkemenin, görev ve yetkisi dahilindeki bir davaya bakmaktan kaçınamayacağını belirtmektedir. Adil yargılanma hakkı, hukukun üstünlüğü ilkesinin en temel unsurudur.<sup>61</sup> Adil yargılanma hakkı AİHS'in 6. maddesinde de düzenlenmektedir.<sup>62</sup>

Adil yargılanma hakkının en önemli bileşenlerinden bir tanesi “mahkemeye erişim hakkı”dır. Anayasa Mahkemesi bir bireysel başvuru kararında mahkemeye erişim hakkıyla ilgili önemli ilkeler ortaya koymuştur.<sup>63</sup> Mahkeme değerlendirmelerine “*adil yargılanma hakkının en temel unsurlarından biri olan mahkemeye erişim hakkının, bir uyumsuzluğu mahkeme önüne taşıyabilmek ve uyumsuzluğun etkili bir şekilde karara bağlanmasını isteyebilmek anlamına geldiğini*” vurgulayarak başlamıştır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarına da<sup>64</sup> değinen Anayasa Mahkemesi, “*AİHM’in mahkemeye erişim hakkını hukukun üstünlüğü ilkesinin temel unsurlarından biri olarak kabul ettiğini ve mahkemeye etkili erişim hakkının, mahkemeye başvuru konusunda tutarlı bir sistemin var olmasını ve dava açmak isteyen kişilerin mahkemeye ulaşmada açık, pratik ve etkili fırsatlara sahip olmasını gerektirdiğini*” belirtmiştir. Bu sebeple “*hukuki veya uygulamadaki belirsizlikler, tarafların mahkemeye erişimine zarar veriyorsa, bu hakkın ihlal edildiğine karar verilmektedir.*”<sup>65</sup>

59 Bkz. Anayasa Mahkemesi'nin 2021/119 sayılı esas, 2022/48 sayılı karar ve 21/04/2022 tarihli kararı. Anayasa Mahkemesi, <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/2022/48?EsasNo=2021%2F119> (29/07/2022).

60 Bkz. Anayasa Mahkemesi'nin 2019/4408 başvuru numaralı ve 18/05/2022 tarihli kararı. Anayasa Mahkemesi, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2019/4408> (30/07/2022).

61 Rıza Türmen, “*Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde Adil Yargılanma Hakkı*”, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Adli Yargı Sempozyumu, Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 72, 2004, s. 39.

62 Detaylı bilgi için bkz. Nuala Mole ve Catharina Harby, *Adil Yargılanma Hakkı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz*, İnsan Hakları Kitapçıkları No. 3, Almanya, 2001.

63 Bkz. Anayasa Mahkemesi'nin 2013/5949 başvuru numaralı ve 12/03/2015 karar tarihli kararı. Anayasa Mahkemesi, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2013/5949> (03/08/2022).

64 Bkz. AİHM Geffre v. Fransa Davası; 23 Ocak 2003; parag. 34. European Court of Human Rights, <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22documentcollectionid%22%3A%22GRAND-CHAMBER%22%22CHAMBER%22%7D> (02/08/2022).

65 Anayasa Mahkemesi'nin 2013/5949 başvuru numaralı ve 12/03/2015 karar tarihli kararı, parag. 47. Anayasa Mahkemesi, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2013/5949> (03/08/2022).

Anayasa Mahkemesi aynı bireysel başvuru kararında, “mahkemeye erişim hakkının kural olarak mutlak bir hak olmayıp sınırlandırılabilen bir hak olduğunu, bununla birlikte getirilecek sınırlamaların hakkın özünü zedeleyecek şekilde kısıtlamaması, meşru bir amaç izlemesi, açık, ölçülü ve başvuran üzerinde ağır bir yük oluşturmaması gerektiğine” işaret etmiştir. “Devletler, bir davanın açılabilirliğine ilişkin olarak takdir yetkileri gereği bazı sınırlamalar getirebilir ve bu davalar niteliği gereği düzenleyici işlemlere konu olabilir. Bununla beraber bu sınırlamalar, dava açmak isteyen bir kişinin mahkemeye erişim hakkının özüne zarar verecek seviyeye ulaşmamalıdır.”<sup>66</sup>

Daha önce de değinildiği üzere, “Anayasa’nın 36. maddesinde herkesin meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahip olduğu ifade edilmektedir. Madde metninde hak arama hürriyetiyle ilgili sınırlama sebebi olarak yalnızca, bireylerin “meşru” vasıta ve yollardan yararlanabileceği ifadesi gösterilebilir. Meşru olmayan bir yol hak arama hürriyeti kapsamında değerlendirilemez. Mükellefin haklı olduğunu düşünerek dava açması, onun açısından tartışmasız bir biçimde meşru bir yoldur. Mükellefin gereksiz yere dava açmasının önlenmesi için getirildiği varsayılan bu sınırlama ile 13. maddede belirtilen “ölçülülük” ilkesi de aşılmış olmaktadır.”<sup>67</sup>

Netice itibarıyla kural, “Anayasanın 13. maddesine ve bu bağlamda hak arama özgürlüğüne getirilen “ölçüsüz” sınırlama nedeniyle Anayasanın 36. maddesi kapsamında adil yargılanma hakkına aykırıdır.” Anayasa Mahkemesi de kuralın, 13., 35. ve 36. maddelerine aykırı olduğuna ve iptali gerektiğine karar vermiştir.<sup>68</sup>

Anayasa Mahkemesi önceki bir itiraz başvurusunda<sup>69</sup>, “ödeme emrinin sebebini oluşturan işlemlere karşı dava açılmasının önünde bir engel bulunmadığı, ödeme emrine karşı dava yargı yolunun kapatılmadığı, mahkemelerin ödeme emrine karşı açılan davayı inceleyerek gerekli kararları vermekten ahkonulmadığı” gerekçesiyle haksız çıkma zammının hak arama özgürlüğüne aykırı olmadığına karar vermiştir. Ancak Mahkeme bu kararında 6183 sayı-

66 Anayasa Mahkemesi’nin 2013/5949 başvuru numaralı ve 12/03/2015 karar tarihli kararı, parag. 53. Anayasa Mahkemesi, [https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2013/5949\(03/08/2022\)](https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2013/5949(03/08/2022)).

67 Mustafa Akkaya., s. 345.

68 Anayasa Mahkemesi’nin 2021/119 sayılı esas, 2022/48 sayılı karar ve 21/04/2022 tarihli kararı, parag. 38. Anayasa Mahkemesi, [https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/2022/48?EsasNo=2021%2F119\(29/07/2022\)](https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/2022/48?EsasNo=2021%2F119(29/07/2022)).

69 Bkz. Anayasa Mahkemesi’nin 2009/83 sayılı esas, 2011/29 sayılı karar ve 03/02/2011 tarihli kararı. Anayasa Mahkemesi, [https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/2011/29?EsasNo=2009%2F83\(30/07/2022\)](https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/2011/29?EsasNo=2009%2F83(30/07/2022)).

lı Kanun'un 58. maddesinin beşinci fıkrasını Anayasa'ya uygun bulunurken olayda ödeme emrinin, kamu alacağının aslına karşı başlatılan yargısal süreç tüketilerek alacağın aslı kesinleştikten sonra düzenlendiğine vurgu yapmıştır.

Oysaki ödeme emri düzenlenen her durumda vergi aslına ilişkin vergi yargısı kararı kesinleşmemiş olabilir. Hatta çoğunlukla uygulamada vergi aslına ilişkin yargısal süreç ile ödeme emrine ilişkin yargısal süreç paralel bir biçimde işleyebilmektedir. Mahkemenin önüne bireysel başvuru yoluyla gelen güncel bir başka olayda da aynen böyle olmuştur. Burada Mahkeme, "alacağın aslının kesinleşmemiş olduğuna vurgu yapmış ve vergi aslına ilişkin yargısal sürecin henüz kesin hükme bağlanmadığı bir aşamada borçlunun aleyhine düzenlenen ödeme emrine karşı dava açmasında haksız olduğunun söylenmesi zordur" yorumunda bulunmuştur.<sup>70</sup>

Anlaşıldığı üzere son kararları ile de Mahkeme görüşünü pekiştirmiş ve "yargı yoluna başvurmayı önemli ölçüde zorlaştırıcı ve caydırıcı kuralların hak arama özgürlüğünü sınırladığı" sonucuna varmıştır.<sup>71</sup>

### Sonuç

Ödeme emrine karşı dava açan mükellefin, talebinde tamamen veya kısmen haksız çıkması halinde, davanın reddolunduğu miktardaki alacağın %10 zamlı tahsil edilmesine ilişkin olan ve 6183 sayılı Kanununun 58. maddesinin 5. fıkrasında yer alan hükmün Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmesi yerindedir. Zira hüküm mükellef hakları kapsamında hem mülkiyet hakkına hem de adil yargılanma hakkına (mahkemeye erişim hakkına) aykırılık taşımaktadır.

Mutlak bir hak olarak kabul edilmeyen mülkiyet hakkına devlet tarafından yapılan müdahalenin "meşru bir müdahale" olarak kabul edilebilmesi için Anayasa ve AİHS kapsamında bazı şartlar bulunmaktadır. Buna göre kamu otoritelerince bireylerin mülkiyet hakkına yapılan müdahalelerin; hukuki bir temelinin olması, kamu yararı amacını taşıması ve ölçülülük ilkesine uygun olması gerekmektedir. İtiraz konusu kuralla getirilen düzenleme, hukuki temele sahip olup kamu yararı amacını taşımaktadır. Ancak haksız çıkma zammı uygulamasının, gerekçelerine çalışma içerisinde değinildiği üzere, ölçülü bir uygulama olduğunu söyleyemeyiz.

<sup>70</sup> Anayasa Mahkemesi'nin 2019/4408 başvuru numaralı ve 18/05/2022 karar tarihli kararı, parag. 74. Anayasa Mahkemesi, [https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2019/4408\(30/07/2022\)](https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2019/4408(30/07/2022)).

<sup>71</sup> Bkz. Anayasa Mahkemesi'nin 2013/40 sayılı esas, 2013/139 sayılı karar ve 28/11/2013 tarihli kararı; Anayasa Mahkemesi'nin 2015/18872 başvuru numaralı ve 22/11/2018 karar tarihli kararı. Anayasa Mahkemesi, [https://www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi/\(01/08/2022\)](https://www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi/(01/08/2022)).

Buna ek olarak mükellefin haklı olduğunu düşünerek dava açması, onun açısından meşru bir yoldur ve bu meşru yolu kullanmasının engellenmesi de hak arama hürriyetinin ihlaline yol açmaktadır. Mükellefin sebepsiz yere dava açmasının engellenmesi, mahkemelerin gereksiz yere meşgul edilmesinin önlenmesi amacı da hak arama hürriyetinin kısıtlanması noktasında bir gerekçe olarak ileri sürülemez ve hakka orantısız bir müdahale oluşturur.

Şayet AATUHK'da yer alan hüküm tıpkı, İİK'da yer alan hüküm gibi, bir üst sınır öngörseydi, mahkemeye somut durumun özelliklerini göz önünde tutmasını sağlayacak bir esnekliği verseydi ve hakime bir takdir yetkisi tanısaydı, görüşümüz farklı olabilirdi. Hükümde böylesine düzenlemeler bulunsaydı kanımızca Anayasa Mahkemesinin yaklaşımı da farklı olabilirdi. Ancak mevcut haliyle hükmün iptalinin mükellef hakları kapsamında yerinde bir karar olduğunu tekrar vurgulamalıyız.



## KAYNAKLAR

### Kitaplar ve Makaleler

- Akkaya, Mustafa, “Haksız Çıkma Zammı ve Anayasaya Uygunluğu”, *Mualla Öncel’e Armağan*, Cilt I, Ankara Üniversitesi Yayınları No. 243, Ankara, 2009.
- Artun, Sevcan “Türk Vergi Yargılaması Hukuku’nda Adil Yargılanma Hakkı Açısından Özellik Arz Eden Durumlar”, *V. Genç Vergi Hukukçuları Sempozyumu Genç Hukukçular/Yeni Yaklaşımlar*, Ekin Yayınevi, Bursa, 2015.
- Aslanpınar, Burak, “Anayasa Mahkemesi’nin Vergi ve Benzeri Mali Yükümlülüklerle İlişkin Kararlarında Kamu Yararı Ölçütü”, *TBB Dergisi*, Sayı 104, Yıl 2013.
- Bilici, Nurettin, *Vergi Hukuku*, Savaş Yayınevi, Ankara, 2021.
- Budak, Tamer; Benk, Serkan, “Kamu Alacağı: Hukuki Bir Değerlendirme”, *Business and Economics Research Journal*, Cilt 2, Sayı 2, 2011.
- Çağan, Nami, *Vergi Hukukunda Süreler*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları Nom 389, Sevinç Matbaası, Ankara, 1975.
- Çağan, Nami, *Vergilendirme Yetkisi*, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul, 1982.
- Çelik, Binnur, *Kamu Alacaklarının Takip ve Tahsil Hukuku*, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, Ankara, 2002.
- Grgic, Aida; Mataga, Zvonimir; Longar, Matija; Vilfan, Ana, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Mülkiyet Hakkı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Ek Protokollerinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz Kitap*, Avrupa Konseyi İnsan Hakları El Kitapları No. 10, Belçika, 2007.
- Gümüşkaya, Gamze, *Mülkiyet Hakkına Vergisel Müdahaleler Bakımından İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi’ne Kişisel Başvuru*, XII Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010.
- Karakoç, Yusuf, *Genel Vergi Hukuku*, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2011.
- Karakoç, Yusuf, “Kamu Alacaklarının Tahsili: Kamu İcra Hukuku”, *Vergi Sorunları Dergisi*, Sayı 153, 2001.
- Metin, Yüksel, *Ölçülülük İlkesi Karşılaştırmalı Bir Anayasa Hukuku İncelemesi*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2002.
- Mole, Nuala; Harby, Catharina, *Adil Yargılanma Hakkı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz*, İnsan Hakları Kitapçıkları No. 3, Almanya, 2001.
- Özdiler Küçük, Eda, “Vergi Hukukunda Kişisel Veriler Bakımından Ölçülülük İlkesinin Uygulanması”, *Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuka Genç Yaklaşımlar Konferans Serisi No. 2 Vergi Hukuku*, XII Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013.
- Saban, Nihal, *Vergi Hukuku*, Beta, İstanbul, 2014.
- Şenyüz, Doğan; Yüce, Mehmet; Gerçek, Adnan, *Vergi Hukuku (Genel Hükümler)*, Ekin Yayınevi, Bursa, 2019.
- Tombaloğlu, Mustafa Lütfi, *Amme Alacaklarının Takip ve Tahsil Usulü*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2011.
- Türmen, Rıza, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde Adil Yargılanma Hakkı”, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Adli Yargı Sempozyumu*, Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 72, 2004.
- Uzun, Mine, “Hak Arama Özgürlüğünün Anayasal Sınırları Çerçevesinde Anayasa

Mahkemesi'nin Haksız Çıkma Zammı Kararı", *Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuka Genç Yaklaşımlar Konferansı Serisi No.2 Vergi Hukuku*, XII Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013.

- Yaltı, Billur, "Bir Başka Açından Haksız Çıkma Zammı: İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin Yukos Kararının Düşündürdükleri", *Vergi Sorunları Dergisi*, Sayı 289, Ekim 2012.
- Yaltı, Billur, "Vergi Hukukunda Sorumluluğun Sınırı: Mülkiyet Hakkı: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa Çerçevesinde AATUHK, 35 ve Mükerrer 35", *Prof. Dr. Mualla Öncel'e Armağan*, C. I, Ankara Üniversitesi Yayınları No. 243, Ankara, 2009.
- Yaltı, Billur, *Vergi Yükümlüsünün Hakları*, Beta, İstanbul, 2006.
- Yılmaz, Ejder, "İcra İnkâr Tazminatı Açısından "Likid Alacak" Kavramı", *Bankacılar Dergisi*, Sayı 67, 2008.

### İnternet Kaynakları

- [https://karararama.danistay.gov.tr/ \(29/07/2022\)](https://karararama.danistay.gov.tr/ (29/07/2022)).
- [https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2013/8324 \(01/08/2022\)](https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2013/8324 (01/08/2022)).
- [https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22documentcollectionid%22%3A%22GRANDCHAMBER%22%2C%22CHAMBER%22%7D \(02/08/2022\)](https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22documentcollectionid%22%3A%22GRANDCHAMBER%22%2C%22CHAMBER%22%7D (02/08/2022)).
- [https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2013/5949 \(03/08/2022\)](https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2013/5949 (03/08/2022)).
- [https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/2011/29?EsasNo=2009%2F83 \(30/07/2022\)](https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/2011/29?EsasNo=2009%2F83 (30/07/2022)).
- [https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/2022/48?EsasNo=2021%2F119 \(29/07/2022\)](https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/2022/48?EsasNo=2021%2F119 (29/07/2022)).
- [https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2019/4408 \(30/07/2022\)](https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2019/4408 (30/07/2022)).

KAMU HUKUKU / PUBLIC LAW

Araştırma Makalesi / Research Article

# Menfaat Çatışmasından Kaçınma Sorumluluğu\*

Duty to Avoid Conflicts of Interest

Muhammet KOÇAKGÖL\*\*

## ÖZ

Menfaat çatışması etik ve hukuk uygulamasıyla ilgili karşımıza çıkan bir problemdir. Bu konuda avukatların, yargıçların ve savcılarının etik ve mesleki sorumlulukları bulunmaktadır. Bu sorumluluk etik bakımdan temelde aynı olsa da her bir meslek için farklılık gösterebilmektedir. Bu makalede menfaat çatışması avukatlık, yargıçlık ve savcılık meslekleri için ayrı ayrı irdelenmiştir. Meslek kodlarıyla ilişkili olarak Birleşmiş Milletler Bangolare Yargı Etiği İlkeleri, Birleşmiş Milletler Havana Prensipleri, Uluslararası Barolar Birliği Avukatlık İlkeleri, Yargıtay Yargı Etiği İlkeleri ve Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları gibi meslek kodlarına yer verilmiştir. Her bir hukuk uygulamacısının etikten hareketle meslek kodlarını doğru değerlendirip menfaat çatışmasından kaçınma sorumluluğunu yerine getirebileceği gösterilmeye çalışılmıştır.

**Anahtar kelimeler:** Menfaat çatışması, etik, meslek kodu, avukat, yargıç, savcı.

## ABSTRACT

Conflict of interest is a problem related to ethics and legal practice. Lawyers, judges and prosecutors have ethical and professional responsibilities in this regard. Although this responsibility is basically the same in terms of ethics, it may differ for each profession. In this article, conflict of interest is examined separately for lawyers, judges and prosecutors. In relation to the professional codes, United Nations' Bangolare Principles of Judicial Conduct, United Nations' Havana Principles, International Principles on Conduct for the Legal Profession, Turkish Court of Cassation's Principles on Judicial Ethics and Turkish Bar Association's Code of Conduct are included. It has been tried to show that each legal practitioner can fulfil the responsibility of avoiding conflicts of interest by correctly evaluating the professional codes based on ethics.

**Keywords:** Conflict of interest, ethics, professional code, lawyer, judge, prosecutor.

\* Makale gönderim tarihi: 21.11.2022. Makale kabul tarihi: 01.03.2023. Muhammet Koçakgöl, "Menfaat Çatışmasından Kaçınma Sorumluluğu", *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 10, Sayı 1, 2023 s. 61-90, <https://doi.org/10.46547/imuhfd.2023.10.1.4>.

\*\* Dr. Öğr. Üyesi, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı, Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi KKTC Kampüsü, [muhammet.kocakgol@asbu.edu.tr](mailto:muhammet.kocakgol@asbu.edu.tr),

<https://orcid.org/0000-0002-1406-2427>.

## Giriş

Menfaat çatışmasından kaçınma sorumluluğunun üzerinde eskiden beridir durulduğu söylenmektedir. Hatta İncil'in geldiği dönemde dahi İncil'de geçen hiç kimsenin iki efendiye kulluk edemeyeceği düşüncesinin bu konuyla ilişkili olduğu söylenmektedir<sup>1</sup>.

Bu nedenle yüzlerce yıl öncesinden beri menfaat çatışmasından kaçınmak gerektiğiyle ilgili kafa yorulduğu ve en azından yargıç, yönetici, halife gibi hukuku uygulayan kimselere ödev yükleyen hükümlerin olduğu söylenebilir. Günümüzde ise hukuk düzenleri bakımından salt ödev vermeye dönük olmaktan öte kapsamlı etik kodlar ve düzenlemelere ihtiyaç duyulmaktadır.

Birçok meslekle ilgili olduğu gibi avukat, yargıç ve savcılarının menfaat çatışması olan durumlarda nasıl davranması gerektiğiyle ilgili detaylı mesleki normlar o mesleğe özgü gereklilikler olarak karşımıza çıkmaktadır. Çünkü mesleklerin gereği gibi hayata geçirilmesi için ilgili mesleğin ruhuna uygun olan birtakım genel ilke ve etik kodlar gerekli görülmektedir. Bu değerler, ilkeler ve normlar ise söz konusu mesleği temellendirip anlamlandırma ve mesleğin icrasının en iyi şekilde yerine getirmeyi temin etmeye yaramaktadırlar.<sup>2</sup> Ayrıca bu tür normlar sayesinde dürüstlük, tarafsızlık gibi birçok değerlerin hayata geçirilmesinde olduğu gibi menfaat çatışmasından kaçınma sorumluluğunun nasıl yerine getirilebileceği de daha detaylı ve somut bir şekilde ortaya konabilmektedir. Bu şekilde normların uygulanıp uygulanmadığının denetlenmesinin (yargıcın öz denetimi dâhil) daha mümkün hale geldiği ve böylece yol gösterici olma özelliklerinin de pekiştirdiği söylenebilir.

Menfaat çatışması esasında sadece hukukçularla ilgili olarak değil birçok farklı alanda çalışan kişileri de ilgilendirebilmektedir. Araştırmacılar, gazeteciler, memurlar ve pazarlamacılar gibi birçok meslek bakımından da menfaat çatışması sorunu ortaya çıkabilmektedir. Örneğin bir araştırmacıdan rakip araştırma grubunun yazısını veya daha önce ilişkisinin (öğrencilik, danışmanlık, ortaklık, vb. gibi) olduğu birisinin yazısını incelemesi istendiğinde önyargılar ve menfaatlerin çatışması gündeme gelebilmektedir. Benzer şekilde editörü olduğu dergiye yazı yollayan araştırmacının durumunda da çatışma söz konusu olmaktadır.<sup>3</sup> Bu örnekler bakımından menfaatlerin çatışması birincil

1 Robert H. Aronson, "Conflict of Interest", *Washington Law Review* S 52 içinde, 1977, s. 808. Bu durum İncil'de "Hiç kimse iki efendiye kulluk edemez; çünkü ya birinden nefret eder ve ötekini sever, yahut da birini tutar, ötekini hor görür. Siz Allaha ve mammona kulluk edemezsiniz." şeklinde ifade edilmiştir. (Kitabı Mukaddes Eski ve Yeni Ahit, Yeni Ahit (İncil) Mat'a Göre 6:24, Zafer Matbaası Yay, İstanbul 1991, s. 6.)

2 Ahmet Cevzici, *Uygulamalı Etik*, Say Yay, Ankara 2016, s. 22-23.

3 David B. Resnik; Susan A. Elmore, "Conflict of Interest in Journal Peer Review", *Toxicologic*

olan mesleki/profesyonel menfaatin ikincil olan bireysel menfaatlerden önemli ölçüde etkilenmesi şeklinde tanımlanabilmektedir.<sup>4</sup> Ancak bu tür bir tanımlı yargıçlık, savcılık ve avukatlık meslekleri bakımından birebir uygulamak mümkün değildir. Çünkü her bir mesleğin kendine özgü işleyişi ve bununla ilişkili olarak da kendine özgü kuralları ve ilkeleri bulunmaktadır. Bu da farklı bir tanımlı veya açıklamayı gerektirmektedir.

Hukuktaki sözlük tanımına bakıldığında menfaatlerin çatışması kavramı bir kimsenin özel menfaatiyle kamu menfaatinin veya sorumluluklarının çatışması nedeniyle oluşan gerçek veya görünürdeki bağdaşmazlık olarak tanımlanmaktadır.<sup>5</sup> Bu bağdaşmazlık durumu avukatlar bakımından daha sık görülse de yargıçlar ve savcılar için de menfaat çatışmasından kaçınma sorumluluğu ayrıca incelenmelidir. Bu kapsamda bir tanım yapmaktan ziyade yargıcın, savcının ve avukatın ne gibi hallerde hukuken görevden çekilmelerinin gerektiği, ne gibi hallerde değerlendirme yapmalarının gerektiği, bu değerlendirmenin ne şekilde olması gerektiği konuları ayrı ayrı incelenebilir. Örneğin aşağıdaki sayısı çoğaltılabilecek örneklerde her bir durum bakımından farklı farklı değerlendirme yapmak gerekebilir:

- Yargıcın akrabasının taraf olduğu davaya bakması,
- Avukatın eski iş ortağı aleyhine açılan davada davacı vekili olması,
- Savcının eski sevgilisi hakkında soruşturma açması,
- Yargıcın sanıkla dava başladıktan sonra gönül ilişkisi kurması,
- Avukatın boşanma davasında her iki tarafı temsil edip edememesi,
- Avukatın davayı kazanması durumunda yakınının maddi zarara uğrama ihtimalinin olması,
- Savcının soruşturma açtığı kişinin alacaklısı olması.

Yukarıdaki örneklerde olduğu gibi birçok durum bakımından yargıç, savcı ve avukatın veya yakınlarının menfaatlerinin etkilenmesi söz konusu olabilir. Böyle durumlarda yargıçların, avukatların ve savcılarının nasıl davranmaları gerektiğine ilişkin uluslararası düzenlemeler, kabul edilen ilkeler ve Türk mevzuatındaki çeşitli kurallar bulunmaktadır. Aşağıda bunlar çerçevesinde menfaat çatışmasından kaçınma sorumluluğu yargıç, avukat ve savcı bakımından ayrı ayrı incelenecektir. Çünkü yargıç bakımından menfaat çatışmasından kaçınma sorumluluğu tarafsızlık ilkesiyle yakından ilişkili olabilirken, avukat zaten

*Pathology*, Cilt 46, Sayı, Sage Publishing, 2018, s. 112.

4 Resnik; Elmore, 2018, s. 112.

5 Bryan A. Garner (Ed.), *Black's Law Dictionary*, 8. Baskı, Thomson-Reuters Press, 2004, s. 905-906.

taraf olduğu için tarafsızlıkla ilgili değil, güven ilkesiyle alakalı durumlar oluşabilmektedir. Savcı bakımından ise bizim hukuk sistemimizde taraf olmakla birlikte, Anglosakson hukuk sistemlerinden farklı olarak savcının lehe ve aleyhe bütün delilleri toplamakla yükümlü olması savcılık bakımından ayrı ama yargı-cıncıne benzer bir değerlendirme yapılması gerekir.

Dolayısıyla yukarıda verilen örneklerde ortaya çıkacak problemler nasıl ki o mesleklerin kendi meslek etiği kurallarına göre (basın-yayın etiği gibi) çözümlenmesini gerektiriyorsa, avukat, yargıç ve savcılar bakımından da kendi meslekleriyle ilgili çıkarılan meslek kodları ve diğer hukuki düzenlemelerden hareket etmek gerekmektedir. Hatta duruma meslek etiği bakımından bir çözüm getirilemediği durumlarla da karşılaşmaktadır. Hukuk uygulayıcısının etik sorumluluğu da bu kapsamda ortaya çıkmaktadır. Bu nedenle yargıçlık, savcılık ve avukatlık mesleklerinin her biri bakımından ayrı kuralları uygulamak gerekmektedir. Hatta bu değerlendirme, aşağıda usulle ve meslek kodlarıyla ilgili gerekçelendirmeye yarayacak kısımlardan önce yapılması gereken bir faaliyet olarak ele alınacaktır. Çünkü esas olarak İoanna Kuçuradi'nin etik görüşü esas alınacak ve bu da diğer etik görüşlerin aksine bu tür yöntemsel bir farklılığı gerektirmektedir. Aşağıda gerekli olan yerlerde tarafsızlık, tarafsızlık görüntüsü, sır saklama sorumluluğu, dürüstlük ve güven ilkeleri gibi konulara da atıf yapılmakla birlikte asıl olarak menfaat çatışmasından kaçınma sorumluluğu sırasıyla yargıçlık, avukatlık ve savcılık meslekleri bakımından incelenecektir.

## I. Yargıç Bakımından Menfaat Çatışmasından Kaçınma Sorumluluğu

Yargıç, çekişmesiz yargı işleri dışında tutulursa, pozitif hukuk içerisindeki rolü bakımından tarafların haklılığına veya haksızlığına karar veren kişi olarak karşımıza çıkmaktadır. Bunu yaparken yargıç önüne gelen olay ve uygulayacağı hukuki düzenlemeler arasında bağlantı kurup söz konusu olayın kendi şartlarına göre karar vermekte ve etik sorumluluğu da bu kapsamda ortaya çıkmaktadır.<sup>6</sup> Yargıçlık mesleğinin kendi etik ilkeleri ise etik davranış gösterme bakımından yol gösterici olmakta ve hukuki gerekçe sunma bakımından önem taşımaktadır. Bu ilkelerden biri olarak tarafsızlık olmazsa olmaz bir meslek etiği ilkesi olarak karşımıza çıkmaktadır. Tarafsızlık ise bilinen anlamıyla kişisel çıkarın olmaması ve yanlı olmamak anlamında kullanılmakta, aynı zamanda objektiflik anlamında kişilere eşit davranmayı da içermektedir.<sup>7</sup> Yargıcın taraf-

6 İoanna Kuçuradi, *Etik*, Türkiye Felsefe Kurumu Yay., 2015, s. 150-151.

7 Gülriz Uygur, *Hukukta Adaletsizliği Görmek*, Türkiye Felsefe Kurumu Yay, 2013, s. 183, 188.

sızlığına etki edebilecek veya etki ettiği görüntüsünü verebilecek önemli konulardan biriyse menfaat çatışmasından kaçınma sorumluluğu olarak gündeme gelmektedir. Yargıcın kendisinin veya yakınlarının kişisel menfaatleriyle ilgili vereceği kararın etkili olması veya bu riski barındırması durumu menfaat çatışmasından kaçınmasını gerektirmekte veya belli durumlarda değerlendirme yaparak davadan çekilip çekilmeme konusunda bir karara ulaşması gerekmektedir. Aşağıda yargıcın mevzuat ve meslek kodları yönünden kesinlikle çekilmesini gerektiren durumlar ilgili mevzuat ve ilkeler çerçevesinde açıklanacak, devamında ne gibi durumlarda ek değerlendirme yapması gerektiği üzerinde durulacaktır.

### A. Yargıcın Çekilmesini Gerektiren Durumlar

Yargıcın belli durumlarda menfaat çatışmasından kaçınma sorumluluğu olduğu için davadan çekilmesi gerekmektedir. Bazı durumlarda ise yargıcın davadan çekilmesi taraflarca da talep edilebilmektedir. Bu gibi durumlarda yargıcın mutlaka menfaatine uygun karar vereceği anlamı çıkarılmamalıdır. Yargıç her zaman en doğru kararı vermeye çalışsa bile elinde olmadan da menfaat çatışmasından etkilenebilir. Ayrıca, dışarıdan menfaatiyle çatışan bir görüntü varsa dahi bundan kaçınması beklenmektedir. Bu beklentinin yargıya ve uygulayıcılarına olan güven için de gerekli olduğu belirtilebilir. Bu bakımdan menfaat çatışmasından kaçınılmadığı görüntüsü de meslek etiği bakımından problemlidir. Bu nedenle belli durumlarda sırf bu görüntünün oluşmaması için dahi yargıcın çekilmesi gerekmekte, bununla ilgili çeşitli düzenlemeler bulunmaktadır. Bu düzenlemeleri *tarafsızlık* ve *avukatlık yapma yasağıyla* ilişkili olarak iki ayrı başlıkta ele almak mümkündür.

#### 1. Tarafsızlığın Gereği Olarak Menfaat Çatışmasından Kaçınma Sorumluluğu

Yargıçlardan görevlerini kişisel çıkarlarından bağımsız olarak icra etmeleri beklenmektedir. Ancak yargıçların da akrabaları, arkadaşları, üniversite yaşamından beri tanıdığı avukat arkadaşları gibi birçok kişiyle ilişkisi bulunmaktadır. Dolayısıyla toplumdan yalıtılmış kişilerden değil birçok insanla ilişkileri olan kişilerden söz edilmektedir.<sup>8</sup> Bu nedenle de belli durumlarda yargıcın vereceği kararın yargıcın kendisi veya yakınlarıyla ilgili menfaatlerine etki etmesi söz konusu olabilmektedir. Diğer taraftan yargıcın mevcut yasal düzenlemeler ve kurallar çerçevesinde bu kurallara uygun biçimde karar vermesi de beklenmektedir. Gerçekten de yargıçlar eğitim, profesyonel alışkanlıklar, öz-disiplin

8 Jeffrey M. Shaman, "Bias on the Bench: Judicial Conflict of Interest", *Georgetown Journal of Legal Ethics*, Cilt 3, Sayı 2, 1989, s. 245-246.

gibi etmenlerin sayesinde özel görüşlerinden bağımsız karar verebilirler<sup>9</sup> ve bu beklentilere cevap verebilirler. Bununla beraber, söz konusu etmenlerin yargıcın farkında olmadığı bilinçaltı duygulara etki etmesi gibi faktörleri kontrol etmesi de mümkün değildir. Ayrıca gerçek bir menfaat çatışması olmasa bile çatışmanın olduğu görüntüsünden kaçınmak da gereklidir. Çünkü gerçekte tarafsızlığın yanında görüntüde tarafsızlık da önem arz etmektedir.<sup>10</sup> Menfaat çatışmasından kaçınmasının elinde olamayacağı durumlarda veya böyle bir görüntü vermenin mümkün olmadığı durumlarda ise yargıçtan davaya bakmaması beklenmektedir. Bununla ilgili koşullara ise *Birleşmiş Milletler Bangolare Yargı Etiği* İlkeleri, bu ilkeler doğrultusunda çıkarılmış olan *Yargıtay Yargı Etiği* İlkeleri ve Türk mevzuatında yer alan diğer ilgili mevzuattan ulaşılabilir.

Bangolare İlkelerinde menfaat çatışmasından kaçınma sorumluluğuyla ilgili “*Yargıç veya yargıcın ailesinden birisinin ihtilaf konusu dava sonuçlarıyla ilgili ekonomik bir menfaatinin olması*” ihtimalinde yargılamadan kaçınması gerektiği belirtilmekte ve “*Yargıç, aile üyelerinden birisinin davacıyı temsil ettiği veya böyle bir kimsenin herhangi bir şekilde davayla ilişkili olduğu durumlarda davaya bakmamalıdır.*”<sup>11</sup> ifadeleri yer almaktadır. Yargıtay Yargı Etiği İlkelerinde de benzer şekilde “*Hâkimin veya aile fertlerinden birinin, dava sonucundan önemli ölçüde etkilenebilecek çıkarımın olması*” ihtimali yargıcın çekilmesi gereken durumlar içerisinde sayılmıştır.<sup>12</sup> Bu ihtimale gelininin veya damadının mirasçı olduğu miras paylaşırma davasında yargıcın davadan çekilmek zorunda olduğu örnek olarak verilebilir. Bu durum Hukuk Muhakemeleri Kanunu 34. maddede yargıcın davaya bakmaktan yasaklı olduğu hallerde de belirtilmiştir.<sup>13</sup> Bu örnekte artık yasaklı hal somut olarak hukuk kuralı haline gelmiştir, ancak Bangolare İlkelerinde yer alan diğer hükümle (4.4. madde) ilgili olarak durum farklılık gösterebilir. Bununla ilgili olarak yargıcın kardeşinin davacı vekili olduğu davaya bakmaması gerektiği örnek olarak verilebilir. Mesela dava değeri çok yüksek bir alacak davası olduğunu düşündüğümüzde ve yargıcın kardeşinin davayı kazanması durumunda alacağı payın olması<sup>14</sup> menfaat çatışması olasılığını doğuracaktır. Yargıcın bu durumda çıkar çatışmasından kaçınma sorumluluğu nedeniyle taraflardan itiraz

9 Patrick J. Ryan, “Judicial Disqualification Based on a Conflict of Interest”, *Loyola of Los Angeles Law Review* Cilt 12, Sayı 4, 1979, s. 1057.

10 Ryan, 1979, s. 1057, 1059-1060.

11 The Bangalore Principles of Judicial Conduct, Hague 2002, m. 2.5.3 ve 4.4.

12 Yargıtay Yargı Etiği İlkeleri, Ankara 2018 m. 2.7.3.

13 Hukuk Muhakemeleri Kanunu, Resmi Gazete S. 27836, C. 50, 2011, m. 34.

14 Değeri parayla ölçülmeyen davalarda ise ayrıca avukat bakımından çekişmeli haklar edinme yasağı söz konusu olabilmektedir. Bununla ilgili ayrıntılara “*Avukatlığın Üstlenilmemesi Gerçek Durumlar*” başlığında yer verilmiştir.



gelmesine dahi davaya bakmaması gerektiği söylenebilir.

Yasal düzenlemelerdeki yasaklılık hallerine bakıldığında yargıçlıktan kaçınmayı gerektirecek durumlar aşağıdaki gibi sıralanabilir:

Ceza davalarıyla ilgili olarak;

“(1) Hâkim; a) Suçtan kendisi zarar görmüşse, b) Sonradan kalksa bile şüpheli, sanık veya mağdur ile aralarında evlilik, vesayet veya kayyımlik ilişkisi bulunmuşsa, c) Şüpheli, sanık veya mağdurun kan veya kayın hısımlığından üstsoy veya altsoyundan biri ise, d) Şüpheli, sanık veya mağdur ile aralarında evlât edinme bağlantısı varsa, e) Şüpheli, sanık veya mağdur ile aralarında üçüncü derece dahil kan hısımlığı varsa, f) Evlilik sona ermiş olsa bile, şüpheli, sanık veya mağdur ile aralarında ikinci derece dahil kayın hısımlığı varsa, g) Aynı davada Cumhuriyet savcılığı, adli kolluk görevi, şüpheli veya sanık müdafiliği veya mağdur vekilliği yapmışsa, h) Aynı davada tanık veya bilirkişi sıfatıyla dinlenmişse, Hâkimlik görevini yapamaz.”<sup>15</sup>

Hukuk davaları bakımından da benzer yasaklılık halleri bulunmaktadır. HMK’ya göre;

“(1) Hâkim, aşağıdaki hâllerde davaya bakamaz; talep olmasa bile çekilmek zorundadır: a) Kendisine ait olan veya doğrudan doğruya ya da dolayısıyla ilgili olduğu davada. b) Aralarında evlilik bağı kalksa bile eşinin davasında. c) Kendisi veya eşinin altsoy veya üstsoyunun davasında. ç) Kendisi ile arasında evlathk bağı bulunanın davasında. d) Üçüncü derece de dâhil olmak üzere kan veya kendisini oluşturan evlilik bağı kalksa dahi kayın hısımlığı bulunanların davasında. e) Nişanlısının davasında. f) İki taraftan birinin vekili, vasisi, kayyımı veya yasal danışmanı sıfatıyla hareket ettiği davada.”<sup>16</sup>

Bu yasaklılık hallerinin her birinde yargıcın kendisinin veya sayılan kişilerin özel menfaatlerine öncelik vermesi muhtemeldir. Bu nedenle de kanun koyucu ilgililerden birinden itiraz gelmesine dahi kesin yasaklılık halleri içerisinde saymıştır.

Menfaat çatışmasına somut bir örnek vermek gerekirse hukuk mahkemeleleriyle ilgili şöyle bir örnek verilebilir. Yargıcın baktığı davada taraflardan biriyle ortaklıkta önemli pay bir paya sahip olması durumunda yargıcın ekonomik menfaati gerçekten etkilenecekse davaya bakmaması gerekmektedir. Toplam pay içerisinde yargıcın çok küçük bir payı varsa bu durumda yargıcın çekilmesi gerekmediğinden bahsedilebilir, ancak yine de bu pay şirketin batmasını önle-

15 Ceza Muhakemesi Kanunu, Resmi Gazete S. 25673, C. 44, 2004, m. 22.

16 Hukuk Muhakemeleri Kanunu, Resmi Gazete S. 27836, C. 50, 2011, m. 34.

yecek kadar etkiliyse somut duruma göre yine çekilmesi gerekecektir.<sup>17</sup> Ancak buradaki tartışma gerekçenin menfaat çatışmasıyla ilgili olup olmadığıyla sınırlıdır.

Yoksa ekonomik menfaatinin ciddi anlamda etkilenmeyeceği durumlar için yukarıdaki hükme göre yasaklılık hali zaten söz konusudur. Ama bu yasağın menfaat çatışması kapsamında değil, tarafsızlık görüntüsü kapsamında ele almak daha doğru olur. Çünkü ortada çıkar çatışmasının olduğunu söyleyecek kadar ciddi bir ekonomik menfaat bulunmamaktadır. Örneğin yargıcın söz konusu ortaklıkta 500 Liralık payının olması durumunda yargıcın sırf bu payı kurtarmak için uğraşabileceğini söylemek zor görünmektedir. Fakat dışarıdan bakıldığında tarafsız davranmayacağını söylemek mümkün olabilecektir. Örneğin davayla ilgili basın etiğiyle ilgili tartışmalar bir kenara bırakılırsa “*Yargıç 500 Liralık Payının Olduğu Şirketin Davasında Şirketi Haklı Buldu*” gibi bir gazete haberini okuyan kişinin yargıcın ekonomik menfaatinden çok tarafsız olamadığıyla ilgili bir kaniya ulaşması daha muhtemel görünmektedir.

Ancak bu örnekte olduğu gibi her bir somut olay kendi içerisinde detaylı incelemeyi gerektirmekte ve yasaklılık halleri veya çekilmeyi gerektiren hallerin her zaman hukuki düzenlemelerde belirtilmiş olmadığı göz önünde tutulmalıdır. Bangolare İlkeleri ve Yargıtay İlkelerinde de menfaat çatışmasından kaçınmayı gerektirecek örnekler sayılırken bu örneklerin sınırlı sayıda olmadığı belirtilmiştir. Dolayısıyla ekonomik olmayan bir menfaatin olması veya yasa da belirtilmeyen bir durumun olmasının da birçok olay için muhtemel olduğu ve bazen tarafsızlık ve tarafsızlık görüntüsüyle iç içe geçtiği hatırd tutulmalıdır.

## **2. Avukatlık Yasağının Gereği Olarak Menfaat Çatışmasından Kaçınma Sorumluluğu**

Yukarıdaki örneklerde menfaat çatışmasından kaçınma sorumluluğu tarafsızlığın bir gereği olarak karşımıza çıkmaktaydı. Ancak yargıçlık mesleğinin Bangolare İlkeleri ve Yargıtay İlkelerinde belirtilen, mesleğe uygunlukla veya dürüstlikle alakalı olarak da ele alınan durumlar bulunmaktadır. Bu durumlardan menfaat çatışmasından kaçınma sorumluluğuyla alakalı olarak *avukatlık yapma yasağı* karşımıza çıkmaktadır. Bangolare İlkelerinde yargıcın yargıçlık yaptığı süre içerisinde avukatlık (*practice law*) yapamayacağı belirtilmiştir.<sup>18</sup> Zaten günümüz hukuk sistemlerinde aynı anda yargıçlık ve avukatlık yapmak mümkün değil denilerek bu kaygı gereksiz görülebilmektedir. Fakat ülkemizde olmasa da bunun örnekleriyle karşılaşmak mümkündür. Yargıç aynı

17 Commentary on The Bangalore Principles of Judicial Conduct, United Nations Office on Drugs and Crime, 2007, s. 76.

18 The Bangalore Principles of Judicial Conduct, Hague 2002, m. 4.12.

davada hem yargıç, hem avukat hem de savcı olmasa da farklı davalarda farklı rollerde görevini sürdürebilmektedir. Örneğin Amerika'nın kimi eyaletlerinde (Missouri gibi) bir şehir mahkemesinde savunma tarafının avukatlığını yapan kişi diğer bir şehirde yargıç olabilmektedir ve bu durum en azından kamuya güven bakımından eleştirilmektedir.<sup>19</sup> Bu eleştiri haklı olmakla ve ülkemizde zaten yargıç yargıçlık görevi süresince avukatlık yapamamakla birlikte bu sınırlamanın kapsamına giren durumların ortaya çıkması muhtemeldir. Örneğin “*Yargıç yargıçlık süresince hukuk danışmanlığı yapabilir mi, yakınlarına hukuki tavsiyede bulunabilir mi?*” gibi soruların hukuk pratiği yapma yasağı kapsamında cevaplanması gerekmektedir.

Yargıçlık mesleği bakımından kişinin aynı zamanda avukatlık yapamayacağı net şekilde ortaya konabilirken, fiili avukatlık denebilecek (*practice law*) danışmanlık hizmeti, hukuki tavsiyede bulunma gibi konularda durum muğlaklaşabilmektedir. Böyle durumlarla ilgili açık yasal hükümler olmadığı için yargıcın hangi davranışlardan kaçınması gerektiği yorum yoluyla belirtilebilir. Bangolare Yargı İlkelerine Yönelik BM Uyuşturucu ve Suç Ofisi'nin Şerhinin bu konuda yol gösterici olduğu söylenebilir.

Avukatlık dışında mahkeme işleyişiyle ilgili olmayan her türlü hukuki tavsiyede bulunma, hukuki belge hazırlayıp icra etme de avukatlık yapma yasağı kapsamında değerlendirilmektedir. Bu kapsamda yargıcın ekonomik avantaj sağlayacağı bir konuda hakemlik veya arabuluculuk yapması da avukatlık yapma yasağı kapsamındadır.<sup>20</sup> Böyle durumlar menfaat çatışmasından kaçınmayı gerektirirken yargıcın kendi ailesine veya yakın arkadaşlarına resmi olmayan, arkadaşça tavırlarla hukuki tavsiyede bulunması mümkündür. Bu gibi durumlarda yargıcın verdiği tavsiyelerin resmi olarak algılanmaması gerektiği belirtilmeli ve karşılığında herhangi bir ücret veya bedel alınmaması gerekmektedir.<sup>21</sup> Ancak tüm bunlar yapıldıktan sonra yargıcın menfaat çatışmasından kaçınma sorumluluğunun yerine getirildiği söylenebilir. Aksi halde örneğin yargıç, çocukluk arkadaşına hukuki bir tavsiyede bulunur (Örneğin, sebepsiz zenginleşmeden değil de sözleşmeye aykırılıktan davacı olmasını avantajına olacağını söylerse) ve karşılığında hediye alırsa bu durumda menfaat çatışmasından kaçınma sorumluluğunu yerine getirmemiş olacaktır.

19 Peter A. Joy, “Lawyers Serving as Judges, Prosecutors, and Defense Lawyers at the Same Time: Legal Ethics and Municipal Courts”, *Washington University Journal of Law & Policy*, Cilt 51, 2016, s. 23-25.

20 Commentary on The Bangalore Principles of Judicial Conduct, United Nations Office on Drugs and Crime, 2007, s. 114.

21 Commentary on The Bangalore Principles of Judicial Conduct, United Nations Office on Drugs and Crime, 2007, s. 114.

Yargıcın kendisi de bir davada taraf olabilir. Örneğin komşusu hakkında dedikodu çıkaran bir yargıç hakkında dava açılmış olabilir. Böyle bir durumda elbette yargıç kendi hakkını savunabilecektir ve bu durum hukuk pratiği yapma yasağı kapsamında değerlendirilemeyecektir. Ama yargıcın bu gibi durumlarda son derece basiretli davranması gerekmekte, yargıçlık makamının avantajına olmasını veya böyle bir görüntü vermesine müsaade etmemesi gerekmektedir.<sup>22</sup> Örneğin duruşma sırasında davaya bakan yargıca ismiyle hitap etmemesi ve gereğinden fazla rahat tavırlar takınmaması gerektiği belirtilebilir.

Yargıcın menfaat çatışmasından kaçınması gereken durumlar burada sayılanlarla sınırlı olmamakla birlikte birçok kez meslek etiği ilkelerinden ve hukuki düzenlemelerden hareket edilerek menfaat çatışmasından kaçınma sorumluluğu yerine getirilebilir. Örneğin yargıcın yasaklı olduğu durumlara ve davaya bakmaması gereken durumlara yasal düzenlemelerden birçok kez ulaşılabilmekte ve bunlar etik davranmayla ilgili gerekçe sundukları için kolaylık sağlamaktadır. Fakat bazı durumlarda yargıcın davaya bakıp bakmaması gerektiğine ve bunu gerekçe olarak kullanıp kullanamayacağına ancak somut durumu değerlendirerek ulaşmak mümkündür.

## **B. Yargıcın Değerlendirme Yapmasını Gerektiren Durumlar**

Yargıç davaya bakmaması gereken durumlarda da hukuki gerekçe oluştururken değerlendirme yapmaktadır. Ancak bu tür değerlendirmelerin sonucu belli olan değerlendirmeler olarak karşımıza çıktığı söylenebilir. Örneğin yargıç, kardeşinin davasına bakamayacağı durumlarda normu olaya uygulayarak gerekçe oluşturup davaya bakmaktan kaçınmaktadır. Oysa bazı durumlarda sadece hukuki düzenlemelerden veya ilkelerden hareketle menfaat çatışmasından kaçınma sorumluluğunun doğup doğmadığını anlamak güçleşebilir. Bu durumlara örnekler iki yargıç bakımından karşımıza çıkabilir. Birincisi, menfaat çatışmasından kaçınması gereken yargıcın kendisi iken diğeri menfaat çatışması gerekçesiyle başka bir yargıcın davaya bakıp bakamayacağıyla ilgili hüküm verecek olan yargıç şeklindedir. Burada doğru değerlendirmenin nasıl yapılacağıyla ilgili *Kuçurad*'nin etik ile ilgili görüşlerine başvurmak mümkündür.<sup>23</sup> Buradaki değerlendirme asıl etik değerlendirme yapıldıktan sonra oluşturulacak gerekçeyle sınırlıdır. Bu kapsamda ancak değerlendirme yapmayı gerektiren durumlara örnekler verilebilir.

22 Commentary on The Bangalore Principles of Judicial Conduct, United Nations Office on Drugs and Crime, 2007, s. 115.

23 Bu makalenin sınırları açısından Kuçurad'nin etik görüşü esas alınmıştır. Zira onun görüşleri tek durumu merkeze almakta ve genel ilkelerden önce tek durumun özelliklerini temel almaktadır.

Yargıcın kendisiyle ilgili verdiği kararlar ilgili olarak menfaat çatışmalarıyla ilgili özellikle finansal çıkarı vurgu yapıldığı görülmekte, ancak farklı çıkarlar da söz konusu olabilmektedir. Örneğin davalının bir belediye başkanı aday olması ve aynı partide yargıcın kardeşinin parti meclisi üyesi olduğunu düşünebiliriz. Bu ihtimalde cinsel saldırı suçundan yargılanmakta olan adayın aklanması veya suçlu bulunması yargıcın kardeşinin politik çıkarı bakımından çok etkili olacaktır. Bu tür bir çıkar çatışması olduğunda da böyle somut bir olayı düzenleyen herhangi bir hüküm olmadığı halde, savcı yargıcın reddi talebinde bulunmasa dahi yargıcın menfaat çatışmasından kaçınma sorumluluğu olduğu için meslek etiğine uygunluk gerekçesiyle davaya bakmaması gerektiği söylenebilir. Çünkü bu davada başkan adayının aklanması durumunda yargıcın kardeşinin çıkarını cinsel saldırı mağdurunun çıkarına üstün tuttuğu görüntüsü oluşabilecektir. Fakat örnekte dava konusu başkan adayının taksirle yaralama suçu olsaydı böyle bir algının oluşması pek mümkün olmayacaktı ve savcı itiraz etmediği sürece yargıcın davadan çekilmesine gerek olmadığı sonucuna ulaşılabilirdi.

Yukarıdaki örnekte cinsel saldırı davasında veya taksirle yaralama davasında savcı itiraz etseydi ve durumu değerlendirmesi için başka bir yargıç itiraza baksaydı ortada bir yasaklılık hali olmasa da her iki durumda da yargıcın davadan el çekmesine karar vermesi beklenebilirdi. Çünkü artık yargıcın kendisinden öte davaya taraf olan savcının tarafsızlık konusunda bir güvensizliği bulunmaktadır. Hiçbir şekilde menfaat çatışmasına girilmemesi veya öyle bir görüntünün verilmemesi için her iki suç bakımından da yargıcın davaya bakmaması gerektiğine karar verilmesi gerekecekti. Ancak ihtiyaçlar zorunlu kılıyorsa ve yasaklılık durumu da yoksa yargıcın davaya bakabileceği akılda tutulmalıdır. Bangolare İlkelerinde de bu durum belirtilmiştir.<sup>24</sup>

## II. Avukat Bakımından Menfaat Çatışmasından Kaçınma Sorumluluğu

Yargıçlıkta menfaat çatışmasından kaçınma sorumluluğu tarafsız olmakla ilişkiliyken, avukatlık tam tersine taraf olmayı gerektirmekte ve bunun gereğini tehlikeye düşürebilecek menfaat çatışmalarından avukatın kaçınması gerekmektedir. Bunu yaparken elbette avukatların temel ödevi, yasalarla izin verilenler çerçevesinde, müvekkillerinin çıkarlarını koruyup, savunmaktır. Bu bakımdan avukatların ödevlerinin sınırlarının ne olduğu önem arz etmektedir. Burada yasal sınırlamalar ve bunun nedeni olarak adaleti sağlamak birlikte avukatın müvekkile karşı ödevlerini oluşturmaktadır. Bunu gerçekleştirebilmek içinse avukatların dürüstlük, güvenilirlik, nesnel olma ve müvekkillere

24 The Bangalore Principles of Judicial Conduct, Hague 2002, m. 2.5.

karşı mesafeyi koruma gibi erdemleri de geliştirmeleri gerekmektedir.<sup>25</sup> Bu erdemlerden özellikle müvekkile karşı güvenilirliğin hayata geçirilmesi ve müvekkilin menfaatlerinin korunması ise birbiriyle çatışabilmektedir. Bu noktada müvekkilin menfaatlerinin gereği gibi korunabilmesi için avukatın menfaat çatışmasından kaçınma sorumluluğu doğmaktadır. Menfaat çatışmasının ortaya çıktığı veya çıkabildiği durumlar ise şu ihtimallerde görülmektedir:

1) Avukatın müvekkili temsil etmesi avukatın menfaati bakımından önemli ölçüde riskli olabilir.

2) Avukatın müvekkili temsil etmesi başka bir müvekkilinin haklarını koruma bakımından ciddi risk oluşturabilir.

3) Müvekkili temsil etmek eski bir müvekkile karşı olan yükümlülükleri ihlale neden olabilir.

4) Avukatın müvekkili temsil etmesi üçüncü bir kişinin menfaatiyle çatışıyor olabilir.<sup>26</sup>

Sayılan bu ihtimallerde avukat müvekkilinin, eski müvekkilinin veya üçüncü ilgili kişilerin rızasını almadıkça avukatlığı üstlenmemelidir. Bazı durumlarda ise müvekkillerin veya üçüncü kişilerin rızası olsa dahi avukatlığı üstlenmemesi gerekmektedir. Bu durumlar rıza gösterilemez menfaat çatışmasıyla ilgili olarak karşımıza çıkmaktadır.<sup>27</sup> Bu nedenle avukatlığın üstlenilmemesi gereken menfaat çatışmasının kesin olduğu durumlar ortaya çıkabilmektedir. Bunun yanında değerlendirme yapmayı gerektiren müvekkilin veya üçüncü kişilerin rızasını da gerektirebilen riskli, beklenmedik veya belirsiz durumlar da söz konusu olabilmektedir. Avukatla müvekkili arasında güvene dayalı bir ilişkinin olması, yargıç-müvekkil “*ilişkinin*” aleni olmasının aksine avukat-müvekkil ilişkisinde sır tutma sorumluluğunu de barındıran daha yakın bir ilişkinin olması ise aşağıdaki her bir ihtimal için ayrı gerekçelendirme ve örneklendirme gerektirmektedir. Bu örneklere, örneklere ilişkin kurallara ve ilkelere *Birleşmiş Milletler Havana Prensipleri*, *Uluslararası Barolar Birliği Avukatlık İlkeleri*, *Avrupa’da Avukat Mesleğine İlişkin Temel İlkeler*, *Avukatlık Kanunu* ve *Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları*’nda yer alan menfaat çatışmasına ilişkin hükümlerden hareketle aşağıda yer verilecektir. Bu yapılırken esas olarak Türk mevzuatındaki hükümlerden yola çıkılacak, konuyla ilgili uluslararası düzenleme veya ilkelere de bu kapsamda başvurulacaktır.

25 Gülriz Uygur, “Hukuk Etiğine Giriş”, [http://www.bahum.gov.tr/bahumetik/kose\\_yazileri/makale\\_bilimsel\\_ya\\_zi/1\\_makale.htm#\\_ftn1](http://www.bahum.gov.tr/bahumetik/kose_yazileri/makale_bilimsel_ya_zi/1_makale.htm#_ftn1) (Erişim Tarihi: 20.09.2022).

26 Jonathan Rose, “The Ambidextrous Lawyer: Conflict of Interest and the Medieval and Early Modern Legal Profession”, *The University of Chicago Law School Roundtable Unbound Collections*, Sayı 7-137, 2000, s. 137-138; Michael G. Karnavas, *Lawyer’s Ethics*, OSCE Mission to Skopje Publishing, 2016, s. 59.

27 Rose, 2000, s. 138.

## A. Avukatlığın Üstlenilmemesi Gereken Durumlar

Avukatların bazı hallerde menfaat çatışması veya görüntüsü kesin olduğu için hiçbir şekilde avukatlığı üstlenmemesi gerekmektedir. Bu nedenle de menfaat çatışmasından olumsuz etkilenebilecek kişilerin rızasının yeterli olmadığı durumlar söz konusudur.<sup>28</sup> Bununla ilgili Havana Prensiplerinde avukatın her zaman müvekkilinin menfaatlerine saygı göstermesi gerektiği belirtilmektedir. Ancak bunun her türlü uygun yollarla yapılması gerektiği belirtilmiştir.<sup>29</sup> Dolayısıyla uygun olmayan yolların kullanılmaması gerektiği de ifade edilmiş olmaktadır. Menfaat çatışması bakımından kesin yasak getiren uygun olmayan yolları 1) yargıç ve savcıyla olan akrabalık ve yakın ilişki bakımından, 2) avukatın eski işi bakımından, 3) çekişmeli haklar edinme yasağı bakımından ve 4) menfaatleri çatışanlara vekillik yapma yasağı bakımından ele almak mümkündür.

### 1. Yargıç ve Savcıyla Olan Akrabalık ve Yakın İlişki Bakımından

Avukatlık Kanununda bir yargıç veya cumhuriyet savcısının eşinin veya ikinci dereceye kadar hısımlı olan avukatın o hâkim veya Cumhuriyet Savcısının baktığı dava ve işlerde avukatlık yapamayacağı belirtilmiştir.<sup>30</sup> Avukatın mesela annesinin yargıç veya savcı olduğu davada kişi savcı, yargıç ve davadan etkilenen herkes rıza gösterse dahi artık yasal olarak yasaklanmış bir durum söz konusu olduğu için kesinlikle avukatlık yapamayacaktır. Avukatlık Kanunu dışında Barolar Birliğinin Meslek Kurallarında da “*Hâkim ve savcı ile hısımlık ya da evlilikten gelen engelleri gösteren, kanun hükmünde yazılı derece dışında kalan hısımlıklar ve başkaca yakınlıklarda, avukat, meslek onuruna en uygun biçimde takdirini kullanır.*” diyerek kanunda yazılan yasaklılık hallerinde avukatlıktan kaçınılması gerektiği ifade edilmekte, diğer akrabalık ilişkileri bakımından avukatın takdirini uygun şekilde kullanması gerektiği belirtilmektedir. Yasaklılık hallerine girmeyen hısımlıklar bakımından avukatın nasıl yol izlemesi gerektiğiyle ilgili “*Avukatın Kendi Kararını Vermesini Gerektiren Durumlar*” başlığına bakılabilir.

### 2. Avukatın Eski İşİ Bakımından

Avukatlığın üstlenilemeyeceği durumlardan bir diğeri kişinin eskiden çalıştığı kurumun menfaatleriyle ilgili olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu gibi durumlarda avukatlık yapan kimse daha önce çalıştığı kurumlar aleyhine bir davayı takip ederse kurumdaki eski iş arkadaşları ve kurumun kendisine olan yakınlığı nedeniyle bu kişilere ve kuruma zarar gelmemesi için aleyhe avukatlıkta çıkar

28 Rose, 2000, s. 138.

29 Basic Principles on The Role of Lawyers, Havana 1990, m. 13/b ve 15.

30 Avukatlık Kanunu, Resmi Gazete S. 13168, C. 8, 1969, m. 13.



çatışmasından kaçınmakta zorlanabilir. Ayrıca eskiden çalıştığı kurum aleyhine yürütülen bir davada avukatın kendisinin de sorumlu olabileceği durumların olması muhtemeldir. Avukatlık Kanununda bununla ilgili olarak “Devlet, belediye, il özel idare ve Kamu İktisadi Teşebbüsleri Hakkında 233 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin kapsamına giren iktisadi Devlet Teşekkülleri ile kamu iktisadi kuruluşları ve bunların müessese, bağlı ortaklık ve iştiraklerinde çalışanlar, buralardan ayrıldıkları tarihten itibaren iki yıl geçmeden ayrıldıkları idare aleyhine dava alamaz ve takipte bulunamazlar.”<sup>31</sup> hükmü yer almakta, söz konusu kurumlar hakkında aleyhe avukatlık yapılamayacağı açıkça belirtilmektedir. Dolayısıyla eski çalıştığı kurum lehine avukatlık yapmak başkaca bir yasaklılık hali yoksa menfaat çatışmasından kaçınma sorumluluğu bakımından sıkıntı oluşturmamaktadır. Ayrıca işten ayrılmanın üzerinden en az iki yıl geçmişse de eski kurumu aleyhine avukatlık yapmak mümkün hale gelmekte, kesin yasaklılık durumu ortadan kalkmaktadır. Bu süre Avukatlık Kanunu Taslağı’nda dört yıla çıkarılmış ve yeni kişiler veya gruplar da lehe-aleyhe avukatlık yapma yasağı ayrımı yapılmaksızın yasaklılık kapsamına alınmıştır.<sup>32</sup> Ancak henüz kesin yasaklılık hali değil muhtemel bir yasaklılık söz konusu olduğu için bu konuya aşağıda avukatın değerlendirme yapması gereken durumlarda yer verilecektir.

Avukatlığın üstlenilmemesi gereken kesin durumlardan bir diğeri Türkiye Barolar Birliği Meslek Kurallarında “Avukat, daha önce hâkim, savcı, hakem ya da başka resmi bir sıfatla incelediği işte görev alamaz.”<sup>33</sup> şeklinde belirtilmiştir. Avukatlık Kanununda ise “Evvelce hâkim, hakem, Cumhuriyet savcısı, bilirkişi veya memur olarak o işte görev yapmış olursa” işi reddetmesi gerektiği avukatın ortaklarını ve yanında çalışan avukatları da kapsayacak şekilde ifade edilmiştir.<sup>34</sup> Bu kurulla çıkar çatışmasının önlenmeye çalışıldığı söylenebilir. Çünkü avukat yargıçlık, savcılık veya hakemlik yaptığı bir davada fazladan bilgiye sahip olabilir ve bunu avukatlıkta kullanması olasıdır. Örneğin savcılık yaptığı bir davada elde edilen delillerle ilgili bir avukata göre daha detaylı bilgilere sahip olması muhtemeldir. Bu durumda savcılığı bırakıp aynı soruşturma veya kovuşturmada avukatlık yaparsa savcıyken öğrendiği detayları bir kenara bırakarak avukatlığı yürütmesi mümkün olmayabilir. Mümkün olsa dahi dışarıdan böyle bir görüntü oluşturmak mümkün değildir.

31 Avukatlık Kanunu, Resmi Gazete S. 13168, C. 8, 1969, m. 14.

32 Avukatlık Kanunu Taslağı, m.83, <http://www.kgm.adalet.gov.tr/DUYURULAR/AVUKATLIK%20KANUNU%20TASLA%C4%9EI.pdf> (Erişim Tarihi: 25.09.2022).

33 Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları, 26 Ocak 1971 Tarihli TBB Bülteni, Ankara 1971, m. 18.

34 Avukatlık Kanunu, Resmi Gazete S. 13168, C. 8, 1969, m. 38/c.



### 3. Çekişmeli Hakları Edinme Yasağı Bakımından

Avukatın kaçınması gereken durumlardan biri de çekişmeli haklar bakımından ortaya çıkmaktadır. Burada avukatın menfaat çatışmasına düşmemesi için hiçbir şekilde çekişmeli hakları edinmemesi gerekmektedir. Bu yasak kapsamına beraber çalıştığı avukat ortakları veya yanında çalıştırdığı avukatlar da girmektedir.<sup>35</sup> Çekişmeli hakları edinme durumunda avukatın çıkar çatışmasına düşeceği kesin olmasa da, çıkar çatışmasına düştüğü görüntüsü çok muhtemeldir. Örneğin avukat müvekkilinin arazisini tescil için bir davaya baksa ve kazandığında belli parsellerin avukata bırakılacağı söylense bu durumda artık avukatlığın gerektirdiği adaleti sağlamaya katılmaktan öte avukatın kişisel çıkarı söz konusu olabilecektir. Bununla ilgili dava konusu para olmayan davalarda dava konusu mal veya haklardan bir kısmının aynen avukata ait olacağı hükmünün avukatlık ücreti olarak kararlaştırılmayacağı da kanunda belirtilmiştir.<sup>36</sup> Böyle bir şeyin neden kararlaştırılmayacağıyla ilgili böyle bir şey kararlaştırılsa artık avukatın davanın hukuki yönünden ziyade kişisel yönüne ağırlık verme riskinin doğabileceği söylenebilir. Böyle bir durum da menfaat çatışmasına ek olarak Barolar Birliği Meslek Kurallarında “*Avukat, iddia ve savunmanın hukuki yönü ile ilgilidir. Taraflar arasında anlaşmazlığın doğurduğu düşmanlıkların dışında kalmalıdır.*”<sup>37</sup> kuralını da ihlal etme riski doğabilir. Dava konusu para olan maddi-manevi tazminat davaları gibi davalarda yasal olarak dava konusunun yüzdeliği üzerinden ücret almak ise baroların belirlediği tarife içinde kalmak kaydıyla mümkündür. Ancak bunun meslek etiği bakımından tartışılabilir olduğu belirtilmelidir. Bununla ilgili kesin bir yasak olmadığı için başarıya göre ücret belirleme konusuna (örneğin kazanılan tutarın %8’i avukata verileceği yönünde bir anlaşma) “*Avukatın Kendi Kararını Vermesini Gerektiren Durumlar*” başlığında yer verilecektir.

### 4. Menfaatleri Çatışanlara Birlikte Vekillik Yapma Yasağı Bakımından

Avukatın öncelikli görevlerinden biri müvekkilinin menfaatini uygun yollardan korumak olarak karşımıza çıkmaktadır. Bir müvekkilinin yararına olan şey diğer bir müvekkilinin zararına ise burada bir çelişki ortaya çıkmakta, müvekkillerin menfaatlerinin çatışması söz konusu olmaktadır. Bununla ilgili Avukatlık Kanunda avukatın aynı işte menfaati zıt bir tarafa avukatlık etmiş veya mütalaa vermiş olması durumunda işi reddetmek zorunda olduğu belir-

35 Avukatlık Kanunu, Resmi Gazete S. 13168, C. 8, 1969, m. 47.

36 Avukatlık Kanunu, Resmi Gazete S. 13168, C. 8, 1969, m. 164.

37 Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları, 26 Ocak 1971 Tarihli TBB Bülteni, Ankara 1971, m. 6.

tilmiştir.<sup>38</sup> Benzer şekilde Barolar Birliği Meslek Kurallarında da avukatın aynı davada birinin savunmasının öbürünün savunmasına zarar verecek durumda olan iki kişinin birden vekâletini alamayacağı, bir anlaşmazlıkta taraflardan birine hukuki yardımda bulunan avukatın yararı çatışan öbür tarafın vekâletini alamayacağı ve hiçbir hukuki yardımda bulunamayacağı belirtilmiştir.<sup>39</sup> Bu yasak hem Avukatlık Kanunu bakımından hem de Barolar Birliği Meslek Kuralları bakımından avukatla ortak büroda çalışan diğer avukatları da kapsamaktadır.<sup>40</sup> Örneğin çekişmeli bir boşanma davasında bir tarafa karşı tarafın delillerinin geçersiz olduğunu söyleyip, diğer tarafa başka türlü delil elde etme olanağı olmadığı için delillerin geçerli olduğunu söylemek avukatlıkta taraf olmakla bağdaşmayacağı gibi menfaat çatışmasından kaçınılmadığını da göstermektedir. Böyle bir durum ayrıca “Avukat, aynı dava için birbirine karşıt isteklerde bulunamaz.”<sup>41</sup> kuralıyla da bağdaşmayacaktır.

Bazı hukuk sistemlerinde tarafların rızası alınmışsa avukatın iki tarafın da vekâletini alması mümkün olabilmektedir. Eğer avukat her iki tarafın da haklarını gereği gibi savunacağına inanıyorsa ve tarafların aydınlatılmış rızası yazılı olarak alınmışsa çıkarları çatışan her iki müvekkile aynı anda avukatlık yapabilmektedir. Bazı durumlarda ise taraflar rıza gösterse de eğer çıkar çatışması belirgin hale gelmişse artık avukatın çekilmesi gerekmektedir.<sup>42</sup> Bizim hukukumuzda ise tarafların rızası da olsa avukat hiçbir şekilde menfaatleri çatışan kişilerin avukatlığını aynı anda yapamaz.<sup>43</sup>

## B. Avukatın Durumu Değerlendirmesi Gereken Haller

Menfaat çatışmasının olup olmadığı her zaman yasada net bir şekilde belirtilmemiş olabilir. Bazense bizdeki Avukatlık Kanunu Taslağında olduğu gibi yasaklılık halleri henüz yürürlüğe girmemiş olabilir. Dolayısıyla yasaklılığın belirsiz veya muhtemel olması söz konusu olabilmektedir. Bu gibi durumlarda ilgililerin rızasından hareket etmek mümkün olabilir. Bazen de muhtemel olayın gerçekleşmesi (örneğin taslak halindeki düzenlemenin yürürlüğe girmesi gibi) veya öngörülemeyen bir olayın gerçekleşmesi gibi durumlarda avukatın kendi kararını vermesi şeklinde ihtimaller gündeme gelmektedir. Ayrıca

38 Avukatlık Kanunu, Resmi Gazete S. 13168, C. 8, 1969, m. 38/b.

39 Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları, 26 Ocak 1971 Tarihli TBB Bülteni, Ankara 1971, m. 35-36.

40 Avukatlık Kanunu, Resmi Gazete S. 13168, C. 8, 1969, m. 38; Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları, 26 Ocak 1971 Tarihli TBB Bülteni, Ankara 1971, m. 36.

41 Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları, 26 Ocak 1971 Tarihli TBB Bülteni, Ankara 1971, m. 10.

42 *IBA International Principles on Conduct for the Legal Profession*, International Bar Association Publishing, London, 2011, s. 18-19.

43 Avukatlık Kanunu, Resmi Gazete S. 13168, C. 8, 1969, m. 38/b; Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları, 26 Ocak 1971 Tarihli TBB Bülteni, Ankara 1971, m. 35-36.

mevzuat izin verse de (başarıya göre ücret kararlaştırılması gibi) meslek etiği bakımından tartışılabilir konular gündeme gelebilmektedir. Bu tür çelişkili durumlarda bazen avukatın durumu detaylı şekilde ilgililere anlatması ve rızasını alması gerekmekte, bazense kendi başına bir değerlendirme yapıp bir sonuca ulaşması gerekmektedir.

### 1. İlgililerin Rızasını Gerektiren Durumlar

Yargıç ve savcının ilgililerin rızasını alıp davada yer alması mümkün değilken avukatlıkta belli durumlarda rıza almak mümkün olabilmektedir. Diğer taraftan yargıçlıkta veya savcılıkta da ilgililer itiraz etmedikçe örtülü rıza gösterildiği söylenebilir. Fakat yargıçlıkta veya savcılıkta yargıç veya savcının ilgili kişilerden ayrıca bir rıza alma sorumluluğu yoktur. Oysa avukatlıkta açıkça ilgili kişi veya kişilerin rızasının alınması gerekebilmektedir. Avukatın bu sorumluluğu özellikle menfaat çatışması riskinin olası olduğu durumlarda yasa da rıza alınması gerektiğine ilişkin kurallar olmasa da müvekkili aydınlatmanın bir gereği olarak da karşımıza çıkabilmektedir.

Avukatın rıza almasını gerektiren ilk ihtimal yasaklılık halinin daha sonradan ortaya çıkması olasılığı üzerinden ele alınabilir. Örneğin menfaatleri çatışan iki müvekkilin aynı anda vekâletini almak bizim hukukumuz açısından kesin yasaklılık hali içerisinde sayılmaktadır.<sup>44</sup> Ancak anlaşmalı boşanma davası örneğine bakılırsa eşler boşanma için birlikte başvurabilmektedir.<sup>45</sup> Bu düzenlemelere bakıldığında avukatın her iki tarafın da vekâletini alması konusunda bir sakınca görülmemektedir. Ancak anlaşmalı boşanma için başvurduktan sonra tarafların anlaşamaması nedeniyle davanın çekişmeli hale gelmesi de olasıdır. Örneğin yargıcın velayetle ilgili değişiklik yapma yetkisi bulunmakta ve taraflar onayladığı takdirde anlaşmalı boşanmaya hükmedilebilmektedir.<sup>46</sup> Böyle bir durumda davanın çekişmeli hale gelmesi taraflardan birinin değişikliği onaylamaması ve yeni argümanlar öne sürmesi nedeniyle muhtemeldir. Böyle bir olasılıkta avukatın artık iki tarafa birden avukatlık yapması kesin yasaklılık kapsamına girecektir. Böyle bir olumsuzluğun yaşanmaması içinse avukatın anlaşmalı boşanma sürecinde taraflara durumu açıklaması gerekmektedir. Tarafların bu olasılığa rağmen rıza göstermedikçe avukatın anlaşmalı boşanma kapsamında da iki tarafa birden avukatlık yapması ortaya çıkabilecek menfaat çatışması nedeniyle problemlidir. Dolayısıyla sonradan ortaya çıkabilecek menfaat çatışmalarıyla ilgili avukatın müvekkillerine

44 Avukatlık Kanunu, Resmi Gazete S. 13168, C. 8, 1969, m. 38/b; Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları, 26 Ocak 1971 Tarihli TBB Bülteni, Ankara 1971, m. 35.

45 Türk Medeni Kanunu, Resmi Gazete S. 24607, C. 41, 2001, m. 166.

46 Türk Medeni Kanunu, Resmi Gazete S. 24607, C. 41, 2001, m. 166.

gerekli bilgilendirmeyi yapıp rızalarını aldıktan sonra yasaların izin verdiği ölçüde vekâlet kabul etmesi gerekmektedir.

İlgilerin rızasını gerektiren bir diğer ihtimal sonradan çıkacak yasal düzenlemelerle ilgilidir. Elbette avukat, mevcut yasal düzenlemelerle bağlıdır, ancak eğer yakın zamanda çıkacak bir düzenleme varsa bunu da görmezden gelmesi avukatlık meslek etiği bakımından problemleri durumlara yol açabilir. Örneğin kesin yasaklılık hallerinde daha önce belli işleri yapan kişilerin çalıştıkları kurum aleyhine avukatlık yapamayacağı belirtilmişti.<sup>47</sup> Avukatlık Kanunu Tasarısında ise yasaklılığın kapsamının genişletildiği görülmekte, yargıç ve savcı gibi meslek gruplarının da yasaklılık kapsamına alındığı görülmektedir. Örneğin daha önce yargıçlık yapan kimse son beş yıl içinde çalışmış olduğu adalet dairesinde, görevden ayrıldıktan itibaren dört yıl boyunca avukatlık yapamayacaktır.<sup>48</sup> İki yıl önce yargıçlıktan emekli olmuş bir avukatın eski meslektaşı karşısında avukatlık yapması durumunda menfaat çatışmasıyla ilgili olarak şu ihtimaller ortaya çıkabilecektir:

- Yargıçta oluşacak vicdani kanaatle ilgili şüpheler oluşabilir. Yargıcın eski meslektaşının prestiji için etki altında kalabileceği, meslektaşının mesleki çıkarını önceleyebileceği düşünülebilir.
- Tüm olası menfaat çatışmaları ortadan kaldırılsa bile yeni çıkacak yasal düzenleme emekli yargıç avukatlık yapmaktan yasaklıyor olabilir. Bu durumda avukat kendinden ne kadar emin olursa olsun müvekkiline menfaat çatışması nedeniyle ileride avukatlık yapamayacağını mutlaka belirtmesi gerekmektedir. Burada tasarlanan düzenlemenin geriye yürümeyeceği düşünülse de ortaya çıkacak görüntünün meslek etiğiyle bağdaşmayacağı belirtilmelidir.

Menfaat çatışmasına düşmeyeceğinden emin olan bir avukatın ortada kesin bir yasak yokken niçin böyle bir kaygı gütmesi gerektiği sorusu sorulabilir. Neticede yasaklılık durumu söz konusu olursa müvekkili başka bir avukat bulabilir veya duruma göre baro kendisine bir avukat atayabilir. Ancak yargıçlık-takinin aksine avukat müvekkilinin birçok sırrını bilebilir ve müvekkil bu bilgileri tekrar tekrar başka avukatlarla paylaşmak istemeyebilir. Avukatın meslek etiğiyle ilgili sorumluluğu da bu noktada önem kazanmaktadır. Örneğin avukatın cinsel suç mağduru birinin vekilliğini yapması durumunda mağdurun yaşadıklarını tekrar başkasına anlatması çok zor olabilir. Hatta aynı durum şüpheli ve müdafisi bakımından da geçerlidir. Dolayısıyla menfaat çatışma-

47 Avukatlık Kanunu, Resmi Gazete S. 13168, C. 8, 1969, m. 14.

48 Avukatlık Kanunu Taslağı, m. 83, <http://www.kgm.adalet.gov.tr/DUYURULAR/AVUKATLIK%20KANUNU%20TASLA%C4%9EI.pdf> (Erişim Tarihi: 25.09.2022).

sından kaçınma sorumluluğunu yerine getirmemenin uzakta görünen başka problemlere yol açması muhtemeldir. Bu nedenle de meydana gelebilecek olumsuzluklarla ilgili avukatın yeterli bilgilendirmeyi yapıp müvekkilin rızasını almadan avukatlığı üstlenmemesi gerektiği belirtilebilir.

## 2. Avukatın Kendi Kararını Vermesini Gerektiren Durumlar

Avukatın belli durumlarda değerlendirme yapıp kendi gerekçesini oluşturması gerekmektedir. Bu tür durumlar açık bir hukuki düzenlemenin olmadığı hallerde avukatın hukuki sorumluluğu olmamasına rağmen ne yapılabilir sorusuna vereceği yanıtla ilgili karşımıza çıkmaktadır. Buna verilecek yanıt ise avukatlık mesleğinin gerektirdiklerini somut olaya uygulamakla mümkündür. Bu konuda iki örnek üzerinden avukatlık mesleğinin gerektirdikleri ve somut olayın koşullarına göre avukatın menfaat çatışmasından kaçınma sorumluluğunu nasıl yerine getirebileceğinden bahsedilebilir.

Birincisi, müvekkil rıza gösterse ve mevzuatta bir engel olmasa da vekillikten çekilmeyle ilgilidir. Bu duruma örnek olarak akrabalık ilişkisi verilebilir. Belli akrabalıklarda veya durumlarda -eşlerin aynı anda vekilliğini üstleneme gibi- mevzuatın açıkça yasakladığı haller söz konusuysen durum açıktır. Fakat mevzuatın veya etik kodların yasaklamadığı akrabalık-ilişki durumlarında karar vermesi gereken kişi avukatın kendisidir. Örneğin nefret ettiği ve intikam almak istediği birine karşı açılan bir tazminat davasında davacı vekili olmayı reddetmesi menfaat çatışmasından kaçınmanın bir gereği olarak karşımıza çıkar. Çünkü ortada ekonomik bir çıkar olmasa da avukatın haklı veya haksız psikolojik bir çıkarı söz konusu olacaktır.

İkincisi, mevzuat ve meslek kodları açıkça izin verse bile vekillikten çekilmeyle ilgilidir. Avukatın kendi önyargılarının ve eksiklerinin farkında olması veya avukatlığın gerektirdiği vekilliğin ötesine geçip davayı kişiselleştirmemesi de bununla ilişkilidir. Örneğin avukat konusu para dışında olan davalar bakımından dava konusunu kısmen veya tamamen vekalet ücreti olarak kararlaştırılmaz.<sup>49</sup> Burada menfaat çatışmasıyla ilgili bir sorun olacağından hareket edildiği açıkça görülmektedir. Ancak avukatın 10 milyon liralık bir alacak davasında da %15'lik bir vekalet ücreti kararlaştırması durumunda davayı kişiselleştirmeyeceğinden emin olması gerekir. Çünkü böyle bir tutarın 50 bin liralık bir tarlanın %15'lik kısmına ortak olma şeklindeki bir bedel kadar menfaat çatışmasına yol açabileceğini tahmin etmek zor değildir. Avukat bu durumdan nasıl emin olabilir? Avukatın bütün önyargılardan ve eksiklerinden bağımsız hareket edeceğinden emin olması mümkün değilken, önüne gelen somut olay-

49 Avukatlık Kanunu, Resmi Gazete S. 13168, C. 8, 1969, m. 164/3.

da nasıl davranacağından az çok emin olması mümkündür. Örneğin paraya zafı olduğunun çok zor da olsa farkındaysa veya karşı tarafın rengi, ırkı, inancı, vb. özellikleri bakımından önyargısı varsa artık bu noktada vekillik etmemesi gerektiğine karar verecek durumdadır. Böyle bir şeye başkası değil, öznel yaşıntılarından ötürü ancak kendisi karar verebilecek durumdadır.

### III. Savcı Bakımından Menfaat Çatışmasından Kaçınma Sorumluluğu

Savcıların yargıç ve avukatlardan farklı olarak sadece ceza yargılamasında yer alması, lehe ve aleyhe bütün delilleri toplamakla yükümlü olması<sup>50</sup> onun durumunu az da olsa farklı kılmaktadır. Avukatın çekişmeli bir konuda her iki tarafa birden vekillik etmesi menfaat çatışmasına neden olacağı için yasakken bu durum savcı bakımından savcılık mesleğinin yapısı gereği –Anglosakson hukuk sistemleri dışarıda tutulursa- mümkün değildir. Aynı şekilde karar veren konumunda olmadığı için sorumluluğu yargıcinkinden de farklıdır ve “davanın tarafiyken tarafsız olma” sorumluluğu bulunmaktadır. Örneğin savcıların etik davranış biçimlerine ilişkin Budapeşte İlkeleri’nde savcıların görevlerini tarafsız bir şekilde, toplumun genel menfaati ile bireylerin hak ve menfaatleri arasında adil bir denge kurarak yerine getirecekleri belirtilmektedir.<sup>51</sup> Bu durum da iddia tarafında olsa da savcının tarafsız olmakla yükümlü olduğunu göstermektedir.

#### A. Savcının Çekilmesini Gerektiren Haller

Menfaat çatışmasının olduğu kimi durumlar vicdani kanaatin oluşmasında sorun yaratabileceği gibi, savcının lehe-aleyhe yönde aynı anda işlev görmesi menfaat çatışması olabilecek kimi durumlarda en azından güven zedeleyici olma bakımından olumsuzluk oluşturabilecektir. Elbette yargıç, resen araştırma ilkesi gereği tek başında savcının iddialarıyla veya tek başına sanığın söyledikleriyle bağlı değildir. Ancak vicdani kanaatini oluşturmasında nasıl ki sanığın ve müdafinin söyledikleri etkiliyse savcının iddiaları da son derece etkilidir. Dolayısıyla öncelikle yukarıda yargıcın tarafsızlığın gereği olarak ve avukatlık yasağının gereği olarak menfaat çatışmasından kaçınma sorumluluğu başlığında belirtilen bütün durumlarda savcının aynı şekilde kaçınma sorumluluğu olduğu belirtilebilir. Zaten Budapeşte İlkelerinde de savcının bireysel çıkarların veya belli bir kesimin çıkarlarının etkisi altında olmaması gerektiği belirtilmiştir. Daha somut olarak ise savcının kişisel veya mali çıkarlarının ve ailevi, sosyal veya diğer ilişkilerinin, bir savcı olarak kendi davranışlarını uygunsuz şekilde etkilemesine izin vermemesi gerektiği, özellikle kendisinin, ailesinin veya iş ortaklarının kişisel,

50 Ceza Muhakemesi Kanunu, Resmi Gazete S. 25673, C. 44, 2004, m. 160/2.

51 European Guidelines on Ethics and Conduct for Public Prosecutors The Budapest Guidelines, Budapest 2005, par. I.

özel veya mali çıkarlarının veya bağlantılarının bulunduğu davalarda savcılık yapmaktan kaçınması gerektiği söylenmiştir.<sup>52</sup> Bu hususlar Yargıtay Cumhuriyet Savcıları Etik Davranış İlkelerinde de tekrarlanmıştır.<sup>53</sup> Örneğin bu kapsamda yakın bir arkadaşının soruşturmasında yer alması açıkça menfaat çatışması görüntüsü vereceği için savcının hukuki ilişkiyi sonlandırması gerekecektir. Yargıçlıkta çekilmeyi gerektiren örneklerin tamamını buraya uygulayarak örnekleri çoğaltmak mümkündür. Ancak avukatlık yasağı bakımından savcı da yargıçla aynı sorumluluklara sahipken özel hukuk uyuşmazlıklarında avukatlık veya danışmanlık yapması bir ceza davasıyla ilişkili olmadığı sürece menfaat çatışması bakımından sorun oluşturmamaktadır. Örneğin Amerika’da savcının özel hukuk uyuşmazlıkları için danışmanlık yapmasına engel bir durum yoktur. Ama eğer savcı ceza soruşturmasında dayandığı olgulara dayanarak özel hukuk ilişkisinde yer almışsa bu durum kabul edilmemektedir.<sup>54</sup> Bizim hukuk sistemimizde kamu görevlisinin ikinci iş yasağı olmakla birlikte bunun her zaman menfaat çatışmasını önlemeyle ilgisi bulunmadığını belirtmek gerekir. Dolayısıyla dâhil olduğumuz Kıta Avrupası sisteminde savcının avukatlık veya hukuki danışmanlık yapma yasağının yargıçtakiyle aynı nedenlere dayandığı söylenebilir.

İddia tarafı olarak savcının avukatlıktakine benzer şekilde çekilmeyi gerektiren bir durum olup olmadığına ayrıca bakılmalıdır. Burada savcının avukatla benzer bir yükümlülüğe sahip olmadığı belirtilebilir. Çünkü bizim yargı sistemimizde savcı da yargıç gibi tarafsız bir konumdadır. Burada ancak soruşturmada yer alan savcının kovuşturmada yer almaması gibi durumların menfaat çatışmasından kaçınmanın bir gereği olarak ortaya çıkabileceği söylenebilir ki bu da yargıcın kararına itiraza bakan kişinin aynı yargıç olmamasıyla paralellik göstermektedir. Savcının çekilmesini gerektiren durumlar yargıcın durumuyla nerdeyse aynı olmakla birlikte önemli bir fark bilgilere-delillere erişim noktasında karşımıza çıkmaktadır.

### **B. Savcının Değerlendirme Yapmasını Gerektiren Haller**

Savcının değerlendirme yapması gereken durumlar yargıçla aynı olmakla birlikte yargıcın sorumluluğuna ek bir sorumluluğunun delillere erişim noktasında ortaya çıktığı belirtilebilir. Çünkü savcı normal şartlarda yargıçtan önce delillere ve olayla ilgili bilgilere ulaşmaktadır. Dolayısıyla iddianameyi yargıca sunmadan önce bunun sonuçlarını değerlendirmesini gerektiren durumlar

52 European Guidelines on Ethics and Conduct for Public Prosecutors The Budapest Guidelines, Budapest 2005, par. II/ h ve II/o.

53 Yargıtay Cumhuriyet Savcıları Etik Davranış İlkeleri, par. 3/2 ve 5/4.

54 Smith Troy “Prosecuting Attorneys Private Practice of The Law”, *AGO*, Cilt 51-53, Sayı 233, Washington 1952.



ortaya çıkabilir. Hatta kendisinin *çekilmesini* gerektiren bir durum olmasa da yargı sürecinin uzamaması için ve *şüphelinin* mahremiyeti için gerekli tedbirleri alma imkânına sahiptir. *Örneğin* cinsel taciz suçundan *şüpheli* birisinin soruşturmasını yaparken soruşturmanın gizliliği ve masumiyet karinesi gereğince olayı olabildiğince az kişinin bilmesi gerekmektedir. Bu durumda savcının, *şüphelinin* kesin yasaklılık halleri dışında kalan akrabası/arkadaşı olduğunu bildiği yargımcı görevli olduğu, *örneğin* 5. Asliye Ceza Mahkemesi yerine 6. Asliye Ceza Mahkemesine, kovuşturma talebiyle gitmesi için girişimde bulunmasının daha yerinde olduğu belirtilebilir. *Çünkü* burada sanığın hakları yargı içerisindeki *şekli* işbölümünden açıkça daha *önemlidir*. Böylece savcının hukuki ilişki henüz alenileşmeden (kovuşturma aşamasıyla birlikte yargılamanın kamuya açık yapılmasından *önce* henüz soruşturma aşamasındayken) varsa bir sorun bunu büyümeden *çözme* olanağına sahip olması *önem* kazanmaktadır.

#### IV. Meslek Etiği Kurallarının Yetersiz Olduğu Haller

Yukarıda özellikle yaşamaya ilişkin hukuk aktörlerinin menfaat çatışmasından kaçınma sorumluluğundan söz edilmiştir. Bu kapsamda meslek kuruluşlarının veya çeşitli uluslararası örgütlenmelerin koyduğu birtakım ilkelerin yanında doğrudan yasalarda yerleşik hale gelmiş ve zorunlu veya olumsal şekilde meslek etiğine yönelik bu ilkeler hukuk içerisinde kendisine yer bulmuştur. Ancak belli durumlarda etik kaygılarla hazırlanmış olsa bile mevzuat ve meslek kodları etik bir problemin çözümünde yeterli olmayabilir ve yeterli olması da her zaman beklenemez. Bu konuda nasıl bir yol izlenebileceğine ilişkin sadece meslek üyelerinin ne yapmaları gerektiğine ilişkin bir değerlendirmeden ziyade hukukla etik arasındaki ilişkinin ortaya konması gerekmektedir. Bu kapsamda menfaat çatışmasından kaçınma sorumluluğu birden çok kişinin üzerinde olabilir ve en önemlisi meslek etiği kurallarını uygulamak etik olmayan bir davranış oluşturabilir veya bu riski barındırabilir. Bu konuda alışılmış olan yöntem kurala uyulması, kural yoksa ilkeye başvurulması, o da çözüm getiriyorsa etiğe başvurulması şeklindedir. Oysa çoğu kez etiğe başvurulduğundan da söz etmek zordur. Aşağıda bu yöntemin neden tersine çevrilmesi gerektiğiyle ilgili Friedrich Kübler'in görüşlerine ve özellikle İoanna Kuçuradi'nin etik-meslek etiği ayrımı konusundaki görüşlerine başvurulabilir. Menfaat çatışmasına ilişkin ortaya çıkacak problemlerin çözümüne ilişkin ise yasama etiği ve yargı etiği ayrımı yol gösterici olabilirken meslek etiğinin etikle çatıştığı durumlarda hareket edilecek tek noktanın sadece etik olduğu belirtilebilir.

##### A. Yasama Etiği ile Yargı Etiği Çelişmekteyse

Hukukçuluk mesleği etiği konusunda *Kübler* ikili bir ayrım yapmaktadır. Buna göre söz konusu olan genel bir meslek etiğinden ziyade yasa koymada ve yasaları



uygulamada karşımıza çıkan mesleğe özgü ödevlerdir.<sup>55</sup> Bu ödevlerin ilki yasama etiği olarak karşımıza çıkarken yasaları uygulamadaki ödevlerle ilgili olarak da yargı etiği karşımıza çıkmaktadır. Burada “yasa” farklı dönemlerde farklı anlamlara gelmiştir. Liberallik öncesinde yasa insan yapımı olmayan doğal hukuk dönemine denk düşen hukuk üstü bir otoritenin insana seslenmesi şeklindedir.<sup>56</sup> Liberallikle birlikte hukuk insan ötesi olarak görülmekten çıkmış, insan yapımı olarak görülmüş ve yasamaya ilişkin olarak genelin iyiliğine razı olma ön plana çıkmıştır.<sup>57</sup> Demokratik hukuk devletine geçişle birlikte ise meslek etiğinin bağlamı ve işlevi değişmiştir. Bu değişim hem yasama bakımından hem de yasanın uygulanması bakımından ortaya çıkmıştır.<sup>58</sup> Bu aşamada yasaların artık yeterince birbirine dayanarak çıkmaması söz konusu olmuştur. Bu nedenle de yargıcın norm düzeltmeleri yapması, değişen koşullara uyarlılığı sağlaması onun ödevi haline gelmiştir.<sup>59</sup> Bu sorumluluğun savcı bakımından da benzer şekilde değişikliğe uğradığı söylenebilir. Avukat içinse müvekkilinin menfaatini korurken genelin menfaatlerini de düşünmesi gerektiği noktasında ortaya çıkmaktadır.<sup>60</sup>

Yargıcın, savcının, avukatın kendi menfaati, yakınlarının menfaati, müvekkillerinin menfaati çatıştığında ne yapacağına ilişkin detaylı düzenlemelerin bulunduğu ve ne şekilde hareket etmek gerektiği yukarıda incelenmişti. Fakat bu bir anlamda uygulamadan ziyade yasamaya ilişkin olarak meslek etiğine uygun davranmayla ilgiliydi. Çünkü hangi durumda nasıl davranılacağına ilişkin yasama organı veya barolar gibi kuruluşlar tarafından ortaya konan kurallar ve ilkeler ele alınmıştı. Ancak çıkarılan kuralların her zaman her durumda geçerli olması mümkün olmadığı gibi her an değişen koşullara uygun kurallar çıkarılması ve uygulayıcıların buna ayak uydurması da mümkün değildir. O halde yasamaya ilişkin bir meslek etiği kuralı ile uygulamaya yani yargulamaya ilişkin bir kural çatıştığında ne yapılması gerektiği sorunu ortaya çıkmaktadır. Bu noktada ne yapılması gerektiğiyle ilgili dile getirilenin esasında adalete uygunluk bakımından yasama etiği mi yargılama etiği mi önceliklidir sorununun ilişkindir. Çünkü Uygur’un belirttiği gibi hukuk etiği adalete ilişkin olup, hukuk uygulamasının nihai amacı da adil sonuçlara ulaşmaktır.<sup>61</sup>

55 Friedrich Kübler, “Hukuk Devletinde Yasama ve Yargı Organlarında Meslek Etiği” 3. Baskı, *Etik ve Meslek Etikleri* (Yayına Hazırlayan: Harun Tepe) içinde, Türkiye Felsefe Kurumu Yay, Ankara 2015, s. 178.

56 Kübler, 2015, s. 179.

57 Kübler, 2015, s. 181-183.

58 Kübler, 2015, s. 184-185, 188.

59 Kübler, 2015, s. 189.

60 Kübler, 2015, s. 191.

61 Gülriz Uygur, “Hukuk Etiğine Giriş”, [http://www.bahum.gov.tr/bahumetik/kose\\_yazileri/makale\\_bilimsel\\_ya\\_zi/1\\_makale.htm#\\_ftn1](http://www.bahum.gov.tr/bahumetik/kose_yazileri/makale_bilimsel_ya_zi/1_makale.htm#_ftn1) (Erişim Tarihi: 20.09.2022).

Yasama etiği mi yargı etiği mi sorusu sorulurken bu ikisinin çatışıp çatışmamasının mümkün olup olmadığı sorusu da cevaplanmalıdır. Bu noktada iki alt soru ortaya çıkar: 1) Yasama etiğine uygun olup yargılama etiğine aykırılık olabilir mi? 2) Yargılama etiğine uygun olup yasama etiğine aykırılık olabilir mi? Burada ikinci sorunun artık mümkün olmadığı iki gerekçeyle söylenebilir. Birincisi doğrudan meslek etiğine aykırı bir kuralın meslek kodlarında emredici şekilde yer aldığı söylemek zordur. İkincisi, bir kuralın yargılama etiğine uygunluk göstermemesi ancak uygulamada, somut durumda adaletsizlik yarattığı için ortaya çıkar. O halde yasama etiği ile yargılama etiği çatışmasının etik amaçla yasama tarafından yapılan bir kuralın a) somut durumda adil olmaması veya b) yetersiz olması şeklinde karşımıza çıktığı belirtilebilir. Dolayısıyla böyle bir çatışmada yargılama etiğine uygun davranış, yasamadaki yetersiz olmayla ilgili adil sonuçlara ulaştırmaya yaklaştırır. Bu konuyla ilgili menfaat çatışması üzerinden ülkemizdeki düzenlemelerden hareketle yukarıda yargıcın avukatın eski işiyle ilgili olarak avukatlıktan kaçınması gereken durumlara ilişkin verilen örnek tekrarlanabilir. Avukatlık Kanununda “*Devlet, belediye, il özel idare ve Kamu İktisadi Teşebbüsleri Hakkında 233 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin kapsamına giren iktisadi Devlet Teşekkülleri ile kamu iktisadi kuruluşları ve bunların müessese, bağlı ortaklık ve iştiraklerinde çalışanlar, buralardan ayrıldıkları tarihten itibaren iki yıl geçmeden ayrıldıkları idare aleyhine dava alamaz ve takipte bulunamazlar.*”<sup>62</sup> Bu hükmüyle ilgili yasama etiği bakımından beklenen ödevin karşılanmadığı söylenebilir. Çünkü maddede sayılan kurumlar dışında başka kurumlar bakımından da menfaat çatışması çıkması çok olasıdır ve bu durum yasayı hazırlayanların gözünden kaçmıştır. Zaten yeni kanun taslağında başka kurumların da yasaklılık kapsamına dâhil edilmesi bu durumu kanıtlar niteliktedir. Taslakta yeni kişiler veya gruplar da lehe-aleyhe avukatlık yapma yasağı ayırımı yapılmaksızın yasaklılık kapsamına alınmıştır.<sup>63</sup> Burada kanun taslağı ve kanun olmasa da avukatın ilke olarak menfaat çatışmasından kaçınması yargılama etiğine uygunluk göstereceği için yasama etiği-yargı etiği ayrımında, yargılama etiğine uygun davranışın yasama etiğindeki eksikliği bir ölçüde giderdiği söylenebilir. Ancak kuralın veya ilkenin somut duruma uygulanmasında adaletsiz sonuçlara neden olunması ihtimalini yargı etiğinden hareketle çözmek mümkün gözükmemektedir. Bunun için meslek etiğiyle etik çatıştığında ne yapılabileceğine bakılmalıdır.

62 Avukatlık Kanunu, Resmi Gazete S. 13168, C. 8, 1969, m. 14.

63 Avukatlık Kanunu Taslağı, m. 83, <http://www.kgm.adalet.gov.tr/DUYURULAR/AVUKATLIK%20KANUNU%20TASLA%C4%9EI.pdf> (Erişim Tarihi: 25.09.2022).

## B. Meslek Etiği Sorumluluğu Etik Sorumlulukla Çelişmekteyse

Meslek etikleri *Kuçuradi*'ye göre belli bir mesleğin icrasında kullanılacak ortak norm arayışı şeklinde karşımıza çıkmaktadır ve her normun dünyada da ortak bir norm halini alabileceği gözden kaçırılmaktadır.<sup>64</sup> Bunun gözden kaçırılması da meslek etiği normlarının her tek durumda etik bir çözüm getirememesine neden olduğu belirtilebilir. Çünkü meslek etiği normları ilkeler olarak karşımıza çıkmaktadır. İlkeler ise bir gerekliliğe işaret etmekte, her zaman geçerli olsa dahi her tek durumda geçerli değildir.<sup>65</sup> Yani bir meslek etiği ilkesi somut olaydan bağımsız olarak bakıldığında geçerliken, somut olaya uygulandığında etikle çelişebilmektedir.

Hukukçular için meslek etiğiyle etiğin çelişmesi iki kapsamda ortaya çıkabilir. Birincisi yasama etiğiyle etiğin çatışması şeklindeyken ikincisinin yargı etiğiyle etiğin çatışması şeklinde olduğu belirtilebilir. Burada yasa koyucuların –oylamaya yetkisi olmayan ama yasa yapım sürecine katılan her bir kişinin dâhil- ödevi etik davranışa hukuki gerekçelendirme zemini sunmakla ilgiliyken, yargılama etiğinde kişi ile kişi ilişkisi söz konusudur ve bu ilişkiyle ilgili hukukçunun etik davranabilmesinin hukuki zeminini sunan yasamadır. Dolayısıyla her iki sorumluluk da birbiriyle yakın ilişki içerisinde. Ancak kişi-kişi ilişkisinin somutlaştığı alan yargı etiğine ilişkin olduğu için üzerinde durulması gereken kısmın uygulama kısmı olduğu belirtilebilir. Çünkü etik davranması beklenen avukat, yargıç veya savcının o durumda yasama ödevine ilişkin bir şey yapmaktan ziyade mevcut yasal düzenlemeyle, etik kodlarla ilgili bir kuralı veya ilkeyi uygularken, yani yargı etiğiyle ilgili bir eylemde bulunurken etik-meslek etiği çatışması ortaya çıkabilecektir. Bu çatışmada etiğe uygun davranma ödevinin de somut durumdaki kişinin veya kişilerin üzerinde olması beklenmektedir.

Kişi etik sorumluluğunu nasıl yerine getirebilir, nasıl bir yol izlemesi gerekir sorusuna *Kuçuradi*'nin etik görüşü kapsamında ulaşmak mümkündür. Çünkü hukukçular için her tek durumun biricikliği onun etik görüşündeki tek durum değerlendirmesiyle paralellik göstermektedir. O halde menfaat çatışmasına ilişkin sorunlara *Kuçuradi*'nin etik görüşü nasıl uygulanabilir sorusunu cevaplandırmak gerekir. Bununla ilgili doğru bir cevaba ulaşmak için yaygın bir kanı olan etik-hukuk ilişkisinden bahsedilmelidir. Bu çok eski bir tartışma olmakla birlikte burada cevaplanacak şey hukuktan etiğe mi bakılmalı etikten mi huku-

64 İoanna Kuçuradi, "Felsefi Etik ve Meslek Etikleri" *Etik ve Meslek Etikleri*, 3. Baskı, (Yayına Hazırlayan: Harun TEPE) içinde, Türkiye Felsefe Kurumu Yay, Ankara 2015, s. 33.

65 İoanna Kuçuradi, "Normların Bilimsel Temellendirilebilirliği" *Çağın Olayları Arasında* (İoanna Kuçuradi) içinde, Türkiye Felsefe Kurumu Yay, Ankara 2009, s. 179-180.

ka bakılmalı sorusuyla sınırlıdır. Bu konuda *Joseph Raz*'ın “Yargıçlar da insandır” cümlesi yol göstericidir. Bu cümleyle *Raz* yargıçların da diğer insanlar gibi etikle bağlı olduğunu ifade etmekte ve verilen kararların insanların yaşamını etkilediği için etik kararlar olduğunu belirtmektedir.<sup>66</sup> Bu anlamda yargıçların etiği bir kenara atması önlenirken, etiğin hukuka müdahalesi mümkün kılınmaktadır.<sup>67</sup>

*Raz*'a paralel biçimde *Kuçuradi* de yargıçların kişiler olarak yargıçlık yaptığını belirtmektedir.<sup>68</sup> Yine *Raz*'la paralel biçimde *Kuçuradi*, yargıcın eylemini etik yapan şeyi yargılananların yaşamına doğrudan etki etmesiyle açıklamaktadır.<sup>69</sup> Yargıç dışındaki avukat ve savcının da vereceği ‘kararlar’ hukuk tekniği bakımından karar olmasa da etik bakımdan karar niteliği taşıyabilmekte ve tıpkı yargıçlarınkı kadar insan yaşamını etkileyebilmektedir. Çünkü neticede etik ilişkisi insanlar arası bir ilişkidir ve en temelde olanıdır.<sup>70</sup> Bu yargıçlarınkiyle aynı olmasa da avukat ve savcılar için de geçerlidir. Çünkü bütün ilişkilerin temeli nihayetinde gelip bir etik ilişkiye dayanır ve bir kişiyle karşılaşırız.<sup>71</sup> *Raz*'ın ve *Kuçuradi*'nin düşüncelerinden etiğe hukukla değil hukuka etikle bakılabileceği sonucu çıkar. Her iki düşünür bakımından da hukuk, etiği bir kenara atmayı gerektirmez, hatta *Kuçuradi* bakımından hukukçulardan etiğe uygun davranması beklenir. O halde yaygın bir düşünce olan açık/somut hukuk kuralı varken etik gerekçelerle bunun dışına çıkılamayacağı tersine dönmektedir. Bunun *Kuçuradi*'nin etik görüşü açısından pratik sonucu şudur: önce kural ve ilkelere bakıp sonra etiğe bakılmamalıdır. Önce bulunulacak eylemin etik olup olmadığına bakılmalı, sonra kural ve ilkelerden hareket edilmelidir. Bu noktada mevcut kural ve ilkeler etik eyleme gerekçe oluşturmaya yarayan yardımcı kaynak haline gelmektedir. Oysa tersi bir yöntem izlendiğinde etik, hukukun (kural ve ilkelerin) yardımcı kaynağı olarak görülecekti. Bu durum da etiğe hukukla bakmak yanlışına götürmektedir.

Bu kapsamda bir menfaat çatışması varsa yukarıda bahsedilen bütün meslek etiği kuralları ve ilkeleriyle diğer usul hükümleri ancak yardımcı ve ikincil nitelikte olacaktır. Dolayısıyla etik davranma ödevi açıkça bir kurala veya ilkeye aykırı davranmayı gerektirebilecektir. Bu *Kuçuradi*'nin belirttiği tek durum değerlendirmesinin de bir gereği olarak karşımıza çıkmaktadır. Menfaat çatışmasıyla ilgili olarak neden önce etikten hareket edilmesi gerektiğine örnekler

66 Uygur, 2013, s. 143-144.

67 Uygur, 2013, s. 149.

68 Uygur, 2013, s. 147.

69 Kuçuradi, 2015, s. 133.

70 Kuçuradi, 2015, s. 3.

71 Kuçuradi, 2015, s. 5-7.

verilebilir. “Menfaat çatışması görüntüsü verilmemelidir.” bir ilke olarak ele alındığında bazen bu görüntünün verilmesinin etik davranmanın kaçınılmaz bir gereği olduğu söylenebilir. Örneğin tecavüze uğrayan ve bıçaklanan bir adamın avukatı Ahmet’e sadece öldürmeye teşebbüsten davacı olduğunu söylediğini düşünebiliriz. Bu durumda savcının elinde tecavüz görüntüleri olmasına rağmen suçu saklaması birçok hukuk kuralına aykırı olduğu gibi meslek etiği kurallarına da aykırıdır. Savcının da zaten saklamayı düşünmediği ve müvekkilini suçu saklamama konusunda ikna etmiş olduğu varsayılrsa bile, burada hukuken ikna etmeyi gerektiren bir durum olmamasına rağmen mağdurun halinden anlama ve onu her yönüyle gözetme söz konusudur. Bu davada faillerden birinin savcıyla çocukluk arkadaşı olması durumunda menfaat çatışması nedeniyle avukatın vekillikten çekilmesi gerekir. Ancak savcı soruşturmadan çekildiğinde olayı daha çok kişinin öğrenecek olması mağduru ikinci kez mağdur edecek ve mağdurun sağlığı bakımından ciddi sonuçları olacaktır. Bu durumda önce kurala başvurulsa açık bir kural olmadığı için menfaat çatışması görüntüsü verilmemelidir ilkesine gidilecekti ve tek durumun gerektirdikleri görülmeyecekti ve mağdurun defalarca daha mağdur edilmesinin önü açılacaktı. Oysa önce etiğe başvurulduğunda, o tek durumda yapılması gerekenin bilgisine ulaşılabileceği için fazladan olumsuzlukların önüne geçilmiş olmaktadır.

### **Sonuç**

Menfaat çatışmasından kaçınma sorumluluğu tarafsızlık, sır tutma sorumluluğu ve bağımsızlık gibi usul kurallarına, meslek kodlarına ve etiğe ilişkin bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Her bir hukuk mesleği için farklı davranmayı gerektirebilen menfaat çatışmasından kaçınmanın ise etikten hareketle doğru bir çözüme ulaştıracağı belirtilebilir. Bu noktada yasama etiği ve yargı etiği ayrımının yasamadaki eksikleri giderme bakımından yol gösterici olduğu söylenebilir ve ikisinin çelişmesi durumunda etik sorumluluğun mevcut somut olayla bakımından avukat, yargıç ve savcının üzerinde olduğu belirtilmelidir. Bu ayrım bir noktaya kadar problemlerin çözümünde etkili olabilirken asıl başvurulması gerekenin değer ve değerler bilgisi olduğu sonucuna ulaşılabilir. Bunun için ise sırasıyla kural-ilke-değer ve değerler bilgisinden değil değer ve değerler bilgisi anlamında etikten hareket etmek gerektiği söylenebilir. Bu noktada kural ve ilkelerin etiğe göre ikincil olması onların önemsiz olduğu anlamına gelmemekte, hatta hukuki gerekçelendirme için olmazsa olmaz nitelikte olduklarını göstermektedir. Kural ve ilkelerin etiğe göre ikincil konumda sayılmasının nedeni etik bir eylemde bulunmayı daha mümkün kılmasıyla ilgili olduğu belirtilmelidir.

Usul kuralları ve etik kodlardan oluşan somut kurallar varken değer ve değerler bilgisinden hareket etmenin keyfiliğe yol açabileceği düşünülebilir. Fa-

kat bu kaygı değer ve değerler bilgisinden hareket edildiğinde, yani merkeze kültürel değer yargıları değil de etikten hareketle ulaşılan insanın değerli olduğu bilgisi konulduğunda giderilebileceği söylenebilir. Kaldı ki somut hukuk kurallarının soyut hukuk kurallarından veya ilkelerinden öncelikli olduğunu gösteren kanıtlar bulunmamaktadır. En azından bazı durumlarda soyut kuralın somut olandan öncelikli olduğu şeklindeki bir önermeyi çürütecek yeterli ve inandırıcı kanıt bulunmamaktadır. Benzer şekilde etikten hareket etmenin olumsuz sonuçlara yol açabileceğini, menfaat çatışmasını normalleştirebileceğini söylemek zordur. Çünkü etikten hareket eden kişinin hareket edeceği sınırlar, hukuk kurallarıyla çizilen sınırlardan çok takdir yetkisi ve korkulduğu gibi keyfilik tanımamaktadır. Aksine *Kuçuradi*'nin etik görüşündeki sınırlar çok daha zorlayıcı ve hakları koruyucu niteliktedir. Zira her tek durum için etik açıdan ayrı bir değerlendirmeyi şart koşmaktadır. Dolayısıyla etiğin değer ve değerler bilgisinden hareket edilen doğru bir değerlendirmenin sonucunda hukukçuların menfaatlerini önceleyeceği bir sonuca ulaşmalarının mümkün olmadığı belirtilmelidir.

## KAYNAKLAR

### Kitaplar ve Makaleler

- Aronson, Robert H., “Conflict of Interest”, *Washington Law Review*, Sayı 52, 1977, s. 807-859.
- Cevizci, Ahmet, *Uygulamalı Etik*, Say Yay, Ankara 2016.
- Garner, Bryan A. (Ed.), *Black’s Law Dictionary*, 8. Baskı, Thomson-Reuters Press, 2004.
- Joy, Peter A., “Lawyers Serving as Judges, Prosecutors, and Defense Lawyers at the Same Time: Legal Ethics and Municipal Courts”, *Washington University Journal of Law & Policy*, Cilt 51, 2016, s. 23-59.
- Karnavas, Michael G., *Lawyer’s Ethics*, OSCE Mission to Skopje Publishing, 2016.
- *Kitabı Mukaddes Eski ve Yeni Ahit, Yeni Ahit (İncil) Matta’ya Göre 6:24*, Zafer Matbaası Yay, İstanbul 1991.
- Kuçuradi, İoanna, “Felsefi Etik ve Meslek Etikleri”, 3. Baskı, *Etik ve Meslek Etikleri* (Yayına Hazırlayan: Harun Tepe) içinde, Türkiye Felsefe Kurumu Yay, Ankara 2015, s. 27-43.
- Kuçuradi, İoanna, “Normların Bilimsel Temellendirilebilirliği” *Çağın Olayları Arasında* (İoanna Kuçuradi) içinde, Türkiye Felsefe Kurumu Yay, Ankara 2009, s. 175-182.
- Kuçuradi, İoanna, *Etik*, Türkiye Felsefe Kurumu Yay, Ankara 2015.
- Kübler, Friedrich, “Hukuk Devletinde Yasama ve Yargı Organlarında Meslek Etiği” 3. Baskı, *Etik ve Meslek Etikleri* (Yayına Hazırlayan: Harun TEPE), Türkiye Felsefe Kurumu Yay, Ankara 2015, s. 177-192.
- Resnik, David B.; Elmore, Susan A., “Conflict of Interest in Journal Peer Review”, *Toxicologic Pathology*, Cilt 46, Sayı 2, Sage Publishing, 2018, s. 112-114.
- Rose, Jonathan, “The Ambidextrous Lawyer: Conflict of Interest and the Medieval and Early Modern Legal Profession”, *The University of Chicago Law School Roundtable Unbound Collections*, Sayı 7-137, 2000, s. 137-203.
- Ryan, Patrick J., “Judicial Disqualification Based on a Conflict of Interest”, *Loyola of Los Angeles Law Review*, Cilt 12, Sayı 4, 1979, s. 1057-1080.
- Shaman, Jeffrey M., “Bias on the Bench: Judicial Conflict of Interest”, *Georgetown Journal of Legal Ethics*, Cilt 3, Sayı 2, 1989, s. 245-290.
- Troy, Smith, “Prosecuting Attorneys Private Practice of The Law”, *AGO*, Cilt 51-53, Sayı 233, Washington 1952.
- Uygur, Gülriz, “Hukuk Etiğine Giriş”, [http://www.bahum.gov.tr/bahumetik/kose\\_yazileri/makale\\_bilimsel\\_yazi/1\\_makale.htm#\\_ftn1](http://www.bahum.gov.tr/bahumetik/kose_yazileri/makale_bilimsel_yazi/1_makale.htm#_ftn1) (Erişim Tarihi: 20.09.2022).
- Uygur, Gülriz, *Hukukta Adaletsizliği Görmek*, Türkiye Felsefe Kurumu Yay, Ankara 2013.

### Mevzuat

- Avukatlık Kanunu Taslağı, <http://www.kgm.adalet.gov.tr/DUYURULAR/AVUKATLIK%20KANUNU%20TASLA%C4%99EL.pdf> (Erişim Tarihi: 25.09.2022).
- Avukatlık Kanunu, Resmi Gazete S. 13168, C. 8, 1969.
- Basic Principles on The Role of Lawyers, Havana 1990.

- Ceza Muhakemesi Kanunu, Resmi Gazete S. 25673, C. 44, 2004.
- Commentary On The Bangalore Principles of Judicial Conduct, United Nations Office on Drugs and Crime, 2007.
- European Guidelines on Ethics and Conduct for Public Prosecutors The Budapest Guidelines, Budapest 2005.
- Hukuk Muhakemeleri Kanunu, Resmi Gazete S. 27836, C. 50, 2011.
- IBA International Principles on Conduct for the Legal Profession, International Bar Association Publishing, London 2011.
- The Bangalore Principles of Judicial Conduct, Hague 2002.
- Türk Medeni Kanunu, Resmi Gazete S. 24607, C. 41, 2001.
- Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları, 26 Ocak 1971 Tarihli TBB Bülteni, Ankara 1971.
- Yargıtay Cumhuriyet Savcıları Etik Davranış İlkeleri, Ankara 2017.
- Yargıtay Yargı Etiği İlkeleri, Ankara 2018.



KAMU HUKUKU / PUBLIC LAW

Araştırma Makalesi / Research Article

# İsrarlı Takip Suçu\*

The Crime of Stalking (TPC 123/A)

Şaban Cankat TAŞKIN\*\*

## ÖZ

Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne (TBMM) 2022 yılı Mart ayı içerisinde sunulan "Türk Ceza Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi" ile Türk Ceza Kanunu'nun (TCK) "Hürriyete Karşı Suçlar" başlıklı yedinci bölümüne "İsrarlı takip" başlıklı 123/A maddesi eklenmesi önerilmiştir. Teklif TBMM genel kurulu tarafından 12.05.2022 tarihinde 7406 sayılı Kanun'un 8. maddesinde kabul edilerek yasalaşmıştır. TCK m. 123/A olarak düzenlenen söz konusu düzenleme 31848 sayılı ve 27.05.2022 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanarak yayımlandığı tarih itibariyle yürürlüğe girmiştir.

Bu madde ile, ısrarlı bir şekilde fiziken takip etmek ya da haberleşme ve iletişim araçlarını, bilişim sistemlerini veya üçüncü kişileri kullanarak temas kurmaya çalışmak suretiyle bir kimse üzerinde ciddi şekilde huzursuzluk oluşmasına ya da kendisinin veya yakınlarından birinin güvenliğinden endişe duymasına neden olan faile, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası verileceği hüküm altına alınmıştır. İkinci fıkrada suçun cezayı artıran nitelikli halleri, üçüncü fıkrada ise bu suç öngörülen muhakeme (soruşturma) şartı düzenlenmiştir.

Bu düzenleme ile başta mağdurun sosyal medya hesaplarındaki hareketlerini takip ve kontrol etmek (stalking) ile bundan bağımsız olarak fiziksel dünyada mağduru sık sık aramak / mağdura sık sık mesaj göndermek ve hatta üçüncü kişileri kullanarak temasta bulunmak gibi günlük yaşamda bireylerin sıklıkla karşılaştığı ancak belli bir suç tipine girmediği için yaptırımsız kalan davranışların yaptırma bağlandığı görülmektedir.

Kişilerin huzur ve sükununu bozma suçu (TCK m. 123) bu nitelikteki eylemleri yaptırma bağlamakta yetersiz kalmaktadır. Bu nedenle, TCK'ya eklenen 123/A maddesinin önemli bir eksikliği giderdiği düşüncesindeyiz.

İsrarlı takip suçu başka ülkelerin ceza kanunlarında da düzenlenmektedir. Ancak diğer ülke düzenlemeleri, bazı yönleriyle TCK'daki düzenlemeden farklılıklar içermektedir. Çalışmamızda, ısrarlı takip suçu, diğer ülkelerdeki benzer suç tipleriyle ile kıyaslanarak değerlendirilmektedir.

**Anahtar kelimeler:** İsrarlı takip suçu, TCK 123/A, stalking, siberstalking, kişilerin huzur ve sükununu bozma, ciddi huzursuzluk, fiziksel takip.

\* Makale gönderim tarihi: 06.12.2022. Makale kabul tarihi: 09.05.2023. Şaban Cankat Taşkın, "İsrarlı Takip Suçu", *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 10, Sayı 1, 2023 s. 91-135, <https://doi.org/10.46547/imuhfd.2023.10.1.5>.

\*\* Dr. Öğr. Üyesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi, [cankattaskin@aydin.edu.tr](mailto:cankattaskin@aydin.edu.tr), <https://orcid.org/0000-0001-6312-472X>.

## ABSTRACT

With the „Draft Law Amending the Turkish Penal Code and Some Laws“ submitted to the Turkish Grand National Assembly (TBMM) in March 2022, the seventh chapter of the Turkish Penal Code (TCK) titled „Crimes Against Freedom“, titled „The Crime of Stalking“. It is suggested to add article 123/A. The proposal was accepted by the General Assembly of the Grand National Assembly of Turkey on 12.05.2022 in Article 8 of the Law No. 7406 and became law. The said regulation, which was issued as 123/A, entered into force as of the date it was published by being published in the Official Gazette numbered 31848 and dated 27.05.2022.

With the proposed regulation, following and controlling (stalking) the movements of the victim on social media accounts and accordingly calling the victim frequently / sending messages to the victim frequently, getting angry when there is no response, are sanctioned. The crime of deterioration of the peace and tranquility of people (TPC 123) cannot sanction such actions. For this reason, we think that Article 123/A of the TPC eliminates a serious deficiency.

Stalking is regulated as a crime in the penal laws of other countries. However, other country regulations differ from the proposal in some aspects. In our study, stalking crime was evaluated by comparing it with its counterparts in other countries.

**Keywords:** the crime of stalking, TCK 123/A, stalking, cyberstalking, crime of deterioration of the peace and tranquility of people, serious uneasiness, physical pursuit.

## Giriş

Türk Ceza Kanunu'na yeni giren TCK 123/A maddesi ile ısrarlı bir şekilde fiziken takip etmek ya da haberleşme ve iletişim araçlarını, bilişim sistemlerini veya üçüncü kişileri kullanarak temas kurmaya çalışmak suretiyle bir kimse üzerinde ciddi şekilde huzursuzluk oluşmasına ya da kendisinin veya yakınlarından birinin güvenliğinden endişe duymasına neden olan faile altı aydan iki yıla kadar hapis cezası verileceği hüküm altına alınmış; ikinci fıkrada suçun cezası artıran nitelikli halleri, üçüncü fıkrada ise suçun muhakeme (soruşturma) şartı düzenlenmiştir<sup>1</sup>.

1 Düzenleme şöyledir:

“Israrlı takip

Madde 123/A: “(1) Israrlı bir şekilde; fiziken takip etmek ya da haberleşme ve iletişim araçlarını, bilişim sistemlerini veya üçüncü kişileri kullanarak temas kurmaya çalışmak suretiyle bir kimse üzerinde ciddi şekilde huzursuzluk oluşmasına ya da kendisinin veya yakınlarından birinin güvenliğinden endişe duymasına neden olan faile altı aydan iki yıla kadar hapis cezası verilir.

(2) Suçun;

a) Çocuğa ya da ayrılık kararı verilen veya boşandığı eşe karşı işlenmesi

b) Mağdurun okulunu, işyerini, konutunu değiştirmesine ya da okulunu veya işini bırakmasına neden olması

c) Hakkında uzaklaştırma ya da konuta, okula ya da işyerine yaklaşmama tedbirine karar ver-

Suç tipiyle, mağdurun sosyal medya hesaplarındaki hareketlerini takip ve kontrol etmek (stalking) ve buna bağlı olarak mağduru sık sık aramak / mağdura sık sık mesaj göndermek vb. davranışların getirilen düzenleme ile yaptırımı bağlandığı söylenebilir. Zira hakaret, şantaj, tehdit gibi eylemlerin TCK'da açık yaptırımı varken, kişinin sosyal medya hesabındaki hareketlerin takip edilmesi şeklindeki eylem TCK m. 123'deki suç tipiyle tam olarak karşılanamamaktadır<sup>2</sup>. Bu konudaki diğer önemli etken ise ısrarlı takip olarak belirtilen hareketlerin birçoğunun aslında hukuka uygun eylemler olarak her gün karşılaşılabilen davranışlar olmasıdır. Bu nedenle, TCK'ya 123/A şeklinde bir maddenin eklenmesinin bir gereklilik olduğu ve ciddi bir gereksinimi karşıladığı düşüncesindeyiz<sup>3</sup>.

Israrlı takip suçunun başka ülkelerin ceza kanunlarında da yer aldığı görülmektedir. Ancak diğer ülke düzenlemeleri ile TCK'daki düzenleme bazı yönlerden farklılıklar taşımaktadır. Getirilen düzenlemenin karşılaştırmalı hukuktaki benzer düzenlemelerle kıyaslanmasıyla, düzenleme hakkındaki eleştiriler aşağıda belirtilmiştir.

## I. Tanım, Kavram ve Karşılaştırmalı Hukuktaki Durum

### A. Siber Zorbalık, Siber Taciz, Israrlı Takip Kavramlarının Karşılaştırılması

Sözlükte “zorbaca davranışta bulunma, müstebitlik” olarak ifade edilen zorbalık (bullying) kavramı, kasıtlı olarak güç kullanarak, tehdit veya başka bir şekilde başka bir insan üzerinde egemenlik kurulması veya başkasının incitilmesi olarak tanımlanabilir<sup>4</sup>.

ilen fail tarafından işlenmesi, halinde faille bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası verilir.

(3) Bu maddede düzenlenen suçun soruşturulması ve kovuşturulması şikayete bağlıdır”

- 2 Şaban Cankat Taşkın, “Stalking (Siber Gözetlenme) Eyleminin Ceza Hukukundaki Yaptırımının Değerlendirilmesi”, *Uluslararası Bilişim ve Teknoloji Hukuku Sempozyumu, Tebliğler Kitabı*, (Ed: Şerafettin Ekici, Ekrem Solak, Muhammed Emre Avşar), Adalet Yayınevi, Ankara, Aralık 2021, s. 307. (Siber Gözetlenme), Aynı yönde bkz: Neslihan Can, “Stalking By Partner In The Context of Violence Normalised Myths”, *The 10th Anniversary of the Istanbul Convention, Italian- Turkish Conference*, Pisa, 18th June 2021, Edited by: Valentina Bonini, Rahime Erbaş, 2021, Pisa University Press, s. 167,
- 3 Taşkın, Siber Gözetlenme, s. 308. Aynı yönde bkz: Can, Stalking, s. 166, 167, 170. Aynı yönde ayrıca bkz: Volkan Maviş, “Ceza Hukuku Boyutuyla Siber Zorbalık”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 29, Sayı 3, 2021, s. 2475-2488. Aksi yöndeki görüş için bkz: Kerim Çakır, “Sosyal Ağlarda Siber Zorbalık ve Ceza Hukuku”, *Uluslararası Bilişim ve Teknoloji Hukuku Sempozyumu, Tebliğler Kitabı*, Ed: Şerafettin Ekici, Ekrem Solak, Muhammed Emre Avşar, Adalet Yayınları, Ankara, 2021, s. 206. Yazar, TCK'daki hakaret, tehdit, taciz, kişinin huzuru ve sükununu bozma suçları gibi suç tiplerinin ısrarlı takip eylemini zaten karşıladığı, bu nedenle ayrı bir düzenlemeye gerek olmadığı keza beyan suçu niteliğindeki siber zorbalığın ceza kanununda ayrıca düzenlenmesinin belirlilik ve orantılılık ilkeleri bakımından ciddi sorunlara yol açabileceği görüşündedir. Benzer görüş için bkz: Maviş, s. 2491.
- 4 Esra Gökçen Kaygısız, “Şiddetin E-Hali: Siber Zorbalık”, *TİHEK Akademik Dergisi Şiddetin Önlenmesi Özel Sayısı*, Sayı 4-5, 2020, s. 162, 163.

Siber zorbalık (cyber-bullying) ise, zorbalığın internet ve bu ağda yer alan özellikle sosyal medya mecraları üzerinden gerçekleştirilen görünümüdür<sup>5</sup>. Siber zorbalık temel anlamda sanal ortamda gerçekleşmesi bakımından geleneksel zorbalıktan ayrılır<sup>6</sup>. Öyleyse, siber zorbalığı mağdurun iç huzurunun sosyal medya mecraları, e posta ve diğer internet uygulamaları gibi iletişim araçları aracılığıyla bozulması; mağdurun rahatsız edilmesi, küçük düşürülmesi, kişisel bilgilerinin yayılması olarak tanımlamak mümkündür<sup>7</sup>. Ancak kavramı kesin olarak tanımlamak, pek çok davranışın siber zorbalık olarak tanımlanabilmesinden ötürü oldukça güçtür<sup>8</sup>.

Başka bir söyleyişle siber zorbalık, bilgi ve iletişim teknolojileri veya iletişim ağları vasıtasıyla bir bireyin veya grubun bir başka birey veya grup tarafından tehdit edici, onur kırıcı, ırkçı<sup>9</sup> veya utandırıcı nitelikte mesaj veya görsel paylaşımlarla sürekli olarak rahatsız edilmesidir<sup>10</sup>.

Siber zorbalık, bir ya da birden fazla kişinin elektronik iletişim araçlarını kullanmak suretiyle anlık veya sürekli olarak, kendisini savunma gücüne sahip olmayan bir kişi ya da gruba yönelik olarak kasıtlı bir şekilde gerçekleştirilen; teknik yöntemler kullanılarak uygulanan psikolojik, sosyal, sözel veya görsel saldırgan davranışlar olarak da tanımlanabilir<sup>11</sup>. Bu nedenle, siber zorbalıkta failin geleneksel zorbalıktan farklı olarak mağdurla mutlaka yüz yüze gelmesine gerek yoktur<sup>12</sup>. Geleneksel zorbalıkla siber zorbalık arasındaki en temel fark

5 Fabio Sticca, Sonja Perren, "Is Cyberbullying Worse than Traditional Bullying? Examining the Differential Roles of Medium, Publicity, and Anonymity for the Perceived Severity of Bullying", *Journal of Youth and Adolescence*, Cilt 42, 2013, s. 739-750; Nick Hunter, *Cyber Bullying (Hot Topics)*, Raintree Books, London, 2012, s. 6.

6 John M. Hyland, Pauline K. Hyland, Lucie Corcoran, *Cyber Aggression and Cyberbullying (Widening the Net)*, içinde: Hamid Jahankhani (Editor), *Cyber Criminology*, Springer, Cham, 2018, s. 55.

7 Kaygısız, s. 164.

8 Sharlene Chadwick, *Impacts of Cyberbullying, Building Social and Emotional Resilience in Schools*, Springer, London, 2014, s. 2.

9 Siber ırkçılık da siber zorbalık kapsamındadır, bkz: Gail Mason, Natalie Czapski, "Regulating Cyber Racism", *Melbourne University Law Review*, Cilt 41, 2017, s. 28. Siber ırkçılık Avusturya'da 1992 tarihli Yayın Hizmetleri Yasası ile yasaklanmış ve cezai yaptırıma bağlanmıştır. Bkz: Mason/Czapski, s. 287, 298, 302, 304.

10 Çakır, s. 197; Hunter, s. 10, s.18; Jordana Navarro, "Virtual danger An overview of interpersonal cybercrimes", s. 112 (içinde: *The Human Factor of Cybercrime*, Rutger Leukfedt, Tomas J. Holt ,Editors), Routledge, New-York 2020.

11 Servet Yetim, "Siber Zorbalık, Türkiye ve ABD Karşılaştırması (ABD v Drew Dosyası)", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 120, 2015, s. 328; Justin W. Patchin, Sameer Hinduja, *Cyberbullying An Update and Synthesis of the Research*, içinde: Hinduja, S., & Patchin, J. W., *Bullying beyond the schoolyard: Preventing and responding to cyberbullying*. Thousand Oaks, CA: Sage Publications, 2009, Corwin Press, s. 14

12 Yetim, s. 330.

da budur. Zira siber zorbalıkta mağdur çoğu kez failin kim olduğundan habersizdir; keza klasik zorbalıkta mağdurun vücut bütünlüğü tehdit altındayken siber zorbalıkta ruh bütünlüğü tehdit altındadır<sup>13</sup>. Geleneksel zorbalıkta da siber zorbalıkta da faille mağdur arasında güç dengesizliği bulunmaktadır ve her iki zorbalık türünde de fail eylemini kendisini savunması zor olan veya mümkün olmayan mağdura yönelir<sup>14</sup>. Siber zorbalık çevrimiçi olarak gerçekleşir, ancak çevrimdışı alanlara da taşınabilir. Aynı şekilde, çevrimdışı dünyada başlayıp çevrimiçi davranışlara da dönüşebilir. Farklı şekillerde ortaya çıkabilir. Sadece kelimelerde değil, resimlerde ve videolarda var olabilir ve herhangi bir toplumun herhangi bir üyesi için herhangi bir düzeyde ortaya çıkabilir<sup>15</sup>.

Siber zorbalık kavramını ilk kullanan Kanadalı eğitimci Bill Belsey, kavramı bilişim araçları ve e-posta, cep telefonu, telefon, çağrı cihazı gibi farklı iletişim araçları üzerinden, değişik yöntemlerle (web sitesi, metin mesajı, anlık yazışma gibi) mağdurlara zarar vermek amacıyla bireyler veya gruplar tarafından kasten ve sistematik/düzenli olarak gerçekleştirilen düşmanca davranışlar olarak tanımlamıştır<sup>16</sup>.

Siber zorbalık<sup>17</sup> (cyberbullying) ile siber takip (cyberstalking), birbirine yakın özellikler taşımakla birlikte, farklı kavramlardır<sup>18</sup>. Siber takip, tekrarlayan taciz ve tehdit edici iletişimler yoluyla başka bir kişiyi takip etmek için elektronik iletişimin kullanılması anlamına gelir<sup>19</sup>. Başka bir deyişle siber takip, mağdurun rızası dışında herhangi bir bireyin internet etkinliğini izlemek, mağdurun en çok etkileşimde bulunduğu akranlarını/arkadaşlarını bulmak, mağdur adına örneğin sahte bir facebook hesabı oluşturmak, kendisine veya kendisine e-posta göndermek veya mesajlaşmak gibi yöntemlerle gerçekleştirilebilir<sup>20</sup>.

13 Yetim, s. 333.

14 Pavica Sheldon, Philipp A. Rauschnabel, James M. Honeycutt, *The Dark Side of Social Media (Psychological, Managerial and Societal Perspectives)*, Elsevier Inc, UK, 2019, s. 77.

15 Alison Attrill-Smith, Caroline Wesson, "The Psychology of Cybercrime", içinde: Thomas j Holt, Adam M Bossler (Editors), *The Palgrave Handbook of International Cybercrime and Cyberdeviance*, Palgrave-Mac Millan, Switzerland 2020, s. 665.

16 Nicola Simmons, Keel Cottrelle, *Cyber-bullying and The Law*, s. 3. [http://www.mbfxc.com/uploads/4/1/8/4/4184069/cyberbullying\\_and\\_the\\_law.pdf](http://www.mbfxc.com/uploads/4/1/8/4/4184069/cyberbullying_and_the_law.pdf) (Erişim Tarihi: 29.10.2021).

17 Kate E. Schwartz, "Criminal Liability for Internet Culprits: The Need for Update State Laws Covering The Full Spectrum of Cyber Victimization", *Washinton University Law Review*, Cilt 87, Issue 2, January 2009, s.411. Aynı yönde bkz Jacqueline D. Lipton, "Combating Cyber-Victimization", *Berkeley Technology Law Journal*, Cilt 26, Spring 2011, s. 1109-1112.

18 Lipton, s. 1108.

19 Kowalski, Susan P. Limber, Patricia W. Agatston, *Cyber Bullying, Bullying in the Digital Age*, Blackwell Publishing, First Published, UK, 2008, s.50; benzeri yönde bkz Sheldon & Rauschnabel & Honeycutt, s.76.

20 Philip Cook, Tammy L Hodo, *When Women Sexually Abuse Men (The Hidden Side of Rape, Stalking, Harassment, and Sexual Assault)*, Preager, USA, 2013, s. 105.

Fail, siber takipte mağdurun akranlarını/arkadaşlarını mağduru tehdit edici / taciz edici / karalayıcı içeriklerle kötüler veya mağdurun kişisel siber alanını işgal ederek mağdurda korku yaratır<sup>21</sup>. Ancak her iki eylemde de süreklilik esastır<sup>22</sup>.

İfade edilmesi ve dikkat çekilmesi gereken husus şudur ki siber ısrarlı takip siber zorbalığın değil siber tacizin bir türüdür. Bu nedenle siber ısrarlı takip kavramının siber tacizin ve dolayısıyla siber ısrarlı takibin bir türü olarak anlaşılması gerekir<sup>23</sup>.

Ne var ki bir eylemin süreklilik taşıyıp taşımadığı konusunda kesin bir ölçüt bulunmamakla birlikte, Bedfordshire Üniversitesi bünyesinde bulunan Ulusal Siber-Stalking Araştırma Merkezi (The National Centre for Cyberstalking Research: NCCR)<sup>24</sup> bir eylemde ısrar unsurunun gerçekleşmiş sayılması için eylemin en az dört haftalık bir süreçte asgari on kez tekrarlanması gerektiğine işaret etmektedir<sup>25</sup>. Kaliforniya Ceza Kanununda (paragraf 646.9) ise ısrar unsurunun gerçekleşmesi için eylemin “belirli bir süre içinde en az iki kez işlenmesi” şartı aranmaktadır<sup>26</sup>.

Başka bir görüş ise bir eylemin siber takip sayılabilmesi için ısrar, mağdurun kişisel mahremiyetine saldırı, mağdurun tehdit ve rahatsız edilmesi ile bu unsurun yargısal anlamda kanıtlanabilir veya soruşturulabilir olması ile mağdurun kendisine, ailesine, evcil hayvanlarına, sosyal medya hesaplarına mallarına yönelik ciddi bir tehlikenin oluşması durumunda o eylemin siber ortamdaki ısrarlı takip olarak tanımlanabileceğini ifade etmektedir<sup>27</sup>. Bu nedenle siber takipte, sanal ortamda çevrim içi veya çevrimdışı şekilde mağdurla, elektronik cihazları, zaman ve ortam tanımadan kullanarak bir temas söz konusudur<sup>28</sup>.

21 Debarati Halder, K Jaishankar, *Cyber Crime and the Victimization of Women (Laws, Rights and Regulations)*, Information Science Reference, USA, 2012, s. 131.

22 Patchin, Hinduja, s. 14.

23 Richard A Lingg, “Stopping Stalkers: A Critical Examination of Anti-Stalking Statutes”, *St John's Law Review*, Cilt 67, Sayı 2, 1993, s. 375.

24 <https://www.beds.ac.uk/nccr/> (Erişim Tarihi: 19.7.2022).

25 Haider M al- Khateeb, Gregory Epiphaniou, *How technology can mitigate and counteract cyber-stalking and online grooming*, Computer Fraud & Security, 2016, s. 14. Nitekim pek çok ülkede, ısrarlı takipten soruşturma açılabilmesi için en az iki kez ortalama bir insanın huzur ve sükununu bozabilecek veya ona zarar verebilecek eylemlerin varlığı şartı aranmaktadır. (Bozbayındır & Önok, s. 304)

26 Soygüt, s. 2803. Eylemin en az iki kez tekrarlanması durumunda ısrarlı takip oluşturacağına ilişkin başka bir görüş için bkz Alper Uyumaz, İdris Akdağ, “Türk Özel Hukukunda Şiddet ve İsrarlı Takip Kavramı İle İsrarlı Takip Mağdurunun Korunması”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 19, Sayı 2, 2015, s. 56.

27 Sheldon, Rauschnabel, Honeycutt, s. 77.

28 Sheldon, Rauschnabel, Honeycutt, s. 77.

Buna karşın siber zorbalık, herkese açık duyuru panoları, sohbet odaları, e-postalar, bloglar vb. sanal alanlar dahil olmak üzere siber alanda sert veya kaba kelimelerle mağdura saldırmak anlamında kullanılabilir. Bu bağlamda siber zorbalık özellikle kişinin vücut şekli, cinsiyeti, fiziksel veya zihinsel yeter-sizliği, ırkı, rengi, görüşü, eğitim durumu, dili vb. ile alay etmek için yapılır<sup>29</sup>.

Bu bağlamda siber zorbalık bilişim sistemleri aracılığıyla bir başka internet kullanıcıyı korkutmak, tehdit etmek, aşağılamak olarak tanımlanabilir<sup>30</sup>. Ne var ki kavramın belli eylemlerle sınırlandırılabilmesi ve kesin olarak tanımlanması oldukça güçtür<sup>31</sup>.

Siber zorbalığa (ve niteliğine uygun düştüğü ölçüde siber takibe) verilebi-lecek en yaygın örnekler, mağdurun sosyal medya üzerinden taciz edilmesi, mağdura sosyal medya üzerinden şantaj yapılması, mağdura sosyal medya üzerinden hakaret edilmesi, mağdura aşırı yakınlık gösterilmesi<sup>32</sup> ve küçük düşürülmesi<sup>33</sup>, mağdurun rızası olmadan sosyal medya profiline ısrarla bakılması, mutlu tokat (happy slapping)<sup>34</sup>, mağdur adına sahte hesap profilleri oluşturulması, mağdurun sosyal medya hesaplarındaki hareketlerinin sürekli izlenmesi, mağdurun sık sık aranması, mağdura sık sık kısa mesaj gönderilme-si, şifrelerinin kırılması gibi mağdurun iç huzurunu ve dengesini bozan ancak belli hareketlerle sınırlandırılmayan eylemlerdir<sup>35</sup>. Bu bağlamda kişilere on-line ortamda rahatsızlık verme, hareket etme, kişileri taciz ve tehdit etme si-

29 Halder, Jaishankar, s. 131.

30 Raphael Almagor-Cohen, *Confronting The Internet's Dark Side, Moral and Social Responsibility on The Free Highway*, Cambridge University Press, First Published 2015, s.99.

31 Gülşah Bozbayındır-Bostancı, "Cyberbullying and Criminal Law", İstanbul *Hukuk Mecmuası*, Cilt 77, Sayı 1, 2019, s. 427; Emily Finch; The Criminalisation of Stalking: *Constructing The Problem And Evaluating The Solution*, Cavendish Publishing, First Published in Great Britain, 2001, s. 1 & 9-10.

32 Mağdura aşırı yakınlık gösterilmesi de "stalking" eyleminin bir türüdür. Daniel C. Semenza, "Dating and Sexual Relationships in the Age of the Internet", içinde: Thomas j Holt, Adam M Bossler (Editors), *The Palgrave Handbook of International Cybercrime and Cyberdeviance*, Palgrave-Mac Millan, Switzerland 2020, s. 1079.

33 Małgorzata Skórzewska-Amberg, M. Global Threats But National Legislations—How to Adapt to the New Cyberspace Society, In: Emilio C. Viano (Editor), *Cybercrime, Organised Crime, and Societal Responses (International Approaches)*, Springer Publishing, Switzerland, 2017, s. 70.

34 "mutlu tokat": mağdurun çaresiz veya düşkün anındaki görüntülerinin cep telefonuna gülerak kaydedilerek sosyal medyada sanki eğlenceli bir durum varmış gibi yayınlanması ve izleyenlerin bundan keyif almasının istenmesidir. Burada genellikle arkadaş olan saldırganlardan birisi gözüne kestirdiği bir kişiye (genellikle mağdur genç olur) aniden tokat atar ve diğer saldırgan da bu anı kameraya alır, ardından sosyal medyada paylaşır. Davranış çoğu kez tokattan öteye geçerek yasal sonuçlar doğurabilecek düzeye erişir. Kowalski/ Limber/ Agatston, s. 46, s. 51.

35 Kaygısız, s.162; Kowalski, Limber, Agatston, s. 46-51; Navarro, s. 117.



ber zorbalığın en yaygın görünümüleri olarak ifade edilebilir<sup>36</sup>. Bunun yanı sıra mağdurun etnik kökeni, dini, cinsiyeti, sosyal ve ekonomik durumu veya diğer kişisel özellikleri hakkında nefret içerikli söylemlerle mağdurun rahatsız edilmesi, kimliğinin çalınması, mağdur adına sahte sosyal medya hesabı oluşturulması, mağdurun sosyal medya platformlarından rızası hilafına çıkarılması gibi görünümüleri de siber zorbalık ortaya çıkabilmektedir<sup>37</sup>. İlerleyen süreçte, teknolojideki gelişime bağlı olarak çok farklı eylemler siber zorbalık kapsamında değerlendirilebilecektir<sup>38</sup>.

Siber taciz ise (cyber harrasment), bir kişinin gelen kutusuna istenmeyen e-postalar göndermek, sohbet etmek için kişinin kimliğini zorla bir sohbet grubuna dahil etmek, kişiye taciz edici / alaycı / zorbalık içerikli mailler göndermek suretiyle ve genellikle sözlü eylemlerle işlenebilir ve/veya bu tip eylemleri içerebilir. Siber tacizin en yaygın görünümü mağdura istenmeyen mailler/mesajlar gönderilmesi, mağdurun siber ortamda takip edilmesi, siber mahremiyetin ihlal edilmesi, mağdura yönelik nefret propagandası yapılması, internet ortamında mağdur hakkında başkalarına karalayıcı bilgilerin gönderilmesi, dijital ortamların izinsiz kullanımı gibi eylemlerle ancak daha çok sözlü veya cinselliğe yönelik eylemlerle ortaya çıkabilir<sup>39</sup>.

Siber şantaj (cyber blackmailing) ise, kişinin gelen kutusuna tehdit içeren e-postalar/mesajlar göndermek, alıcıdan gönderenin taleplerine uymasını istemek veya mağdura özel bilgilerinin ifşa edileceğini veya yanlış bir şekilde gösterileceğini bildirerek şantaj yapmak anlamındadır. Siber şantaj bu türden eylemleri içerir ve böylece fail mağdurun itibarına zarar vermeyi amaçlar<sup>40</sup>.

Siber nefret propagandası (siber ırkçılık: Cyber hate propaganda) eyleminde gönderen fail ile birden fazla alıcı arasında, belirli bir kişiye (mağdura) yönelik, o kişinin görüşü, ırkı, cinsiyeti vb. nedenlerle nefret yaymak amacıyla mağdurla iletişim kurulmasının sağlanması amaçlanır<sup>41</sup>.

Bu eylemleri (siber zorbalık veya siber takip) suç olarak düzenleyen ülkelerde suç tipleri maddi ve manevi unsurları, fail ve mağdurları ve korudukları

36 Çakır, s. 199; Sheldon, Rauschnabel, Honeycutt, s.78; George E. Higgins, Jason Nicholson, "The General Theory of Crime", içinde: Thomas j Holt, Adam M Bossler (Editors), *The Palgrave Handbook of International Cybercrime and Cyberdeviance*, Palgrave-Mac Millan, Switzerland 2020, s. 575.

37 Yetim, s. 328,335; Sheldon/ Rauschnabel, Honeycutt, s. 78.

38 Yetim, s. 337.

39 Halder, Jaishankar, s. 131.

40 Halder, Jaishankar, s. 131.

41 Halder, Jaishankar, s. 132.



hukuki değer bakımından farklılıklar gösterir<sup>42</sup>. Ne var ki bu kavramların zaman zaman yasal düzenlemelerde birbirlerinin yerine kullanıldıklarına rastlanılmaktadır<sup>43</sup>. Zira yukarıda da kısaca özetlendiği üzere, özellikle siber takip, siber taciz, siber zorbalık eylemleri arasında belirgin farklılık yoktur ancak siber zorbalığın tüm bu kavramlardan daha geniş bir içeriğe sahip olduğu ifade edilebilir. Ne var ki ısrarlı takip eyleminin mutlaka siber ortamda gerçekleşmesi gerekmez. Bu nedenle ısrarlı takip siber takipten daha geniş içeriğe sahiptir. Yine yukarıda ifade edildiği üzere, siber ısrarlı takip siber zorbalığın değil siber tacizin bir türüdür. Bu nedenle siber ısrarlı takip kavramının siber tacizin ve dolayısıyla siber ısrarlı takibin bir türü olarak anlaşılması gerekir<sup>44</sup>.

Bir görüş, süreklilik oluşturan siber ırkçılık eyleminin de siber zorbalık kapsamında kabul edilmesi gerektiğini öne sürmektedir<sup>45</sup>. Buna karşın mağdurun karşısına beklenmeyen zamanlarda ve mağdur istemediği halde sık sık çıkılarak mağdurla istemi dışında iletişim kurulmaya çalışılması ise siber zorbalık değil, siber tacizin bir görünümü olan ısrarlı takip kapsamında rahatsızlık verici bir eylem olarak düşünülebilir<sup>46</sup>. Keza GPS, izleme cihazları veya başka bir yöntemle mağdurun konumunun sürekli izlenmesi de ısrarlı takip kapsamında kabul edilebilir<sup>47</sup>. Ancak eylemin ısrarlı takip olarak kabul edilmesi için mutlaka internet üzerinden gerçekleştirilmesi gerekmez. İsrarlı takip, internet üzerinden gerçekleştirilmişse buna ısrarlı siber takip (cyber stalking) denebilir.

İncelediğimiz TCK'nın 123/A maddesi kapsamında, rahatsızlık verici ve mağdurun iç huzurunu bozucu nitelikteki bir eylem internet üzerinden ısrarla gerçekleştiriliyorsa bu eylemin siber takip; internet ortamından veya fiziki

42 Cassie Cox, "Protecting Victims Of Cyberstalking, Cyberharassment, and Online Impersonation Through Prosecutions and Effective Laws", *Jurimetrics*, Spring 2014, Cilt 54, Sayı 3, (Spring 2014), Published by: American Bar Association, s. 279.

43 Yetim, s. 333; Shwartz, s. 410; Lipton, s.1112; Oriola Sallavaci, "Crime and Social Media: Legal Responses to Offensive Online Communications and Abuse", içinde: Hamid Jahankhani (Editor), *Cyber Criminology*, Cham, 2018, s. 5.

44 Ligg, s. 375.

45 Mason, Czapski, s. 284.

46 Ahmet Türkmen, "Yeni Bir Hukuki Olgu Olarak İsrarlı Takip ve Taciz (Stalking) ve Bunun Türk Medeni Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi," *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 11, Özel Sayı 2009, 2010, s. 1390.

47 Trisha Whitmire, The Arrest and Prosecution of Cyber Stalkers: How „Rational“ are Criminal Justice Decision Makers?", *Spring Term Thesis*, University of Central Florida, 2020, s. 1 <https://stars.library.ucf.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1150&context=etd2020> (Erişim Tarihi: 29.10.2021). Cox, Cyberstalking, s. 291; Cook, Hodo, s.105; Andréa Becker, Jessie V. Ford, Timothy J. Valshtein, *Confusing Stalking for Romance: Examining the Labeling and Acceptability of Men's (Cyber)Stalking of Women*, Springer Science+Business Media, LLC, part of Springer Nature 2020, (Published online: 25 November 2020); Navarro, s. 122; Semenza, s. 1079.

takip şeklinde ısrarla gerçekleştiriliyorsa bu eylemin ısrarlı takip olarak tanımlanabilmesinin mümkün olduğunu düşünüyoruz. Zira madde metnindeki “*Israrlı bir şekilde; fiziken takip etmek ya da haberleşme ve iletişim araçlarını, bilişim sistemlerini veya üçüncü kişileri kullanarak temas kurmaya çalışmak suretiyle bir kimse üzerinde ciddi şekilde huzursuzluk oluşmasına ya da kendisinin veya yakınlarından birinin güvenliğinden endişe duymasına neden olan faile...*” ifadesi, ısrarlı takip eyleminin fiziken ve/veya online ortamda gerçekleştirilebileceğine işaret etmektedir<sup>48</sup>. Konunun detaylarına çalışmamızın ilerleyen başlıklarında girilmiştir.

Yetişkin de olsa bir kimseye ısrarla rahatsızlık verilmesi, online ortamda veya fiziken, değişik yöntemlerle bir kimsenin takip edilmesi ısrarlı takip (stalking) kapsamında kabul edilebilir<sup>49</sup>.

Bu bağlamda, zorbalık (bullying) üst kavramının siber zorbalık (cyber bullying) ve siber siber takipçilik (cyberstalking) ile ısrarlı takip (stalking) eylemlerini de kapsadığı ifade edilebilir. Örneğin mağdurun fiziken takip edilmesi siber zorbalık kapsamında sayılmasa da belli koşulların varlığında TCK 123/A'daki siber tacizin bir türü olan ısrarlı takip kapsamında kabul edilebilir. Zira fiziken takipte faille mağdurun mutlaka aynı ortamda bulunması gerekir<sup>50</sup>.

Bir görüşe göre (siber ortamdaki) ısrarlı takip eylemini (siber) zorbalıktan ayıran en önemli ölçüt, failin veya mağdurun çocuk ya da genç olmasıdır. Eğer fail ya da mağdur çocuk veya genç ise eylem (siber) zorbalık, değilse (siber ortamdaki) ısrarlı takip olarak tanımlanmaktadır<sup>51</sup>. TCK 123/A kapsamında failin çocuk ya da yetişkin olması eylemin niteliğini değiştirmedığı, mağdurun çocuk olmasının ise ağırlaştırıcı neden olarak düzenlendiği ve siber ısrarlı takibin siber zorbalığın değil, siber tacizin bir görünümü oluşu da gözetildiğinde, bu görüşe katılmadığımızı ifade ediyoruz.

## **B. Israrlı Takip Kavramı ve Tanımı**

Kelime anlamı olarak stalking, hayvanların bir avı öldürmek veya yakalamak için gizlice izlemesi anlamına gelen İngilizce bir sözcüktür<sup>52</sup>. Kavramın sözcük

48 Murat Balcı, Kerim Çakır, “Israrlı Takip Suçu (TCK 123/A)”, *Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, , Cilt 10, Sayı 2, Aralık 2022, s. 325. (Israrlı Takip)

49 Lipton, s. 1109-1112.

50 Naomi Harlin Goodno, *Cyberstalking, a New Crime: Evaluating the Effectiveness of Current State and Federal Laws*, s. 6. <https://law.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=7936&context=expresso> (Erişim Tarihi: 29.10.2021).

51 Yetim, s. 329; al- Khateeb, Epiphaniou, s. 14

52 Jenny Korkodeilou, *Victims of Stalking: Case Studies In Invisible Harms*, Palgrave Macmillan, Cham, 2020, s. 13.

anlamı “musallat olma, sırnaşma veya dadanma” olarak da ifade edilebilir<sup>53</sup>. Kavram kabaca, bir kişiyi onun rızası olmadan sürekli şekilde gözetlemek olarak tanımlanabilir<sup>54</sup>. Suç boyutuyla ısrarlı takip, mağdurun güvenliğini tehdit eden failin kasıtlı, kötü niyetli, tekrar tekrar devam eden eylemiyle mağdurun iç huzurunu bozması olarak ifade edilebilir<sup>55</sup>. Bu nedenle, hukuken kavramın mutlaka mağdurun fiziken takip edilmesi şeklinde anlaşılması gerekir<sup>56</sup>. Ancak kavramın psikoloji, tıp, hukuk, eğitim gibi farklı bilim alanlarıyla bağlantısı bulunduğu için kavramı kesin olarak tanımlamak oldukça zordur<sup>57</sup>. Keza, kavramın farklı hukuk disiplinleri arasında da farklı şekillerde ifade edildiği belirtilmelidir<sup>58</sup>.

Hukuki anlamıyla kavram genellikle bir kimseden diğerine yönelen ve mağdur üzerinde korkuya neden olacak sonuçlara yol açan, istenmeyen tekrarlanan, rahatsız edici saldırıları tanımlamak için kullanılsa da rahatsız ediciliğin ve tacizin boyutunun yahut sıklığının ne olacağı konusunda kesin belirlemeler yoktur<sup>59</sup>.

Bunun en temel sebebi, ısrarlı takip kavramının çok farklı davranış şekilleriyle ortaya çıkabilmesinin ve bu anlamda başlangıçta tamamen zararsız gibi görünen bazı davranışların rehin alma, insan öldürme ve ciddi tehdide kadar uzanabilmesidir<sup>60</sup>. Kavramın kesin ve kapsayıcı bir tanımı olmadığını ifade etmek gerekir<sup>61</sup>. Yine de siber takip eylemi kabaca bir kimsenin elektronik özellikli veya internet özellikli taşıyan cihazlar kullanarak tekrar tekrar takip edilmesi olarak tanımlanabilir<sup>62</sup>.

Bir eylemin ısrarlı takip kapsamında kabul edilebilmesinin en temel koşulu mağdurun sürekli, zaman ve yerden bağımsız olarak fail tarafından ısrarla

53 Soygüt, s. 2785. Özlem Yenerer Çakmut, *Kişilerin Huzur ve Sükununu Bozma ve Gürültüye Neden Olma Suçları*, Beta Yayıncılık, İstanbul 2014, s.79, Recep Doğan, “Kadına Yönelik Şiddetin Bir Türü Olarak, İsrarlı Takip (Stalking) Kavramı ve Suçu”, *Ankara Barosu Dergisi*, Sayı 2, 2014, s. 138.

54 Süleyman Özar, “İsrarlı Takip Suçu”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Sayı 71/3, 2022, s. 1400.

55 Cook, Hodo, s. 74.

56 Selin Türkoğlu, *Ceza Hukuku Açısından İsrarlı Takip*, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 9.

57 Soygüt, s. 2785.

58 Uyumaz, Akdağ, s. 52.

59 Korkodeilou, s.18; Janine Kremling, Amanda M. Sharp Parker, *Cyberspace, Cybersecurity, and Cybercrime*, Sage Publications, USA, 2018, s. 163.

60 Korkodeilou, s. 12, 18.

61 Korkodeilou, s. 12; Kremling, Parker, s.163; Navarro, s. 117.

62 Navarro, s. 117.

rahatsız edilerek iç huzurunun bozulmasıdır<sup>63</sup>. Yasal düzenlemelerde genel anlamda bir eylemin ısrarlı takip olmasının ön koşulu olarak failin davranışının mağdur üzerinde makul ve ciddi bir korku yaratmasının arandığı söylenebilir<sup>64</sup>.

“Stalking” kavramının dilimizde tam karşılığı olmadığı ifade edilmelidir<sup>65</sup>. Kavram değişik eserlerde dilimize “tek taraflı ısrarlı takip”, “ısrarlı takip,” “takipçi tacizcilik”, taciz amaçlı takip” şeklinde çevrilmiştir<sup>66</sup>. Stalking kavramının “siber gözetlenme” olarak ifade edilmesinin daha uygun olacağı yönünde bir görüş öne sürülmüşse de<sup>67</sup> kanun bu deyimini benimsememiş, bunun yerine madde başlığında ve metninde “ısrarlı takip” deyimini kabul etmiştir. Bu nedenle bu çalışmada da kanunun sistematiğine uyularak “ısrarlı takip” kavramı kullanılmıştır.

### C. Kavramın Tarihçesi

“Eski bir davranış, yeni bir suç” veya “saplantının suça dönüşmüş hali” olarak da ifade edilebilecek olan<sup>68</sup> eylemler ilk kez ABD’de bazıları ölümle de sonuçlanan olayların sonucunda, suç olarak tanımlanmış ve eylem “stalking” olarak adlandırılmıştır<sup>69</sup>.

Israrlı takip kavramı ABD’de hukuken ilk kez 1990’lı yıllarda tartışılmaya başlanmıştır<sup>70</sup>. Kavramın yasalaşma sürecinde Rebecca Schafer adlı genç aktрисin bir takipçisi tarafından evinin önünde vurularak öldürülmesi önemli bir kilometre taşıdır. Bu olayın öncesinde ise, 1982 yılında Aktris Theresa Saldana bir hayranı tarafından takip edilerek bıçaklanmışsa da yararlı olarak kurtarılmıştır<sup>71</sup>. Rebecca Schafer olayından sonra ilk kez Kaliforniya’da 1990 yılında<sup>72</sup>, ardından büyük bir hızla ABD eyaletlerinin birçoğunda 1993 yılında takipçilik karşıtı yasal düzenlemelere gidilmiştir<sup>73</sup>.

63 Kaygısız, s. 162, 163.

64 Kremling, Parker, s. 163.

65 Türkmen, s. 1390; Doğan, s. 138.

66 Türkoğlu, s. 9.

67 Taşkın, Siber Gözetlenme, s. 294.

68 Ali Emrah Bozbayındır, R. Murat Önok, “Alman ve İtalyan Ceza Hukukunda Israrlı Takip Suçu”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Sayı 1, 2022, s. 306.

69 Buket Soygüt, “Kadına Yönelik Erken Şiddetinin Önlenmesi Bağlamında Stalking (Israrlı Takip) ve Cezasızlık Sorunu”, *Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 5, Sayı 1, Nisan 2020, Ar.Gör. Ceren Damar Şenel Armağanı-Cilt III, Seçkin Yay, Ankara 2020, s. 2782.

70 Mahmut Koca, İlhan Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 8. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2022, s. 531.

71 Soygüt, s. 2782.

72 Soygüt, s. 2782.

73 Korkodeilou, s. 20.

Ancak ABD’de 16 Ekim 2006’da Megan Meier adlı on üç yaşındaki bir kızın evinin dolabına asılı şekilde bulunmasıyla konu ciddi şekilde yeniden tartışılmaya başlanmış ve bu olayın ardından değişik ülkelerin yasalarında ısrarlı takip eylemini suç olarak belirleme eğilimi ortaya çıkmıştır<sup>74</sup>. Bu çerçevede ısrarlı takip 1993’te Kanada’da suç tacizi (criminal harrasment), aynı yıl Avusturalya’da hukuka aykırı takip (unlawful stalking) adıyla yasal düzenlemeye konu edilmiş; ardından Avrupa’da ilk olarak 1998’de Belçika, ardından 2000 yılında Hollanda, 2005 yılında Malta, 2006 yılında Avusturya, 2007 yılında Almanya ve ardından yakın geçmişte İspanya, İtalya, Portekiz, Birleşik Krallık ve İskoçya’da yasalaşmıştır<sup>75</sup>.

Ne var ki özellikle kıta Avrupası hukuk sistemini benimseyen ülkelerde, suç tipi “ısrarlı takip” olarak tanımlanmamıştır. Örneğin Belçika’da takip etme yerine “bir kişinin huzur ve sükununun bozulması” anlamında “taciz” sözcüğü tercih edilirken, Hollanda’da kavram “bir kişinin mahremiyetinin ihlali” olarak ifade edilmiştir<sup>76</sup>. Keza bazı ülkeler düzenlemelerinde ısrarlı takip eyleminde mağdurun bundan rahatsız olmasını ölçüt olarak belirlerken<sup>77</sup>, diğer bazı ülkeler ise suçun oluşması için mağdurun rahatsız olması şartını aramamaktadır<sup>78</sup>. Genel bir görünüm olarak Anglo-Amerikan hukuk sisteminde ısrarlı takip suçunun tanımında mağdurun kaygı görmesi, Kıta Avrupası hukuk sisteminde ise failin davranışına ve niyetine göre ısrarlı takip suçu yaptırma bağlanmaktadır<sup>79</sup>.

Avrupa Konseyi Kadına Karşı Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi Sözleşmesi (İstanbul Sözleşmesi) ısrarlı takip eylemini mağdura yönelik tehdit edici davranışların fail tarafından kasıtlı ve tekrarlanan şekilde gerçekleştirilmesi ile

74 Megan Meier’in kendisini on altı yaşındaki John Evans olarak tanıtan ancak aslında sahte bir hesap olan (sonradan bu sanal karakterin karakterin 47 yaşındaki Lori Drew adlı Meier’lere 4 sokak ötede yaşayan, Meier’in depresyonla mücadele ettiğini bilen ve Meier ile kızı arkadaş olan bir kadın olduğu anlaşılır. Kadının asıl amacının Meier’in kendi kızı hakkında ne düşündüğünü öğrenmek olduğu sonradan ortaya çıkar) kişilik tarafından ölümünden bir gün önce “kaltak”, “şişman” ve “O’ Fallon’daki herkes nasıl olduğunu biliyor. Sen kötü birisin ve herkes senden nefret ediyor. Hayatının geri kalanı boktan. Dünya sensiz daha iyi bir yer olurdu” şeklindeki mesajların ardından intihar etmesinin üzerine konu ABD kamuoyunda tartışılmış ve ardından ABD’de yasalaşmıştır. (Schwartz, s. 407, 408; Lipton, , s. 1120; Hunter, s. 35).

75 Korkodeilou, s. 21.

76 Korkodeilou, s. 21.

77 Örneğin Almanya’da suçun ceza kanununa konduğu ilk düzenlemede, İspanya, ABD’nin Kaliforniya ve Arizona Eyaletleri suçu zarar suçu olarak tanımlamıştır. Buna ilişkin değerlendirme çalışmamızın ilerleyen bölümlerinde yapılmıştır. Birleşik Krallık, Malta da ısrarlı takip suçunu “zarar suçu” olarak tanımlamıştır. (Korkodeilou, s. 22)

78 Avusturya, Belçika ve Hollanda bu ülkelerden bazılarıdır. (Korkodeilou, s. 22). Bu ülkelerde ısrarlı takip “tehlike suçu” olarak tanımlanmıştır. Buna ilişkin değerlendirme çalışmamızın ilerleyen bölümlerinde yapılmıştır.

79 Korkodeilou, s. 22

mağdurun kendisinin veya bir yakınının güvenliğinden endişe duyması şeklinde 34. maddesinde “takip amaçlı taciz” başlığı ile “*başka bir şahsa yönelik olarak gerçekleştirilen ve bu şahsı, şahsın kendisini güvende hissetmesini önleyecek şekilde korkutacak, kastlı biçimde tekrarlanan tehditkâr davranışlar*” olarak tanımlamış<sup>80</sup> Yine Sözleşme’nin 3. maddesindeki şiddet kavramı altında siber şiddet “*bilgisayar sistemlerinin kullanılması suretiyle mağdur üzerinde tehdit yoluyla psikolojik, cinsel, fiziksel, ekonomik zararlar sonuçlanan veya sonuçlanması muhtemel olan hasar, haksızlık, ızdırıp veya mağdurun sosyal durumunu, kişiliğini, zayıf yönlerini istismar etmeye yönelen eylemler*” olarak tanımlanmıştır<sup>81</sup>. Bu nedenle İstanbul Sözleşmesi, kavramı uluslararası düzeyde tanımlaması bakımından önemlidir<sup>82</sup>. Başka bir deyişle İstanbul Sözleşmesi, ısrarlı takip eyleminin özellikle Avrupa ülkelerinde yasalaşmasının öncülü olmuştur<sup>83</sup>.

Hukukumuzda ise ısrarlı takip kavramı ilk kez 6284 Sayılı Ailenin Korunması Ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanuna İlişkin Uygulama Yönetmeliği’nin<sup>84</sup> (Yönetmelik) 3-1-j bendinde “*Korunan kişi: Tedbir kararı kapsamında korunan şiddet mağdurunu ve varsa beraberindeki çocukları, aile bireylerini ve tek taraflı ısrarlı takip mağdurunu*”; 3-1-ş bendinde ise “*Tek taraflı ısrarlı takip: Aralarında aile bağı veya ilişki bulunup bulunmadığına bakılmaksızın, şiddet uygulayanın, şiddet mağduruna yönelik olarak, güvenliğinden endişe edecek şekilde fiziki veya psikolojik açıdan korku ve çaresizlik duygularına sebep olacak biçimde, içeriği ne olursa olsun fiili, sözlü, yazılı olarak ya da her türlü iletişim aracını kullanarak ve baskı altında tutacak her türlü tutum ve davranışı*” ifade eder şeklinde tanımlanmıştır<sup>85</sup>. Ancak, tek taraflı ısrarlı takip ifadesindeki “tek taraflı” ifadesi, ısrarlı takip kavramının niteliği gereği tek taraflı (sadece failin gerçekleştirebileceği) bir eylem olmasından ötürü gerekli değildir<sup>86</sup>. Ayrıca, İstanbul Sözleşmesi’nin 34’üncü maddesindeki tanımla Yönetmelik’teki tanım karşılaştırıldığında, İstanbul Sözleşmesi’nin ısrarlı takip kavramını daha anlaşılır şekilde düzenlediği ifade edilebilir<sup>87</sup>.

80 Soygüt, s. 2785; Can, s. 150.

81 Emine Eylem Aksoy Retornaz, “Istanbul Convention and the Cyber Violence”, *The 10th Anniversary of The Istanbul Convention, Italian- Turkish Conference, Pisa, 18th June 2021*, Ed: Valentina Bonini, Rahime Erbaş, Pisa University Press, Pisa, 2021, s. 120.

82 Korkodeilou, s. 22.

83 Soygüt, s. 2782.

84 Resmî Gazete Tarihi: 18.01.2013 Resmî Gazete Sayısı: 28532.

85 6284 sayılı Kanun’daki düzenlemelerle, ısrarlı takip durumunda başvurulabilecek medeni hukuk çareleri için bkz Uyumaz, Akdağ, s. 64-87.

86 Doğan, s. 150; Özar, s. 1402, dipnot: 20.

87 Doğan, s. 150.

## D. Karşılaştırmalı Hukukta ve AİHM İçtihadında İsrarlı Takip Suçu

Siber ortamdaki ısrarlı takip eyleminin, ayrı bir suç olarak mı düzenlenmesi gerektiği yoksa ısrarlı takip eyleminin siber zorbalığın bir türü mü olduğu yönünde değişik ülkelerde farklı düzenlemelere gidildiği görülmektedir. Bu konudaki tartışmaların temel sebebi hangi eylemlerin ısrarlı takip kapsamında sayılacağı, kavramın sınırlarının geniş olmasından ötürü güçlük taşımasıdır. Eğer tanım ve kapsam çok geniş tutulacak olursa ceza hukukundaki belirlilik ilkesine aykırı durumlar ortaya çıkabilecek, çok dar tutulursa ısrarlı takip kapsamındaki bazı eylemlerin cezalandırılmaması söz konusu olabilecektir<sup>88</sup>.

Bu bağlamda, bazı ülkelerde ve eyalet sistemiyle yönetilen Amerika Birleşik Devletleri (ABD), Kanada ve Avustralya gibi bazı devletlerde, siber zorbalığın; bazı devletlerde veya eyaletlerde ise ısrarlı takibin cezai yaptırıma bağlandığı görülmektedir. Buna karşın bazı ülkeler ısrarlı takip eylemini ayrı bir suç olarak tanımlamak yerine, mevcut yasal düzenlemeleriyle yaptırıma bağlamayı tercih etmektedirler<sup>89</sup>.

Özellikle ABD hukukunda, ısrarlı takip eyleminin ayrı bir suç olarak düzenlenmesi gerekip gerekmediği yönünde bazı öğretici tartışmaları yapılmış; sonuç olarak ABD’de eyaletler bazında da olsa ısrarlı takip eyleminin ayrı bir suç tipi olarak düzenlenmesi gerektiği sonucuna ulaşılmıştır<sup>90</sup>. Federal düzeyde ısrarlı takip ve siber zorbalık eylemleri Eyaletler Arası İletişim Yasası (Interstate Communications Act) ve Federal Eyaletler Arası Stalking Ceza ve Önleme Yasası (Federal Interstate Stalking Punishment and Prevention Act) ile düzenlenmekte ve takip edilmektedir<sup>91</sup>. ABD’nin 49 eyaletinde elektronik yolla taciz eylemleri suç olarak kabul edilmiştir<sup>92</sup>. ABD’de ilk olarak 1993 yılında Michigan Eyaleti ısrarlı takip eylemini suç olarak kabul etmiştir<sup>93</sup>. Kaliforniya ise, ısrarlı takip eylemini zarar suçu olarak cezai yaptırıma bağlayan ilk eyalettir<sup>94</sup>. Florida Eyaleti Ceza

88 Bozbayındır, Önok, s. 318.

89 Korkodeilou, s. 22. Ne var ki Bulgaristan, Estonya, Danimarka, Yunanistan, İsviçre, Litvanya, Letonya, Slovenya ve Güney Kıbrıs’ta ısrarlı takip ayrı bir suç olarak kabul edilmemektedir. (Soygüt, s. 2783; Bozbayındır, Önok, s. 297). İsrarlı takip suçunu ayrıca düzenleyen ülkelerle düzenlemeyen ülkelere ilişkin karşılaştırmalı tablo için bkz Doğan, s. 147.

90 Whitmire, s. 5. Detaylı bilgi ve kararlardan örnekler için ayrıca bkz Yetim, s. 338, 358.

91 Cox, s. 283. Aynı yönde bkz Goodno, s. 34

92 Bozbayındır, s. 435; Kremling, Parker, s. 163.

93 Halder, Jaishankar, s. 71.

94 Goodno, s.4. Düzenlemeye göre, failin mağduru ısrarlı takibi neticesine mağdur hayatından endişe etmiş veya mağdurun huzuru bozulmuşsa fail bu eyleminden ötürü cezalandırılır. (Cal. Penal Code § 646.9(a); Cox, s. 284); ayrıca bkz Halder, Jaishankar, s. 71. Ancak düzenlemede suçun gerçekleşmesi için mağdurun üzerindeki ısrarlı hareketlerin ciddi ve yakın tehdit içerecek şekilde gerçekleştirilmesi aranmıştır.(Türkoğlu, s. 12).



Kanununda (FLA STAT ANN 784-048) eylem kasten gerçekleştirilmesi ve süreklilik içermesi kaydıyla bir kimsenin ısrarla takip edilmesi olarak tanımlanmıştır<sup>95</sup>. Arizona Eyaleti'nde kısmen ve sınırlı da olsa mağdurla anonim veya başka bir şekilde sözlü, elektronik, telefon, telgraf, fiziki veya yazılı yollarla taciz edici bir şekilde temas kuran, iletişim kuran kişinin, mağdurun bu eylem nedeniyle güvenliğinden veya hayatından endişe etmesine neden olması durumunda cezalandırılacağı ifade edilmiştir<sup>96</sup>. Ancak Arizona'daki düzenleme internet üzerinden gerçekleştirilen eylemler nedeniyle failin cezalandırılmasını mümkün kılmamaktadır<sup>97</sup>. Keza Alabama'daki düzenleme gereği mağdurun, telefon, telgraf, mail veya herhangi bir iletişim aracı ile endişe duyacak şekilde ısrarla rahatsız edilmesi Eyalet Ceza Kanunu'nun 13-A-11-8 hükmü gereğince cezalandırılır<sup>98</sup>. Alaska Eyalet Ceza Kanunu 13-2921 hükmü de Alabama'daki hükme benzer şekilde failin mağduru elektronik iletişim araçları ile ya da sözlü olarak herhangi bir yolla rahatsız etmesini cezai yaptırıma bağlamaktadır<sup>99</sup>.

Buna karşın Nebraska, New Jersey ve New Mexico Eyaletleri'nde kişilerin iletişim araçları veya internet üzerinden rahatsız edilmeleri yasalarda tanımlanmış ve hatta haksız fiil olarak yaptırıma bağlanmışsa da bu eyaletler ısrarlı takip eylemini cezai yaptırıma bağlayan kurallara sahip değildir<sup>100</sup>. Yine federal düzeyde de direk ısrarlı takip ile ilgili olmasa da bazı düzenlemeler bulunmaktadır<sup>101</sup>. ABD'nin Missouri Eyaleti, ısrarlı takip eylemini etkili şekilde yaptırı-

95 Whitmire, s. 2, s. 9. Arkansas, Connecticut, Georgia, Hawaii, Cansas, Kentucky Eyaletleri, New York, Kuzey Karolina, Oregon, Washington, Winconsin Eyaletleri de siber zorbalık eylemlerini değişik şekillerde yaptırıma bağlayan bazı eyaletlerdir. Ancak genel bir tespit olarak ABD'de eyalet düzeyinde siber zorbalığı yaptırıma bağlayan çok az yer olduğu görülmektedir. (Yetim, s. 352, 353. Detaylı bilgi için aynı eser, s. 354). Arkansas Eyalet Ceza Kanunu'nun 5-41-108 maddesinde failin mağduru korkutmak, yıldırım, tehdit etmek, istismar etmek amacıyla bir elektronik iletiyi, kısa mesajı veya buna benzer bir elektronik gönderiyi, mağdurun bu gönderiye ulaşacağı inanç ve düşüncesiyle mağdura iletmesi, bu mesajda da içerik olarak mağdurun kendisine yahut yakınlarına yönelik, malvarlığı, hayat, vücut bütünlüğü gibi zararlara yol açacağını ifade etmesi cezalandırılmaktadır. (Halder, Jaishankar, s. 71). Louisiana Eyaleti'nde de 18 yaşından küçük olan mağdurun her türlü elektronik metin, görsel, yazılı ve sözlü iletiyle zorlanması, suiistimal edilmesi, üzülmeye, yıldırılması 500 dolara kadar para ve veya altı aya kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Maviş, s.2474. Aynı yönde Schwartz, s. 419. Keza bkz Goodno, s. 25. Keza Kentucky Eyaleti'nde de ısrarlı takip eylemi cezai yaptırıma bağlanmıştır, Schwartz, s. 419.

96 Cox, s. 285. Bu nedenle Arizona'daki düzenlemenin zarar suçu olarak tanımlanması mümkündür görüşündeyiz.

97 Schwartz, s. 418.

98 Halder, Jaishankar, s. 71.

99 Halder, Jaishankar, s. 71.

100 Schwartz, s. 416, adı geçen eyaletlerin düzenlemeleri hakkında daha geniş bilgi için bkz aynı eser, 418. Aynı yönde bkz Cox, s.278; Kremling, Parker, s. 163.

101 Çocukları, kadınları internetteki zararlı içeriklerden korumaya yönelik yasal düzenlemeler bunlardan bazılarıdır. Yetim, s. 349, 352.



ma bağlayan eyaletlerden biridir<sup>102</sup>. En kapsamlı mevzuata sahip eyaletler New Hampshire, Oklahoma, Oregon ve Utah'tır<sup>103</sup>.

Kanada'nın Manitoba Eyaleti'nin Siber Zorbalığı Önleme Yasası'nın 19'uncu maddesi (The Cyberbullying Prevention Act) siber zorbalık eylemi haksız fiil kapsamında kabul edilmiştir. Ancak mahkemece çocuklar hakkındaki verilen koruma kararlarına uyulmaması 18'inci maddenin üçüncü fıkrası gereğince suç olarak kabul edilmiştir<sup>104</sup>. Keza Kanada'da Federal Ceza Kanunu'nun 264'üncü bölümünde ısrarlı takibin de tanımlandığı, mağdurda korku ve endişe yaratmaya elverişli olan bazı eylemlerin çevrim dışı ortamda dahi gerçekleştirilmesini on yıla kadar hapisle cezalandırılacağı ifade edilmiştir<sup>105</sup>. Ayrıca Kanada Ceza Kanunu'nun 342.1'inci bölümü yeniden düzenlenerek online ortamdaki ısrarlı takip niteliğindeki davranışlar da suç olarak kabul edilmiştir<sup>106</sup>.

Israrlı takip eylemi Alman Ceza Kanunu'nun 238'inci maddesinde de suç olarak kabul edilmiştir<sup>107</sup>. Avusturya'da da iletişim araçları yoluyla sürekli taciz eylemi suç olarak kabul edilmiştir<sup>108</sup>. Yeni Zelanda'da da eylem suç olarak kabul edilmiştir<sup>109</sup>. Keza İspanyol, İngiliz, Kuzey İrlanda, İtalyan ve Avusturalya hukuk sistemlerinde de ısrarlı takip veya siber zorbalık, farklı şekillerde de olsa yaptırıma bağlanmıştır<sup>110</sup>.

Keza Fransa, 2010 yılında duygusal istismarın ciddiyetini tanımak ve aile içi şiddet mağdurlarının korunmasını iyileştirmek amacıyla psikolojik şiddeti suç haline getiren yeni bir yasa çıkardı<sup>111</sup>. Fransız Ceza Kanunu'nun 222-33 maddesi ile düzenlenen ısrarlı takip suçu 3 yıla kadar hapis ve 45.000 Euro para

102 Mo. Rev. Stat. § 565.090(1) (2011). Lipton, s. 1125.

103 Kremling, Parker, s. 163.

104 [https://web2govmbca.translate.google/bills/402/b214e.php?\\_x\\_tr\\_sl=en&\\_x\\_tr\\_tl=tr&\\_x\\_tr\\_hl=tr&\\_x\\_tr\\_pto=sc](https://web2govmbca.translate.google/bills/402/b214e.php?_x_tr_sl=en&_x_tr_tl=tr&_x_tr_hl=tr&_x_tr_pto=sc) (Erişim Tarihi: 30.03.2022) Düzenlemelerin detayına aşağıda "II- 3 Hareket ve Netice" başlığında girilmiştir.

105 Bu eylemler mağduru veya mağdurun yakınlarından birini ısrarla fiziken takip etmek; mağdurla veya mağdurun yakınlarıyla ısrarla ve sürekli olarak doğrudan ya da dolaylı iletişim kurmak; mağdurun veya yakının konutunun, işyerinin yahut bulunduğu yerin ısrarla ve sürekli olarak gözetlenmesi; mağdura veya aile üyelerinden birine yönelik tehditkar eylemlerde bulunmak olarak tanımlanmıştır. Halder, Jaishankar, s. 83.

106 Halder, Jaishankar, s. 84.

107 Türkmen, s.1396. Düzenlemenin detayına aşağıda "II- 3 Hareket ve Netice" başlığında girilmiştir.

108 Çakır, s. 208.

109 Maviş, s. 2474. Düzenlemelerin detayına aşağıda "II- 3 Hareket ve Netice" başlığında girilmiştir.

110 Detaylı bilgi için bkz Taşkın, Siber Gözetlenme, s. 297, 298. Düzenlemelerin detayına aşağıda "II- 3 Hareket ve Netice" başlığında girilmiştir.

111 Korkodeilou, s. 22.

cezası gerektiren serbest hareketli bir suçtur<sup>112</sup>.

Hindistan da 2008 yılında Bilgi Teknolojileri Yasası'nda (Indian Information Technology Act) yapılan değişiklikle kimlik hırsızlığı, bilgisayarlara yetkisiz erişim ve kimliğe bürüme yoluyla aldatma gibi bazı düzenlemeler kanuna dahil edildi<sup>113</sup>. Yasa ile siber taciz, siber şantaj ve tehdit, bilgisayar korsanlığı, özel hayatın gizliliğinin ihlali, müstehcenlik ve pornografi, ısrarlı takip eylemleri suç olarak kabul edilirken; siber ortamdaki gizliliği koruyacak düzenlemelerle kişisel verilerin gizliliğinin de korunması sağlandı<sup>114</sup>.

Karşılaştırmalı hukuktaki düzenlemelerin bazılarında ısrarlı takip suçu zarar suçu, bazılarında ise tehlike suçu olarak düzenlenmiştir. Kez ayine bazı ülkelerde bağlı hareketli, bazı ülkelerde ise serbest hareketli suç olarak düzenlenmiştir. Bu konudaki değerlendirmeler suç tipini incelediğimiz "Hareket ve Netice" başlığında yapılmıştır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) Volodina-Rusya Kararı'nda içtihadıyla<sup>115</sup> ısrarlı takip eylemini de kapsayan çevrimiçi veya çevrim dışı siber zorbalığın ve aile içi şiddetin devletler tarafından önlenmesi için etkin tedbirlerin alınması ve bu yönde mağdurlara failerin cezalandırılacağı teminatının verilmesini aramaktadır<sup>116</sup>. Opuz-Türkiye Kararı<sup>117</sup>, da AİHM'in ısrarlı takip eylemlerinin önlenmemesi ve gereken yasal önlemlerin alınmamasını ihlal saydığı kararları arasında önemli bir yere sahiptir<sup>118</sup>. Fatma Yıldırım-Avusturya, Osman-Birleşik Krallık ve Bevacqua- S.-Bulgaristan Kararları<sup>119</sup> da ısrarlı takip eylemlerinin önlenmemesi ve gereken yasal önlemlerin alınmamasını ihlal saydığı kararlarından<sup>120</sup>. Gerek Volodina-Rusya kararında, gerekse diğer kararlarında AİHM, ısrarlı takip eyleminin failerinin devlet tarafından engellenmemesi ile iç hukukta yaptırma bağlanmamasını Sözleşme'nin 2,3 ve 14'üncü maddelerinin

112 Türkoğlu, s. 40.

113 Halder, Jaishankar, s. 118.

114 Halder, Jaishankar, s. 119-124.

115 CASE OF VOLODINA V. RUSSIA (No. 2), (Application no. 40419/19), <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22%3A%5B%5C%22001-211794%22%5D%7D> (Erişim tarihi: 6.4.2022). Kararın ayrıntılı değerlendirmesi için Retornaz, s.123.

116 Retornaz, s. 122.

117 CASE OF OPUZ V. TURKEY, (Application no. 33401/02), <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22docname%22%3A%5B%5C%22CASE%20OF%20OPUZ%20OV.%20TURKEY%22%5D%7D>, %22documentcollectionid%22%3A%5B%5C%22GRANDCHAMBER%22%22%5D%7D, %22itemid%22%3A%5B%5C%22001-92945%22%5D%7D (Erişim tarihi: 26.4.2023) Kararın ayrıntılı değerlendirmesi için Soygüt, s. 2791.

118 Doğan, s. 149, Soygüt, s. 2791,

119 CASE OF BEVACQUA AND S. v. BULGARIA, (Application no. 71127/01), <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22docname%22%3A%5B%5C%22Bevacqua%22%5D%7D>, %22documentcollectionid%22%3A%5B%5C%22GRANDCHAMBER%22%22%5D%7D, %22itemid%22%3A%5B%5C%22001-86875%22%5D%7D (Erişim tarihi: 26.4.2023)

120 Soygüt, s. 2791.

ihlalini oluşturduğuna hükmetmiştir<sup>121</sup>. Öte yandan AİHM Buturugă- Romanya Kararında<sup>122</sup> ilk kez siber şiddeti aile içi şiddetin bir türü olarak tanımlamıştır<sup>123</sup>.

## II. İsrarlı Takip Suçunun Unsurlarının İncelenmesi

### A. Korunan Hukuki Değer

İsrarlı takip suçu, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 2. Kitabının "Hürriyete Karşı Suçlar" başlıklı 7. Bölümünde 123/A maddesi olarak düzenlenmiştir. Korunan hukuki yararın tespitinde bir suçun kanunda düzenlendiği yere bakmak gerekir<sup>124</sup>. Buna göre, inceleme konusu olan suç hürriyete karşı suçlar bölümünde düzenlendiği için bu suçla kişilerin hürriyetinin ihlal edilmesi amaçlandığı için korunan ilk hukuki yararın "kişi hürriyeti" olduğu ifade edilebilir. Suçla kanaatimizce kişilerin huzur ve sükununu bozma suçunda olduğu gibi kişinin rahatsız edilmeme, huzur ve sükunun korunması hakları da korunmaktadır<sup>125</sup>. Suçla ayrıca mağdurun hareket, serbestçe düşünüp karar verme, beden dokunulmazlığı, mülkiyet, mahremiyet ve yalnız bırakılma hakkı korunmaktadır<sup>126</sup>. Bu nedenle, ısrarlı takip suçunda korunan hukuki yararın "karma nitelik" taşıdığı ifade edilebilir<sup>127</sup>.

Bu açıdan bakıldığında, ısrarlı takip suçu ile korunan hukuki yararın, kişilerin huzur ve sükununu bozma suçundaki gibi, konut dokunulmazlığını ihlal suçuna göre daha geniş olduğu ifade edilebilir<sup>128</sup>. Zira, TCK 116'da düzenlenen konut dokunulmazlığını ihlal suçunda kişilerin konutlarında huzur ve sükun içinde yaşama hakkı koruma altına alınmışken<sup>129</sup>, ısrarlı takip suçunda sadece konutta değil; kişilerin sosyal hayatlarında da huzur içinde yaşama hakları

121 Soygüt, s. 2791.

122 CASE OF BUTURUGĂ v. ROMANIA, (Application no. 56867/15), <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22docname%22:%5B%22Buturug%22%22%7D,%22documentcollectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22%7D,%22itemid%22:%5B%22001-201342%22%7D%7D> (Erişim tarihi: 26.4.2023)

123 Kararın ayrıntılı değerlendirmesi için Retornaz, s. 122, 123; Soygüt, s. 2791, 2792.

124 Ümit Kocasakal, "Kişilerin Huzur ve Sükununu Bozma Suçu", *Ankara Barosu Dergisi*, Sayı 2, 2015 s. 115.

125 Muharrem Özen, Atacan Köksal; "Kişilerin Huzur ve Sükununu Bozma Suçu", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Sayı 68 (2), 2019, s. 482. "Kişilerin huzur ve sükununu bozma suçu ile korunan hukuki yarar kişi özgürlüğünün korunması ve bireyin, psikolojik ve ruhsal bakımdan rahatsız edilmemesi ve yaşamını sağlıklı bir şekilde sürdürmesi olarak tanımlanmaktadır." (Yargıtay 4. CD. 4.11.2021 T, 2019/3545 E., K. 2021/26383 K. sayılı kararı, Kazancı, Erişim Tarihi: 13.04.2022). Aynı yönde bkz Yargıtay 4. CD. 18.10.2021 T, 2019/2868 E., 2021/24687 K sayılı kararı, Kazancı, Erişim Tarihi: 13.04.2022).

126 Can, s. 169.

127 Balcı, Çakır, İsrarlı Takip, s. 326; Özar, s. 1406.

128 Özen, Köksal, s.485. Aynı yönde, Kocasakal, s. 116.

129 Pınar Pekşen, *Türk Ceza Kanunu'nda Konut Dokunulmazlığının İhlali Suçu*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kocaeli 2019, s. 25.

korunmaktadır. Bu anlamda, ısrarlı takip suçuyla korunan hukuki yararın “iç hürriyet” olduğu ifade edilebilir<sup>130</sup>.

Israrlı takip, mağdurları bazı temel haklardan mahrum bırakan bir suçtur. Mahremiyet, seyahat özgürlüğü, serbest dolaşım, hareket özgürlüğü, korunma ve güvenlik hakları ısrarlı takip suçlarında mağdurların ihlal edilen temel insan hakları arasındadır<sup>131</sup>. Israrlı takip suçu, bu belli başlı temel hakları belli yönlerden ihlal ettiği için kişinin özel hayatının gizliliği, seyahat özgürlüğü korunma ve güvenlik hakları da korunan hukuki yararlar arasında kabul edilebilir. Ayrıca, ısrarlı takip suçu, vücut dokunulmazlığına veya cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar arasında bulunmuyor olsa da suç oluşturan fiillerin mağdurun vücut veya cinsel dokunulmazlığını ihlal etme tehlikesi ortaya çıktığı için 123/A maddesi ile mağdurların siber tacize karşı da korunması da amaçlanmıştır<sup>132</sup>.

### B. Fail ve Mağdur

Israrlı takip suçunda herkes fail veya mağdur olabilir. TCK’da tüzel kişilerin fail olabilmesi kabul edilmediği için failin ancak gerçek kişi olması mümkündür (TCK 20/2). Ancak ısrarlı takip suçunda fail genellikle mağduru tanıyan ve mağdurla uzun ya da kısa geçmişe dayanan ilişkisi bulunan biridir<sup>133</sup>. Fakat, faille mağdurun birbirini hiç tanımayan kişiler olabilmesi de mümkündür.

Maddedeki “bir kimse” ifadesinden yola çıkıldığında, kişilerin huzur ve sükununu bozma suçunda olduğu gibi, kanunda sayılan eylemlerin belirli bir kişiye yöneltilmiş olması gerekir<sup>134</sup>. Şu halde, mağdur belirli bir kimse değilse ısrarlı takip suçu da oluşmaz<sup>135</sup>. Bu nedenle tüzel kişiler de suçun mağduru olamaz.

Maddenin ikinci fıkrasında mağdurun veya failin şahsından kaynaklanan ağırlaştırıcı nedenler öngörülmüştür. Buna göre mağdur çocuksa ya da failin ayrıldığı eşi ya da eski (boşandığı) eşi ise ceza ağırlaştırılacaktır. Çocuk kavramının TCK’nın 6/1-b hükmüne göre 18 yaşını doldurmamış olan kimse olarak

130 Özar, s. 1406.

131 Korkodeilou, s. 122.

132 Murat Balcı, Kerim Çakır, *Dijital Ceza Hukuku-I, Sosyal Medyada İşlenen Suçlar*, Adalet Yayınevi, Ankara 2023, s. 84. (Dijital Ceza Hukuku).

133 Çakmut, s. 80.

134 Kocasakal, s. 118, 132.

135 Yargıtay’ın TCK 123 hakkındaki yorumu da benzeri yöndedir: “Sanıklar hakkında “huzur ve sükunu bozma” suçundan 5237 Sayılı TCK’nın 123/1. maddesi uyarınca cezalandırılmaları istemiyle kamu davaları açılmış ise de, sanıkların belirli bir kişiyi yada kimseyi hedef almaksızın ve genel kastla sokaklarda bağırdıkları iddia edilmiş olup bu şekilde eylemleri kişilerin huzur ve sükununu bozma suçunun mağdurunun ancak belirli kişi yada kişiler olabileceği ve suçun sırf huzur ve sükunu bozmak maksadıyla yani özel kastla işlenebileceği, bu nedenle suçun unsurları oluşmadığından verilen beraat kararında bir isabetsizlik bulunmamaktadır.” (Yargıtay 12. CD. 9.11.2021 T, 2021/2474 E., K. 2021/7814 K. sayılı kararı, Kazancı, Erişim Tarihi: 13.04.2022).

anlaşılması; “ayrıldığı eş” veya “boşandığı eş” kavramının ise Medeni Kanun (MK) hükümlerine göre yorumlanması gerekir.

Ancak, kişilerin huzur ve sükununu bozma suçunda olduğu gibi, ısrarlı takip suçunda da mağdurun psikolojik, ruhsal veya fiziki olarak, failin gerçekleştirdiği eylemlerin kendisine rahatsızlık verecek düzeyde olduğunu anlayacak durumda olması gerekir. Bu nitelikteki filleri algılayabilecek durumda olmayan mağdurlara karşı suçun konusunun oluşmayacağı ve bu nedenle suçun oluşmayacağı kabul edilmelidir<sup>136</sup>.

İfade edilmelidir ki Dünya genelinde yapılan istatistiki araştırmalar, ısrarlı takip eyleminin mağdurlarının genellikle kadınlar ve çocuklar olduğunu ortaya koymaktadır<sup>137</sup>. Bu nedenle, eylemin çocuklara ve boşanılan veya ayrıldığı eşe karşı işlenmesinin ağırlaştırıcı neden olarak kabul edilmesi kanaatimizce doğru bir yaklaşım olmuştur.

### C. Hareket ve Netice

İsrarlı takip suçu ancak maddede sayılan hareketlerden birinin (veya birkaçının) işlenmesiyle gerçekleşebilir. Bu nedenle suç seçimlik ve bağlı hareketli suçtur<sup>138</sup>. Oysa, Finlandiya, Almanya, Belçika, Portekiz ceza kanunlarında ısrarlı takip suçu serbest hareketli, İspanya, Avusturya ve İsveç'te ise bağlı hareketli olmakla birlikte hareketlerin listesi uzun tutulmuştur<sup>139</sup>. Avrupa Konseyi de suçun serbest hareketli suç olarak tanımlanmasını önermektedir<sup>140</sup>. Suç, bu yönüyle Avrupa'daki benzerlerinden farklılık taşımaktadır<sup>141</sup>.

Suçun oluşması için failin eylemlerinde ısrar göstermesi gerekir. İsrardan neyin kast edildiği veya eylemin kaç kez gerçekleştirilmesi gerektiği yönünde TCK'da bir tanım yoksa da yargı kararlarına göre ısrarın oluşması için eylemin birden çok kez tekrarlanması<sup>142</sup>, failin eyleminde sebat göstermesi, mağdurun

136 Özen, Köksal, s. 484.

137 Can, s. 165.

138 Özar, s. 1407.

139 Örneğin mal ve hizmet satın almak, kiralamak, mülkiyet hakkını ihlal etmek gibi davranışlar da ısrarlı takip eylemleri arasında sayılmaktadır. Türkoğlu, s. 34 vd.

140 Türkoğlu, s. 80.

141 Ancak kanun koyucu belirlilik ilkesinden uzaklaşmamak adına böyle bir yolu tercih etmiş olabilir; buna ilişkin gerekçede de bir açıklamaya rastlamadık. Yine de hareketlerin geniş tutulması ileride ortaya çıkabilecek, ısrarlı takip sayılabilecek ancak kanunda sayılmayan eylemlerin cezalandırılmama tehlikesini ortadan kaldırabilirdi. (Aynı yönde bkz Özar, s. 1408).

142 “Kişilerin huzur ve sükununu bozma suçunun oluşabilmesi için, kanun metninde yazılı bulunan telefon etme, gürlütü yapma ya da aynı maksatla, hukuka aykırı bir davranışta bulunulması eylemlerinin bir kez yapılmasının yeterli olmadığı, eylemlerin ısrarla tekrarlanması, süreklilik arz etmesi ve sırf kişilerin huzur ve sükununu bozma saiki ile işlenmesi gerekmektedir.” Yargıtay 4. CD. 11.3.2021 T, 2018/2910 E., K. 2021/8851 K. sayılı kararı, Kazancı, Erişim Tarihi: 13.04.2022).

failin eylemini istemediğini açık veya örtülü şekilde belirtmesi ile hareketler arasında çok uzun bir zaman geçmemiş olması gibi ölçütler aranmaktadır<sup>143</sup>. Şu halde tek seferlik bir eylem, ısrar unsuru taşımadığı için ısrarlı takip suçunu oluşturmayacaktır<sup>144</sup>. Mağdurun arzusuna aykırı olarak bir eylem fail tarafından sürekli ve çok uzun olmayan zaman aralıklarıyla tekrarlanıyorsa ve failin eylemi arasında amaç birliği bulunuyorsa ısrar şartı gerçekleşmiş sayılabilir<sup>145</sup>. Öyleyse ısrar, eylemdeki sürekliliği ve tekrarı, kesinti ve tekrar olmayan eylemler yönünden ise belli bir yoğunluğa ulaşmayı (itiyat) ifade eden bir kavramdır<sup>146</sup>. Bu nedenle, ısrarlı takip suçuna yol açan davranışların birden çok kez gerçekleşmesi ve mağdurda rahatsızlığa yol açması gerekir<sup>147</sup>. Ancak suçun oluşması için faildeki ısrarın mutlaka aynı hareketin farklı zamanlarda gerçekleştirilmesi şeklinde ortaya çıkması aranmaz. Fail, maddede belirtilen hareketlerden birini ısrarla gerçekleştirebileceği gibi farklı seçimlik hareketleri farklı yer ve zamanlarda tekrarlamak suretiyle de ısrarını ortaya koyabilir<sup>148</sup>. İsrar şartının gerçekleşip gerçekleşmediğini her somut olayın özelliğine göre hakim takdir edecektir. O halde, kişilerin huzur ve sükûnunu bozma suçu bakımından aranan bu ölçütlerin ısrarlı takip suçunun oluşması bakımından da uygulanması kanaatimizce yerinde olacaktır.

Suç, failin maddede sayılan hareketleri ısrarla yinelemesi üzerine gerçekleşir. Daha önce de değinildiği üzere, ısrar şartı yoksa suç da oluşmaz. Bu nedenle, bir seferlik takip fiziksel veya sanal ortamda olsun ısrarlı takip suçunu oluşturmayacaktır. Koşulları varsa tek seferlik takip durumunda fail hakkında cinsel taciz (TCK 105), veya tehdit (TCK 106) suçlarından hüküm kurulabilir. Ancak, failin cinsel tacizden cezalandırılması için eylemlerinin cinselliğe yöneldiği yönünde bir özel kast bulunması gerekir<sup>149</sup>. Aksi halde failin cinsel taciz suçundan cezalandırılması hukuken mümkün değildir. Ayrıca, cinsel taciz tek

143 Özen, Köksal, s. 488.

144 Kocasakal, s. 134. “Bu suçun oluşabilmesi için, kanun metninde yazılı bulunan telefon etme, gücüyle yapma ya da aynı maksatla, hukuka aykırı bir davranışta bulunulması eylemlerini bir kez yapmasının yeterli olmadığı, eylemlerin ısrarla tekrarlanması süreklilik arz etmesi ve sırf kişilerin huzur ve sükununu bozma saiki ile işlenmesi gerekmektedir.” Yargıtay 4. CD. 4.11.2021 T, 2019/3545 E., K. 2021/26383 K. sayılı kararı, Kazancı, Erişim Tarihi: 13.04.2022). Aynı yönde bkz Yargıtay 4. CD. 18.10.2021 T, 2019/2868 E., 2021/24687 K sayılı kararı, Kazancı, Erişim Tarihi: 13.04.2022).

145 Özen, Köksal, s. 488, 489.

146 Kocasakal, s. 135, 136.

147 Yener Ünver, “Ceza Hukuku Açısından Mobbing, Stalking ve Cinsel Taciz Eylemleri”, *Ceza Hukuku Dergisi*, Cilt 4, Sayı 11, 2009, s. 113.

148 Kanun teklifinin madde gerekçesinden alınmıştır. Aynı yönde Balcı, Çakır, İsrarlı Takip, s. 329.

149 Soygüt, s. 2799.

seferlik eylemler neticesinde de ortaya çıkabilirken, ısrarlı takip suçundaki eylemlerde süreklilik aranır<sup>150</sup>.

Suç tipindeki ilk hareket “fiziken takip etmek” olarak ifade edilmiştir. Fiziken takip etmek, bir mağdurun fail tarafından yolda, dışarıda vs yürürken, gezerken, bazı iş veya işlemlerini yaparken izlenmesi olarak tanımlanabilir. Bu nedenle, fiziki takip koşulunun gerçekleşmesi için failin mağdurla mutlaka bedensel temas kurması gerekmez. İşyeri, okul, pazar gibi yerlerde mağdurun sıklıkla karşısına çıkılması, mağdurun konutunun önünde, sokağının girişinde sürekli ve ölçüsüz şekilde beklenmesi ya da mağdura takip edildiğinin hissettirilmesi fiziken takip etmek olarak kabul edilebilir<sup>151</sup>. Ancak fiziki takibin de ısrarlı olması ve zamana yayılması gerekir<sup>152</sup>. Bir görüşe göre, fiziki takibin aynı gün içerisinde ısrarla gerçekleştirilmesi durumunda da failin ısrarlı takip suçundan cezalandırılması mümkündür<sup>153</sup>. Fikrimizce, böyle bir durumda eylem ısrarlı takip değil, kişilerin huzur ve sükununu bozma suçunu (aynı maksatla hukuka aykırı başka bir davranışta bulunmak) oluşturur. Zira, ısrarlı takibin oluşması için, daha önce de ifade edildiği üzere, kesin bir ölçüt bulunmamakla birlikte, bir eylemde ısrar unsurunun gerçekleşmiş sayılması için eylemin en az dört haftalık bir süreçte asgari on kez tekrarlanması gerektiği ifade edilmektedir. Yine daha önce ifade edildiği üzere, Kaliforniya Ceza Kanununda (paragraf 646.9) ise ısrar unsurunun gerçekleşmesi için eylemin “belirli bir süre içinde en az iki kez işlenmesi” şartı aranmaktadır. Öyleyse, ısrarlı takip suçunun oluşması için eylemin zamana yayılması şarttır. Ancak yine de bazı durumlarda iki veya daha fazla kez gerçekleşen hareketler ısrarlı takip oluşturmayabilir. Örneğin, bir e-posta hataen birden çok kez aynı kişiye gönderilmişse ya da bir randevu talebi için bir kişiye farklı yollardan (e-posta, arama, sms vs) ileti göndermek de salt hareket birden çok kez gerçekleştirildi diye ısrarlı takip oluşturmayabilir<sup>154</sup>.

Suç tipindeki ikinci hareket ise “haberleşme ve iletişim araçlarını, bilişim sistemlerini veya üçüncü kişileri kullanarak temas kurmaya çalışmak” olarak ifade edilmiştir. Buna göre failin mağdurun e-postalarını, sosyal medya paylaşımlarını, whatsapp veya messenger gibi iletişim ağlarını, telefonlarını, arama kayıtlarını bilişim sistemleri aracılığıyla yahut üçüncü kişileri kullanarak mağdurla temas kurmaya çalışmasıdır. Bu nedenle, “haberleşme ve iletişim

150 Soygüt, s. 2808.

151 Balci, Çakır, İsrarlı Takip, s. 328.

152 Özar, s. 1409.

153 Özar, s. 1409.

154 Uyumaz, Akdağ, s. 57.

araçlarını, bilişim sistemlerini veya üçüncü kişileri kullanarak temas kurmaya çalışmak” şeklindeki hareket tipinin düzenlenmesi kanaatimizce yerinde olmuştur. Ancak, teknolojideki gelişmeler karşısında haberleşme araçları ile bilişim sistemleri arasındaki sınırları kesin olarak belirlemek zor olduğu için bu iki kavramın birlikte yorumlanmasında yarar vardır<sup>155</sup>. Örneğin failin televizyon programlarına çıkıp mağdurun ismini belirterek onun hayatıyla ilgili bilgiler verip mağdurla iletişim kurmak istediğini ifade etmesi, mağdurun telefonunu ısrarla çaldırıp kapatması, mağdura istemediği halde istenmeyen mesajlar veya e postalar göndermesi suçun haberleşme ve iletişim araçlarının veya bilişim sistemlerinin kullanılması yoluyla işlendiğini gösterir<sup>156</sup>.

Suçun oluşması için failin sayılan hareket tiplerinden biriyle mağdurla temas kurmaya çalışması şarttır. Temas kurulmasa dahi, temas kurulmaya çalışılması suçun oluşması için yeterlidir<sup>157</sup>. Buna karşın, mağdurla temas kurmadan mağdurun sadece izlenmesi durumunda ısrarlı takip suçu oluşmayacaktır. Eğer temas kurmaya çalışmadan mağdurun haberleşme ve iletişim araçları bilişim sistemleri aracılığı ile izleniyorsa TCK 243/4’teki veri nakillerini sisteme girmeksizin teknik araçlarla izleme (ya da koşulları oluşması durucunda TCK 132/1.c.2 veya TCK 132/2’deki haberleşmenin gizliliğini ihlal yahut TCK 133/1’deki kişiler arasındaki konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması) suçunun oluştuğu ifade edilebilir.

Mağdurla temas kurma üçüncü kişi aracılığıyla da gerçekleşebilir. Mesele fail bir arkadaşından mağduru ısrarla fiziken veya sosyal ağlar aracılığı ile takip etmesini; mağdura ısrarla kendisiyle iletişim kurmasını istemişe fail üçüncü kişi aracılığıyla temas kurmasını talep etmiş sayılmalıdır. Ancak, eyleme katılan üçüncü kişi hakkında, üçüncü kişi faille birlikte fail gibi hareket etmişse, duruma göre, TCK 37/1 veya TCK 37/2 hükümleri yahut yardım etmişse TCK 39/2-b veya 2-c hükümlerine göre iştiraktan hüküm kurulabilir. Ayrıca failin mağdurun arkadaşlarına ulaşarak mağdurla temas kurmaya çalışması da temas kurma kapsamında kabul edilebilir<sup>158</sup>. Ne var ki temas kurma koşulu bakımından failin üçüncü kişiyi, üçünü kişinin de faili tanınması gerekmez<sup>159</sup>.

Suçun oluşması için mağdurun fiziken takip edilmesi ya da mağdurla haberleşme ve iletişim araçlarını, bilişim sistemlerini veya üçüncü kişileri kullana-

155 Balcı, Çakır, *Israrlı Takip*, s. 329.

156 Balcı, Çakır, s. 329, 330.

157 Özar, s. 1411.

158 Murat Önok, “Ceza Hukuku Tekniği Açısından Israrlı Takip Eylemlerinin Suç Olarak Düzenlenmesi”, *İstanbul Barosu Kadın Hakları Merkezi*, 8 Mart 2022 Özel Yayını, İstanbul Barosu Yayınları, s. 13.

159 Özar, s. 1411.



rak temas kurmaya çalışılması da yeterli değildir. Mağdurun temas kurmaya yönelik hareketlerden ötürü ciddi şekilde huzursuzluk duyması ve bu eylemler nedeniyle mağdur üzerinde ciddi huzursuzluk oluşması yahut mağdurun kendisinin veya yakınlarının birinin güvenliğinden endişe duyması da gerekir<sup>160</sup>. Şu halde, ısrarlı takip suçu, zarar suçudur<sup>161</sup>. Eğer failin eylemi mağdurda huzursuzluk veya endişeye yol açmadıysa faile ceza verilmemelidir<sup>162</sup>. Eylemin mağdur üzerinde böyle bir etki doğurup doğurmadığını hakim belirleyecektir<sup>163</sup>. Ancak, failin cezalandırılması için mağdurun eylemden ciddi şekilde etkilenmesi ve huzursuzluk duyması şarttır<sup>164</sup>. O nedenle, bu araştırmanın iyi yapılması, failin cezalandırılabilmesi bakımından gereklidir. Sadece mağdurun beyanı ile hüküm kurulmamalıdır<sup>165</sup>. Ancak suçun zarar suçu yerine somut tehlike suçu olarak düzenlenmesinin mağdurun korunması ve ceza adaletinin sağlanması bakımından daha uygun bir yaklaşım olabileceğini düşünüyoruz<sup>166</sup>.

Ayrıca kanaatimizce suç ancak madde metninde sayılan hareketlerin fail tarafından aktif olarak gerçekleştirilmesiyle (icrai hareketle) işlenebilir. Bu nedenle, kanunda da açıkça belirtilmediği için<sup>167</sup>, ısrarlı takip suçunun ihmali hareketlerle işlenebilmesinin mümkün olmadığı fikrindeyiz. Hareketlerin niteliğine göre, hareketlerin ani veya kesintisiz şekilde gerçekleştirilebilmesi mümkündür.

160 Bir görüşe göre, özellikle ısrarlı takip suçunda korunan hukuki yarar bakımından önemli olan husus, mağdurun saldırının geleceğinden çok gelebileceğinden korkmasıdır. (Balci/Çakır, *İsrarlı Takip*, s. 326).

161 Daha önce de değinildiği üzere maddenin gerekçesinde de “Yine ısrarlı takip suçu, zarar suçu olarak düzenlendiğinden, tehlike suçu olarak düzenlenmiş olan 123’üncü maddedeki suçtan ayrılmaktadır” denerek suçun zarar suçu olarak düzenlendiği ifade edilmiştir. (Kanun teklifinin madde gerekçesinden alınmıştır.). Aynı yönde Özar, s. 1412.

162 TCK’nın 123’üncü maddesi bakımından mağdurun rahatsız olmaması veya huzurunun bozulmaması durumunda da suçun oluşacağı, zira failin rahatsızlık verici ve huzur bozucu nitelikteki eylemlerin ısrarlı şekilde gerçekleştirilmesinin suçun oluşması için yeterli görülmediği, rahatsızlığın ise şikayetle anlaşılabilceği ancak şikayetin dava şartı oluşu da gözetildiğinde suçun oluşmasına yönelik bir unsur olmadığı gerekçesiyle failin rahatsızlık verici eylemleri ısrarla gerçekleştirilmesinin suçun oluşması bakımından yeterli olduğu yönündeki görüş için bkz Veli Özer Özbeke, Koray Doğan, Pınar Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Seçkin Yay., 16. Baskı, Ankara: 2021, s. 485, 486.

163 Kanun teklifinin madde gerekçesinden alınmıştır.

164 Özar, s. 1413. Yazar, ciddi şekilde etkilenme şartının aranmasını suçun cezalandırılmasını zorlaştıracakını öne sürmektedir. (Özar, s. 1413). Biz de bu fikre katılıyoruz.

165 Benzeri görüş için Balci, Çakır, *İsrarlı Takip*, s. 331.

166 Benzeri yönde Soygüt, s. 2804. Ancak aksi görüş, TCK 123’teki kişilerin huzur ve sükununu bozma suçunun soyut tehlike suçu olmasından ötürü mağdur bakımından yeterli koruma sağlamaktan uzak olduğunu, zira ısrarlı takip eylemi neticesinde mağdurun genellikle olağan yaşam alışkanlıklarını değiştirmek zorunda kaldığını ifade ederek, getirilecek olan ayrı ısrarlı takip suçunun zarar suçu olarak düzenlenmesi gerektiğini öne sürmektedir. (Can, s. 168)

167 İhmali hareketin cezalandırılabilmesi için kanunda o suç tipinin failin ihmali hareketiyle cezalandırılabilceğinin açıkça belirtilmesi gerekir. (Bkz Murat Volkan Dülger, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 1. Baskı, Hukuk Akademisi, İstanbul 2021, s. 293.

Israrlı takip suçu Alman Ceza Kanunu'nun 238'inci maddesinde düzenlenmiştir. Düzenlemeye göre, ısrarlı takip suçunda failin mağdurla iletişim araçları veya diğer araçlarla, kendisi ya da üçüncü kişiler aracılığıyla iletişim kurmayı denemesi onun kişisel bilgilerini kötüye kullanarak mal veya hizmet siparişinde bulunması veya üçüncü kişilerin bundan dolayı onunla iletişime geçmesine sebep olması, onun veya yakınının yaşamını, vücut dokunulmazlığını, sağlığını veya özgürlüğünü tehdit eder veya buna benzer başka bir davranışta bulunması ve bu eylemlerin sonucunda kişinin yaşam biçiminin ağır derecede ihlal edilmesi gibi hiçbir suç tipine tam olarak girmeyen bazı eylemler failin üç yıla kadar hapis veya para cezasıyla cezalandırılmasını gerektiren eylemler olarak kabul edilmiştir<sup>168</sup>. Şu halde Almanya'da suçun oluşması bakımından "eylemlerin sonucunda kişinin yaşam biçiminin ağır derecede ihlal edilmesi" şartı arandığı için, bu suç tipinin, suçun kanunda ilk tanımlandığı dönemde, zarar suçu olarak belirlendiği söylenebilir<sup>169</sup>. Ancak Almanya'da mağdurun yaşam biçiminin ağır şekilde ve ciddi ihlal edilmesi gerektiğine ilişkin düzenleme 2021 yılında değiştirilerek, failin eyleminin mağdur üzerinde kalıcı olmasa dahi önemsiz de olmayacak bir etki bırakması ve failin eyleminin gerekçede de ifade edildiği üzere "tek haneli de olsa" tekrar tekrar gerçekleşen rahatsızlık düzeyinde olması suçun oluşması bakımından yeterli görülmüştür<sup>170</sup>. Bu nedenle, Alman Ceza Kanununda yapılan 2017 (ve 2021) değişikliği sonrasında ısrarlı takip suçu soyut tehlike suçunun bir görünümü olan elverişlilik suçuna dönüştürülmüştür<sup>171</sup>. 2021 değişikliği ile cezalar ağırlaştırılmışsa da düzenleme suçun kapsamını genişlettiği ve belirlilik ilkesine aykırılık taşıdığı yönüyle de eleştirilmiştir<sup>172</sup>. Ancak 2021 değişikliği ile en çok rastlanan siber takip eylemleri tipikliğe dahil edilmiştir<sup>173</sup>.

İspanyol Ceza Kanunu'nun 169 ve 173'üncü maddelerinde de ısrarlı takip suçu düzenlenmiştir. Düzenleme gereğince, bir kişinin ısrarla başka biri tarafından medya veya sosyal medya üzerinden takip edilmesi ve bunun da takip edilen kişinin günlük hayatını olumsuz etkilemesi şartıyla cezalandırılan bir suç tipi olarak belirlenmiştir<sup>174</sup>. Şu halde, İspanyol ceza hukukunda da ısrarlı takip suçu, mağdurun günlük hayatının olumsuz etkilenmesi şartına bağlandığı için, zarar suçu olarak kabul etmiştir<sup>175</sup>.

168 Türkmen, s. 1396.

169 Taşkın, Siber Gözetlenme, s. 294.

170 Balcı, Çakır, Israrlı Takip, s. 326.

171 Bozbayındır, Önok, s. 298, 315.

172 Bozbayındır, Önok, s. 298, 319.

173 Bozbayındır, Önok, s. 298, 321.

174 Bozbayındır, s. 437.

175 Aynı yönde bkz Taşkın, Siber Gözetlenme, s. 294.

ABD’de kadınlara karşı şiddetin önlenmesi için Kadınlara Karşı Şiddet Kanunu’nun (WAWA: Violence Against Women Act-) 2261A(2) (A) bölümüne 2006 yılında bir düzenleme eklenmiştir. Buna göre failin mağduru öldürmek, taciz etmek, korkutmak gibi amaçlarla hareket ederek, elektronik iletişim aletleriyle veya elektronik haberleşme kanallarıyla korkutması, rahatsız etmesi durumunda mağdurda duygusal sorunlar ortaya çıkması yahut mağdurun rahatsız olması söz konusu olursa; failin aynı maddenin 2261(b) başlığındaki yaptırımla cezalandırılması düzenlenmiştir<sup>176</sup>. Bu durumda, ısrarlı takip suçu, ABD Kadınlara Karşı Şiddet Kanunu’nda da zarar suçu olarak düzenlenmiştir<sup>177</sup>. Arizona Eyaleti’ndeki düzenlemede de mağdurun bu eylem nedeniyle güvenliğinden veya hayatından endişe etmesine neden olması şartı arandığı için<sup>178</sup> suçun zarar suçu olarak düzenlendiği kabul edilebilir.

İngiltere de ısrarlı takip eylemini ceza hukuku bağlamında yaptırıma tabi tutmayı tercih etmiştir. Buna göre ısrarlı takip eylemi 1997 tarihli Tacizden Koruma Yasası (Protection From Harrasment Act: PHA)<sup>179</sup>, 1998 tarihli Kötü Amaçlı İletişim Yasası (Malicious Communication Act), 2003 tarihli İletişim Yasası (Communications Act), 1994 tarihli Ceza Adaleti ve Kamu Düzeni Yasası (Criminal Justice and Public Order Act) gibi kanunlarda eylem yaptırıma bağlanmıştır<sup>180</sup>. Tacizden Koruma Yasası’nın ikinci maddesine göre ısrarlı takip sulh ceza mahkemesince yargılanır ve failin 6 aya kadar hapsine veya 5000 Sterlin para cezası ile cezalandırılmasına karar verilebilir. Eğer eylem nedeniyle mağdur şiddete uğrama korkusuna kapılmışsa failin aynı kanunun dördüncü maddesine göre sulh ceza mahkemesi veya Kraliyet Mahkemesi tarafından yargılanarak beş yıla kadar hapis veya sınırsız para cezası (yahut her ikisiyle birden) yargılanabilmesi mümkündür<sup>181</sup>. Yine Kanun’un beşinci maddesi gereğince hakkında cezai yaptırım uygulanan fail aleyhine uzaklaştırma kararı verilebilecektir. Keza Kanun’un üçüncü bölümünde ısrarlı takip eylemi aynı zamanda haksız fiil olarak da kabul edilmiş ve mağdurun hukuk mahkemesin-

176 Whitmire, s. 11.

177 Taşkın, Siber Gözetlenme, s. 296.

178 Schwartz, s. 418.

179 Kanunda 2013 yılında yapılan düzenlemelerle bir kişiyi takip etmek, herhangi bir şekilde bir kişiyle iletişim kurmak veya iletişim kurmaya çalışmak, bir kişiyle ilgili veya ilgiliymiş gibi görünen veya bir kişiden kaynaklandığı iddia edilen herhangi bir beyanı veya diğer materyali yayınlamak, bir kişinin internet, e-posta veya başka herhangi bir biçimde kullanımının izlenmesi; elektronik iletişimin (herhangi bir yerde (kamusal veya özel) izlenmesi, (loitering) aylak aylak takip etme; bir kişinin mülkiyetindeki herhangi bir mala müdahale etmek, bir kişiyi izlemek veya gözetlemek şeklinde ifade edilmiştir (Tim Owen, Wayne Noble, Faye Christabel Speed, *New Perspectives on Cybercrime*, Palgrave Mc Millan, UK, 2017, s.119).

180 Bozbayındır, s. 435; Korkodeilou, s.26; Halder/Jaishankar, s. 97.

181 Korkodeilou, s. 26.

den ihtiyati tedbir ve/veya tazminat talep etmesine de olanak tanınmıştır<sup>182</sup>. PHA, bazı eksiklikleri görüldüğü için 2012 yılında revize edilmiş ve Kanun'a 25 Kasım 2012'de "temel ısrarlı takip suçu" ile "şiddet korkusu veya ciddi endişe veya sıkıntı içeren ısrarlı takip suçu" eklenerek takip etme, mala müdahale etme, mağdurla temas girişiminde bulunma, aylak aylak takip etme, gözetleme veya bir kişiyi gözetleme gibi davranışların katalog listesini vererek, ısrarlı takip suçunun temel şeklinin cezasını altı aydan elli bir haftaya çıkarma yönünde hakime yetki vermektedir. Kanun'un yeni düzenlemesi, failin eyleminin mağdur üzerinde ciddi korku/kaygı yaratması ile günlük hayatını olumsuz şekilde etkilemesi esasına dayanmaktadır<sup>183</sup>. Bu nedenle İngiltere'de ısrarlı takip suçunun "zarar suçu" olarak tanımlandığı söylenebilir. Ayrıca, ifade edilmelidir ki İngiltere 2019 yılında Stalking'den Korunma Kanunu (Stalking Protection Act)<sup>184</sup> adıyla özel bir kanun da çıkarmıştır<sup>185</sup>.

Keza Kuzey İrlanda'da da 2022 yılında çıkarılan Stalking'den Korunma Kanunu (Stalking Protection Act) ile stalking suçu ayrı kanunla cezai yaptırıma bağlanmıştır<sup>186</sup>. Buna göre kanunun ikinci kısmında failin mağdura karşı tehdit veya rahatsız edici davranışlar göstermesi üzerine mağdur üzerinde endişe veya korku ortaya çıkarsa, jüri yargılama neticesinde failin 5 yılı aşmamak üzere hapis veya para cezasına ya da her ikisine birden çarptırılması; jürisiz yargılama neticesinde ise failin 12 ayı aşmayan hapis cezasına veya yasal üst sınırı aşmayan para cezasıyla (yahut her ikisiyle birden) cezalandırılabilmesi mümkün hale getirilmiştir<sup>187</sup>. Böylece, Kuzey İrlanda'da da ısrarlı takip "zarar suçu" olarak kabul edilmiştir.

İtalya, 17 Mayıs 2017 tarihinde siber takip/siber taciz eylemini yasal düzenlemeye bağlayarak, bu türden paylaşımların ilgili internet ortamından 48 saat içinde kaldırılması gerektiğine ilişkin düzenleme getirmiştir<sup>188</sup>. İtalyan Ceza Kanununun ısrarlı takip suçunu düzenleyen 612 bis maddesinde son değişiklik ise 2019 yılında yapılmıştır. Son şekliyle hüküm şu hale gelmiştir: *"FİL daha ağır bir suç teşkil etmediği takdirde, her kim, tekrar eden davranışlarla, tehdit veya taciz etmek suretiyle mağdurda süregelen ve ağır bir kaygı veya korku durumu oluşmasına veya mağdurun kendisinin, yakın bir*

182 Korkodeilou, s. 26.

183 Korkodeilou, s. 29.

184 <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2019/9/contents> (Erişim Tarihi: 26.04.2023)

185 Soygüt, s. 2794.

186 <https://www.legislation.gov.uk/niu/2022/17/contents/enacted> (Erişim Tarihi: 26.04.2023)

187 <https://www.legislation.gov.uk/niu/2022/17/contents/enacted> (Erişim Tarihi: 26.04.2023)

188 Bozbayındır, s. 437. İtalya'daki düzenleme hakkında geniş bilgi ve suç tipinin değerlendirilmesi için Bozbayındır, Önok, s. 339-366.

*akrabasının veya duygusal olarak bağlı olduğu bir kimsenin güvenliğinden makul korku duymasına yol açar veya mağduru yaşama alışkanlıklarını değiştirmeye mecbur kılar, bir yıldan altı yıl altı aya kadar hapis cezasıyla cezalandırılır*<sup>189</sup>. Hükmün ilk halinde 6 aydan 4 yıla kadar hapis cezası öngörülmüşken, cezanın üst sınırı önce 2013 yılında 5 yıla çıkartılmış, sonra da 2019'da alt sınır 1 yıla ve üst sınır da 6 yıl altı aya yükseltilmiştir<sup>190</sup>. Şu halde, İtalya'da ısrarlı takip zarar suçu olarak düzenlenmiştir<sup>191</sup>.

Avusturya Ceza Kanunu'nda iletişim araçları yoluyla sürekli taciz eylemi suç olarak kabul edilmiştir. Buna göre Kanununun 107/c maddesi gereğince iletişim araçları ya da bilişim aygıtları yoluyla bir kişinin toplumdaki saygınlığına zarar verecek içeriklerin çok sayıda kişi tarafından anlaşılabilir şekilde paylaşılması ya da kişinin özel hayatına ilişkin bilgilerin çok sayıda kişiye ifşa edilmesi suç olarak düzenlenmiş olup, eylem neticesinde mağdurun intihara sürüklenmesi, intihara teşebbüs etmesi ya da yaralanması cezada ağırlaştırıcı sebep olarak kabul edilmiştir<sup>192</sup>. Bu nedenle Avusturya'da iletişim araçları yoluyla sürekli taciz eylemi tehlike suçu olarak kabul edilmiştir.

Avusturalya'da federal ceza kanunu ısrarlı takip eylemini ayrıca cezalandırmamaktadır<sup>193</sup>. Buna karşın ısrarlı takip kapsamında olmamakla birlikte, siber zorbalık, siber taciz veya siber ırkçılık olarak tanımlanabilecek bazı eylemler çeşitli yasal düzenlemelerle yaptırıma bağlanmıştır. Ancak Avusturalya'da ısrarlı takibin suç olarak kabul edildiği eyaletler vardır<sup>194</sup>. Avusturalya'nın sekiz eyaletinde de ısrarlı takip yaptırıma bağlanmış olup bunların yedisinde hangi eylemlerin ısrarlı takip oluşturduğu yasada açıkça ifade edilmiştir<sup>195</sup>.

Avusturalya da internet üzerinden siber ırkçılığı 1992 tarihli Yayın Hizmetleri Yasası ile yaptırıma bağlamıştır<sup>196</sup>. Victoria Eyaleti'ndeki düzenlemeye göre, online ortamda ırkçılık veya ayrımcılık içeren paylaşımlar 2001 tarihli Irk ve Dini Hoşgörü Yasası (Racial and Religious Tolerance Act, Art.7) gereğince

189 Bozbayındır, Önok, s. 340.

190 Bozbayındır, Önok, s. 340.

191 Bozbayındır, Önok, s. 298, 347.

192 Çakır, s. 208; Maviş, s. 2473.

193 Halder, Jaishankar, s. 107.

194 Queensland Eyaleti buna bir örnektir. Eyaletteki düzenleme (Queensland Ceza Kanunu md 1899) gereği ısrarlı takip, belli bir kimseye karşı yöneltilen ve kişide korku ya da zarara sebep olan birden fazla harekettir. Kişinin takip edilmesi, gözetilmesi, fiziksel olarak kişiye yaklaşılması, iletişim araçları aracılığıyla kişiyle iletişime geçilmesi ısrarlı takip suçunu oluşturur. Faile, suçun temel şekli 5, nitelikli hallerinden 7 yıl hapis cezası verilir. (Türkoğlu, s. 29).

195 Finch, s. 20.

196 Mason, Czapski, s. 284.

ce, ciddi şekilde aşağılama içermesi kaydıyla suç olarak kabul edilmektedir<sup>197</sup>.

Avusturalya’da 2015 tarihli Çevrimiçi Güvenliği Geliştirme Yasası’nın (Enhancing Online Safety Act 2015) 5’inci maddesinde çocuklara karşı siber zorbalık kavramı tanımlanmıştır<sup>198</sup>. Aynı kanun gereğince, siber zorbalık içeren bir içerikle online ortamda karşılaştığını düşünen bir çocuğun zararlı içeriği, devlet tarafından kurulan bir online güvenlik birimi olan e-güvenlik komiserine şikayet etme hakkı tanınmıştır<sup>199</sup>. Sosyal medya servis sağlayıcılarına da çocuklara karşı işlenen siber zorbalık eylemlerinde, içeriğin yayından kaldırılması dahil önlemler alma görevi verilmiştir<sup>200</sup>. Ayrıca Avusturalya’da 2021 tarihli Çevrimiçi Güvenlik Kanununda da (Online Safety Act) çocukları siber zorbalıktan koruyucu hükümler bulunmaktadır<sup>201</sup>.

Yeni Zelanda’da 2015 yılında kabul edilen “Zararlı Dijital İletişim Yasası” (Harmful Digital Communications Act) 22’nci maddesiyle, elektronik haberleşme sistemleri aracılığıyla üçüncü kişilere zarar verilmesini suç olarak kabul etmekte ve fail olan gerçek kişileri 2 yıla kadar hapis ve 50.000 dolara kadar; tüzel kişileri ise 200.000 dolara kadar adli para cezası ile cezalandırmaktadır. Suçun oluşması için failin mesajı mağdura zarar verme kastıyla göndermesi, mesajın mağdura veya mağdurun yerine geçmeye elverişli olan üçüncü kişiye zarar vermeye uygun olması ve mesajla mağdurun üzerinde zarar doğması şartları aranır<sup>202</sup>. Şu halde suç, Yeni Zelanda’da zarar suçu olarak kabul edilmiştir.

197 Mason, Czapski, s. 298, s. 302.

198 Enhancing Online Safety Act, Part 1, Article 5 [http://www.austlii.edu.au/cgi-bin/viewdoc/au/legis/cth/consol\\_act/eosa2015220/s29.html?context=1;query=%22cyber%20bullying%22;mask\\_path=](http://www.austlii.edu.au/cgi-bin/viewdoc/au/legis/cth/consol_act/eosa2015220/s29.html?context=1;query=%22cyber%20bullying%22;mask_path=) (Erişim Tarihi: 26.03.2022)

199 Enhancing Online Safety Act, Part-3, division 2 Article 18 [http://www.austlii.edu.au/cgi-bin/viewdoc/au/legis/cth/consol\\_act/eosa2015220/s29.html?context=1;query=%22cyber%20bullying%22;mask\\_path=](http://www.austlii.edu.au/cgi-bin/viewdoc/au/legis/cth/consol_act/eosa2015220/s29.html?context=1;query=%22cyber%20bullying%22;mask_path=) (Erişim Tarihi: 26.03.2022). Türkiye’de de benzeri bir sistem getirilerek siber zorbalığın basit bir yöntemle internetten veya telefonla ihbarı sağlanabilir. (Aynı yönde Yetim, s. 372)

200 Enhancing Online Safety Act, Part-4, division 1-4 [http://www.austlii.edu.au/cgi-bin/viewdoc/au/legis/cth/consol\\_act/eosa2015220/s29.html?context=1;query=%22cyber%20bullying%22;mask\\_path=](http://www.austlii.edu.au/cgi-bin/viewdoc/au/legis/cth/consol_act/eosa2015220/s29.html?context=1;query=%22cyber%20bullying%22;mask_path=) (Erişim Tarihi: 26.03.2022)

201 Online Safety Act 2021, Article 76 [http://www.austlii.edu.au/cgi-bin/viewdoc/au/legis/cth/num\\_act/osa2021154/s6.html?context=1;query=%22cyber%20bullying%22;mask\\_path=](http://www.austlii.edu.au/cgi-bin/viewdoc/au/legis/cth/num_act/osa2021154/s6.html?context=1;query=%22cyber%20bullying%22;mask_path=) (Erişim Tarihi: 26.03.2022)

202 Maviş, s. 2473, 2474.

Kanada'nın Manitoba Eyaleti'nin Siber Zorbalığı Önleme Yasası'nın 19'uncu maddesi (The Cyberbullying Prevention Act) ise siber zorbalık eylemini haksız fiil olarak tanımlamıştır<sup>203</sup>. Ancak Kanun, 18'inci maddesinin üçüncü fıkrasında on sekiz yaşından küçük mağdurlar hakkında mahkeme tarafından verilen koruma (hatasız etmeme vb) kararına uymayan failin en çok 5000 ABD doları ile en çok 6 ay hapis cezasına çarptırılacağını düzenlemektedir<sup>204</sup>.

Daha önce de ifade ettiğimiz üzere, bir görüşe göre ısrarlı takip eylemini siber zorbalıktan ayıran en önemli ölçüt, failin veya mağdurun çocuk ya da genç olmasıdır. Eğer fail ya da mağdur çocuk veya genç ise eylem siber zorbalık, değilse ısrarlı takip olarak tanımlanmaktadır<sup>205</sup>. Ancak TCK 123/A kapsamında failin çocuk ya da yetişkin olması eylemin niteliğini değiştirmedigi, mağdurun çocuk olmasının ise ağırlaştırıcı neden olarak düzenlenmesi ve siber ısrarlı takibin siber zorbalığın değil, siber tacizin bir görünümü oluşu da gözetildiğinde, bu görüşe katılmadığımızı ifade ediyoruz.

#### D. Suçun Manevi Unsuru

Israrlı takip suçu bakımından failde kastın varlığı yeterlidir. Suç olası kasıtlı da işlenebilir. Ne var ki suçun taksirle işlenebilmesi mümkün değildir. Fail, fiziki veya sanal takip şeklindeki kanunda tanımlanan eylemleri mağduru rahatsız etmek ve mağdurla temas kurmaya çalışmak suretiyle gerçekleştirmektedir. Failde eğer mağduru rahatsız etme veya mağdurla temas kurma iradesi yoksa kastın oluşmadığını kabul etmek gerekir. Bundan ötürü, kişilerin huzur ve sükununu bozma suçundan farklı olarak failde sırf huzur ve sükunu bozma amacının varlığı araştırılmayacaktır<sup>206</sup>. Bu nedenle, failin ısrarlı takip suçunu hangi amaçla gerçekleştirdiği suçun oluşması bakımından önem taşımaz ve bu durum ayrıca araştırılmaz<sup>207</sup>.

Ancak suç bakımından failin kastının mağduru rahatsız etmek veya mağdurla temas kurmaya çalışmak olduğunun kanıtlanması önemlidir. Failde, mağdurla temas kurma yönünde bir saik yoksa eylemin cezalandırılabilmesi mümkün değildir<sup>208</sup>. Belirtilmelidir ki temas kurmanın kimliğin gizlenmesi veya açıkça belli edilmesi şeklinde ortaya çıkabilmesi mümkündür<sup>209</sup>.

203 [https://web2govmbca.translate.google.com/bills/402/b214e.php?\\_x\\_tr\\_sl=en&\\_x\\_tr\\_tl=tr&\\_x\\_tr\\_hl=tr&\\_x\\_tr\\_pto=sc](https://web2govmbca.translate.google.com/bills/402/b214e.php?_x_tr_sl=en&_x_tr_tl=tr&_x_tr_hl=tr&_x_tr_pto=sc) (Erişim Tarihi: 26.03.2022). Yetim, Siber Zorbalık, s. 358.

204 [https://web2govmbca.translate.google.com/bills/402/b214e.php?\\_x\\_tr\\_sl=en&\\_x\\_tr\\_tl=tr&\\_x\\_tr\\_hl=tr&\\_x\\_tr\\_pto=sc](https://web2govmbca.translate.google.com/bills/402/b214e.php?_x_tr_sl=en&_x_tr_tl=tr&_x_tr_hl=tr&_x_tr_pto=sc) (Erişim Tarihi: 26.03.2022)

205 Yetim, s. 329.

206 Kanun teklifinin madde gerekçesinden alınmıştır.

207 Balcı, Çakır, Israrlı Takip, s. 332; Önok, s. 17; Doğan, s. 140.

208 Koca, Üzülmez, s. 538.

209 Koca, Üzülmez, s. 538.



### E. Hukuka Aykırılık Unsuru

Suçun takibi şikayete bağlı olduğu için mağdurun rızası (TCK 26/2) ilk hukuka uygunluk sebebi olarak ifade edilebilir. Mağdur, izlendiğini fark ettiği halde bu duruma ses çıkarmıyor ve faili şikayet etmiyorsa rızasının olduğu düşünülmalıdır.

Kanun hükmünün uygulanması da hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilebilir<sup>210</sup>. Örneğin mağdur hakkında CMK 135 gereğince hukuka uygun şekilde alınmış olan iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması kararı varsa ve mağdurun iletişim araçları bu karara dayanılarak ısrarla takip ediliyorsa faile TCK 24/1 gereğince ceza verilmez.

Keza kanun hükmünün uygulanması kapsamında CMK 139 gereğince hukuka uygun şekilde alınmış olan gizli soruşturmacı kararı ile mağdurun takip edilmesi ya da CMK 140 gereğince hukuka uyum şekilde alınmış olan teknik araçlarla izleme tedbirine dayanılarak mağdur ısrarla takip ediliyorsa faile TCK 24/1 gereğince ceza verilmez.

Ancak hukukumuzda özel dedektiflik kurumunun yasal dayanağı olmadığı için<sup>211</sup>, uygulamada faaliyet gösteren özel dedektiflik kurumlarındaki görevlilerin bir kimseyi ısrarla takip etmesinin ısrarlı takip suçunda kural olarak hukuka uygunluk nedeni sayılamayacağı düşüncesindeyiz. Bu durumda özel dedektifin ısrarlı takip eyleminde, takip edilen kimseyle temas kurmaya çalışmak suretiyle takip edilen kişi üzerinde ciddi şekilde huzursuzluk oluşmasına ya da takip edilen veya yakınlarından birinin güvenliğinden endişe duymasına neden olma koşulu ortaya çıkmamışsa suçun oluşmayacağı ifade edilmelidir. Zira dedektiflik, mantığı gereği takip edilen kişi ile iletişim kurulmamasını gerektirmektedir. Keza aldatılan eşin, diğer eşi aldatma eylemini ortaya çıkarmak amacıyla ısrarla takip etmesinin de kural olarak üzerinde hukuka uygunluk nedeni sayılmaması gerektiği fikrindeyiz. Aldatılan eş eğer kendisi veya dedektif gibi bir gözetmen aracılığı ile eşiyile temas kurmaya çalışmak suretiyle, eşinin üzerinde ciddi şekilde huzursuzluk oluşmasına ya da eşinin veya yakınlarından birinin güvenliğinden endişe duymasına neden olma koşulu ortaya çıkmamışsa suçun oluşmayacağını düşünüyoruz.

Buna karşın, ebeveynlerin çocuklarını zararlı alışkanlıklardan veya arkadaş

210 Koca, Üzülmez, s. 539.

211 20.01.1994 Tarihli ve 3963 Sayılı Özel Dedektiflik Kanunu 25. Dönem Yasama yılında TBMM gündemine gelmişse de Kanun dönemin Cumhurbaşkanı tarafından veto edilmesi üzerine Genel Kurul'da tekrar görüşülmemiştir. Kanun halen komisyonda beklemektedir.([https://www5.tbmm.gov.tr/develop/owa/tasari\\_teklif\\_gd.onerge\\_bilgileri?kanunlar\\_sira\\_no=189697](https://www5.tbmm.gov.tr/develop/owa/tasari_teklif_gd.onerge_bilgileri?kanunlar_sira_no=189697). Erişim Tarihi: 13.04.2022)



gruplarından korumak amacıyla ısrarla takip etmesinin, tedip ve terbiye hakkı kapsamında ısrarlı takip suçunu oluşturmayacağı fikrindeyiz. Ne var ki bu durumda eylemin suç oluşturmaması için çocuğunu takip eden ebeveynin çocuğunun üzerinde ciddi şekilde huzursuzluk oluşmasına ya da kendisinin veya yakınlarından birinin güvenliğinden endişe duymasına neden olmaması gerekir. Aksi halde ısrarlı takip suçunda fail ebeveyn de olabilir.

### F. Suça Etki Eden Haller

Hükmün ikinci fıkrasında suçun ağırlaştırıcı nedenleri düzenlenmiştir. Buna göre, suçun çocuğa ya da ayrılık kararı verilen veya boşandığı eşe karşı işlenmesi a bendinde ağırlaştırıcı neden olarak düzenlenmiştir. Buna göre mağdur çocuksa ya da failin ayrıldığı eşi ya da eski (boşandığı) eşi ise ceza ağırlaştırılacaktır. Çocuk kavramının TCK'nın 6/1-b hükmüne göre 18 yaşını doldurmamış olan kimse olarak anlaşılması; "ayrıldığı eş" veya "boşandığı eş" kavramının ise Medeni Kanun (MK) hükümlerine göre yorumlanması gerekir.

Failin eylemi, mağdurun okulunu, işyerini, konutunu değiştirmesine ya da okulunu veya işini bırakmasına neden olmuşsa fail hakkında b bendindeki ağırlaştırıcı nedenin uygulanması gerekir<sup>212</sup>. Ancak eğer eylem nedeniyle mağdur okulunu, işyerini, konutunu değiştirmesine ya da okulunu veya işini bırakmamışsa ikinci fıkranın b bendindeki ağırlaştırıcı nedenin uygulanması da gündeme gelmeyecektir.

İkinci fıkranın c bendinde ise eylemin hakkında uzaklaştırma ya da konuta, okula ya da işyerine yaklaşmama tedbirine karar verilen fail tarafından işlenmesi ağırlaştırıcı sebep olarak öngörülmüştür. Buna göre fail hakkında 6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun'un 5/1-c maddesinde belirtilen "korunan kişilere, bu kişilerin buldukları konuta, okula ve işyerine yaklaşmaması" şeklindeki aile hakimi tarafından verilen tedbire uymayan fail hakkında maddede belirtilen ağırlaştırıcı neden uygulanır.

Ancak c bendi ile failin mağduru fiziken ısrarla takip etmesi ağırlaştırıcı neden olarak öngörülmüşse de fail hakkında 6284 sayılı Kanun'un 5/1-f maddesinde belirtilen "Korunan kişiyi iletişim araçlarıyla veya sair surette rahatsız etmemesi" şeklindeki tedbire uyulmamasının ağırlaştırıcı neden sayılmaması kanaatimizce hatalı olmuştur. Zira ısrarlı takip suçunun temel şeklini düzen-

212 Bir görüş, bu fıkradaki düzenlemenin suçun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hali olduğunu öne sürmekte ve bu ağırlaştırıcı sebebin uygulanması için failde TCK 23 anlamında en azından taksirin varlığının aranması gerektiğini ifade etmektedir. (Balç/Çakar, İsrarlı Takip, s. 333). Ancak düzenleme hali hazırdaki şekli ile neticesi sebebiyle ağırlaşmış hâl içermemektedir (Özar, s. 1414).

leyen ilk fıkrasında failin mağduru haberleşme ve iletişim araçlarını, bilişim sistemlerini kullanmak suretiyle rahatsız veya huzursuz etmesi de yaptırma bağlanmıştır. Kaldı ki ısrarlı takip suçu çoğu kez fiziki takipten ziyade failin mağduru iletişim araçları ya da sanal ortamda ısrarlı takibi şeklinde ortaya çıkmaktadır. Öyleyse, 6284 sayılı Kanun'un 5/1-f bendi gereğince aile hakimi tarafından verilecek olan "Korunan kişiyi iletişim araçlarıyla veya sair surette rahatsız etmemesi" yönündeki tebdire uymayan failin ağırlaştırıcı sebepten sorumlu tutulabilmesi mümkün görünmemektedir.

Öte yandan, ısrarlı takip suçunun engellilere karşı işlenen hali ile silahla işlenmesinin de İtalya örneğinde olduğu gibi<sup>213</sup> ağırlaştırıcı sebep olarak düzenlenmemesinin eksilik olduğu fikrindeyiz<sup>214</sup>.

Maddenin ikinci fıkrasında sayılan nitelikli hallerin takibi de şikayete bağlıdır. Fail bu durumda bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

## G. Suçun Özel Görünüş Biçimleri

### 1. Teşebbüs

Israr şartının aranması suçun mütemadi (kesintisiz) suç olarak kabul edilmesini gerektirir fikrindeyiz<sup>215</sup>. Bu nedenle suçun neticesi hareketinden ayrılabilir. Mütemadi suçlarda temadi bitene kadar suça iştirak edebilmek mümkündür. Keza suç mütemadi suç olduğu ve neticesi hareketinden ayrılabilirdiği için de suça teşebbüs özellik göstermektedir. Örneğin failin mağduru fiziken veya sanal olarak ısrarla takip ettiğini gören üçüncü kişinin faille müdahale ederek eylemin tamamlanmasını engellediği bir olasılıkta suç belli bir süre devam ettiği için kanaatimizce tamamlanmış olarak kabul edilmeli ve faille tamamlanmış suçtan hüküm verilmelidir. Bu nedenle suçun teşebbüse elverişli olmadığını düşünüyoruz<sup>216</sup>.

213 Bozbayındır, Önok, s. 358.

214 Aynı yönde Soygüt, s. 2808.

215 Aynı yönde bkz Özar, s. 1413. Ne var ki aksi görüşe göre, ısrarlı takip suçu devam eden bir takım eylemler zincirini gerektirdiği için, zaman içerisinde devam etmesi yönüyle "temadi" kavramına benzese de mütemadi suçlardan farklılık taşır. Çünkü ısrarlı takip suçlarında, mütemadi suçlarda olduğu gibi, hareketin oluşturduğu sonuç derhal sona ermez, ihlal bir-biri üzerine eklenen davranışlarla devam eder. Fakat ihlali oluşturan davranışlar arasında, mütemadi suçtan farklı olarak, kısa süreli zamansal kesintiler olabilir. Mütemadi suçtan farklı olarak, Mağdurun üzerinde endişe ve güvensizlik hissi doğuran davranışların devamlılık göstermesine karşın, hareketlerin aynı nitelikte olması gerekmez. (Doğan, s. 151).

216 Aynı yönde bkz Koca/Üzülmez, s. 540. Aksi yöndeki görüş ise "fail ilk kez ve kısa bir süre takip edip de fark edilince takibi kesmişse burada tipik hareketin bir unsuru olarak "ısrarlı bir şekilde" şartı gerçekleşmemiştir, sorumluluk doğmaz. Fakat belirli bir süre ısrarlı bir şekilde yaptığı takibini mağdur tarafından fark edilince sona erdirmişse teşebbüsten sorumluluk yoluna gidilmelidir" diyerek ısrarlı takipteki fiziken takip açısından suçta teşebbüsün belli koşullar gerçekleştiğinde mümkün olduğunu öne sürmektedir. (Özar, s. 1410,1419).

Fail eğer mağduru bir iki kez takip etmiş ve bu eyleminde ısrar (süreklilik) oluşmamışsa, sonradan fail kendi iradesi ile takipten vazgeçmişse fail hakkında TCK 36'daki gönüllü vazgeçme hükümleri uygulanmalıdır. Ancak failin o ana kadarki hareketleri cinsel taciz, hakaret veya tehdit gibi başka bir suç oluşturuyorsa faile ilgili suçtan ceza verilmelidir.

## 2. İştirak

Suç iştirak bakımından bir özellik taşımaz. Bu nedenle, TCK'nın iştirake ilişkin 37 vd hükümlerinin çıkabilecek uyuşmazlıklarda uygulanabilmesi mümkündür. Ne var ki suç mütemadi (kesintisiz) suç olduğundan, temadi bitene kadar suça iştirak edebilmek mümkündür. Ancak TCK 37/2 bağlamında failin örneğin bir akıl hastasını mağduru ısrarla takip etmek için görevlendirmesi durumunda asıl failin cezai sorumluluğuna gidilebilir.

## 3. İçtima

İsrarlı takip suçu bazı suçlarla içtima ilişkisi içerisinde olabilir. Ancak değişik suç tipleriyle içtima ilişkisini değerlendirmeden önce suçun zincirleme olarak işlenip işlenemeyeceği hususunun değerlendirilmesinde yarar görüyoruz.

Suç, fail tarafından aynı suç işleme kastıyla değişik zamanlarda aynı mağdura karşı işlenmişse, suçun kesintisiz suç olmasından ötürü faildeki kastın aynı suç işleme kastına mı yoksa farklı ısrarlı takip suçlarını işlemeye yönelik mi olduğunun tespiti önem taşıyacaktır. Ancak, failin ısrarlı eylemleri suç tipinde cezalandırıldığı için failin aynı mağdura karşı suçu farklı kasıtlarla işlediğinin ortaya konması oldukça zordur. Bu nedenle fail hakkında TCK 43/1 hükümlerinin uygulanmasının zor olduğunu düşünüyoruz<sup>217</sup>.

Ne var ki fail aynı suç işleme kastıyla birden fazla mağdura karşı ilk fıkrada sayılan eylemleri gerçekleştirmiş ve birden fazla mağdur üzerinde ciddi şekilde huzursuzluk oluşmasına ya da kendisinin veya yakınlarında birinin güvenliğinden endişe duyulmasına sebebiyet vermiş olabilir. Bu durumda fail hakkında TCK 43/2 hükümlerinin uygulanması mümkün olmalıdır. Sözelimi fail aynı sosyal medya hesabında birbiriyle arkadaş olan veya aynı sanal platforma üye olan birden fazla mağdura karşı haberleşme ve iletişim araçlarını, bilişim sistemlerini veya üçüncü kişileri kullanarak temas kurmaya çalışmışsa TCK 43/2'den sorumlu tutulabilir.

217 Benzeri yönde Özar, s.1420. Yargıtay'ın TCK 123'e ilişkin uygulaması da aynı yöndedir.: "2-) Sanığın, katılana yönelik farklı zamanlarda gerçekleştirdiği mesaj gönderme şeklindeki eylemlerinin, TCK'nın 123. maddesinde düzenlenen kişilerin huzur ve sükununu bozma suçunun "ısrar" ögesini oluşturması karşısında, zincirleme suç hükümlerinin uygulanma koşullarının bulunmadığı gözetilmeden, aynı Kanun'un 43/1. maddesinin uygulanması" Yargıtay 4. CD. 6.12.2021 T. 2019/8336 E., K. 2021/28505 K. sayılı kararı, Kazancı, Erişim Tarihi: 13.04.2022)

Ancak fail mağdura karşı haberleşme ve iletişim araçlarını, bilişim sistemlerini veya üçüncü kişileri kullanarak temas kurmaya çalışmış, mağduru ciddi şekilde huzursuz edip mağdurun veya yakınlarından birinin güvenliğinden endişe etmesine sebebiyet vermişse ardından örneğin mağduru kasten yaralamışsa TCK 43/3 göndermesi ile fail hakkında hem kasten yaralamadan (varsa nitelikli hallerinden veya neticesi sebebiyle ağırlanmış hallerinden) hem de ısrarlı takip suçundan ayrı ayrı ceza verilmesi gerektiği düşüncesindeyiz. Zira bu durumda fail iki ayrı hareketle iki ayrı suç işlemektedir. Aynısını failin mağdura karşı ısrarlı takibinin ardından mağduru öldürmesi, mağdura işkence etmesi veya mağdura karşı yağma suçu işlemesi, eyleminin ardından mağdura karşı cinsel taciz, cinsel istismar veya cinsel saldırı suçu işlemesi durumunda da uygulamak; faile her eylemi için ayrı ceza vermek gerektiğini düşünüyoruz<sup>218</sup>.

Israrlı takip suçu ile tehdit, şantaj suçları arasında da içtima ilişkisi ortaya çıkabilir. Eğer fail mağdura karşı haberleşme ve iletişim araçlarını, bilişim sistemlerini veya üçüncü kişileri kullanarak temas kurmaya çalışmış, mağduru ciddi şekilde huzursuz edip mağdurun veya yakınlarından birinin güvenliğinden endişe etmesine sebebiyet vermişse; bu eylemleri sırasında mağduru örneğin ölümlü tehdit etmişse veya mağdurun kendisiyle birlikte olmaması durumunda, eski erkek arkadaşıyla olan ilişkisini sosyal medyada ifşa edeceğini belirtmişse fail aynı hareketle birden fazla suçun oluşmasına sebep olduğu için TCK 44 gereğince bu suçlardan cezası daha ağır olandan cezalandırılmalıdır<sup>219</sup>.

Ancak failin eyleminde ısrar yoksa, bu bağlamda fail mağduru ısrarla fiziken takip etmemiş, haberleşme ve iletişim araçlarını, bilişim sistemlerini veya üçüncü kişileri kullanarak temas kurmaya çalışmak suretiyle bir kimse üzerin-

218 Nitekim kanun teklifinin genel gerekçesinde de “*Düzenlemeyle özellikle kadına yönelik daha ağır ve şiddet içeren suçlar işlenmeden önce gerçekleşen ısrarlı takip fiillerinin orantılı bir yaptırıma bağlanması ve mağdurlara gerekli güvencenin sağlanması hedeflenmektedir*” denerek ısrarlı takip suçunun başka suç tipleriyle (cinsel taciz, cinsel istismar, kasten yaralama, eziyet, kasten yaralama gibi) gerçek içtima ilişkisi içerisinde bulunabileceğine işaret edilmiştir. Keza maddenin gerekçesinde de “*ısrarlı takip suçunun işlenmesi sırasında mağdura yönelik gerçekleştirilen fiillerin başka bir suç oluşturması halinde fail suç teşkil eden bu fiillerden de cezalandırılabilir.* Örneğin ısrarlı takip fiili kapsamında mağdura yönelik gerçekleştirilen hareketlerden bir veya birden fazlasının hakaret veya tehdit suçunu oluşturması durumunda ısrarlı takip suçunun yanı sıra işlenen bu suçlardan dolayı da fail ayrıca cezalandırılabilir” dendiği görülmektedir. (Kanun teklifinin madde gerekçesinden alınmıştır.). Benzeri yönde Balcı/Çakır, *Israrlı Takip*, s. 333; Önok, s. 20.

219 Tarafımızca da benimsenen bir görüşe göre stalking eylemlerinin neticesi sebebiyle ağırlanmış suça dönüşmesi mümkün olabilir. Failin, mağduru sürekli takip ederek akıl hastalığına yakalanmasına sebep olması veya otomobiliyle ısrarlı şekilde takip ederek kaza yapması neticesinde yaralanmasına sebep olması buna örnektir. Böyle bir durumda Alman Ceza Kanunu’nun 238’inci maddesine benzer şekilde, ısrarlı takip suçunun neticesi sebebiyle ağırlanmış hallerinden sorumlu tutulacağına ilişkin düzenleme getirilmesi TCK 44 uygulamasını engelleyerek, ceza adaleti bakımından daha adaletli sonuçlara yol açabilecektir. (Soygüt, s. 2808).

de ciddi şekilde huzursuzluk oluşmasına ya da kendisinin veya yakınlarından birinin güvenliğinden endişe duymasına neden olmamışsa fail hakkında ısrarlı takip suçundan hüküm verilemez. Bu durumda, eylem eğer niteliği gereği tehdit, cinsel taciz, hakaret veya TCK 243/4'teki veri nakillerini sisteme girmeksizin teknik araçlarla izleme (ya da koşulları oluşması durucunda TCK 132/1.c.2 veya TCK 132/2'deki haberleşmenin gizliliğini ihlal yahut TCK 133/1'deki kişiler arasındaki konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması) suçuyorsa, faile sadece ilgili suç tipinden ceza verilmesi gerekir.

Öte yandan ifade edilmelidir ki ısrarlı takip suçu özel bir suç tipi olduğundan, eylemler TCK 123/A'daki tipe uygunsuzsa faile TCK 123'teki kişilerin huzur ve sükununu bozma suçundan ceza verilmeyecektir<sup>220</sup>.

### H. Soruşturma, Kovuşturma ve Yaptırım

123/A maddesinin üçüncü fıkrasında “Bu maddede düzenlenen suçun soruşturulması ve kovuşturulması şikayete bağlıdır” denerek suçun takibi şikayete bağlı bir suç olduğu ifade edilmiştir. Şu halde mağdurun şikayet hakkını TCK 73/1-2 gereğince fiili ve failin kim olduğunu bildiği veya öğrendiği günden itibaren 6 ay içerisinde kullanılması gerekir.

Alman ceza hukukundaki düzenlemeye göre, suçun nitelikli hali olan eski eşin ısrarlı takibi re'sen soruşturulmaktadır<sup>221</sup>. Keza Almanya'da suçun kovuşturulmasında kamu yararı bulunması durumunda savcının re'sen soruşturma açma yetkisi de vardır. Keza İtalya'da da suçun engellilere ve küçüklere karşı işlenmesi re'sen soruşturulmasını gerektirir<sup>222</sup>. Bu nedenle failin eylemini boşandığı veya ayrıldığı eşine karşı gerçekleştirmesinin veya çocuğa karşı gerçekleştirmesinin (eylemin nitelikli halleri) re'sen soruşturulmalıdır.

Suç, şikayete tabi olmakla birlikte CMK'nın 253/3 hükmünde değişikliğe gidilerek ısrarlı takip suçu uzlaştırma kapsamı dışına çıkarılmıştır. Kanun teklifinin gerekçesinde (madde 12) “ısrarlı *takip suçunun koruduğu hukuki yarar, uzlaştırma kurumunun mahiyetiyle uyuşmamaktadır*” denerek bu durum izah edilmiştir.

Ancak, CMK 253/1.b.3 bendi gereğince tehdit suçunun basit şekli (TCK 106/1) uzlaştırma kapsamındadır. Oysa tehdit suçunda da kişinin iç huzuru, başka bir deyişe kişilerin huzur ve sükunu korunur<sup>223</sup>. Keza, TCK 123'teki kişilerin huzur ve sükununu bozma suçunda da insanların huzurlu ve sakin şekilde

220 Kanun teklifinin madde gerekçesinden alınmıştır.

221 Can, s. 170.

222 Soygüt, s. 2809. Bozbayındır, Önok, s. 363.

223 Özbek, Doğan, Bacaksız, s. 399.

normal hayat düzenlerini sürdürme hakkı korunmaktadır<sup>224</sup>. Tehdit suçu ile kişilerin huzur ve sükununu bozma suçu ısrarlı takip suçuyla aynı hukuki yararı koruduğu halde, tehdit suçuyla kişilerin huzur ve sükununu bozma suçunun uzlaştırma kapsamında olması; buna karşın ısrarlı takip suçunun uzlaştırma kapsamı dışında tutulması kanun koyucunun suç politikası konusundaki özensizliğini ortaya koyduğu fikrindeyiz. Ancak yine de ısrarlı takip suçunda fail ile mağdurun eşit durumda olmadığı ve mağdurların genellikle kadınlar (eski eş) ile çocuklar olduğu düşünüldüğünde, suçun uzlaştırma kapsamında olmamasının doğru olduğu fikrindeyiz<sup>225</sup>.

Israrlı takip suçunun temel şekli, CMK 251/1 hükmü gereğince basit yargılama usulüne tabi olacaktır<sup>226</sup>. Bu nedenle, kural olarak CMK 251/2 gereğince duruşma açılmadan karar verilebilir<sup>227</sup>. Yargılama asliye ceza mahkemelerinde yürütülecektir.

Öte yandan, kanun teklifinin 10 ve 11'inci maddeleriyle CMK'nın 234'üncü maddesinin birinci fıkrasının a bendinin üç numaralı alt bendi ile b bendinin beş numaralı alt bendi ve 239'uncu maddesinin ikinci fıkrasında değişikliğe gidilerek ısrarlı takip suçu da mağdurun, suçtan zarar görenin veya katılanın talebi üzerine vekil atanacak suçlar kapsamına alınmaktadır. Bu değişikliğin olumlu olduğu düşüncesindeyiz. Ancak ısrarlı takip suçu bu kapsama alınırken, suçla aynı hukuki yararı koruyan tehdit ve kişilerin huzur ve sükununu bozma suçlarının kapsam dışı bırakılmasının doğru olmadığını düşünüyoruz. Bu durumun ceza adaletine aykırı olduğu görüşündeyiz.

## Sonuç

Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne (TBMM) 2022 yılı Mart ayı içerisinde sunulan "Türk Ceza Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi" ile Türk Ceza Kanunu'nun (TCK) "Hürriyete Karşı Suçlar" başlıklı yedinci bölümüne "Israrlı takip" başlıklı 123/A maddesi eklenmesi önerilmiştir. Söz konusu teklif TBMM genel kurulu tarafından 12.05.2022 tarihinde 7406 sayılı Kanun'un 8. maddesinde kabul edilerek yasalaşmıştır. TCK m. 123/A olarak düzenlenen söz konusu düzenleme 31848 sayılı ve 27.05.2022 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanarak yayımlandığı tarih itibarıyla yürürlüğe girmiştir.

224 Özbek, Doğan, Bacaksız, s. 485.

225 Benzeri görüş için Can, s. 171.

226 Basit yargılamaya tabi olan suçlar arasında TCK'nın 123'üncü maddesindeki kişilerin huzur ve sükununu bozma suçu da vardır. Geniş bilgi için bkz Ş. Cankat Taşkın, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Seri Muhakeme ve Basit Yargılama Usulü*, Adalet Yay., Ankara 2020, s. 131-140. (Seri Muhakeme)

227 Taşkın, Seri Muhakeme, s. 141.

Getirilen düzenleme ile ısrarlı bir şekilde fiziken takip etmek ya da haberleşme ve iletişim araçlarını, bilişim sistemlerini veya üçüncü kişileri kullanarak temas kurmaya çalışmak suretiyle bir kimse üzerinde ciddi şekilde huzursuzluk oluşmasına ya da kendisinin veya yakınlarından birinin güvenliğinden endişe duymasına neden olan faile altı aydan iki yıla kadar hapis cezası verileceği hüküm altına alınmış; ikinci fıkrada suçun ağırlaştırıcı nedenleri, üçüncü fıkrada ise suçun soruşturma şartı düzenlenmiştir.

TCK'nın faklı maddelerinde düzenlenen ve farklı hukuki yararları koruyan tehdit, kişilerin huzur ve sükununu bozma, cinsel taciz, hakaret gibi suçlar ısrarlı takip eylemini ve sonuçlarını tam anlamıyla karşılamaktan uzaktır. O nedenle ısrarlı takip eyleminin TCK'da düzenlenmesini olumlu buluyoruz.

İsrarlı takip suç tipinin karşılaştırmalı hukuktaki bazı örneklerde (Almanya'da suçun ceza kanuna konduğu ilk dönemde, İtalya, Yeni Zelanda, İspanya, İngiltere ve Kuzey İrlanda) zarar suçu olarak düzenlendiği<sup>228</sup>, diğer bazı örneklerde ise (Almanya'daki 2017 sonrası düzenlemede, Avusturya, Belçika ve Hollanda'da) tehlike suçu olarak düzenlendiği görülmektedir. Türkiye'deki düzenleme ise bir zarar suçudur<sup>229</sup>. Ancak suçun zarar suçu yerine somut tehlike suçu olarak düzenlenmesinin mağdurun korunması ve ceza adaletinin sağlanması bakımından daha uygun bir yaklaşım olabileceğini düşünüyoruz.

İsrarlı takip suçu karşılaştırmalı hukukta, bazı ülkelerde seçimlik ve bağımlı hareketli suç olarak tanımlanmış olmakla birlikte, suçu oluşturacak olan hareketler oldukça geniş sayılmıştır. Buna karşın bazı ülkelerde ısrarlı takip suçu serbest hareketli suç olarak tanımlanmıştır. Avrupa ülkelerindeki genel düzenleme ısrarlı takip suçunun serbest hareketli suç olarak tanımlanması yönündedir. Ülkemizde ise ısrarlı takip suçu seçimlik ve bağımlı hareketli suçtur. Kanun koyucu belirlilik ilkesinden uzaklaşmamak adına böyle bir yolu tercih etmiş olabilir; buna ilişkin gerekçede de bir açıklamaya rastlamadık. Ancak, teknolojiye gelişmeler karşısında, ısrarlı takip sayılabilecek bazı hareketlerin cezasız kalmasının önlenmesi için hareketlerin geniş tutulması ileride ortaya çıkabilecek, ısrarlı takip sayılabilecek ancak kanunda sayılmayan eylemlerin cezalandırılmama tehlikesini ortadan kaldırabilirdi.

228 Bozbayındır, Önok, s. 298, 347.

229 Maddenin gerekçesinde de "Yine ısrarlı takip suçu, zarar suçu olarak düzenlendiğinden, tehlike suçu olarak düzenlenmiş olan 123'üncü maddedeki suçtan ayrılmaktadır" denerek suçun zarar suçu olarak düzenlendiği ifade edilmiştir. (Kanun teklifinin madde gerekçesinden alınmıştır.)

Tehdit suçu ile kişilerin huzur ve sükununu bozma suçu ısrarlı takip suçuyla aynı hukuki yararı koruduğu halde, tehdit suçuyla kişilerin huzur ve sükununu bozma suçunun uzlaştırma kapsamında olması; buna karşın ısrarlı takip suçunun uzlaştırma kapsamı dışında tutulması kanun koyucunun suç politikası konusundaki özensizliğini ortaya koyduğu fikrindeyiz. Ancak yine de ısrarlı takip suçunda fail ile mağdurun eşit durumda olmadığı ve mağdurların genellikle kadınlar (eski eş) ile çocuklar olduğu düşünüldüğünde, suçun uzlaştırma kapsamında olmamasının doğru olduğu fikrindeyiz.

Alman ceza hukukundaki düzenlemeye göre, suçun nitelikli hali olan eski eşin ısrarlı takibi re'sen soruşturulmaktadır. Bu nedenle failin eylemini boşandığı veya ayrıldığı eşine karşı gerçekleştirmesinin veya çocuğa karşı gerçekleştirmesinin (eylemin nitelikli halleri) re'sen soruşturulmalıdır. Keza İtalya'da da suçun engellilere ve küçüklere karşı işlenmesi re'sen soruşturulmasını gerektirir<sup>230</sup>. Bu nedenle, suçun engellilere ve küçüklere karşı işlenmesi re'sen soruşturulmalıdır.

Israrlı takip suçunun engellilere karşı işlenmesi ile silahla işlenmesinin de İtalya örneğinde olduğu gibi ağırlaştırıcı sebep olarak düzenlenmemesinin ek-silik olduğu fikrindeyiz.

Öte yandan, kanun teklifinin 10 ve 11'inci maddeleriyle CMK'nın 234'üncü maddesinin birinci fıkrasının a bendinin üç numaralı alt bendi ile b bendinin beş numaralı alt bendi ve 239'uncu maddesinin ikinci fıkrasında değişikliğe gidilerek ısrarlı takip suçu da mağdurun, suçtan zarar görenin veya katılanın talebi üzerine vekil atanacak suçlar kapsamına alınmıştır. Bu değişikliğin olumlu olduğu düşüncesindeyiz. Ancak ısrarlı takip suçu bu kapsama alınırken, suçla aynı hukuki yararı koruyan tehdit ve kişilerin huzur ve sükununu bozma suçlarının kapsam dışı bırakılmasının doğru olmadığını düşünüyoruz.

Tüm bu eleştirilere rağmen, 123/A maddesinin hukukumuzdaki ciddi bir eksiği giderdiği ve gelişen teknoloji karşısında doğan mağduriyetleri ortadan kaldırdığı ifade edilebilir.

230 Bozbayındır, Önok, s. 363.



## KAYNAKLAR

- al- Khateeb, Haider M; “Epiphaniou Gregory, How technology can mitigate and counteract cyber-stalking and online grooming”, *Computer Fraud& Security*, 2016, s. 13-18.
- Almagor-Cohen, Raphael, *Confronting The Internet’s Dark Side, Moral and Social Responsibility on The Free Highway*, Cambridge University Press, 2015.
- Andréa, Becker; Jessie V. Ford ; Timothy J. Valshtein, *Confusing Stalking for Romance: Examining the Labeling and Acceptability of Men’s (Cyber)Stalking of Women*, Springer Science+Business Media, LLC, part of Springer Nature 2020, (Published online: 25 November 2020).
- Attrill-Smith, Alison; Wesson, Caroline, “The Psychology of Cybercrime”, in: Thomas j Holt ; Adam M Bossler (Editors), *The Palgrave Handbook of International Cybercrime and Cyberdeviance*, Palgrave-Mac Millan, Switzerland, 2020, s. 653-678.
- Balcı, Murat; Çakır, Kerim, *Dijital Ceza Hukuku-I, Sosyal Medyada İşlenen Suçlar*, Adalet Yayınevi, 2023, s. 84. (Dijital Ceza Hukuku).
- Balcı, Murat; Çakır, Kerim, “Israrlı Takip Suçu (TCK 123/A)”, *Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 10, Sayı 2, 2022, s. 323-339. (Israrlı Takip)
- Bozbayındır-Bostancı, Gülşah, “Cyberbullying and Criminal Law”, *İstanbul Hukuk Mecmuası*, Cilt 77, Sayı 1, 2019, s. 425-450.
- Bozbayındır, Ali Emrah; Önok, R. Murat, “Alman ve İtalyan Ceza Hukukunda Israrlı Takip Suçu”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Sayı 1, 2022 s.295-376.
- Can, Neslihan, “Stalking By Partner In The Context of Violence Normalised Myths”; *The 10th Anniversary Of The Istanbul Convention, Italian- Turkish Conference*, Pisa, 18th June 2021, Edited By Valentina Bonini and Rahime Erbaş; 2021, Pisa University Press, s. 147-172.
- CASE OF BEVACQUA AND S. v. BULGARIA, (Application no. 71127/01), <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22docname%22:%5B%22Bevacqua%22%5D,%22documentcollectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22%5D,%22itemid%22:%5B%22001-86875%22%5D%7D> (Erişim tarihi: 26.4.2023).
- CASE OF BUTURUGĂ v. ROMANIA, (Application no. 56867/15), <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22docname%22:%5B%22Buturug%C4%83%22%5D,%22documentcollectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22%5D,%22itemid%22:%5B%22001-201342%22%5D%7D> (Erişim tarihi: 26.4.2023).
- CASE OF VOLODINA V. RUSSIA (No. 2), (Application no. 40419/19), <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-211794%22%5D%7D> (Erişim tarihi: 6.4.2022).
- CASE OF OPUZ v. TURKEY, (Application no. 33401/02), <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22docname%22:%5B%22%20CASE%20OF%20OPUZ%20v.%20TURKEY%22%5D,%22documentcollectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22%5D,%22itemid%22:%5B%22001-92945%22%5D%7D> (Erişim tarihi: 26.4.2023).
- Cox, Cassie, “Protecting Victims Of Cyberstalking, Cyberharassment, and Online Impersonation Through Prosecutions and Effective Laws”, *Jurimetrics* , Spring 2014, Cilt 54, No. 3 (Spring 2014), Published by: American Bar Association (s. 277-302), <https://www.jstor.org/stable/24395601> (Erişim Tarihi: 29.10.2021).
- Çakır, Kerim, “Sosyal Ağlarda Siber Zorbalık ve Ceza Hukuku”, *Uluslararası Bilişim ve Teknoloji Hukuku Sempozyumu, Tebliğler Kitabı*, (Editörler: Şerafettin Ekici, Ekrem Solak, Muhammed Emre Avcı), Adalet Yay., Ankara, Aralık 2021, ss. 197-211.

- Çakmut, Özlem Yenerer, *Kişilerin Huzur ve Sükununu Bozma ve Gürültüye Neden Olma Suçları*, Beta Yayıncılık, İstanbul 2014.
- Chadwick, Sharlene, *Impacts of Cyberbullying, Building Social and Emotional Resilience in Schools*, Springer, London, 2014.
- Cook, Philip; Hodo, Tammy L, *When Women Sexually Abuse Men (The Hidden Side of Rape, Stalking, Harassment, and Sexual Assault)*, Preager, USA, 2013.
- Doğan, Recep, “Kadına Yönelik Şiddetin Bir Türü Olarak, Israrlı Takip (Stalking) Kavramı ve Suçu”, *Ankara Barosu Dergisi*, Sayı 2, 2014, s.136-154.
- Dülger, Murat Volkan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Hukuk Akademisi, 1. Baskı, İstanbul 2021.
- Enhancing Online Safety Act, Part 1, Article 5 [http://www.austlii.edu.au/cgi-bin/viewdoc/au/legis/cth/consol\\_act/eosa2015220/s29.html?context=1;query=%22cyber%20bullying%22;mask\\_path=](http://www.austlii.edu.au/cgi-bin/viewdoc/au/legis/cth/consol_act/eosa2015220/s29.html?context=1;query=%22cyber%20bullying%22;mask_path=) (Erişim Tarihi: 26.03.2022).
- Enhancing Online Safety Act, Part-3, division 2 Article 18 [http://www.austlii.edu.au/cgi-bin/viewdoc/au/legis/cth/consol\\_act/eosa2015220/s29.html?context=1;query=%22cyber%20bullying%22;mask\\_path=](http://www.austlii.edu.au/cgi-bin/viewdoc/au/legis/cth/consol_act/eosa2015220/s29.html?context=1;query=%22cyber%20bullying%22;mask_path=) (Erişim Tarihi: 26.03.2022).
- Enhancing Online Safety Act, Part-4, division 1-4 [http://www.austlii.edu.au/cgi-bin/viewdoc/au/legis/cth/consol\\_act/eosa2015220/s29.html?context=1;query=%22cyber%20bullying%22;mask\\_path=](http://www.austlii.edu.au/cgi-bin/viewdoc/au/legis/cth/consol_act/eosa2015220/s29.html?context=1;query=%22cyber%20bullying%22;mask_path=) (Erişim Tarihi: 26.03.2022).
- Fabio, Sticca; Sonja, Perren, “Is cyberbullying worse than traditional bullying? Examining the differential roles of medium, publicity, and anonymity for the perceived severity of bullying”, *Journal of Youth and Adolescence*, Cilt 42 Sayı 5, 2013, s. 739-750. [https://www.zora.uzh.ch/id/eprint/136007/1/Sticca\\_Perren\\_2013\\_JOYO.pdf](https://www.zora.uzh.ch/id/eprint/136007/1/Sticca_Perren_2013_JOYO.pdf) (Erişim Tarihi: 24.3.2022).
- Finch, Emily, *The Criminalisation of Stalking: Constructing The Problem And Evaluating The Solution*, Cavendish Publishing, First Published in Great Britain, 2001.
- Goodno, Noami Harlin, *Cyberstalking, a New Crime: Evaluating the Effectiveness of Current State and Federal Laws*, s. 1-62. <https://law.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=7936&context=expresso> (Erişim Tarihi: 29.10.2021).
- <https://sozluk.gov.tr/> (Erişim Tarihi: 24.3.2022).
- [https://web2govmbca.translate.google/bills/402/b214e.php?\\_x\\_tr\\_sl=en&\\_x\\_tr\\_tl=tr&\\_x\\_tr\\_hl=tr&\\_x\\_tr\\_pto=sc](https://web2govmbca.translate.google/bills/402/b214e.php?_x_tr_sl=en&_x_tr_tl=tr&_x_tr_hl=tr&_x_tr_pto=sc) (Erişim Tarihi: 30.03.2022).
- [https://www5.tbmm.gov.tr/develop/owa/tasari\\_teklif\\_gd.onerge\\_bilgileri?kanunlar\\_sira\\_no=189697](https://www5.tbmm.gov.tr/develop/owa/tasari_teklif_gd.onerge_bilgileri?kanunlar_sira_no=189697). (Erişim Tarihi: 13.04.2022).
- Halder Debarati; Jaishankar K, Cyber Crime and the Victimization of Women (Laws, Rights and Regulations), *Information Science Reference*, USA, 2012.
- Higgins George E. ; Nicholson Jason, “The General Theory of Crime”, in: Thomas j Holt/ Adam M Bossler (Editors), *The Palgrave Handbook of International Cybercrime and Cyberdeviance*, Palgrave-Mac Millan, Switzerland 2020, s. 568-580.
- Hyland John M.; Hyland Pauline K.; Corcoran Lucie, Cyber Aggression and Cyberbullying (Widening the Net), in: Hamid Jahankhani (Editor), *Cyber Criminology*, Springer, Cham, 2018, s. 47-68.
- Hunter Nick, *Cyber Bullying (Hot Topics)*, Raintree Books, London, 2012.

- Kaygısız, Esra Gökçen, “Şiddetin E-Hali: Siber Zorbalık”, *TİHEK Akademik Dergisi / Şiddetin Önlenmesi Özel Sayısı*, Sayı 4-5, 2020, ss.161-174.
- Koca, Mahmut; Üzülmüş, İlhan, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 8. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2022.
- Kocasakal, Ümit, “Kişilerin Huzur ve Sükununu Bozma Suçu”, *Ankara Barosu Dergisi*, Sayı: 2, 2015, ss. 111-146.
- Korkodeilou Jenny, *Victims of Stalking: Case Studies In Invisible Harms*, Palgrave Macmillan, Cham, 2020.
- Kowalski, Robin M.; Limber Susan P. ; Agatston Patricia W., *Cyber Bullying, Bullying in the Digital Age*, Blackwell Publishing, First Published, UK, 2008.
- Kremling, Janine; Parker, Amanda M. Sharp, *Cyberspace, Cybersecurity, and Cybercrime*, Sage Publications, USA, 2018.
- Ligg, Richard A., “Stopping Stalkers: A Critical Examination of Anti-Stalking Statutes”, *St John’s Law Review*, Cilt 67/2, 1993, s. 347-381.
- Lipton, Jacqueline D., “Combating Cyber-Victimization”, *Berkeley Technology Law Journal*, , Cilt 26, 2011, ss. 1103-1155, <https://www.jstor.org/stable/24118683> (Erişim Tarihi: 29.10.2021).
- Mason, Gail; Czapski, Natalie, “Regulating Cyber Racizm”, *Melbourne University Law Review*, Cilt 41, 2017, s. 284-340.
- Maviş, Volkan, “Ceza Hukuku Boyutuyla Siber Zorbalık”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 29, Sayı 3, 2021, ss. 2455-2500.
- Navarro, Jordana, Virtual danger An overview of interpersonal cybercrimes, s. 112 (in: *The Human Factor of Cybercrime*, Rutger Leukfedlt/ Tomas J. Holt ,Editors), Routledge, New-York 2020, s. 111-133.
- Online Safety Act 2021, Article 76 [http://www.austlii.edu.au/cgi-bin/viewdoc/au/legis/cth/num\\_act/osa2021154/s6.html?context=1;query=%22cyber%20bullying%22;mask\\_path=](http://www.austlii.edu.au/cgi-bin/viewdoc/au/legis/cth/num_act/osa2021154/s6.html?context=1;query=%22cyber%20bullying%22;mask_path=) (Erişim Tarihi: 26.03.2022).
- Owen, Tim; Noble, Wayne; Christabel, Speed Faye, *New Perspectives on Cybercrime*, Palgrave Mc Millan, UK, 2017.
- Önok, Murat, “Ceza Hukuku Tekniği Açısından Israrlı Takip Eylemlerinin Suç Olarak Düzenlenmesi”, *İstanbul Barosu Kadın Hakları Merkezi*, 8 Mart 2022 Özel Yayını, İstanbul Barosu Yayınları, s.12-23.
- Özar, Süleyman, “Israrlı Takip Suçu, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Yıl:2022, Sayı: 71/3, s.1397-1430.
- Özbek, Veli Özer; Doğan, Koray ; Bacaksız, Pınar, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 16. Baskı, Seçkin Yay., Ankara 2021.
- Özen, Muharrem; Köksal, Atacan, “Kişilerin Huzur ve Sükununu Bozma Suçu”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, , Sayı 68 (2), 2019, s. 479-527.
- Patchin Justin W.; Hinduja, Sameer, Cyberbullying An Update and Synthesis of the Research, in: Hinduja, S., & Patchin, J. W., Bullying beyond the schoolyard: *Preventing and responding to cyberbullying*. Thousand Oaks, CA: Sage Publications, 2009, Corwin Press, s. 13-35.
- Pekşen, Pınar, *Türk Ceza Kanunu’nda Konut Dokunulmazlığının İhlali Suçu*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kocaeli 2019.

- Returnaz Aksoy, Emine Eylem, “Istanbul Convention and the cyber violence”; *The 10th Anniversary Of The Istanbul Convention, Italian- Turkish Conference*, Pisa, 18th June 2021, Edited By Valentina Bonini and Rahime Erbaş; 2021, Pisa University Press, s. 119-128.
- Sallavaci Oriola, Crime and Social Media: Legal Responses to Offensive Online Communications and Abuse, in: Hamid Jahankhani (Editor), *Cyber Criminology*, Cham, 2018, (s.3-25).
- Semenza Daniel C., “Dating and Sexual Relationships in the Age of the Internet”, in: Thomas j Holt ; Adam M Bossler (Editors), *The Palgrave Handbook of International Cybercrime and Cyberdeviance*, Palgrave-Mac Millan, Switzerland 2020, s. 1067-1087.
- Skórzewska-Amberg Małgorzata, M. Global Threats But National Legislations—How to Adapt to the New Cyberspace Society, İn: Emilio C. Viano (Editor), *Cybercrime, Organised Crime, anda Societal Responses (International Approaches)*, Springer Publishing, Switzerland, 2017, s. 67-87.
- Schwartz, Kate E., “Criminal Liability for Internet Culpritz: The Need For Update State Laws Covering The Full Spectrum of Cyber Victimization”, *Washinton University Law Review*, Cilt 87, Sayı 2, 2009, s. 406-436.
- Pavica, Sheldon; Rauschnabel Philipp A.; Honeycutt James M., *The Dark Side of Social Media (Psychological, Managerial and Societal Perspectives)*, Elsevier Inc, UK, 2019, s. 76.
- Simmons, Nicola; Cottrelle, Keel, *Cyber-bullying and The Law*, [http://www.mbfxc.com/uploads/4/1/8/4/4184069/cyberbullying\\_and\\_the\\_law.pdf](http://www.mbfxc.com/uploads/4/1/8/4/4184069/cyberbullying_and_the_law.pdf) s. (1-59) (Erişim Tarihi: 29.10.2021).
- Soygüt, Buket, “Kadına Yönelik Erken Şiddetinin Önlenmesi Bağlamında Stalking (Israrlı Takip) ve Cezasızlık Sorunu”, *Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt:5, Sayı: 1, Nisan 2020, Ar.Gör. Ceren Damar Şenel Armağanı-Cilt III, Seçkin Yay, Ankara 2020, s. 2781-2814.
- Taşkın, Şaban Cankat, “Stalking (Siber Gözetlenme) Eyleminin Ceza Hukukundaki Yaptırımının Değerlendirilmesi”, *Uluslararası Bilişim ve Teknoloji Hukuku Sempozyumu, Tebliğler Kitabı*, (Editörler: Şerafettin Ekici, Ekrem Solak, Muhammed Emre Aşşar), Adalet Yay., Ankara, Aralık 2021, s. 289-313. (Siber Gözetlenme)
- Taşkın, Ş.Cankat, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Seri Muhakeme ve Basit Yargılama Usulü*, Adalet Yay., Ankara 2020. (Seri Muhakeme)
- Türkmen, Ahmet, “Yeni Bir Hukuki Olgu Olarak Israrlı Takip ve Taciz (Stalking) ve Bunun Türk Medeni Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi,” *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 11, Özel Sayı: 2009, 2010, s. 1387-1434.
- Türkoğlu, Selin, *Ceza Hukuku Açısından Israrlı Takip*, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020.
- Uyumaz, Alper; Akdağ, İdris, “Türk Özel Hukukunda Şiddet ve Israrlı Takip Kavramı İle Israrlı Takip Mağdurunun Korunması”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 19, Sayı 2, 2015, s. 45-94.
- Ünver,Yener, “Ceza Hukuku Açısından Mobbing, Stalking ve Cinsel Taciz Eylemleri”, *Ceza Hukuku Dergisi*, Cilt 4, Sayı 11, 2009, s. 101-127.
- Whitmire, Trisha, The Arrest and Prosecution of Cyber Stalkers: How „Rational“ are Criminal Justice Decision Makers?”, *Spring Term Thesis, University of Central Flo-*

*rida*, 2020, <https://stars.library.ucf.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1150&context=etd2020> (Erişim Tarihi: 29.10.2021).

- <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2019/9/contents> (Erişim Tarihi: 26.04.2023).
- <https://www.legislation.gov.uk/nia/2022/17/contents/enacted> (Erişim Tarihi: 26.04.2023).
- Yargıtay 4. CD. 6.12.2021 T, 2019/8336 E., K. 2021/28505 K. sayılı kararı, Kazancı, (Erişim Tarihi: 13.04.2022).
- Yargıtay 12. CD. 9.11.2021 T, 2021/2474 E., K. 2021/7814 K. sayılı kararı, Kazancı, (Erişim Tarihi: 13.04.2022).
- Yargıtay 4. CD. 4.11.2021 T, 2019/3545 E., K. 2021/26383 K. sayılı kararı, Kazancı, (Erişim Tarihi: 13.04.2022).
- Yargıtay 4. CD. 18.10.2021 T, 2019/2868 E., 2021/24687 K sayılı kararı, Kazancı, (Erişim Tarihi: 13.04.2022).
- Yargıtay 4. CD. 11.3.2021 T, 2018/2910 E., K. 2021/8851 K. sayılı kararı, Kazancı, (Erişim Tarihi: 13.04.2022).
- Yetim, Servet, “Siber Zorbalık, Türkiye ve ABD Karşılaştırması (ABD V Drew Dosyası)”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Yıl:2015, Sayı:120, s. 325-384.
- <https://www.beds.ac.uk/nccr/> (Erişim Tarihi: 19.7.2022).



# Kişisel Verileri İhlal Eden İdareye Karşı İdari Para Cezası Uygulanmaması Sorunu\*

The Problem Of Inability For Implementing Administrative Fine Against The Administration Violating Personal Data

Talha ERDOĞMUŞ\*\*

## ÖZ

6698 sayılı KVKK m.3'te veri sorumlusu olarak kamu tüzel kişileri, gerçek kişiler ve özel hukuk tüzel kişileriyle birlikte anılmaktadır. Ancak kanun koyucu, kişisel verilerin ihlal edilmesi sebebiyle uygulanacak idari para cezaları için kamu tüzel kişileri ile özel hukuk gerçek ve tüzel kişileri arasında bir ayırım öngörmüştür. KVKK m.18/2'de, kanun kapsamında öngörülen para cezalarının veri sorumlusu olan gerçek kişiler ve özel hukuk tüzel kişilerine uygulanacağı belirtilmiştir. Kanunun m.18/3 hükmünde ise idari yaptırıma konu edilen eylemlerin idari faaliyet esnasında işlenmesi hâlinde, Kişisel Verileri Koruma Kurulu tarafından yapılacak bildirim üzerine ilgili kamu görevlileri hakkında disiplin hükümlerinin uygulanacağı belirtilmektedir.

Çalışmada, kişisel verilerin ihlal edilmesi durumunda veri sorumlusu idare aleyhine idari para cezasına hükmedilmesi yerine kamu görevlileri hakkında disiplin yaptırımı uygulanması sorunu ele alınacaktır. Bu kapsamda, idareye karşı idari para cezası uygulanabilmesinin hukuki zemini, disiplin yaptırımı ve idari para cezası ile korunan hukuki değer arasındaki fark ve KVKK m.18/3 hükmü uyarınca kişisel verilerin korunmasında disiplin yaptırımı uygulanmasının etkililiği ve caydırıcılığı tartışılacaktır. Ardından, idareye karşı idari para cezası uygulanan durumlarda yaşanan sorunlar göz önünde bulundurularak, etkin bir çözüm için neler yapılabileceği sorusuna yanıt vermeye çalışılacaktır.

**Anahtar Kelimeler:** Kişisel veri, kişisel verilerin ihlali, kişisel verilerin korunması, idari para cezası, Kişisel Verileri Koruma Kanunu, KVKK m.18.

## ABSTRACT

In Article 3 of the Personal Data Protection Law (KVKK) No. 6698, public legal entities are designated together with natural persons and private legal persons as

\* Makale gönderim tarihi: 29.11.2022. Makale kabul tarihi: 09.03.2023, Talha Erdoğan, "Kişisel Verileri İhlal Eden İdareye Karşı İdari Para Cezası Uygulanmaması Sorunu", *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 10, Sayı 1, 2023, s. 137-168, <https://doi.org/10.46547/imuhfd.2023.10.1.6>.

\*\* Araştırma Görevlisi, Sakarya Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku Anabilim Dalı, taalhaerd@gmail.com, <https://orcid.org/0000-0002-8716-255X>.

data controllers. However, the legislator envisaged a distinction between public legal entities and private law real and legal persons for the administrative fines to be imposed due to the violation of personal data. In Article 18/2 of the KVKK, it is stated that the fines stipulated within the scope of the law will be applied to the natural persons and private law legal persons who are the data controllers. In the Article 18/3 of the Law, it is stated that in case the actions subject to administrative sanction are committed during the administrative activity, disciplinary provisions will be applied to the relevant public officials upon the notification to be made by the Personal Data Protection Board.

In this study, the problem of imposing disciplinary sanction on public officials instead of imposing an administrative fine against the data responsible administration in case of violation of personal data will be discussed. In this context, the legal basis of imposing an administrative fine against the administration, the difference between the disciplinary sanction and the legal value protected by the administrative fine, and the effectiveness and deterrence of imposing a disciplinary sanction in the protection of personal data pursuant to Article 18/3 of the KVKK will be criticized. Then, it will be tried to answer the question of what can be done for an effective solution, considering the problems experienced in cases where administrative fines are imposed against the administration.

**Keywords:** Personal data, violation of personal data, protection of personal data, administrative fines, Personal Data Protection Law, KVKK Art.18.

---

## Giriş

Küresel bir bilgi toplumuna dönüşen günümüz dünyası içinde insan figürü, veriyle sembolize edilen bir görünüm kazanmıştır. Böylelikle, insana ait tüm bilgilerin dijital araçlar vasıtasıyla ikili sayı sistemi içerisinde kodlandığı ve kolaylıkla aktarıldığı bu dünyada veri güvenliği ve kişisel verilerin korunması hayati bir mesele haline gelmiştir. Gelişmelere ayak uydurmak üzere öncelikle Anayasamızın özel hayatın gizliliği başlıklı m.20 hükmüne kişisel verilerin korunmasına ilişkin bir fıkra eklenmiş ardından, 4 Nisan 2016'da Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu (KVKK) ile kişisel verilerin korunması yasal bir zemine kavuşturulmuştur. KVKK ile kişisel verilerin korunmasına yönelik temel ilkeler, koruma yöntemleri belirlenirken aynı zamanda gerçek kişiler ve tüzel kişilere veri işleyen ve veri sorumlusu sıfatıyla çeşitli yükümlülükler getirilmiştir.

Bu kapsamda, KVKK m.18 hükmünde kişisel verileri ihlal edenlere karşı uygulanacak idari para cezalarına yer verilmiştir. KVKK m.3 hükmünde veri sorumlusu sıfatıyla gerçek kişiler, özel hukuk tüzel kişileri ve kamu tüzel kişileri birlikte anılmış olmasına karşılık, KVKK m.18 hükmünde kişisel verileri ihlal eden veri sorumlularına uygulanacak idari para cezaları yönünden bu kişiler



arasında bir ayırım yapılmıştır. KVKK m.18/2 hükmünde, idari para cezalarının gerçek kişiler ve özel hukuk tüzel kişileri hakkında uygulanacağı belirtilmiştir. KVKK m.18/3 hükmünde ise veri sorumlusu idareye karşı idari para cezası uygulanması yerine Kişisel Verileri Koruma Kurulu'nun bildirim üzerine sorumlu kamu görevlileri hakkında disiplin hükümlerine göre işlem yapılacağı belirtilmiştir. Kanun koyucunun, en büyük veri sorumlusu konumundaki idareye karşı idari para cezası uygulanmaması yönündeki tercihi pek çok soru ve tartışmayı beraberinde getirmektedir.

### **I. Kişisel Verilerin İhlali Halinde Uygulanacak İdari Para Cezalarına İlişkin Düzenlemeler**

1980'li yıllardan itibaren tüm dünyada internet ve bilişim teknolojilerinde gerçekleşen dönüşümle birlikte veri transferi ve korunmasına ilişkin ulusal ve uluslararası düzeyde hukuki metinler ihdas edilmeye başlamıştır. Özellikle İktisadi İşbirliği ve Gelişme Teşkilatı (OECD), Avrupa Konseyi ve Birleşmiş Milletler (BM) gibi uluslararası örgütler tarafından hazırlanan metinlerde benimsenen ilkeler, iç hukuk metinlerinin oluşumunda kanun koyuculara yol göstermiştir. Nitekim, Türk hukukunda kişisel verilerin korunmasına ilişkin mevzuatın oluşum aşamalarında da bu izler görülmektedir. Bu sebeple, Türk hukukundaki ilgili düzenlemelere değinmeden önce bu bölümde, öncelikle uluslararası metinlerde kişisel veri ihlallerine karşı öngörülen düzenlemelere kısaca değinilecektir. Ardından, farklı ülkelerdeki kişisel verileri koruma kanunlarında kişisel verilerin, veri sorumlusu idare tarafından ihlal edilmesi halinde uygulama bulacak hükümlere ilişkin örnekler incelenecektir. Bu yöntemle, KVKK m.18/3'te yer alan düzenlemenin uluslararası metinlerde yer alan ilkeler ve farklı ülke uygulamalarıyla birlikte değerlendirilmesi amaçlanmaktadır.

#### **A. Uluslararası Düzenlemeler**

Kişisel verilerin korunmasına yönelik uluslararası düzenlemeler, gerek taraf devlet olma yükümlülükleri sebebiyle gerekse dolaylı şekilde Türk hukukunda kişisel verilerin korunmasına yönelik mevzuatın şekillenmesi üzerinde önemli bir etkiye sahiptir.<sup>1</sup> 6698 sayılı KVKK m.18'de kişisel verileri ihlal eden veri sorumlularına uygulanması öngörülen idari para cezalarına ilişkin düzenlemenin bağlamının anlaşılabilmesi için uluslararası metinlerde veri ihlali haline karşı öngörülen ilke ve koruma mekanizmalarına göz atmak fayda sağlayacaktır.

1 Mesut Serdar Çekin, *Kişisel Verilerin Korunması Hukuku*, 3. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 7-8.

Bu kapsamda ilk olarak, Türkiye'nin üye devletler arasında yer aldığı OECD tarafından 23.09.1980 tarihinde kabul edilen “Özel Yaşamın Korunması ve Kişisel Verilerin Sınır Ötesi Akışına İlişkin Rehber İlkeleri”ne değinilmelidir. Geçen zaman içinde kavramlar ve uygulamalar yönünden güncellenen metnin ilk halinde benimsenen temel ilkeler ise değişime uğramaksızın günümüze kadar gelmiş bulunmaktadır.<sup>2</sup> İlkeler metninin dördüncü bölümünde yer alan m.19/d hükmünde, metnin ikinci ve üçüncü bölümünde yer alan ilkelerin ihlal edildiği durumlarda üye ülkelerin iç hukukunda kişisel verilerin korunması için etkin yaptırım ve uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin bulunması gerektiği genel bir kural olarak kendisine yer bulmuştur. Metin şerhinin m.19/d hükmünde, ülkelerin iç hukukta etkin kontrolü sağlamak için özgün bir idari otorite (*special supervisory body*) meydana getirebilecekleri gibi halihazırdaki yargı mercileri ve yetkili kamu kurumları (*public authority*) eliyle bu korumayı sağlayabilecekleri ifade edilmektedir.<sup>3</sup> Özel sektör ve kamu sektörlerinde gerçekleşebilecek kişisel veri ve özgürlüklerin ihlalini önleme amacıyla<sup>4</sup> kaleme alınan metinde, idari yaptırım türleri veya yaptırımın süjelerine dair ayrı bir düzenleme yer almamaktadır.

OECD Rehber İlkeleri gibi, BM Genel Kurulu tarafından 1990 yılında kabul edilen “Bilgisayarla İşlenen Kişisel Veri Dosyalarına İlişkin Rehber İlkeler” metninde kişisel verilerin korunmasına yönelik asgari korumanın sağlanması için ulusal hukuk sistemleri içinde yer verilmesi gereken ilkeler belirtilmiştir. BM Rehber İlkeleri, kişisel verilerin korunması için bağımsız ve tarafsız bir koruma otoritesi kurma yükümlülüğü getiren ilk uluslararası metin olması yönüyle önemlidir.<sup>5</sup> BM Rehber İlkeler m.8'de, metinde yer alan veri koruma ilkelerinin ihlal edilmesi halinde bireysel uyuşmazlık çözüm yollarının yanı sıra

2 Bilişim teknolojilerinde ortaya çıkan gelişmeler üzerine 33 yıl sonra güncellenen OECD Rehber İlkeler metnine çeşitlik kavram ve uygulamalar eklenmekle beraber, ilk metinde yer alan temel ilkelerin varlığını koruduğu ifade edilmektedir. Bkz. Elif Küzeci, *Kişisel Verilerin Korunması*, 4. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 133.

3 *OECD Guidelines on the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data*, “Detailed Comments”, para.69-70. (Çevrimiçi) <https://www.oecd.org/sti/ieconomy/oecdguidelinesontheprotectionofprivacyandtransborderflowsofpersonaldata.htm#memorandum> , 28.11.2022.

4 *OECD Guidelines on the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data Art. 2: “These Guidelines apply to personal data, whether in the public or private sectors, which, because of the manner in which they are processed, or because of their nature or the context in which they are used, pose a danger to privacy and individual liberties.”*

5 Doktrinde, kişisel verilerin etkin biçimde korunabilmesi için taraf devletlerin iç hukuklarıyla uyumlu olarak bağımsız ve yetkili bir veri koruma otoritesinin kurulmasını öngören ilk uluslararası hukuk belgesi olan bu metnin, tavsiye niteliğinde hükümler içerdiği için sınırlı bir etki meydana getirdiği ifade edilmiştir. Bkz. Küzeci, s. 137.

cezai ve diğer yaptırımlar öngörülmesi gerektiği belirtilmektedir.<sup>6</sup>

Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası düzenlemeler arasında sayılması gereken diğer bir metin, Avrupa Konseyi tarafından 1981 yılında kabul edilen 108 sayılı “Kişisel Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Bireylerin Korunması Sözleşmesi”dir.<sup>7</sup> Bu sözleşmenin, kişisel verilerin korunması alanında uluslararası düzeydeki yegâne bağlayıcı metin olduğuna işaret edilmektedir.<sup>8</sup> Kişisel verilerin etkin biçimde korunması için sözleşmenin “Yaptırımlar ve başvuru yolları” başlıklı m.10 hükmünde taraf ülkeler, “*kişisel verilerin korunması hakkındaki temel ilkelere işlerlik sağlayan iç hukuk kurallarının ihlaliyle ilgili yaptırımlar ve başvuru yolları getirme[kle]*” yükümlü kılınmıştır. Ancak 108 sayılı Sözleşmede taraf devletlere, bağımsız bir koruma otoritesi meydana getirme şartı getirilmemiştir. Uygulama yönünden eleştirilere konu edilen bu eksiklik 8 Kasım 2001’de imzaya açılan ve Türkiye tarafından 11 Temmuz 2016’da onaylanan ve 1 Kasım 2016’da yürürlüğe giren<sup>9</sup> 181 sayılı Ek Protokol ile giderilmiştir.<sup>10</sup> Bunlara ek olarak, 108 sayılı Sözleşmenin yenilenmiş/modernize edilmiş versiyonu (Sözleşme 108+) 18 Mayıs 2018’de Avrupa Bakanlar Komitesi tarafından kabul edilmiştir.<sup>11</sup> Henüz yürürlüğe girmemiş olsa bile Sözleşme 108+’nın veri koruma konusunda yeni yaklaşımları yansıtan önemli bir metin olarak dikkate alınması gerektiği belirtilmektedir.<sup>12</sup> Sözleşme 108+’da, taraf ülkelere belirli tür idari yaptırımlara iç hukuklarında yer verme yükümlülüğü getirilmemiştir. Sözleşmede, “etkin, ölçülü ve caydırıcı” olmak

6 *UN Guidelines for the Regulation of Computerized Personal Data Files Article 8: The law of every country shall designate the authority which, in accordance with its domestic legal system, is to be responsible for supervising observance of the principles set forth above. This authority shall offer guarantees of impartiality, independence vis-avis persons or agencies responsible for processing and establishing data, and technical competence. In the event of violation of the provisions of the national law implementing the aforementioned principles, criminal or other penalties should be envisaged together with the appropriate individual remedies.*

7 Ancak 28 Ocak 1981’de imzalanan bu sözleşmenin uygun bulunduğu dair kanun 18.02.2016 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanmıştır. Bkz. Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Tasarısı (1/541) ve Adalet Komisyonu Raporu, (Çevrimiçi) <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem26/yilo1/ss117.pdf>, 28.11.2022.

8 Küzeci, s. 144.

9 *Kişisel Verilerin Korunmasına İlişkin Düzenlemeler Çerçevesinde Uluslararası Veri Aktarımı Yeni Gelişmeler ve Uygulamaya İlişkin Hukuki Değerlendirmeler*, Bilgi Üniversitesi Bilişim ve Teknoloji Hukuku Enstitüsü, 2020, s. 92-93, (Çevrimiçi) [https://itlaw.bilgi.edu.tr/media/2020/3/30/Final%20Veri\\_Aktarimi\\_Raporu\\_30.03.2020.pdf](https://itlaw.bilgi.edu.tr/media/2020/3/30/Final%20Veri_Aktarimi_Raporu_30.03.2020.pdf), 28.11.2022.

10 Küzeci, s. 148.

11 Aralık 2020 itibarıyla Avrupa Komisyonu üyesi olan ve üye olmayan toplam 43 ülke tarafından sözleşme imzalanmış olup 10 ülke tarafından oylanarak kabul edilmiştir. Ancak Türkiye tarafından sözleşme henüz imzalanmamıştır. Sözleşmeyi imzalayan ve onaylayan ülkeler tablosu için bkz. (Çevrimiçi) <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/223/signatures>, 28.11.2022.

12 Küzeci, s. 149-150.

koşuluyla taraf ülkelere cezai, idari ya da medeni şekilde yargısal veya yargı dışı yaptırımlar belirleme konusunda takdir yetkisi tanımıştır.<sup>13</sup>

Kişisel verilerin korunması konusunda Avrupa Konseyi bünyesinde bulunan Türkiye'nin taraf olduğu bir diğer uluslararası belge Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'dir. Kişisel verilerin korunması, AİHS m.8'de düzenlenen özel ve aile hayatına saygı hakkı kapsamında ele alınmaktadır.<sup>14</sup> Madde hükmünde, kişilerin özel ve aile hayatına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesi gerektiği ifade edilirken kamu otoritesinin, “*yasayla öngörölmüş ve demokratik bir toplumda ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli bir tedbir olması durumunda*” müdahalede bulunabileceği belirtilmiştir. AİHM içtihatlarıyla<sup>15</sup> desteklenerek kişisel verilerin korunması konusunda özel hayatın gizliliği hakkı kapsamında önemli ve bağlayıcı bir koruma mekanizması sunan AİHS'de, taraf devletler tarafından uygulanacak yaptırımlar yönünden ayrıca bir düzenleme yer almamaktadır.

Bu kapsamda son olarak, Türkiye'nin taraf olmadığı ancak kişisel verilerin korunmasına dair tüm dünyada ilgiyle takip edilen iki metnin ilgili hükümlerine değinilmelidir: Mülga 95/46/AT sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Direktifi ile Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü (GVKT). 95/46/AT sayılı Direktif, 6698 sayılı KVKK'nın gerekçesinde açıkça atfı yapılan bir metin olarak Türk hukukundaki düzenlemeler açısından önemli bir etkiye sahiptir.<sup>16</sup> Kişisel verilerin ihlali halinde uygulanacak yaptırımlar bağlamında mülga 95/46/AT sayılı Direktifinin 55. paragrafı uyarınca taraf ülkeler, iç hukuklarında kişisel verileri ihlal edilen kişilerin veri sorumlusu (*controller*) aleyhine

13 *Handbook On European Data Protection Law*, European Union Agency for Fundamental Rights and Council of Europe, 2018, s. 247. Ayrıca bkz. *Modernised Convention for the Protection of Individuals with Regard to the Processing of Personal Data (Convention 108+) Explanatory Report of Article 12*: “It is left to each Party to determine the nature (civil, administrative, criminal) of these judicial as well as non-judicial sanctions. These sanctions have to be effective, proportionate and dissuasive. The same goes for remedies: data subjects must have the possibility to judicially challenge a decision or practice, the definition of the modalities to do so being left with the Parties. Non-judicial remedies also have to be made available to data subjects. Financial compensation for material and non-material damages where applicable, caused by the processing and collective actions could also be considered.” (para. 100), (Çevrimiçi) <https://rm.coe.int/convention-108-convention-for-the-protection-of-individuals-with-regar/16808b36f1> , 28.11.2022.

14 *Handbook On European Data Protection Law*, s. 23.

15 Bkz. AİHM, *Bărbulescu v. Romania*, No. 61496/08, 5 Eylül 2017; AİHM, *Roman Zakharov v. Rusya*, No. 47143/06, 4 Aralık 2015; AİHM, *L.H. v. Litvanya*, No. 52019/07, 29 Nisan 2014; AİHM, *S. ve Marper v. Birleşik Krallık*, No. 30562/04 ve 30566/04, 4 Aralık 2008.

16 6698 sayılı KVKK'nın gerekçesi için bkz. (Çevrimiçi) <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem26/yilo1/ss117.pdf> , 28.11.2022.

tazminat talebinde bulunabilecekleri yargısal başvuru yollarına yer vermelidir. Paragrafta ayrıca, yaptırımlar uygulanırken ihlale sebep olan kişinin özel hukuk veya kamu hukukuna tabi olmasının bir önemi olmadığı belirtilmektedir.<sup>17</sup>

25 Mayıs 2018'de yürürlüğe giren GVKT, Türkiye açısından bağlayıcı olmakla birlikte, AB ülkeleri ile veri işleme faaliyeti yönünden ilişki içinde olan tüm devletler gibi Türkiye açısından da çeşitli etkiler doğuran bir metin olarak dikkate alınmalıdır. Zira GVKT m.3 hükmünde, Tüzüğün uygulama alanını AB sınırları dışına taşıyan bir yaklaşım sergilenmektedir. AB hukukunda kabul gören “pazar ilkesi” ve GVKT m.3/2 hükmü uyarınca, AB sınırları içinde bulunmayan veri sorumlusu ve işleyenler tarafından AB’de ikamet eden ilgililere dair verilerin işlenmesi halinde Tüzük hükümleri, AB dışında bulunan bu veri sorumluları yönünden de uygulama bulacaktır.<sup>18</sup> Bu sebeple, Türkiye gibi AB ile yoğun ticari ilişki içerisindeki işletmelere ev sahipliği yapan ülkeler açısından GVKT hükümleri önem arz etmektedir.

Tazminat davalarından farklı olarak GVKT’de uygulanacak idari yaptırımlar, veri koruma kurumunun düzeltici yetkisi kapsamında ele alınmaktadır.<sup>19</sup> GVKT m.83’te kişisel verilerin ihlali halinde uygulama bulacak idari para cezalarına ilişkin kapsamlı düzenlemelere yer verilmiştir. Çalışmamız bağlamda özellikle Tüzüğün m.83/7 hükmüne işaret edilmelidir. Zira bu hükümde, veri koruma otoritesinin (*supervisory authority*) düzeltici yetkisini etkisiz kılmamak koşuluyla üye devletlere, kamu kurum, kuruluşları ve organlarına idari para cezası uygulayıp uygulamama veya ne ölçüde uygulanacağını belirleme yetkisi tanınmaktadır.<sup>20</sup> Üye devletlerin iç hukuklarında idari para cezasına yer verilmemesi halinde, “etkili, ölçülü ve caydırıcı” alternatif mekanizmalar öngö-

17 *Directive 95/46/EC of The European Parliament And of The Council Para.55: Whereas, if the controller fails to respect the rights of data subjects, national legislation must provide for a judicial remedy; whereas any damage which a person may suffer as a result of unlawful processing must be compensated for by the controller, who may be exempted from liability if he proves that he is not responsible for the damage, in particular in cases where he establishes fault on the part of the data subject or in case of force majeure; whereas sanctions must be imposed on any person, whether governed by private or public law, who fails to comply with the national measures taken under this Directive.*

18 Bir diğer ifadeyle, Avrupa Birliği pazarında hizmet sunmak ve ürünleri satmak için Avrupa Birliği üyesi ülkede ikamet eden ilgililerin kişisel verilerini işlemek durumunda kalan şirketler GVKT’ye tabi kılınmaktadır. GVKT m.3/2 hükümleri ve pazar ilkesinin uygulaması ilişkin bkz. Çekin, s. 38-42. GVKT hükümlerinin AB sınırları dışında (extraterritorial) uygulanması konusunda ayrıca bkz. Ana Gascon Marcen, “The extraterritorial application of European Union Data Protection Law”, *Spanish Yearbook of International Law*, S. 23, 2019, s. 415-416.

19 Sanjay Sharma, *Data Privacy and GDPR Handbook*, New Jersey: John Wiley & Sons, Inc., Hoboken, 2020, s. 275.

20 *GDPR Article 83/7: Without prejudice to the corrective powers of supervisory authorities pursuant to Article 58(2), each Member State may lay down the rules on whether and to what extent administrative fines may be imposed on public authorities and bodies established in that Member State.*

rülmüş olması gerektiğine vurgu yapılmaktadır.<sup>21</sup>

Yukarıda yer verilen kişisel verilerin korunmasına ilişkin uluslararası düzeydeki hukuk metinlerine bakıldığında daha çok ilkesel düzeyde hükümlere yer verilmiş olup, idari yaptırımlar konusunda doğrudan hükme yer verilmediği veya iç hukuka yollama yapıldığı görülmektedir. Kişisel verilerin korunmasında esas alınan ilkeleri belirlemek açısından uluslararası metinler yol gösterici olmakla birlikte farklı ülkelerdeki örnek hükümlere bakmak, idari yaptırımlar bağlamındaki tartışmanın somut bir zeminde sürdürülmesine katkı verecektir.

## B. Farklı Ülkelerdeki Düzenlemeler

Farklı ülke hukuk sistemleri içinde idarenin veri sorumlusu olarak ne şekilde konumlandırıldığı ve yaptırım uygulamalarına kısaca değinilerek, 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu kapsamında Türk hukukunda ortaya konan yaklaşımın mukayese edilebileceği bir zemin oluşturulmaya çalışılacaktır. Bu kapsamda Avrupa Birliği'ne üye ülkelerden örnek düzenlemelere yer verilecektir. Bu ülkelerin tümü için hem 108 sayılı Sözleşme ve GVKT hükümleri bağlayıcı etkiye sahiptir. Böylelikle her iki uluslararası metnin farklı iç hukuklardaki yansımaları gözlemlenebilecektir.

### 1. Kişisel Verilerin İhlali Durumunda İdareye İdari Yaptırım Uygulayan Ülkeler

108 sayılı Sözleşmeye taraf olan ve tespit edebildiğimiz kadarıyla GVKT hükümleri uyarınca iç hukuklarında açıkça idari yaptırımlara yer veren ülkelerden bazıları Hollanda, Güney Kıbrıs Rum Yönetimi, Polonya ve Portekiz'dir.

Hollanda hukukuna baktığımızda, Genel Veri Koruma Tüzüğü'nün Uygulanmasına İlişkin Kanun'un "İdareye Uygulanacak İdari Para Cezaları" başlıklı m.18 hükmünde, bir kamu kurumu veya organı tarafından GVKT m.83'ün 4., 5. ve 6. fıkralarını ihlal edilmesi halinde bu kuruluşlar hakkında idari para cezası uygulanacağı hükmüne yer verildiği görülmektedir.<sup>22</sup>

Güney Kıbrıs Rum Yönetimi iç hukukunda ise kişisel verilerin korunması için kabul edilen Veri Koruma Kanununun m.32/1 hükmünde, GVKT m.83

21 Sharma, s. 278.

22 (Dutch) General Data Protection Regulation Implementation Act (unofficial translation) Article 18: Administrative Fine for Public Authorities 1. If a public agency or public body violates the provisions of Article 83, Paragraphs (4), (5) or (6) of the Regulation, the Data Protection Authority may impose an administrative fine not to exceed the amounts stated in said paragraphs.

2. Article 83, Paragraphs (1) through (3) of the Regulation apply.

Kanun metninin resmi olmayan tercümesi için bkz. [https://www.dataguidance.com/sites/default/files/dutch\\_general\\_general\\_data\\_protection\\_regulation\\_implementation\\_act.pdf](https://www.dataguidance.com/sites/default/files/dutch_general_general_data_protection_regulation_implementation_act.pdf)

hükmü uyarınca idari para cezası uygulanacağı<sup>23</sup> ve aynı kanunun m.32/3 hükmünde idareye uygulanacak para cezasının üst sınırı belirtilmiştir.<sup>24</sup>

Polonya Veri Koruma Kanunu'nda ise GVKT m.83 ile uyumlu olarak kanunda sayılan belirli idarelere karşı idari para cezası uygulanabileceği belirtilmektedir.<sup>25</sup>

Son olarak, Portekiz Veri Koruma Kanunu m.44'te veri koruma kurumu tarafından idare aleyhine idari para cezasına hükmedilebileceği düzenlenmiştir. Öte yandan, Kanunun m.44/2 hükmünde idarelerin, Kanunun yürürlüğe girmesinden itibaren 3 yıla kadar kendileri uygulanacak idari para cezaları için veri koruma kurumundan muafiyet talep edebileceği belirtilmektedir.<sup>26</sup>

## 2. Kişisel Verilerin İhlali Durumunda İdareye İdari Yaptırım Uygulamayan Ülkeler

GVKT m.83/7 hükmünde üye ülkelere tanınan yetki kapsamında bazı ülkeler, kişisel verilerin ihlal edilmesi halinde idarelere idari para cezası uygulanmayacağı yönünde düzenlemelere yer vermiştir. Bu kapsamda tespit edebildiğimiz bazı ülkeler Almanya, Belçika, Çek Cumhuriyeti ve Estonya'dır.

Alman Federal Veri Koruma Kanunu m.43/3 hükmünde, kanunun m.2/1 hükmünde<sup>27</sup> yer alan idarelere karşı idari para cezası uygulanamayacağını

23 (Cyprus) Law Providing For The Protection Of Natural Persons With Regard To The Processing Of Personal Data And For The Free Movement Of Such Data Article 32/1: The Commissioner shall impose administrative fines in accordance with Article 83 of the Regulation.

Kanun metninin resmi olmayan tercümesi için bkz. [http://www.dataprotection.gov.cy/dataprotection/dataprotection.nsf/2B53605103DCE4A4C225826300362211/\\$file/Law%20125\(I\)%20of%202018%20ENG%20final.pdf](http://www.dataprotection.gov.cy/dataprotection/dataprotection.nsf/2B53605103DCE4A4C225826300362211/$file/Law%20125(I)%20of%202018%20ENG%20final.pdf)

24 (Cyprus) Law Providing For The Protection Of Natural Persons With Regard To The Processing Of Personal Data And For The Free Movement Of Such Data Article 32/3: An administrative fine imposed to a public authority or body, which relates to non-profitable activities shall not exceed two hundred thousand (200,000) euro.

25 (Poland) Act of 10 May 2018 on the Protection of Personal Data Article 101: The President of the Office may impose on the entity obliged to comply with the provisions of the Regulation 2016/679, other than: 1) entity of the public finance sector, 2) research institute, 3) the National Bank of Poland - by way of a decision, an administrative fine on the basis of and on terms and conditions stipulated in Article 83 of the Regulation 2016/679.

Kanun metninin İngilizce tercümesi için bkz. Journal of Laws of the Republic of Poland, 2018, item 1781.

26 Magda Cocco, Inês Antas De Barros ve Maria De Lurdes Gonçalves "Portuguese Implementation of the GDPR", *Practical Law Practice Note*, Thomson Reuters, s. 15, (Çevrimiçi) [https://www.vda.pt/xms/files/05\\_Publicacoes/2020/Livros\\_e\\_Artigos/Portuguese\\_Implementation\\_of\\_the\\_GDPR\\_MPC\\_IAB\\_MLG.pdf](https://www.vda.pt/xms/files/05_Publicacoes/2020/Livros_e_Artigos/Portuguese_Implementation_of_the_GDPR_MPC_IAB_MLG.pdf), 28.11.2022.

Kanun metni için ayrıca bkz. Diário da República, Lei n.º 58/2019, (Çevrimiçi) <https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/123815982/details/maximized>, 28.11.2022.

27 German Federal Data Protection Act Section 2/1: Public bodies of the Federation are the authorities, judicial bodies and other public law institutions of the Federation, of direct federal



hükme bağlamıştır.<sup>28</sup>

Belçika Veri Koruma Kanunu m.221/2 hükmünde ise ticari satış yapan veya hizmet sunulan faaliyetler hariç olmak üzere idareye karşı idari para cezası uygulanmayacağı ifade edilmiştir.<sup>29</sup>

Çek Cumhuriyeti Veri Koruma Kanunu m.63/3'te, GVKT m.83/7'e atıfta bulunularak veri koruma kurumu tarafından idareye idari para cezası uygulanmayacağı kurala bağlanmıştır.<sup>30</sup>

Estonya'da ise diğerlerinden farklı ve Türkiye'dekine benzer bir düzenleme karşımıza çıkmaktadır. Estonya Veri Koruma Kanunu m.59/1'de kişisel verilerin ihlal edilmesi durumunda idareye karşı idari para cezası uygulanması yerine veri koruma kurumunun yapacağı bildirim üzerine sorumlu memurlar hakkında disiplin soruşturması başlatılacağı düzenlenmesine yer verilmiştir.<sup>31</sup>

Örneklerde görüldüğü gibi, Avrupa Birliği üyesi ülkelerin iç hukuklarında, kişisel verilerin korunması amacıyla idareye karşı idari yaptırımlar uygulanması yönünden farklı uygulamalar benimsenmiştir. GVKT m.83'te üye ülkelere "etkili, ölçülü ve caydırıcı" olmak koşuluyla tanınan yaptırım türünü belirleme yetkisinin, ülkelerin iç dinamikleri ile şekillenen idari yaptırım politikası

*corporations, statutory bodies and foundations established under public law and of their associations irrespective of their legal form.*

Kanun metninin resmi İngilizce tercümesi için bkz. (Çevrimiçi) [https://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_bdsge/englisch\\_bdsge.html#p0335](https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bdsge/englisch_bdsge.html#p0335) , 28.11.2022.

28 *German Federal Data Protection Act Section 43/3: Authorities and other public bodies as referred to in Section 2 (1) shall not be subject to any administrative fines.*

29 *Belgian Act On The Protection Of Natural Persons With Regard To The Processing Of Personal Data Article 223/2: Article 83 of the Regulation does not apply to the public authorities or their attendants or authorised representatives, unless it concerns legal persons governed by public law who offer products and services on a market.*

Kanun metninin Belçika Veri Koruma Kurumu tarafından yayımlanan resmi olmayan İngilizce tercümesi için bkz. <https://www.dataprotectionauthority.be/publications/act-of-30-july-2018.pdf>

30 *Czech Republican Act of 12 March 2019 on Personal Data Processing Section 61/3: The Office shall waive administrative punishment also with respect to entities set out in Art. 83 (7) of Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council.*

Kanun metninin Çek Cumhuriyeti Veri Koruma Kurumu tarafından yayımlanan resmi olmayan İngilizce tercümesi için bkz. [https://www.uou.cz/en/assets/File.ashx?id\\_org=200156&id\\_dokumenty=1837](https://www.uou.cz/en/assets/File.ashx?id_org=200156&id_dokumenty=1837)

31 *Estonian Personal Data Protection Act Para. 59/1: When exercising administrative supervision, the Estonian Data Protection Inspectorate may, upon failure to comply with a precept issued subject to Article 83 (7) of Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and Council and provisions of §§ 751 and 752 of the Government of the Republic Act, address a superior agency, person or body of the recipient of the precept for supervisory control to be organised or for commencement of disciplinary proceedings against an official.*

Kanun metninin Estonya Veri Koruma Kurumu tarafından hazırlanan İngilizce tercümesi için bkz. <https://www.riigiteataja.ee/en/eli/523012019001/consolide>



yönünden uygulamaların farklılaşmasına sebep olduğu anlaşılmaktadır.

### C. Türk Hukukundaki Düzenleme

Türk hukukunda kişisel verilerin korunmasına ilişkin anayasal düzeydeki temel düzenleme Anayasanın “Özel hayatın gizliliği” başlıklı 20. maddesinin 3. fıkrasında yer almaktadır. Madde hükmünde, kişisel verilerin korunması için ilgililerin talepte bulunabileceği, kişisel verilerin yalnızca kanunda hüküm bulunan hallerde veya açık rızaya dayanarak işlenebileceği ve kişisel verilerin korunmasına ilişkin düzenlemelerin kanun koyucu eliyle yapılacağı belirtilmektedir.<sup>32</sup>

Temel kanun ise 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu’dur (KVKK). KVKK m.18’de, veri sorumlularının kişisel verileri ihlal etmesi durumunda uygulanacak idari para cezaları yer almaktadır. Kanunun m.18/2 hükmünde<sup>33</sup> idari para cezalarının sadece gerçek ve özel hukuk tüzel kişilerine uygulanacağı belirtilmiştir. Bu düzenleme ile veri sorumlusu idareye karşı idari para cezası uygulanmasının yolu kapatılmıştır. Bununla birlikte Kanunun m.18/3 hükmünde kişisel veri ihlalinin idare bünyesinde yürütülen bir faaliyetten kaynaklanması durumunda, Kişisel Verileri Koruma Kurulu tarafından yapılacak bildirim üzerine ihlale sebep olan memur, kamu görevlisi ve kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşu çalışanları<sup>34</sup> hakkında disiplin yaptırımı uygulanması öngörülmüştür.<sup>35</sup> Bu kapsamda yer alan bir örnek olayda, öğrencilerin sınav sonuçlarını internet ortamında yayımlayan bir üniversite hakkında kişisel verileri ihlal ettiği gerekçesiyle Kurula başvuru yapılmıştır. Başvuruyu değerlendiren Kurul KVKK m.18/3 hükmü sebebiyle, üniversite aleyhinde herhangi bir idari para cezasına hükmetmemiş ve sorumlular hakkında disiplin hükümlerine göre işlem yapılması yönünde karar vermiştir.<sup>36</sup>

32 *Türkiye Cumhuriyeti Anayasası Madde 20/3: Herkes, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir. Bu hak; kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsar. Kişisel veriler, ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir.*

33 *Kişisel Verileri Koruma Kanunu m.18/2: Bu maddede öngörülen idari para cezaları veri sorumlusu olan gerçek kişiler ile özel hukuk tüzel kişileri hakkında uygulanır.*

34 *İfade kolaylığı açısından aksi belirtilmedikçe çalışmanın ilgili kısımlarında kamu görevlisi niteliğindeki KVKK m.18/3 sayılan memur, kamu görevlisi ve kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarında görev yapanların tümünü kapsar biçimde kullanılmaktadır.*

35 *Kişisel Verileri Koruma Kanunu m.18/3: Birinci fıkrada sayılan eylemlerin kamu kurum ve kuruluşları ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları bünyesinde işlenmesi hâlinde, Kurulun yapacağı bildirim üzerine, ilgili kamu kurum ve kuruluşunda görev yapan memurlar ve diğer kamu görevlileri ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarında görev yapanlar hakkında disiplin hükümlerine göre işlem yapılır ve sonucu Kurula bildirilir.*

36 *Kişisel Verileri Koruma Kurulunun 01.07.2019 tarihli, K. 2019/188 sayılı kararının ilgili kısmı şöyledir: “Mimar Sinan Güzel Sanatlar Üniversitesinde sınava girmiş kişilerin sınav sonuçlarının*

İdari yaptırımdan bağışık kılınmış olsa bile KVKK m.14/3 hükmü uyarınca idarenin, kişisel verilerin ihlali niteliğindeki idari işlem ve eylemleriyle sebep olduğu zararların hizmet kusuru ve idarenin kusursuz sorumluluğuna ilişkin hükümler çerçevesinde ayrıca tazmininin talep edilmesi mümkündür.<sup>37</sup> Fakat idare aleyhine idari para cezası uygulanmaması caydırıcılık ve uygulamadaki bütünlük yönünden sorunlar teşkil etmektedir. Nitekim doktrinde KVKK m.18/3 kapsamında memurlar, diğer kamu görevlileri ve kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarında çalışanlar hakkında uygulanacak disiplin yaptırımlarının, verisi işlenen kişi bakımından etkili bir koruma mekanizması sunmadığı ifade edilmektedir.<sup>38</sup>

Türkiye'nin taraf olduğu veya dolaylı olarak etkilendiği yukarıda yer alan uluslararası metinlerde, kişisel verilerin idare tarafından ihlal edilmesi durumunda idareye karşı idari para cezası uygulanmasını zorunlu kılan herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu noktada, taraf olunan uluslararası metinlerde yer verilen veri koruma ilkeleri ve ülkenin bağımsız veri koruma otoritesinin düzenleyici yetkilerini ihlal etmemek koşuluyla, tercih ülkelerin iç hukukunu oluşturan kanun koyuculara bırakılmıştır.<sup>39</sup> Türkiye'nin yoğun ekonomik ve siyasi ilişkiler içinde bulunduğu Avrupa Birliği ülkelerinde uygulama bulan GVKT'nın m.83/7 hükmünde de idarelere karşı idari para cezası uygulanması tercihinin üye ülkelere bırakıldığı görülmektedir. Dolayısıyla, KVKK m.18/3'te kanun koyucunun idareye karşı idari para cezası uygulanmaması yönündeki tercihinin, taraf olunan uluslararası sözleşmeler ve Avrupa'da kabul gören veri koruma yaklaşımı yönünden kabul edilemez olduğunu söylemek güçtür. Fa-

*Yükseköğretim Kurulunun sınav sonuçlarına ilişkin düzenlemeleri çerçevesinde alenen duyurulduğu ve sonuçların internette aramaya açık biçimde yayımlandığı, arama motorlarında sorgulama yapıldığında bu sonuçlara kolayca ulaşılabilirdiği, üniversite bitirilmiş ve aradan yıllar geçmiş olsa dahi sonuçların üçüncü kişilerin erişimine açık olduğu, ancak bu uygulamanın 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanununa (Kanun) aykırılık teşkil ettiği belirtilerek, söz konusu uygulamanın düzeltilmesi, üniversitedeki sınav sonuçlarının kullanıcı adı-şifre ile giriş yapılan güvenli bir sistem ile açıklanması talebine ilişkin Kurumumuza intikal eden bir başvuru ile ilgili olarak;... Mimar Sinan Güzel Sanatlar Üniversitesi'ne Kurumumuzca iletilen bilgi belge talebi yazısının Kanunda belirtilen yasal süre içinde yanıtlanmaması suretiyle ilgili Kurul Kararının gereğinin yerine getirilmemesinin Kanunun 15 inci maddesinin (3) numaralı fıkrasına aykırılık oluşturduğu dikkate alınarak, kamu kuruluşu olarak değerlendirilen Mimar Sinan Güzel Sanatlar Üniversitesinde görev yapan sorumlular hakkında Kanunun 18 inci maddesinin (3) numaralı fıkrası çerçevesinde disiplin hükümlerine göre işlem yapılmasına,... karar verilmiştir."*

37 Bu konuda detaylı bir inceleme için bkz. Halil Altındağ, "Kişisel Verilerin Korunması Bağlamında İdarenin Sorumluluğu", *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 18, Sayı 2, Temmuz 2019, ss. 387-401.

38 Damla Gürpınar, "Kişisel Verilerin Korunamamasından Doğan Hukuki Sorumluluk", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Şeref ERTAŞ'a Armağan, Cilt 19, Özel Sayı, 2017, s. 686.

39 İlgili hükümler için "Uluslararası Düzeyde Düzenlemeler" başlıklı bölüme bakınız.

kat bu tercihin uygulama yönünden doğurabileceği muhtemel sorunlar bulunmaktadır. Sorunlu yönler ve çözüm önerileri sonraki bölümde ele alınmıştır. Öncesinde mevcut düzenleme ve kapsamına değinmek gerekmektedir.

## II. İdare Tarafından Yürütülen Bir Faaliyet Sebebiyle Kişisel Verilerin İhlal Edilmesi Halinde Uygulanacak Yaptırım

6698 sayılı KVKK'nın "Kabahatler" başlıklı m.18 hükmünün 2. ve 3. fıkraları birlikte değerlendirildiğinde idarenin, madde hükmünde yer alan idari para cezalarından bağışık kılındığı görülmektedir. Bu hükümlere göre ihlale sebebiyet veren işlem ve eylemlerin kamu kurum ve kuruluşları bünyesinde gerçekleşmesi halinde Kişisel Verileri Koruma Kurulu'nun yapacağı bildirim üzerine, ilgili kamu görevlileri hakkında disiplin hükümlerine göre işlem yapılarak sonucun Kurul ile paylaşılması usulü benimsenmiştir.<sup>40</sup> Fakat bu hükümler bağlamında üzerinde düşünülmesi gereken çeşitli durumlar bulunmaktadır.

### A. Uygulanacak Yaptırımın Hukuki Niteliği ve Korunan Hukuki Değer

KVKK m.18'de "Kabahatler" başlığı altında yer verilen idari yaptırımların bir düzenleyici ve denetleyici kurum olan Kişisel Verileri Koruma Kurumu<sup>41</sup> altında faaliyet yürüten Kurul<sup>42</sup> tarafından uygulanması öngörülmüştür.<sup>43</sup> Kanun kapsamında Kurula, şikayet üzerine veya re'sen inceleme gibi "kendine

40 Bir çocuğa ait özel nitelikteki sağlık verilerinin, bir Eğitim ve Araştırma Hastanesi'nde görev yapan yetkisiz kamu görevlileri tarafından velayete sahip olmayan ebeveyn ile paylaşılan olaya ilişkin Kişisel Verileri Koruma Kurulu'nun 06.08.2021 tarih ve K. 2021/761 sayılı kararının ilgili bölümü şu şekildedir: "Veri sorumlusu bünyesinde çalışan kişinin, ilgili kişinin çocuğuna ait özel nitelikli kişisel verileri ilgili avukata 6698 sayılı Kanununun 8 inci maddesinde yer alan aktarım şartlarından herhangi birine dayanmadan aktardığı, bu çerçevede veri sorumlusu tarafından Kanununun 12 nci maddesi kapsamında gerekli idari ve teknik tedbirlerin alınmadığı kanaatine varıldığından, Kanununun 18 inci maddesinin (3) numaralı fıkrası uyarınca ilgili kamu kurum ve kuruluşundaki sorumlular hakkında disiplin hükümlerine göre işlem yapılmasına ve sonucundan Kurula bilgi verilmesine karar verilmiştir."

41 Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer, Cemil Kaya, *Türk İdare Hukuku*, Savaş Kitabevi, Ankara, 2018, s. 297.

42 Doktrinde belirtildiği gibi KVKK m.21'de tanınan idari özerklik neticesinde kişisel verilerin korunmasına ilişkin yetki otorite konumundaki Kurula görev alanına giren konularda hiçbir makam, merci veya kişi emir ya da talimat veremeyecektir. Bu madde hükmüyle Kurulun, organik anlamda bağımsız şekilde görevini sürdürmesi amaçlanmıştır. Bkz. Cemal Başar, *Türk İdare Hukuku ve Avrupa Birliği Hukuku Işığında Kişisel Verilerin Korunması*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir, 2019, s. 213-214.

43 KVKK Madde 22 - (1) Kurulun görev ve yetkileri şunlardır:

...

ğ) Bu Kanunda öngörülen idari yaptırımlara karar vermek.

...

özgü” yöntemlerle ihlalleri değerlendirme ve yaptırım uygulama yetkisi tanınmıştır.<sup>44</sup> Bu nedenle, Kurul tarafından denetleme ve düzenleme (regülasyon) faaliyeti kapsamında uygulanacak idari para cezalarının “kabahat” olarak nitelenmesi eleştirilebilecek bir tercihtir.

Eleştirilebilecek diğer bir nokta, idari para cezalarına karşı idari yargıya başvuru yolunun kanun metninde öngörülmemiş olmasıdır. Nitekim doktrinde de genel olarak düzenleyici ve denetleyici kurul kararlarına karşı idari yargı yolu açık tutulmuşken 6698 sayılı KVKK’da kanun koyucunun bir sapma gösterdiği ve bu yönde bir düzenlemeye yer verilmediği ifade edilmektedir.<sup>45</sup> Kanunun hazırlık aşamasında hükümetin teklif ettiği ilk metinde yer alan idari para cezalarına karşı idare mahkemelerinde dava açılacağına ilişkin düzenleme,<sup>46</sup> Kabahatler Kanunu’nun uygulanabilmesi için Adalet Komisyonu tarafından metinden çıkarılmıştır.<sup>47</sup> Bu sebeple, Kabahatler Kanunu m.3/1-a hükmü uyarınca Kurul tarafından verilen idari para cezalarına karşı adli yargıya başvurulacaktır.

Ancak Kabahatler Kanunu, idari yaptırımlar arasındaki farkları göz ardı eden ve doktrinde farklı yazarlarca da eleştirilen sorunlu bir yaklaşıma sahiptir.<sup>48</sup> Kabahatler Kanunu’ndaki sorunlu tasnifin yerine, doktrinde idari yaptırımları “regülatif ceza”, “kabahat cezaları” ve “disiplin cezaları” olarak tasnif eden yaklaşıma<sup>49</sup> göre ise Kurul tarafından uygulanan idari para cezalarının regülatif ceza<sup>50</sup> olarak nitelenmesi gerekmektedir.<sup>51</sup> Hatta bu tasnif Anayasa Mahkemesi tarafından kabul görmüş olup, düzenleyici ve denetleyici kurumlar

44 Mutlu Kağıtçıoğlu, “Kişisel Verileri Koruma Kurumuna İdare Hukuku Çerçevesinden Bir Bakış”, *İstanbul Kemerburgaz Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, Cilt 1, Sayı 2, 2016, s. 89.

45 Zeynel KANGAL, *Kişisel Verilerin Ceza ve Kabahatler Hukukunda Korunması*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 254.

46 Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Tasarısı (1/541) ve Adalet Komisyonu Raporu’nda bu durum şu şekilde ifade edilmiştir: “Tasarının 18’inci maddesinin dördüncü fıkrası, maddede düzenlenen kabahatler hakkında uygulanacak yaptırımlar hakkında idare mahkemelerinde dava açma usulünden vazgeçilmesi ve bu konuda 30/3/2005 tarihli ve 5326 sayılı Kabahatler Kanununun benimsediği usulün uygulanması amacıyla metinden çıkarılmış ve madde yapılan değişiklik doğrultusunda kabul edilmiştir.”

47 Samet, Saygı “6698 Sayılı Kanun’un Sistematiğinde Yargısal Başvuru Yolları”, *Kişisel Verileri Koruma Dergisi*, Cilt 2, Sayı 2, s. 44.

48 Aynı yönde bkz. Ali D. Ulusoy, *İdari Yaptırımlar*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013, s. 8; Murat Ekinçi, “Ceza Hukuku İlkeleri Açısından İdari Yaptırımlar”, *Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Sayı 3, 2017, s. 24.

49 Ulusoy, *İdari Yaptırımlar*, s. 140.

50 Zira regülatif cezalar, özgünlükleri alandaki kamu düzenini korumak veya belirli bir sektördeki faaliyetleri “regüle etmek” amacıyla yetkilendirilen idari makamlarca uygulanan idari cezalardır. Bkz. Ulusoy, *İdari Yaptırımlar*, s. 140-141.

51 Aynı yönde bkz. Çekin, s. 228.

tarafından uygulanan idari para cezaları “regülatif ceza” olarak nitelenmektedir.<sup>52</sup> Kararlarda da belirtildiği üzere regülatif cezaları genel kamu düzenini korumaya yönelik görece hafif para cezası uygulanmasını gerektiren kabahatten ayıran önemli bir nokta öngörülen para cezalarının yüksek meblağlar olmasıdır.<sup>53</sup> Regülatif cezalar ile disiplin cezaları arasındaki önemli bir ayrışma noktası ise korunan hukuki değerdir. Çünkü disiplin cezaları ile korunan hukuki değer, kabahat ve regülatif cezaların aksine kamu düzenini değil kurum içi düzendir.<sup>54</sup>

Bu kavramsal çerçevede dahilinde KVKK m.18’de kanun koyucunun idareye karşı idari para cezası uygulanmaması yönünde bilinçli bir tercihte bulunduğu söylenebilecektir. Gerek idarenin hukuka uygun eylem ve işlemlerde bulunacağına varsayılması gerekse 2022 yılı yeniden değerlendirilme oranına göre üst sınırı 2.678.863,00 TL’yi bulan para cezalarının idareye karşı uygulanmak istenmemesi anlaşılabilir bir durumdur.<sup>55</sup> Kanun koyucunun yerinde bir tercihte bulunduğunu düşünen yazarlar da bulunmaktadır.<sup>56</sup> Fakat kanun koyucunun bu tercihi sebebiyle, aynı sektörde faaliyet gösteren aktörler arasında eşitsiz durumlar ortaya çıkmaktadır. Örneğin, kişisel verilerin korunması için kanunda belirtilen yükümlülüklerle aykırı davranan bir kamu bankasına KVKK m.18/3’te tanınan bağışıklık sebebiyle idari para cezası uygulanmazken<sup>57</sup> aynı

52 Anayasa Mahkemesinin 2017/23968 başvuru nolu, 31.10.2018 tarihli *Mustafa Taş* kararı (R.G. Tarih: 27.11.2018, R.G. Sayısı: 30608) para. 20-21 ve 2017/26141 başvuru nolu, 10.12.2019 tarihli *Elif Dursun Doğan* (R.G. Tarih: 17.01.2020, R.G. Sayı:31011) para. 20-21’de yer alan ifade şu şekildedir: “...Özel bir faaliyet alanında kamu düzenini korumak veya belli bir sektörü düzenlemek amacıyla ilgili kanunlarda özel olarak yetkilendirilmiş idari makamlar tarafından verilen idari cezalar “regülatif cezalar” olarak ifade edilmektedir. Bağımsız idari otoritelerden olan Enerji Piyasası Düzenleme Kurulu tarafından özel kolluk veya düzenleme yetkileri kapsamında verilen idari cezalar da bu kategoriye girmektedir. Regülatif idari para cezalarının meblağları yüksek olduğundan muhatapları üzerinde çok ağır sonuçlar doğurabilmekte olup bu idari para cezalarının çoğunlukla nispi veyahut alt ve üst sınır gösterilmek suretiyle düzenlendiği görülmektedir.”

53 Ulusoy, *İdari Yaptırımlar*, s. 140.

54 Ulusoy, *İdari Yaptırımlar*, s. 149; Harun Yılmaz, *Genel Kolluk Disiplin Rejimi*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2022, s. 30.

55 Küzeci, s. 442.

56 Aydoğdu’ya göre, ağırlıklı olarak Hazine tarafından bütçesi sağlanan kamu kurumlarına uygulanacak idari para cezaları yeniden Hazine’ye aktarılacağı için, kamu kurumlarına idari para cezası uygulanmasında hukuki bir menfaat bulunmamaktadır. Ancak yazarın, kamu kurumlarına idari para cezası uygulanmasını adeta bir para döngüsü perspektifinden ele alan yaklaşımı eleştiriye açıktır. Bkz. Yasin Aydoğdu, “Kamu İdaresinde Kişisel Verilerin Korunması”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 29, Sayı 1, 2021, s. 277, dn.31.

57 *Kişisel Verileri Koruma Kurulu*, 02.05.2019 tarihli K. 2019/22 sayılı karar özetinde yer alan ifade şu şekildedir: “... veri sorumlusu T.C. Ziraat Bankası A.Ş.’ye (Banka) başvuran ancak, Kanunda düzenlenen otuz günlük süre içerisinde başvurusu cevaplandırılmayan ilgili kişinin gerek bu konuda gerekse veri sorumlusunun, internet sitesi üzerinden yayımladığı aydınlatma metninin mevzuatta düzenlenen şartları taşımadığı hususunda Kuruma yapılan şikâyet başvurusu hakkında; ... söz konusu Kurum yazısına bugüne kadar herhangi bir ce-

sektörde faaliyet gösteren bir özel bankaya ihlal gerekçesiyle 1.000.000 TL tutarında idari para cezası uygulanmıştır.<sup>58</sup> Kanun koyucunun amacı eşitsiz durumların ortaya çıkması olamasa bile, ilgili düzenleme uygulamadaki bu tür sorunlar dikkate alınarak mutlaka gözden geçirilmelidir. Aksi durumda, sürdürülebilir ve bütüncül bir veri koruma anlayışının yaygın hale gelmesi ve idarelere sirayet etmesi zor gözükmektedir.

Bununla birlikte, veri sorumlusu idare tarafından kişisel verilerin ihlal edilmesi halinde hak ihlaline uğrayan kişiler açısından idari yargı yolu açıktır. Zira, zarara sebep olan idari işlem<sup>59</sup> veya eylem<sup>60</sup> sebebiyle hizmet kusuru meydana gelebilir. Bu durumda, kamu görevlilerinin kişisel kusurunun bulunması halinde Anayasa m.129/5 ve DMK m.13 hükümleri çerçevesinde, zararı tazmin eden idare sorumlu kamu görevlilerine rücu etmelidir. Buna ek olarak doktrinde, veri sorumlusu idarenin elinde bulunan verilerin alınan gerekli tüm tedbirlerle rağmen siber saldırılar sebebiyle üçüncü kişiler tarafından ele geçirilerek işlenmesi hâlinde, risk ilkesi kapsamında idarenin kusursuz sorumluluğunun doğabileceği belirtilmektedir.<sup>61</sup>

Kurul tarafından uygulanacak idari para cezalarından veri sorumlusu idareyi bağışık kılan kanun koyucu KVKK m.18/3'te, kamu görevlilerinin sebep olacağı kişisel veri ihlallerinin denetim aracı olarak disiplin cezalarını işaret et-

*vap vermeyen Banka nezdinde, Kanununun 18 inci maddesinin üçüncü fıkrası çerçevesinde ihlale sebebiyet veren sorumlular ile gerekli tedbirleri almak ve denetimleri yapmakla yükümlü kişiler hakkında disiplin hükümlerine göre işlem yapılmasına... karar verilmiştir.”*

58 *Kişisel Verileri Koruma Kurulu*, 05.05.2020 tarihli K. 2020/344 sayılı karar özetinde yer alan ifade şöyledir: “... Veri sorumlusu tarafından ihlal öncesi yapılması gereken kullanıcı yetki ve rollerine yönelik kontrollerin ve düzenlemelerin ihlal sonrasında gerçekleştirilmiş olmasının gerekli idari tedbirlerin zamanında alınmadığının göstergesi olduğu, Veri sorumlusu tarafından ihlal öncesi yapılması gereken KKB sorgulama limitlendirilmesi gibi kritik önemi haiz tedbirlerin ihlal sonrasında gerçekleştirilmiş olmasının gerekli teknik tedbirlerin yeterince alınmadığının göstergesi olduğu dikkate alınarak, Kanununun 12 nci maddesinin (1) numaralı fıkrasına uygun olarak gerekli teknik ve idari tedbirleri almadığı kanaatine varılan veri sorumlusu hakkında Kanununun 18 inci maddesinin (1) numaralı fıkrasının (b) bendi uyarınca 1.000.000 TL idari para cezası uygulanmasına karar verilmiştir.”

59 Doktrinde, kişisel veri işleme faaliyetlerinin sıklıkla idari işlemler eliyle gerçekleştirildiğine işaret edilmektedir. Bununla birlikte yazarlar, veri işleme faaliyetinin çeşitliliğini dikkate alarak, ihlalin aynı zamanda idari eylemlerden kaynaklanabileceğini isabetle belirtmektedirler. Bkz. Başar, s. 251; Saygı, s. 38.

60 İdari eylemlerin çeşitliliği dikkate alındığında, belirli durumlarda idarenin ihlale sebep olan eylemini tespit etmek, idari işlemi tespit etmekten daha zor olabilir. Çünkü kimi durumlarda ihlale sebep olan durum, idarenin hareketsiz kalma, denetim ve gözetim yükümlülüğünü ak-satma biçimindeki “olumsuz idari eylem”inden kaynaklanabilir. Bu sebeple, idarelerin veri işleme faaliyetleri incelenirken tüm bu olasılıklar hesaba katılmadığıdır. Olumsuz idari eylem kavramı için ayrıca bkz. Talha Erdoğan, *Salt İdari Eylem Karşısında İdarenin Sorumluluğu*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 14.

61 Başar, s. 283; Altındağ, s. 396.

miştir. Ancak idarenin kişiselleştirilmesi mümkün olmayan anonim nitelikteki hizmet kusuru ve belli durumlarda kusursuz sorumluluğunu doğuran eylem ve işlemleri karşısında hangi kamu görevlisi ne şekilde sorumlu tutulacaktır? İhlal durumunda kamu görevlilerine disiplin cezası verilmesini öngören KVKK m.18/3 hükmü bu yönden irdelenmelidir.

### **B. Kişisel Verilerin İhlal Edilmesi Sebebiyle Uygulanabilecek Disiplin Cezasının Tespitine İlişkin Değerlendirmeler**

KVKK m.18/3 açısından diğer bir tartışma konusu, kişisel veri ihlaline sebep olan kamu görevlilerine uygulanacak disiplin yaptırımlarının belirlenmesidir. KVKK m.18/3 kapsamında kişisel veri ihlali sebebiyle 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun (DMK) yanı sıra 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu veya 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanunu gibi belirli kamu görevlilerinin meslek kanunları kapsamında ne tür disiplin cezaları uygulanabilecektir? Yine bu kapsamda kamu tüzel kişiliğine sahip barolar gibi kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarında görev yapanlara ilişkin 1136 sayılı Avukatlık Kanunu gibi kanunlarda öngörülen disiplin hükümlerinin, kişisel veri ihlallerini kapsayıp kapsamadığı önemli bir tartışma noktasıdır. 657 sayılı DMK'da yer alan disiplin hükümleriyle sınırlı olarak bu sorular üzerinde durulacaktır.

Kişisel verilerin ihlali sebebiyle disiplin cezası uygulanabilmesi için hukuka aykırılık teşkil eden davranışın kanunilik ilkesi<sup>62</sup> gereği, kanunda yer alan disiplin suçunu tariflerine uyması gerekmektedir. Ancak DMK ve diğer kanunlarda disiplin suçları "kişisel veri" kavramını merkeze alarak tanımlanmadığı için, tanımlarında yer alan ifadelerin kişisel veri ihlallerini kapsayıp kapsamadığı önemli bir sorudur.

Doktrinde genel olarak disiplin cezaları açısından kanunilik ilkesinin geçerli kabul edilmesine karşılık disiplin suçları yönünden<sup>63</sup> görüş farklılığı bulundu-

62 Türk hukukunda disiplin cezaları açısından kanunilik ilkesinin uygulanma biçimi ve kapsamına dair tartışmalar için bkz. Celal Işıklar, *Teoride ve Uygulamada Kamu Disiplin Yaptırımları*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s. 206; Egemen Karaca, *Üniversitelerde Disiplin Rejimi*, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 40-57.

63 Bu bağlamda Gözler, 657 sayılı DMK bağlamında disiplin cezaları açısından kanunilik ilkesinin geçerli olmasına karşılık disiplin suçları açısından kanunilik ilkesinin kabul edilmediğini ifade etmektedir. bkz. Kemal Gözler, *İdare Hukuku*, C.II, 3. Baskı, Ekin Yayın Basım Dağıtım, Bursa, 2019, s. 777-782. Anayasa m.128/2 hükmünde yer alan "diğer özlük işlemleri" ibaresi kapsamında disiplin suç ve cezalarını ele alan yaklaşıma göre, disiplin hukuku alanında kanunilik ilkesi Anayasa m.38'de yer alan katı biçimiyle değil Anayasa m.128'de kabul edilen daha esnek bir bakış açısıyla uygulama bulmaktadır. Bu minvalde, disiplin cezaları açısından kanunilik ilkesinin katı biçimde kabul edildiği ancak disiplin suçları yönünden bu ilkenin disiplin hukukunda ihtiyaç duyulan esnekliği gözetir biçimde uygulandığı belirtilmektedir. Bkz. Zehreddin Aslan, Halil Altındağ, *Memurların Disiplin ve Ceza Soruşturması*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 52-53



ğuna işaret edilmektedir.<sup>64</sup> DMK özelinde ise disiplin cezaları açısından kanunilik ilkesi kabul edilmiş olmasına karşın, DMK m.125/4'te yer alan “*Yukarıda sayılan ve disiplin cezası verilmesini gerektiren fiil ve hallere nitelik ve ağırlıkları itibariyle benzer eylemlerde bulunanlara da aynı neviden disiplin cezaları verilir.*” hükmüne atıfla disiplin suçları açısından kanunilik ilkesinin katı biçimde kabul edilmediği ifade edilmiştir.<sup>65</sup>

Yargı içtihatları yönünden Anayasa Mahkemesi'nin, Anayasa m.38'de yer alan suçta ve cezada kanunilik ilkesinin disiplin suç ve cezaları yönünden de geçerli olduğu kabul ettiği belirtilmektedir.<sup>66</sup> Fakat bilhassa yeni tarihli kararlarında Yüksek Mahkemenin, söz konusu ilkenin disiplin hukuku bağlamında daha esnek biçimde uygulanabileceği yönünde bir yaklaşıma sahip olduğu ifade edilmektedir.<sup>67</sup> Örnek kararlar bu tespiti doğrular niteliktedir.<sup>68</sup> Özellikle yakın tarihli kararlarına bakıldığında, Anayasa Mahkemesi'nin hem disiplin suç hem de cezaları yönünden kanunla düzenleme yapılmış olmasını asgari şart olarak aradığı söylenebilecektir.<sup>69</sup> Danıştay'ın ise disiplin cezaları yönünden kanunilik ilkesini katı biçimde uygularken, disiplin suçları açısından daha

64 Cemil Kaya, “Memur Disiplin Suç ve Cezalarına ve Disiplin Soruşturmasına Hakim Olan İlkeler”, *Amme İdaresi Dergisi*, Cilt 38, Sayı 2, 2005, s. 64-65; Işıklar, s. 206. Aynı yönde bkz. Metin Bulut, “Kamu Görevlileri Disiplin Hukukunda Kanunilik İlkesini Yeniden Düşünmek”, *Uyuşmazlık Dergisi*, Yıl 6, Sayı 12, 2018, s. 249.

65 Akyılmaz & Sezginer & Kaya, s. 687-689.

66 Atıla Erkal, *İdare Hukukunda Kıyas*, Savaş Yayınevi, Ankara, 2022, s. 108; Bulut, s. 264-265.

67 Aslan, Altındağ, s. 51; Karaca, s. 54.

68 Anayasa Mahkemesi 20.12.2018 tarihli E. 2018/14, K. 2018/112 (RG Tarih: 13.02.2019, RG Sayı: 30685) sayılı kararında yer alan ifade şöyledir: “*Korunan hukuki değer ile ihlalin neden olduğu hukuki sonuçların aynı olmaması, idari suç ve cezalar ile adli suç ve cezalar arasındaki temel farklılığı oluşturmaktadır. Adli para cezalarından daha yüksek miktarlarda idari para cezalarının verilebilmesine imkân tanıyan düzenlemeler de bulunmakla birlikte adli suçlar için öngörülen cezaların idari suçlar için öngörülen cezalardan genellikle daha ağır olması, hürriyeti bağlayıcı cezaların kural olarak adli suçlar yönünden geçerli olması, idari suçlarda kanun koyucunun daha az önem atfettiği bir hukuki değer in ihlal edilmesi ve öngörülen yaptırımın da genellikle idari bir makam tarafından idari usuller izlenerek uygulanması nedeniyle Anayasa'nın 38. maddesindeki ilkelerin adli suç ve cezalar ile idari suç ve cezalara aynı kapsam ve düzeyde uygulanması işin mahiyetine uygun düşmemektedir. Bu bağlamda yasama organının ağır işleyen yapısı karşısında ekonomik ve teknik hayatın hızla değişen ve gelişen şartları doğrultusunda idari suç ve cezaların adli suç ve cezalara göre daha sık değiştirilme ihtiyacının belirmesi de suçun ve cezanın kanuniliği ilkesinin idari suçlar yönünden daha esnek uygulanmasını gerektirmektedir.*” Aynı yönde kararlar için bkz. Anayasa Mahkemesi 06.12.2018 tarihli E. 2018/67, K. 2018/110 (RG Tarih: 08.01.2019, RG Sayı: 30649); Anayasa Mahkemesi 20.12.2018 tarihli E. 2018/107, K. 2018/114 (RG Tarih: 12.02.2019, RG Sayı: 30684); Anayasa Mahkemesi 14.06.2017 E. 2017/182, K. 2017/111 (RG Tarih: 29.06.2017, RG Sayı: 30109).

69 Aslan, Altındağ, s. 51. Anayasa Mahkemesi'nin bu yöndeki içtihadını eleştiren görüşler için bkz. Kemal Gözler, *İdare Hukuku*, Cilt II, 3. Baskı, Ekin Yayın Basım Dağıtım, Bursa, 2019, s. 783-785.



esnek bir yaklaşım benimsendiği ifade edilmektedir.<sup>70</sup>

Kişisel verilerin ihlal edilmesi halinde uygulanacak disiplin suçları için DMK m.125/4'e atıfla kıyas mümkündür. Bu sebeple, DMK ve diğer ilgili disiplin mevzuatında veri sorumlusu idarenin faaliyetleri kapsamında kişisel verilerin ihlal edilmesi halinde KVKK m.18/3'te öngörülen disiplin yaptırımlarının uygulanabilmesi için "kişisel veri" ifadesinin suç tanımlarında açıkça zikredilmesine gerek bulunmadığı sonucuna varılabilecektir. Örneğin, idarenin veri işleme faaliyetleri sırasında bir kamu görevlisinin kişisel veri ihlaline sebebiyet veren eylem veya işleminin DMK m.125/E-h'de sayılan "yetki almadan gizli bilgileri açıklamak" fiili olarak nitelenmesi halinde, kamu görevlisi hakkında "devlet memurluğundan çıkarma" cezası uygulanabilecektir. Aynı şekilde, idarenin veri işleme faaliyetleri sırasında kamu görevlilerinin sebep oldukları veri ihlalinin DMK m.125/D-k'de belirtilen "açıklanması yasaklanan bilgileri açıklamak" veya m.125/C-c'de yer alan "Devlete ait resmi belge, araç, gereç ve benzerlerini özel menfaat sağlamak için kullanmak" eylemi biçiminde ortaya çıkması halinde sorumlular hakkında disiplin yaptırımları uygulama bulacaktır.

Buna karşılık, disiplin cezalarına ilişkin hükümler kişisel verilerin korunmasını merkeze alan düzenlemeler olmadığı için, disiplin suçuna ilişkin tanımda yer alan hukuka aykırılığa sebep olunmaksızın verilerin kamu görevlileri tarafından ihlal edilmesi durumunda disiplin yaptırımı uygulanamayacaktır. Yukarıda yer alan ilk örneğe dönersek, yetkilendirilmiş bir kamu görevlisi tarafından gizli verilerin açıklanması halinde kişisel veriler ihlal edilse dahi bu kişi hakkında DMK m.125/E-h uyarınca disiplin yaptırımı uygulanamayacaktır. Zira madde hükmünde, yaptırımın özü yetkisizliğe dayandırılmıştır. Bu sebeple, kurum düzenini korumayı esas alan disiplin hükümleri çerçevesinde kişisel verilerin korunması yönünden sağlanabilecek korumanın sınırlı olduğuna dikkat çekilmelidir.

Öte yandan hak ihlaline uğrayan kişiler, KVKK m.14/3 hükmü uyarınca uğradıkları zararın tazmini için veri sorumlusu idare aleyhine idari yargıda tam

<sup>70</sup> Kaya, s. 67; Ulusoy, *İdari Yaptırımlar*, s. 150; Erkal, s. 108-109. Bu yönde bir örnek olarak, Danıştay 12. D., 14.03.2018 tarihli E. 2016/6936, K. 2018/1118 sayılı kararda yer alan ifade şu şekildedir: "idari suçlarda kanun koyucunun daha az önem atfettiği bir hukuki değer in ihlal edilmesi ve öngörülen yaptırımın da genellikle idari bir makam tarafından idari usuller izlenerek uygulanması nedeniyle Anayasa'nın 38. maddesindeki ilkelerin aynı boyut ve kapsamıyla idari suçlara da uygulanması, işin mahiyetine uygun düşmemektedir. Bu bağlamda, yasama organının ağır işleyen yapısı ile ekonomik ve teknik hayatın hızla değişen ve gelişen şartları gözetilerek, suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin idari suçlar yönünden daha esnek uygulanması gerekmektedir." Aynı yönde bkz. Danıştay 12. D., 07.03.2018 tarihli E. 2016/7188, K. 2018/969 sayılı karar. (Lexpera İçtihat Bilgi Bankası)

yargı davası açabilecektir.<sup>71</sup> İdare tarafından, sorumlu kamu görevlileri hakkında disiplin yaptırımını uygulanmasının hak ihlaline uğrayan kişilerin idari yargıya başvurma hakkını bertaraf eden bir yönü olmadığı tekrar hatırlatılmalıdır. Hatta zarara sebep olan eylem veya işlemin kamu görevlisinin kişisel kusurundan kaynaklanması halinde, idari yargı mercileri tarafından aleyhine tazminata hükmedilen idare Anayasa m.129/5 ve DMK m.13 hükümleri uyarınca kişisel kusurlu kamu görevlisine rücu etmekle yükümlüdür.<sup>72</sup>

### C. İdare Yerine Kamu Görevlileri Hakkında Disiplin Cezası Uygulanmasının Caydırıcılık Yönünden Riskleri

Kişisel verilerin korunmasında uygulanacak idari para cezalarının etkili, ölçülü ve caydırıcı olması gerekmektedir.<sup>73</sup> 108 sayılı Sözleşmenin yenilenmiş/modernize edilmiş versiyonu olarak imzaya açılmış olan “Sözleşme 108+”nın “Yaptırımlar ve başvuru yolları” başlıklı m.12 hükmünün gerekçesinde de türü fark etmeksizin uygulanacak tüm yaptırımların mutlaka etkili, ölçülü ve caydırıcı olması gerektiği ifade edilmektedir.<sup>74</sup> Etkililik, ölçülülük ve caydırıcılığa dair benzer bir vurgu GVKT m.83/1’de<sup>75</sup> de yer almaktadır. KVKK’da bu açıklıkta zikredilmemiş olsa bile, gerek uluslararası düzeyde veri koruma standardının oluşması gerekse bu kriterin yoğun ekonomik ve siyasi ilişki içerisinde bulunan çok sayıda ülke açısından bağlayıcı olması sebebiyle bu ilkeler, Türkiye’deki uygulama açısından da benimsenmelidir.

KVVK m.18/2 ve m.18/3 hükümleri uyarınca, idari para cezalarının yalnızca gerçek kişiler ve özel hukuk tüzel kişilerine uygulanacağı, ihlalin idari faaliyet sırasında gerçekleşmesi halindeyse sorumlu kamu görevlileri hakkında disiplin

71 Altındağ, s. 394-395.

72 Kişisel verilerin ihlaline sebep olan eylemlerin kamu görevlisi tarafından hizmetle ilişkisi kurulamayacak biçimde salt kişisel kusurlu eylemler sebebiyle gerçekleşmesi halinde, bu kişiler aleyhinde adli yargıda tazminat davası açılabilir. Ancak veri ihlaline sebebiyet veren eylem veya işlemin idareye ait veri işleme faaliyeti kapsamında gerçekleşmesi halinde salt kişisel kusurlu eylem ya da işlem olarak nitelenmesi oldukça güç görünmektedir.

73 Sharma, s. 275.

74 *Modernised Convention for the Protection of Individuals with Regard to the Processing of Personal Data (Convention 108+) Explanatory Report of Article 12: “It is left to each Party to determine the nature (civil, administrative, criminal) of these judicial as well as non-judicial sanctions. These sanctions have to be effective, proportionate and dissuasive. The same goes for remedies: data subjects must have the possibility to judicially challenge a decision or practice, the definition of the modalities to do so being left with the Parties. Non-judicial remedies also have to be made available to data subjects. Financial compensation for material and non-material damages where applicable, caused by the processing and collective actions could also be considered.”(para. 100), (Çevrimiçi) <https://rm.coe.int/convention-108-convention-of-the-protection-of-individuals-with-regar/16808b36f1>, 28.11.2022.*

75 *GDPR Article 83/1: “Each supervisory authority shall ensure that the imposition of administrative fines pursuant to this Article in respect of infringements of this Regulation referred to in paragraphs 4, 5 and 6 shall in each individual case be effective, proportionate and dissuasive.”*

lin yaptırımları uygulanacağına ilişkin düzenlemenin benzerine farklı ülke iç hukuklarında da yer verildiği görülmektedir. Mesela Estonya Veri Koruma Kanunu m.59/1’de bu yönde bir düzenleme yer aldığına daha önce değinilmişti.<sup>76</sup> Dolayısıyla Türkiye’deki yaklaşım türünün tek örneği değildir. Bir başka açıdan bakıldığında, kanun koyucunun tercihinin özellikle caydırıcılık yönünden irdelenmesi gerekmektedir. Caydırıcılık sorunu hem veri sorumlusu olarak yükümlülüklerini yerine getirmeyen idare hem de kişisel verileri bizzat işleyerek veya üçüncü kişiler tarafından işlenmesini sağlayarak maddi menfaat elde eden/edebilecek kamu görevlileri açısından değerlendirilmelidir. Kamu görevlileri yönünden bilhassa DMK’da öngörülen en ağır disiplin yaptırımı olan “Devlet memurluğundan çıkarma” cezası yönünden caydırıcılık değerlendirmesi dikkate alınmalıdır.<sup>77</sup>

Devlet ve diğer tüm kamu tüzel kişileriyle birlikte değerlendirildiğinde en büyük veri sorumlusu kümesini oluşturan idare, KVKK m.28’de ve diğer ilgili hükümlerde sayılan çeşitli istisnalardan yararlanmaktadır.<sup>78</sup> Bu nedenle idarenin, veri işleme faaliyetleri sebebiyle oluşan zararlardan sorumlu tutulabilmesi ciddi ölçüde güçleşmektedir. Buna ek olarak, kişisel verileri ihlal eden idareye karşı idari para cezası uygulanmasının yolunun kapatılmıştır. Oysa uzun süren yargulama faaliyetlerine kıyasla, “hassas alan”<sup>79</sup> sayılabilecek kişisel verilerin korunması alanında uzmanlaşmış Kurul tarafından yaptırım uygulanmasının belirli faydaları olabilecektir. İdari yargının iş yükü dikkate alındığında, Kurul tarafından daha kısa sürede yapılabilecek incelemeyle ihlalin varlığı tespit edilebilecek ve caydırıcı yaptırımlar uygulanabilecektir.<sup>80</sup> Bu sayede, etkin bir denetim sağlanırken idarenin veri ihlalleri konusundaki özen ve dikkatinin artacağı düşüncesindeyiz.

76 Estonya ve farklı ülkelerdeki uygulama örnekleri için “Farklı Ülkelerdeki Uygulama” başlıklı bölüme bakınız.

77 Diğer kamu görevlileri ve kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşuna bağlı kişiler hakkında uygulanacak en ağır disiplin yaptırımı da benzer şekilde meslekle ilişkin kesilmesidir. Mesela, 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu’nda öngörülen en ağır disiplin yaptırımı “üniversite öğretim mesleğinden çıkarma”dır. 1136 sayılı Avukatlık Kanunu’nda ise öngörülen ve m.36 hükmü uyarınca TBB ve baroların memurları hakkında da uygulama bulacak en ağır disiplin yaptırımı “meslekten çıkarma”dır. Bu bölümdeki incelememiz DMK ile sınırlı tutulmakla birlikte, caydırıcılık yönünden yapılacak değerlendirmeler KVKK m.18/3 kapsamında disiplin yaptırımına esas alınacak diğer kanun hükümleri açısından da dikkate alınabilecektir.

78 Kangal, s. 48; Küzeci, s. 442.

79 Bağımsız idari otoriteler veya Türkiye’deki yaygın kullanımıyla düzenleyici ve denetleyici kurumların faaliyet alanını belirtirken kullanılan “hassas sektör ve alan” kavramlarının detaylarına ilişkin bkz. Ali D. Ulusoy, *Türk İdare Hukuku*, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 249; Kemal Gözler, *İdare Hukuku*, Cilt I, 3. Baskı, Ekin Yayın Basım Dağıtım, Bursa, 2019, s. 662-663.

80 KVKK m.15/4 hükmü uyarınca şikâyet başvuruları Kurul tarafından incelenerek 60 gün içinde cevap verilecektir. 60 gün içinde cevap verilmemesi halinde başvuru zımnen reddedilmiş sayılacaktır.

İkinci olarak, KVKK m.18/1 hükmünde ihlal sebebine bağlı olarak veri sorumluları hakkında 2022 yılı yeniden değerlendirme oranına göre 13.391,00 ile 2.678.863,00 TL aralığında idari para cezası uygulanabilecektir. Özellikle idari para cezalarının üst sınırı dikkate alındığında, kişisel verileri ihlal eden idare aleyhine tam yargı davası neticesinde hükmedilebilecek tazminat miktarından daha yüksek meblağlarda idari para cezası uygulanabilme ihtimali, caydırıcı bir araç olarak düşünülebilirdi. Üçüncü olarak, tüm veri sorumluları açısından uygulamada birlik sağlanabilirdi. Böylece, doktrinde önemine işaret edilen “veri koruma kültürü”nün<sup>81</sup> pekişmesi mümkün olabilirdi. KVKK m.18/2 hükmünde yer alan düzenleme idareyi de kapsar şekilde olsaydı dahi hak ihlaline uğrayan kişilerin ayrıca tam yargı davası vasıtasıyla uğradıkları zararın tazminini ayrıca talep etmeleri mümkün olacaktı. Ancak kanun koyucunun idareyi idari para cezalarından başışık kılan tercihi sebebiyle, veri sorumlusu idarenin ihlallerine karşı çifte koruma sağlamanın önüne geçilmiştir. Uygulama yönünden de üzerinde dikkatle durulması gereken bazı sorunlar bulunmaktadır.

Bir önceki bölümde ifade edildiği gibi ilk sorun, disiplin hükümleri ile korunması amaçlanan hukuki değer kurum düzeni olmasıdır. Kurum düzenini esas alan koruma yaklaşımıyla kişisel veriler ne ölçüde korunabilecektir? İkinci sorun, idari faaliyetler ve kamu hizmetlerinin dış dünyaya anonim nitelikte yansımalarından kaynaklanmaktadır. Nitekim, hizmet kusurunun anonim nitelikte ve idarenin aslen sorumluluğunu gerektiren bir durum<sup>82</sup> olarak sayılmasının temelinde bu yaklaşımın bulunmaktadır. Ayrıca, özellikle birden fazla aşamadan oluşan karmaşık süreçler içeren eylem ve işlemler sebebiyle veri ihlalinin gerçekleştiği hallerde, ortaya çıkan zararın kamu görevlilerine izafe edilmesi mümkün olmayabilecektir. Bu tür durumlarda disiplin cezası uygulanamayacak olmasının KVKK m.18/3 hükmünü caydırıcılık yönünden eksik bırakacağı söylenebilir.

Bir diğer sorun ise, gündeme gelebilecek yaptırımların ağırlığıdır. Bir önceki bölümde değinildiği gibi, tespit edebildiğimiz kadarıyla, kişisel verilerin ihlal edilmesi halinde 657 sayılı DMK özelinde m.125/C-c, m.125/D-k ve m.125/E-h hükümlerinde belirtilen fiiller sebebiyle “aylıktan kesme”, “kademe ilerlemesinin durdurulması” ve “devlet memurluğundan çıkarma” yaptırımlarının uygulanması mümkündür. İdarenin elinde tuttuğu ve kamu görevlilerinin erişim sağlayabildiği verilerin büyüklüğü dikkate alındığında, basit bir özensizlik, ihmal sebebiyle dahi devasa boyutlarda kişisel veri ihlali yaşanabilecektir. Kamu

81 Çekin, s. 227.

82 Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer, Cemil Kaya, *İdari Yargılama Hukuku*, Savaş Kitabevi, Ankara, 2019, s. 1150.

görevlilerinin erişebildikleri devasa boyuttaki veriler eliyle menfaat elde edebilecek olmaları ihtimaliyse daha da ürkütücüdür. Böyle bir durumda DMK m.125/C-c uyarınca “Devlete ait resmî belge, araç, gereç ve benzerlerini özel menfaat sağlamak için kullanmak” gerekçesiyle sorumlu memur hakkında aylıktan kesme cezası uygulanacaktır. Ancak kişisel verisi ihlal edilen kişi veya kişilerin uğradıkları/uğrayabilecekleri zarar dikkate alındığında, uygulanacak disiplin yaptırımı ne ölçüde caydırıcı ve hak ihlaline uğrayan kişiler yönünden ne ölçüde koruyucu kabul edilebilecektir? Bilhassa KVKK m.6’da hususi olarak belirtilen “özel nitelikli kişisel verilerin” menfaat karşılığında ihlal edildiği durumlarda kişiler telafisi oldukça güç hak ihlallerine uğrayabilecektir. Tüm bu değerlendirme neticesinde, devlet memurluğundan çıkarma haricindeki disiplin cezalarının, kişisel verilerin korunması açısından yeterli caydırıcılığı sağlayamayacağı görülmektedir.

### **III. Kişisel Verilerin İhlali Sebebiyle İdareye Para Cezası Uygulanması Halinde Ortaya Çıkabilecek Muhtemel Sorunlar**

Kanun koyucunun, kişisel verilerin ihlal edilmesi durumunda veri sorumlusu idare aleyhine idari para cezasına hükmedilmemesi yönündeki tercihinin sorunlu yönleri önceki bölümlerde ele alınmıştır. Buna karşılık kanun koyucu, idareye para cezası uygulanması yönünde bir tercihte bulunmuş olsaydı dahi uygulamada belirli sorunlarla karşılaşılması muhtemeldi. Bu bölümde öncelikle, idareye para cezası uygulanan diğer örnek durumlar açısından uygulamada ortaya çıkan temel sorunlar irdelenecektir. Ardından, KVKK m.18/3’te yer alan sorunlu düzenleme yerine etkin bir çözüm önerisi sunulmaya çalışılacaktır.

#### **A. İdareye Para Cezası Uygulanan Durumlarda Karşılaşılan Sorunlar**

İdareye idari para cezası uygulanması düşüncesi başta anlaşılması güç görüle de pek çok örneği bulunmaktadır. İdarenin devlet tüzel kişiliği ile birlikte pek çok görev ve yetkiye sahip farklı kamu tüzel kişilerinden oluşan bir topluluk olduğu unutulmamalıdır. Mahalli idareler, uzmanlık esasına göre örgütlenen yerinden yönetim idareleri ile diğer kamu kurum ve kuruluşlarının faaliyet alanlarında kendilerine tanınan yetkileri kullanırken idare ve idareye ait birimlerle karşı karşıya geldikleri görülmektedir. Bu hallerde yetkili merciler, idare çatısı altında yer alan idari birimlere çeşitli idari yaptırımlar uygulayabilmektedir.

Mesela 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu m.102/1 hükmü uyarınca SGK tarafından istenen bilgi ve belgeleri süresi içinde vermeyen kamu kurum ve kuruluşlarına idari para cezası uygulanması ön-

görülmüştür.<sup>83</sup> Bu kapsamda SGK tarafından bir Bakanlığa<sup>84</sup>, üniversiteye<sup>85</sup> veya kamu kurumuna<sup>86</sup> idari para cezası uygulanan güncel örnekler Sayıştay kararlarında yer almaktadır. Sayıştay kararlarına yansıyan başka örneklerde 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun m.20/1-a hükmü uyarınca<sup>87</sup> ve aynı

83 *SGK Kanunu Madde 102/i: Kurum tarafından bu Kanunun 100 üncü maddesi kapsamında Kurum tarafından istenen bilgi ve belgeleri belirlenen süre içinde mücbir sebep olmaksızın vermeyen kamu idareleri, bankalar, döner sermayeli kuruluşlar, kanunla kurulmuş kurum ve kuruluşlar ile diğer gerçek ve tüzel kişiler hakkında, aylık asgari ücretin beş katı tutarında, geç verilmesi halinde ise aylık asgari ücretin iki katı tutarında idari para cezası uygulanır.*

84 Sayıştay 8.D., 07.03.2019 tutanak tarihli İ. 2017/160, K. 2017/153 sayılı kararda yer alan ifade şu şekildedir: "Öte yandan yapılan incelemede, ... Bakanlığın ... Müdürlüğü'nün 2015 yılının Haziran ayına ilişkin ek nitelikteki aylık prim ve hizmet belgelerinin, süresinde Sosyal Güvenlik Kurumuna verilmemesi nedeniyle Sosyal Güvenlik Denetmenliğinin 05.07.2017 gün ve 035 sayılı Raporuna istinaden Sosyal Güvenlik Kurumu Ankara Sosyal Güvenlik İl Müdürlüğü tarafından idari para cezası tahakkuk ettirildiği ve söz konusu idari para cezasının yukarıda yer verilen mevzuat hükmü uyarınca bu cezaya sebebiyet veren memur veya memurlarca karşılanması gerekirken, ... Bakanlığın ... Müdürlüğü bütçesinden ödenmekle kamu zararına sebebiyet verildiği tespit edilmiş olmakla beraber, söz konusu kamu zararının ... tarih ve ... sayılı makbuzla ilgili personelden tahsil edildiği anlaşıldığından uyumsuzluk konusu edilen ... TL hakkında işilecek husus kalmadığına; tahsilatın ilamda gösterilmesine, oy birliğiyle, karar verildi." (Sayıştay Kararlar Bilgi Bankası)

85 Sayıştay 2. D., 25.10.2018 tutanak tarihli, İ. 2017/18, K. 2017/35543 sayılı kararın ilgili bölümü şu şekildedir: "Anılan nedenle, ... Üniversitesi Personel Daire Başkanlığı, Sağlık Bilimleri Enstitüsü, Yabancı Diller Yüksekokulu, Eğitim Bilimleri Enstitüsü, Güzel Sanatlar Fakültesi ve Fen Bilimleri Enstitüsülerinde sigortalıların hizmet bilgilerinin yasal süresi içinde Sosyal Güvenlik Kurumuna verilmemesi nedeniyle Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından uygulanan idari para cezalarının kurum bütçesinden ödenmesi sonucu oluşan toplam .... TL kamu zararından .... TL'sinin Gerçekleştirme Görevlisi (Mutemet) .....dan ... nolu muhasebe işlem fişi ile; .... TL'sinin .... ve ....dan .... nolu muhasebe işlem fişi ile tahsil edildiği anlaşıldığından toplam .... TL hakkında ilişik kalmadığına; bakiye .... TL'den,.... müştereken ve müteselsilen 6085 sayılı Sayıştay Kanununun 53 üncü maddesi gereği işleyecek faizleriyle birlikte ödettirilmesine..." (Sayıştay Kararlar Bilgi Bankası)

86 Sayıştay 8.D., 02.05.2019 tutanak tarihli, İ. 2017/184, K. 2017/157 sayılı kararda yer alan ifade şöyledir: "Yukarıda yer verilen mevzuat hükümlerine göre devlet memurları görevlerini yerine getirirken idareyi zarara uğratmışlarsa, bu zararın ilgili memur tarafından rayiç bedeli üzerinden ödenmesi esastır. Kurumda 4-C statüsünde çalışanların gecikmeli bildirimlerine ilişkin Sosyal Güvenlik Kurumunca uygulanan idari para cezalarının da kurum bütçesinden ödenmesinden sonra kusuru olanlara rücu işleminin yapılması gerekmektedir. Sorumluların savunmalarının incelenmesi sonucunda; Genel Müdürlükçe konunun araştırılması ve rücu işlemlerinin yapılması için muhakkik görevlendirildiği ve düzenlenecek muhakkik raporuna göre işlem tesis edileceği anlaşıldığından ..... TL ile ilgili olarak bu aşamada Dairemizce yapılacak işlem bulunmadığına oy birliğiyle karar verildi." (Sayıştay Kararlar Bilgi Bankası)

87 Sayıştay 6.D., 25.06.2020 tutanak tarihli İ. 2018/749, K. 2018/114 sayılı kararın ilgili bölümü şu şekildedir: "Bu itibarla, satın alınan otobüslerin kanuni süre içinde trafik tescil işlemlerinin tamamlanmaması sonucunda belediye tarafından her bir otobüs için idari para cezası ödenmesi suretiyle neden olunan kamu zararı tutarı olan ...-TL'nin Harcama Yetkili ... ve Gerçekleştirme Görevlisi ...'e müştereken ve müteselsilen 6085 sayılı Sayıştay Kanunu'nun 53'üncü maddesi gereğince hüküm tarihinden itibaren işleyecek faizi ile ödettirilmesine anılan Kanun'un 55'inci maddesi uyarınca işbu İlamın tebliğ tarihinden itibaren altmış gün içerisinde Sayıştay Temyiz Kurulu nezdinde temyiz yolu açık olmak üzere oy çokluğuyla karar verildi." (Sayıştay Kararlar Bilgi Bankası)

Kanunun m.35 hükmü uyarınca<sup>88</sup> belediyelere idari para cezası uygulandığı görülmektedir. 167 sayılı Yeraltı Suları Kanunu m.18/1-a hükmü uyarınca DSİ tarafından<sup>89</sup> ve Çevre Kanunu m.20/e hükmü uyarınca Çevre ve Şehircilik Bakanlığı tarafından<sup>90</sup> belediyelere para cezası uygulanması, idareye idari para cezası uygulanmasına ilişkin Sayıştay kararlarına yansıyan diğer örneklerdir.

Karar örneklerinden anlaşılacağı üzere, idareye idari para cezası uygulanabilmektedir. Ancak Sayıştay kararlarında idare tarafından ödenen idari para cezalarının 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu m.71 hükmü uyarınca “kamu zararı” olarak değerlendirildiği<sup>91</sup> ve kamu zararına sebep olan ilgililere DMK m.12 hükmü uyarınca rücu edilmesi gerektiği<sup>92</sup> yönünde karar verildiği görülmektedir.

Dikkat çekici bir diğer örnek Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu tarafından uygulanan idari para cezalarıdır. Zira, 6698 sayılı KVKK m.18/3’ten farklı olarak 6701 sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu m.25 uyarınca eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağının ihlali sebebiyle idareye, idari para cezası verilebilmektedir.<sup>93</sup> Nitekim, Valilik tarafından engellilere yönelik alter-

88 Sayıştay 6. D., 15.01.2019 tutanak tarihli İ. 2017/690, K. 2017/609 sayılı kararda yer alan ifade şöyledir: “Sorgu konusu olayda ise, belediyeye ait araçların muayenelerinin geç yapılması suretiyle ...-TL kamu zararına neden olunduğu tespit edilmekle birlikte, bahse konu kamu zararı tutarının ... tarih ve ... sayılı makbuzla tahsil edildiği anlaşılmıştır. Bu itibarla, belediyeye ait araçların muayenelerinin geç yapılması suretiyle neden oluşan kamu zararı tutarı olan ...-TL’nin tahsil edilmesi sebebiyle konu hakkında ilişilecek husus kalmadığına 6085 sayılı Sayıştay Kanunu’nun 55’inci maddesi uyarınca ilamın tebliğ tarihinden itibaren altmış gün içerisinde Sayıştay Temyiz Kurulu nezdinde temyiz yolu açık olmak üzere oyçokluğuyla karar verildi.” (Sayıştay Kararlar Bilgi Bankası)

89 Sayıştay 7.D., 13.12.2018 tutanak tarihli İ. 2017/71, K. 2017/306 sayılı kararda yer alan ifadeler şöyledir: “Su kuyuları açılmadan önce DSİ’den “Yeraltı Suyu Arama Belgesi” ve bu arama belgesine dayanılarak kuyular açıldıktan sonra bir ay içerisinde “Yeraltı Suyu Kullanma Belgesi” alınması gerektiği, bu belgeleri almadan kuyuları açanlara DSİ tarafından bin Türk Lirasından beş bin Türk Lirasına kadar idari para cezası uygulanacağı, yapılan incelemeler sonucunda; ... Belediyesi tarafından açılan su kuyularının “Yeraltı Suyu Arama Belgesi” alınmadan açıldığı, bu durumun DSİ tarafından tespit edilerek Belediyeye idari para cezası uygulandığı, kesilen idari para cezasının da Belediye bütçesinden ödendiği anlaşılmıştır.” (Sayıştay Kararlar Bilgi Bankası)

90 Sayıştay 6.D., 22.10.2019 tutanak tarihli İ. 2017/ 236, K. 2017/689 sayılı kararda yer alan ifadeler şu şekildedir: “..... mevkiinde denize doğru tahkimat yapılmadan malzeme dökülmesi nedeniyle Çevre ve Şehircilik Bakanlığınca kesilen idari para cezasının Belediye bütçesinden ödendiği görülmüştür. Çevre ve Şehircilik Bakanlığınca düzenlenen ..... tarih ve ..... defter sıra numaralı İdari Yaptırım Karar Tutanağında, ..... tarihinde .....mevkii deniz alanında “Denize dolgu malzemesi karışmasının tahkimatla önleneyeceği ÇED raporunun ihlali” fiili ile 2872 sayılı Çevre Kanunu’nun 20/e maddesinin ihlali gerekçesiyle idari para cezası verildiği ve konu ile ilgili olarak ..... Belediye Başkanlığı tüzel kişisinin temsilcisinin ..... olduğu belirtilmiştir.” (Sayıştay Kararlar Bilgi Bankası)

91 Bkz. Sayıştay 6.D., 25.06.2020 tutanak tarihli İ. 2018/749, K. 2018/114; Sayıştay 6. D., 15.01.2019 tutanak tarihli İ. 2017/690, K. 2017/609 kararlar.

92 Bkz. Sayıştay 7.D., 13.12.2018 tutanak tarihli İ. 2017/71, K. 2017/306; Sayıştay 6.D., 22.10.2019 tutanak tarihli İ. 2017/ 236, K. 2017/689 kararlar.

93 TİHEK Kanunu Madde 25/1: Ayrımcılık yasağının ihlali hâlinde, bu ihlalin etki ve



natif oluşturmadan alınan yaya ve araç trafiğine kapatma kararı sebebiyle eşitlik ilkesinin ihlal edildiği gerekçesiyle muhatap Valilik aleyhine<sup>94</sup> ve seçimlerde farklı siyasi partiden yana oy kullandıkları için belediye tarafından ulaşım hizmetinin sunulmadığı mahalle sakinleri yönünden ayrımcılık yasağının ihlal edildiği gerekçesiyle muhatap Belediye aleyhine<sup>95</sup> idari para cezasına hükmedildiği görülmektedir. Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu m.25 hükmünün ikinci fıkrasında ise idare aleyhine idari para cezası uygulanmasına kusuruyla sebep olan kamu görevlilerine rücu edileceği düzenlemesine yer verilmiştir.<sup>96</sup> Bu düzenleme, 5018 sayılı Kanun m.71 ve DMK m.12'de yer alan düzenlemelerle örtüşmektedir.

Bir bütün halinde değerlendirildiğinde ise kanun koyucunun idarenin hukuka uygun eylem ve işlerde bulunmayacağı durumları hesaba kattığı ve gerçekleşen hukuka aykırılıkları kamu görevlilerine izafe etmeyi esas aldığı çıkarımı yapılabilecektir. Bu bağlamda, kanun koyucu nazarında hukuka uygun davranmakla yükümlü olan idare tarafından ödenen para cezalarının bütçeye yansıtılmaması ve kusurlu kamu görevlilerine rücu edilmesi yönünde bir yaklaşım benimsenmiştir. Kamu görevlilerinin kusurlu olmadıkları durumlarda

*sonuçlarının ağırlığı, failin ekonomik durumu ve çoklu ayrımcılığın ağırlaştırıcı etkisi dikkate alınarak ihlalden sorumlu olan kamu kurum ve kuruluşları, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, gerçek kişiler ve özel hukuk tüzel kişileri hakkında bin Türk lirasından on beş bin Türk lirasına kadar idari para cezası uygulanır.*

- 94 TİHEK 2020/363 başvuru numaralı, 25.08.2020 tarihli ve K. 2020/182 sayılı kararda muhatap Valilik aleyhine ayrımcılık yasağının ihlal edildiği gerekçesiyle 5.000 TL idari para cezasına hükmedilen kararın ilgili bölümü şu şekildedir: *“Muhatap yazılı görüşünde başvuranın dolaylı ayrımcılık iddialarıyla alakalı olarak hiçbir açıklamaya yer vermemiştir. Söz konusu uygulamadan engellilerin daha olumsuz etkilenip etkilenmediği, engellilere yönelik olarak bir tedbir alınıp alınmadığı, tedbir alınsaydı ortaya çıkabilecek sakinlerin neler olabileceği yönünde de bir açıklama bulunmamaktadır. Bu çerçevede başvuru konusu olayda muhatapın başvuranın dolaylı ayrımcılık iddiasını çürütmediği ve ayrımcılık yasağını ihlal etmediğini kanıtlayamadığı değerlendirilmiştir.”* (Para. 56) (TİHEK Kararlar Bilgi Bankası)
- 95 TİHEK 2020/397 başvuru numaralı, 08.09.2020 tarihli ve K. 2020/193 sayılı kararda muhatap Belediye aleyhine ayrımcılık yasağının ihlal edildiği gerekçesiyle 10.000 TL idari para cezasına hükmedilen kararın ilgili bölümü şu şekildedir: *“6701 sayılı Kanun'a göre doğrudan ayrımcılık, bir gerçek veya tüzel kişinin, hukuken tanınmış hak ve hürriyetlerden karşılaştırılabilir durumdakilere kıyasla eşit şekilde yararlanmasını bu Kanunda sayılan ayrımcılık temellerine dayanılarak engelleyen veya zorlaştıran her türlü farklı muameleyi ifade eder. Başvuru konusu olayda, ...Belediyesi'nin toplu taşıma hizmeti görevini yerine getirirken söz konusu mahallelere eşit hizmet sunmadığı, K. Mahallesine sağlanması gereken ulaşım hizmetinin, 2014 yılından itibaren ...Belediyesi'nin yetki ve sorumluluğunda olmasına rağmen bu hizmetin belediye tarafından sunulmadığı ve kamu hizmetine egemen olan eşitlik ilkesinin ihlal edilerek doğrudan ayrımcılık yapıldığı sonucuna ulaşılmıştır.”* (Para. 37), (TİHEK Kararlar Bilgi Bankası)
- 96 TİHEK Kanunu Madde 25/2: *Birinci fıkrada belirtilen idari para cezasının kamu kurum ve kuruluşları ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları hakkında uygulanması hâlinde, ödenen idari para cezası, cezaya esas ayrımcı uygulamaya kusuruyla sebebiyet veren kamu kurum ve kuruluşlarında görev yapan memurlar ve diğer kamu görevlileri ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarında görev yapanlara rücu edilir.*



ise idare tarafından ödenen idari para cezalarının muhtemelen öngörülme-  
yiden gider olarak bütçeden karşılanması gerekecektir. Oysa bu yöntemin, bütçe  
dengesi ve öngörülebilirliği açısından iyi bir uygulama örneği olduğunu söy-  
lemek güçtür.

Kanun koyucunun hassas alanların korunmasına ilişkin ortak bir yaklaşım  
sergilememesi ayrıca eleştirilebilir. Eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağına karşı  
idari eylem ve işlemlere karşı kişilerin korunması için özerk bir kurula denetim  
ve caydırıcı idari yaptırım uygulama yetkisi tanınması çağın gereklerine uygun  
bir düzenlemedir. Buna mukabil, gün geçtikçe tam anlamıyla bir veri toplumu-  
na dönüşen ülkemizde, en büyük veri sorumlusu konumundaki idarenin idari  
para cezalarından bağışık kılınması ise bu alandaki korumanın kapsamını za-  
yıflatmaktadır.

İdare tarafından kişisel verileri ihlal edilen kişilerin tam yargı davası mari-  
fetiyle korunması oldukça önemlidir. Fakat uzun ve masraflı yargılama süreç-  
lerinin yanı sıra idari para cezaları eliyle idarenin denetlenmesi, veri ihlallerine  
karşı kişilerin daha etkin biçimde korunmasına imkân verecektir. İdari para  
cezası ödemeye icbar edilen idarenin, kişisel verileri koruma konusundaki du-  
yarlılığı artacaktır. Ayrıca teknolojik etkileşim hızının bu denli yüksek olduğu  
günümüz dünyasında, ihlale sebep olan duruma çok kısa süre içinde müda-  
hale edilerek verinin yaygınlaşmasının önlenmesi gerekmektedir. Bu açıdan  
bakıldığında da ihlalin üzerinden henüz çok zaman geçmeden idareye caydırıcı  
düzeyde bir yaptırım uygulanması, veri koruma kültürünün pekişmesine kat-  
kı sağlayacaktır. Çünkü teknoloji ve hız çağında, hukuki müdahale ve koruma  
araçları mümkün olduğunca bu hızla ayak uydurmalıdır.

## **B. Etkin Bir Çözüm Önerisi**

Yukarıda aşamalar halinde yer verilen tartışma, en büyük veri sorumlusu  
olarak idarenin sebep olacağı kişisel veri ihlallerine yönelik etkin korumanın  
önemini göstermektedir. İhlallerin çağın gereklerine uygun biçimde hızlı, et-  
kin, ölçülü ve caydırıcı şekilde önlenmesine yönelik mekanizmaların kurulma-  
sı için kuşatıcı bir bakış açısına ihtiyaç duyulmaktadır. Zira, yalnızca KVKK  
m.18'de değişiklik yapılarak idarenin diğer gerçek kişiler ve özel hukuk tüzel  
kişileriyle aynı şekilde sorumlu tutulacağına yönelik bir düzenleme yapmak so-  
runu çözmeye yeterli olmayacaktır. Etkin bir çözüm ancak, idareye karşı idari  
para cezası uygulanan durumlarda karşılaşılan sorunları da dikkate alarak orta-  
taya konabilecektir.

Bu konuda uygulamadaki bütünlüğü esas alan ilk önerimiz, veri koruma  
kültürünün etkin biçimde benimsenmesi ve idarenin diğer veri sorumluları  
ile aynı idari yaptırımlarla sorumlu tutulmasıdır. Bu sayede, kişisel verilerin

korunması yönünden uygulamada birlik sağlanması, tüm veri koruma faaliyetlerinin veri koruma otoritesi konumundaki Kişisel Verileri Koruma Kurumu tarafından düzenlenmesi ve denetlenmesi mümkün olacaktır. Bu yolla, ülke genelinde veri koruma standardı oluşturulabilecektir. İdari yaptırımları yeterli görmeyen kişiler, ugradıkları zararlar yönünden gerçek ve özel hukuk tüzel kişileri gibi ayrıca idareye karşı da yargı yoluna başvurabilecektir. Böylelikle, hak ihlaline uğrayan kişiler yönünden çift dereceli bir koruma sağlanacaktır. Şayet tümüyle bu tercihte bulunulamayacaksa bile, birinci bölümde aktarılan Belçika örneğinde olduğu gibi en azından idarenin özel hukuk alanındaki faaliyetleri kapsamında ortaya çıkan veri ihlallerine karşı idari para cezası uygulanmasının yolu açılabilir. Bu durumda, bir önceki bölümde yer alan bankalar örneğinde olduğu gibi aynı sektörde faaliyet yürüten kamu tüzel kişileri ve özel hukuk tüzel kişileri arasında ortaya çıkacak eşitsiz durumların önüne geçilebilecektir.

Caydırıcılık yönünden ise idari para cezaları eliyle idare tarafından verisi işlenen tüm kişiler açısından yaygın ve sonuçları kısa sürede görülebilir bir koruma sağlanacaktır. Ayrıca idareye caydırıcı düzeyde idari para cezası uygulanması halinde, kişisel verilerin ihlaline sebep olan uygulamaların idare ve kişiler nezdinde kanıksanmasının önüne geçilecektir. Kamu görevlilerinin kişisel kusurları sebebiyle veri ihlallerinin gerçekleştiği durumlarda ise aleyhine idari para cezasına hükmedilen idare, 5018 sayılı Kanun m.71 ve DMK m.12 hükümleri uyarınca her zaman sorumlu kamu görevlilerine rücu etme imkanına sahiptir. Ayrıca veri ihlalleri sebebiyle kurumdaki işleyişin aksadığı yönünde bir kanaat oluşması halinde idare, her zaman disiplin hükümleri eliyle kurum düzenini tesis etme imkânına sahiptir. İdarenin bu yola başvurusu için KVKK m.18/3 benzeri bir düzenlemeye ihtiyacı bulunmamaktadır. Kişilerin idarenin sebep olabileceği veri ihlallerine karşı korunmasına yönelik idari yaptırım türleri belirlenirken, bireysel ve toplumsal düzeyde sağlanacak fayda hesaba katılmalıdır. Böyle bir bakış açısıyla değerlendirildiğinde, kamu görevlileri hakkında uygulanacak disiplin yaptırım yerine idare aleyhine idari para cezası uygulanması daha etkili sonuçlar doğurabilecektir.

Son olarak, uygulamada idare aleyhine idari para cezası uygulanan durumların Sayıştay tarafından kamu zararı olarak nitelendiği hatırlamak gerekir. Şayet KVKK m.18/3 hükmünde etkili bir değişiklik yapılmak isteniyorsa bu husus göz ardı edilmemelidir. Kişisel veri ihlali sebebiyle idare aleyhine idari para cezasına hükmedilen durumlarda da Sayıştay'ın, kamu zararı meydana geldiği gerekçesiyle sorumlu kamu görevlilerine rücu edilerek zararın giderilmesi gerektiği yönünde kararlar vermesi mümkündür. Ancak zarara sebep olan eylem

veya işlemin kişiselleştirilemediği veya karmaşık aşamalardan oluşan süreçlerde zarara sebep olan kamu görevlisinin tespit edilemediği durumlarda, idari para cezasını ödeyen idare herhangi bir kamu görevlisine rücu edemeyecektir. Bu noktada bütçe sistematığının gözden geçirilmesi, hukuka uygun eylem ve işlemler yapmakla yükümlü idarenin hayatın olağan akışı içerisinde tazminat veya idari para cezası ödemekle yükümlü kılınabileceğinin gerçeklik olarak hesaba katılması gerekmektedir. İdareye karşı idari para cezası uygulanmasının kabul edildiği varsayımında, KVKK m.18 uyarınca uygulanabilecek idari para cezalarının üst sınırının yüksekliği dikkate alınarak, kamu görevlilerine oransal olarak veya kusurlu davranışlarının ağırlığı nispetinde rücu edilmesi gibi alternatif çözümler üzerinde düşünmek gerekmektedir.

### **Sonuç**

Netice itibarıyla, kişisel veri ihlalinde bulunan veri sorumlusu idareye karşı idari para cezası uygulanmaması ve sorumlu kamu görevlileri hakkında disiplin hükümlerine göre işlem yapılmasını öngören KVKK m.18 hükmü üzerinde düşünülmesi gereken durumlar bulunmaktadır. Farklı ülke uygulamalarında da kanun koyucuların idareye karşı idari para cezası yolunun kapatılması yönünde tercihlerde bulunabildiği görülmektedir. Bu sebeple, KVKK m.18 bağlamında kanun koyucunun bu yönde tercihte bulunmuş olmasının tek başına sorun olarak nitelenmesi güçtür. Öte yandan, ilgili düzenlemenin uygulamadaki mevcut ve olağan yansımaları dikkate alındığında, pek çok sorunlu nokta dikkat çekmektedir. Bu sebeple madde hükmü bağlamındaki temel sorun, kanun koyucu tarafından ilgili düzenleme yapılırken uygulamada ortaya çıkabilecek farklı sorunların yeterince dikkate alınmamış olmasıdır.

Nitekim, kanunda ilgili madde hükmünün kabahatler başlığı altında düzenlenmesi ve uygulanacak para cezalarına karşı idari yargıya başvuru yolunun kanun metninde öngörülmemiş olması, öngörülen idari para cezalarının kanun koyucu tarafından cezai yaptırımları bütünleyen kabahatler olarak kabul edildiği izlenimi vermektedir. Bu noktada, idari para cezalarının düzenleme ve denetleme faaliyeti kapsamında regülatif cezalar olarak değerlendirilmesi kanaatimizce daha uygun bir yaklaşım sunabilirdi. Bu bağlamda ayrıca, bir sektörde faaliyet gösteren özel hukuk kişilerine karşı idari para cezası uygulanırken aynı sektörde faaliyet yürüten kamu tüzel kişilerinin idari para cezalarından bağışık kılınmış olması adil bir uygulama izlenimi vermemektedir. En azından, idarenin özel hukuk alanındaki faaliyetleri yönünden idari para cezası uygulanabilmesinin yolunu açmak gerekmektedir. Kamu görevlilerine uygulanacak disiplin yaptırımları eliyle ihlale sebep olan idari faaliyetlerin denetlenmesi yolunun tercih edilmesi ise ilgili bölümlerde işaret edildiği üzere, disiplin

hukuku ilkeleri ve mevcut mevzuat hükümleri açısından istenilen düzeyde bir koruma sağlayabilecek altyapıya sahip değildir. Dolayısıyla, tercih edilen bu yöntemin caydırıcı bir yaptırım olarak nitelenmesi güç gözükmektedir.

Tüm bu sorunlu yönleri aşmak üzere, kişisel verileri ihlal eden idareye karşı idari para cezası uygulanmasının yolunun açılması halinde ise ödenecek idari para cezalarının Sayıştay tarafından kamu zararı olarak nitelenmesi, idarelerin bütçesinde idari para cezalarına dair ödenek bulunmaması ve kamu görevlilerine rücuyla ilişkin farklı sorunların ortaya çıkması muhtemeldir. Dolayısıyla, kişisel verileri ihlal eden idareye karşı idari yaptırım uygulanmaması bir sorunsal, mevcut durumda uygulanması da başka sorunlara gebecektir. Bu sebeple, KVKK m.18 hükmü ve Kanunun bütününe sirayet eden işleyiş üzerinde, idare hukuku ve idari yargılama hukuku ilke, kavram ve kurumları ekseninde soğukkanlı bir soruşturma yürütülerek değişiklikler yapılması gerekmektedir.

## KAYNAKLAR

- Akyılmaz, Bahtiyar; Sezginer Murat; Kaya Cemil, *Türk İdare Hukuku*, Savaş Kitabevi, Ankara, 2018.
- Akyılmaz, Bahtiyar; Sezginer Murat; Kaya Cemil, *İdari Yargılama Hukuku*, Savaş Kitabevi, Ankara, 2019.
- Altındağ, Halil, “Kişisel Verilerin Korunması Bağlamında İdarenin Sorumluluğu”, *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 18, Sayı 2, Temmuz 2019, ss. 387-401.
- Aslan, Zehreddin; Altındağ Halil, *Memurların Disiplin ve Ceza Soruşturması*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.
- Aydoğdu, Yasin, “Kamu İdaresinde Kişisel Verilerin Korunması”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 29, Sayı 1, 2021, ss. 263-293.
- Başar, Cemal, *Türk İdare Hukuku ve Avrupa Birliği Hukuku Işığında Kişisel Verilerin Korunması*, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir, 2019.
- Bulut, Metin, “Kamu Görevlileri Disiplin Hukukunda Kanunilik İlkesini Yeniden Düşünmek”, *Uyuşmazlık Dergisi*, Yıl 6, Sayı 12, 2018.
- Cocco, Magda; De Barros, Inês Antas; Gonçalves, Maria De Lurdes, “Portuguese Implementation of the GDPR”, *Practical Law Practice Note*, Thomson Reuters, (Çevrimiçi) [https://www.vda.pt/xms/files/05\\_Publicacoes/2020/Livros\\_e\\_Artigos/Portuguese\\_Implementation\\_of\\_the\\_GDPR\\_MPC\\_IAB\\_MLG.pdf](https://www.vda.pt/xms/files/05_Publicacoes/2020/Livros_e_Artigos/Portuguese_Implementation_of_the_GDPR_MPC_IAB_MLG.pdf), 28.11.2022.
- Çekin, Mesut Serdar, *Kişisel Verilerin Korunması Hukuku*, 3. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020.
- Erdoğan, Talha, *Salt İdari Eylem Karşısında İdarenin Sorumluluğu*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021.
- Erkal, Atila, *İdare Hukukunda Kıyas*, Savaş Yayınevi, Ankara, 2022.
- İkinci, Murat, “Ceza Hukuku İlkelere Açısından İdari Yaptırımlar”, *Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Sayı 3, 2017, ss. 19-54.
- Gözler, Kemal, *İdare Hukuku*, Cilt I, 3. Baskı, Ekin Yayın Basım Dağıtım, Bursa, 2019.
- Gözler, Kemal, *İdare Hukuku*, Cilt II, 3. Baskı, Ekin Yayın Basım Dağıtım, Bursa, 2019.
- Gürpınar, Damla, “Kişisel Verilerin Korunamamasından Doğan Hukuki Sorumluluk”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Şeref ERTAŞ’a Armağan, Cilt 19, Özel Sayı, 2017, ss. 679-694.
- *Handbook On European Data Protection Law*, European Union Agency for Fundamental Rights and Council of Europe, 2018.
- Işıklar, Celal, *Teoride ve Uygulamada Kamu Disiplin Yaptırımları*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.
- Kangal, Zeynel, *Kişisel Verilerin Ceza ve Kabahatler Hukukunda Korunması*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019.
- Karaca, Egemen, *Üniversitelerde Disiplin Rejimi*, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2019.
- Kağıtçıoğlu, Mutlu, “Kişisel Verileri Koruma Kurumuna İdare Hukuku Çerçevesinden Bir Bakış”, *İstanbul Kemerburgaz Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, Cilt 1, Sayı 2, 2016, ss. 77-99.

- Kaya, Cemil, “Memur Disiplin Suç ve Cezalarına ve Disiplin Soruşturmasına Hakim Olan İlkeler”, *Amme İdaresi Dergisi*, Cilt 38, Sayı 2, 2005, ss. 61-87.
- Kişisel Verileri Koruma Kurumu, *Kişisel Verilerin Korunması Alanında Uluslararası ve Ulusal Düzenlemeler*, (Çevrimiçi) <https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/4183/Kisisel-Verilerin-Korunmasi-AlanindaUluslararasiveUlusalDuzenlemeler#:~:text=Bu%20kapsamda%2C%2026%20Aral%C4%B1k%202014,Gazete'de%20yay%C4%B1mlanarak%20y%C3%BCr%C3%BCrl%C3%BC%C4%9Fe%20girmi%C5%9Ftir.> 28.11.2022.
- Bilgi Üniversitesi Bilişim ve Teknoloji Hukuku Enstitüsü, *Kişisel Verilerin Korunmasına İlişkin Düzenlemeler Çerçevesinde Uluslararası Veri Aktarımı Yeni Gelişmeler ve Uygulamaya İlişkin Hukuki Değerlendirmeler*, 2020, (Çevrimiçi) [https://itlaw.bilgi.edu.tr/media/2020/3/30/Final%20Veri\\_Aktarimi\\_Raporu\\_30.03.2020.pdf](https://itlaw.bilgi.edu.tr/media/2020/3/30/Final%20Veri_Aktarimi_Raporu_30.03.2020.pdf), 28.11.2022.
- Küzeci, Elif, *Kişisel Verilerin Korunması*, 4. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020.
- *OECD Guidelines on the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data*, “Detailed Comments”, (Çevrimiçi) <https://www.oecd.org/sti/ieconomy/oecdguidelinesontheProtectionofPrivacyandTransborderFlowsOfPersonalData.htm#memorandum>, 28.11.2022.
- Saygı, Samet, “6698 Sayılı Kanun’un Sistematiğinde Yargısal Başvuru Yolları” *Kişisel Verileri Koruma Dergisi*, Cilt 2, Sayı 2, ss. 30-60.
- Sharma, Sanjay, *Data Privacy and GDPR Handbook*, New Jersey: John Wiley & Sons, Inc., Hoboken, 2020.
- Ulusoy, Ali D., *İdari Yaptırımlar*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013.
- Ulusoy, Ali D., *Türk İdare Hukuku*, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2019.
- Yılmaz, Harun, *Genel Kolluk Disiplin Rejimi*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2022.

KAMU HUKUKU / PUBLIC LAW

Araştırma Makalesi / Research Article

# Polisin İdari Kolluk Yetkileri ve Ölçülülük İlkesi\*

## Administrative Law Enforcement Powers of the Police and the Principle of Proportionality

Turgay ÜNSAL\*\*

### ÖZ

İnsanlar doğası gereği huzurlu ve güvenli bir ortamda birlikte yaşamak isterler. İnsanların toplu bir şekilde yaşamlarını sürdürebilmeleri için bazı kurallara ihtiyaç vardır. İşte bu kuralları koyacak otoriteye devlet denmektedir. Devletin en temel görevi toplumda güven ve huzuru temin etmektir. Devlet bu anılan görevleri kolluk görevlileri vasıtasıyla yerine getirir. Kolluk görevlilerinden biri olan polislik zor ve hassasiyet isteyen bir görevdir. Polis yaptığı görevin gereği olarak bazen bir engelle veya direnişle karşılaşabilir. Böyle durumlarda polis mukavemeti aşmak için zor ve silah kullanma yetkisine sahiptir. Bu yetkiler polise yasalarla tanınmıştır. Ayrıca unutulmamalıdır ki, polis bu yetkileri kullanırken ölçülülük ilkesine mutlaka uymak zorundadır. Polis toplumsal olaylara müdahale ederken aşırı ve orantısız güç kullanamaz. Kolluk tedbirleri en hafiften başlayarak ağıra doğru giden bir sıra ile uygulanmalı ve kademeli bir şekilde artırılmalıdır. Aksi halde kolluk yetki sınırını aşar ve suç işlemiş olur. Bu çalışmada polisin idari kolluk yetkileri ölçülülük ilkesi ve unsurları dikkate alınarak incelenmiştir.

**Anahtar Kelimeler:** İdare, Polis, Kamu Düzeni, Polisin İdari Kolluk Yetkileri, Ölçülülük İlkesi.

### ABSTRACT

People want to live together in a peaceful and safe environment by their nature. Some rules are needed for people to live together. The authority that will establish these rules is government. The basic duty of the government is to ensure peace and safety of society. Government performs these duties through law enforcement. Being police, which is one of the law enforcement tasks, is difficult and it also requires sensitivity. Because of their job, the police may sometimes come across an obstacle or resistance. In such cases, the police have the authority to use brute force or firepower in order to defeat the resistance. The police have these authorities

\* Makale gönderim tarihi: 07.11.2021. Makale Kabul Tarihi: 26.05.2022, Turgay Ünsal, "Polisin İdari Kolluk Yetkileri ve Ölçülülük İlkesi", *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 10, Sayı 1, s.169-187, <https://doi.org/10.46547/imuhfd.2023.10.1.7>.

\*\* İstanbul Medipol Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Doktora Programı Mezunlu, Dr., [kymunsal@yahoo.com](mailto:kymunsal@yahoo.com), <https://orcid.org/0000-0002-2637-9552>

through the law. It should also be noted that the police must strictly follow the principle of proportionality when using these powers. The police can not use extreme and disproportionate force during intervention in public events. Law enforcement measures should be taken from the lightest to the most intense and these measures should be increased gradually. Otherwise law enforcement exceeds authorization limits and commits crime. In this study, the administrative law enforcement powers of the police are surveyed by paying attention to the principle of proportionality and its aspects.

**Keywords:** Administration, Police, Public Order, Administrative Law Enforcement Powers, Principle of Proportionality.

---

## Giriş

Kolluk tanımlaması kendi içinde; polis, jandarma, sahil güvenlik, çarşı ve mahalle bekçileri, çiftçi malları koruma kolluğu, gümrük muhafaza memurları, güvenlik korucuları, orman kolluğu, infaz koruma memurları gibi birçok birimi barındırır. Bu çalışmada özellikle genel kolluk içerisinde yer alan polisin zor ve silah kullanma yetkileri ölçülülük ilkesi bağlamında incelenecektir. İnsan toplulukları hem siyasal hem de sosyolojik anlamda bir toplum olmak ve birlikte ortak bir yaşam sürdürebilmek için asgari belirli bir düzene ve disipline bağlanmak zorundadırlar. Dışarıdan düzeni sağlayacak ve kuralları koyacak üst otoriteye ise devlet adı verilir. Kamu düzenini ve güvenliğini sağlamak devletin en asli görevidir. Devlet toplumda güvenliği ve huzuru sağlamak için belli faaliyetlere girişir ki bunun adına kolluk faaliyetleri denir. Halk arasında kolluk, kolluk görevlileri, kolluk personeli denilince akla ilk başta “polis” gelmektedir. Polis kısaca, kamu hizmeti yürüten, kişilerin huzur ve güvenliğini sağlayan, gerektiğinde zor ve silah kullanma yetkisine sahip olan kamu görevlisidir. Genel kolluk görevlilerinden olan polise zor ve silah kullanma yetkisi yasalarla verilmiştir. Polis bu yetkisini rastgele ve keyfi kullanamaz. Çünkü Anayasa gereği temel hak ve hürriyetler ancak kanunla sınırlanabilir ve bu sınırlamalar ölçülülük ilkesine aykırı olamaz. Demokratik hukuk devletinde polisin, kamu düzenini ve kamu güvenliğini daha hafif bir tedbirle koruması mümkün iken daha ağır bir tedbire başvurması yetki sınırını aşması anlamına gelir ki bu durumda polis suç işlemiş olur. Polisin kolluk faaliyetleri ve bunun sonucunda temel hak ve özgürlüklere getirilecek sınırlamalar zorunlu ve elverişli olmalı, yürütülen kolluk faaliyetleriyle alınacak tedbir arasında orantı olmalıdır.



## I. Polisin İdari Kolluk Yetkileri

Toplumda belli bir düzenin sağlanması ve aynı zamanda insanların birbirlerine zarar vermesini engellemek için baskın bir güce her daim ihtiyaç vardır. Bu baskın ve egemen güç de devlettir.<sup>1</sup> Devlet; toplumun düzenini, barışını, refahını, huzur ve mutluluğunu gerçekleştirmek için kurulan bir örgütlenmedir. Devletin en önemli görevlerinden biri, insanların bir arada yaşamaları için gerekli olan barış ve huzur ortamını sağlamaktır.<sup>2</sup> Devlet anılan bu görevleri kolluk birimleri vasıtasıyla yerine getirir. Toplum nazarında kolluk denince akla ilk başta “polis” gelmektedir. Polise toplumda güvenliği ve huzuru sağlayabilmesi için yasalarla belli yetkiler ve görevler verilmiştir.<sup>3</sup> Bu yetki ve görevlerin sınırını Anayasa ve kanunlar çizer. Şu hususu özellikle belirtmeliyiz ki, polis kendisine yasalarla verilen yetki ve görevleri kişisel menfaati için değil, kamu yararı için kullanmalıdır. Örneğin, devlete, topluma veya kişilere zarar veren şahısları polis gözaltına alabilir. Fakat kendisinin kişisel bir alacağını almak için herhangi bir şahsı gözaltına alamaz. Aksi halde görevini kötüye kullanır ve suç işlemiş olur.<sup>4</sup> Değnilmesi gereken bir diğer husus ise kolluk, kamunun emniyetini, huzurunu sağlarken birtakım tedbirler alır ve bunun sonucunda temel hak ve özgürlükler etkilenebilir. Ancak, burada iç içe geçmiş yani çapraşık bir durumun varlığından söz edilebilir. Çünkü bir tarafta halkın emniyetini sağlama, suç ve suçluyla mücadele etme, diğer tarafta ise bu mücadeleyi yaparken insan hak ve özgürlüklerini kısıtlama durumu ortaya çıkmaktadır. Ayrıca kuvvetin ve silahın olduğu bir yerde, kolluğa tanınan yetkilerin az veya çok suiistimal edilmesi yani yetki sınırlarının aşımı kaçınılmazdır. Bu sebeple devlet adına zor kullanma yetkisine sahip olan kolluğun faaliyet ve uygulamaları zaman zaman insan hakları ihlallerini gündeme getirmektedir.<sup>5</sup> Burada söylenebilir ki insan hak ve özgürlüklerinin sınırlandırılmasının yasal olması için sınırlandırmanın amacının da yasal olması, diğer bir ifadeyle evren-

1 Celal Büyük, “Devlet ve Toplumsal Rolü”, *Dinbilimleri Akademik Araştırma Dergisi*, Cilt 3, Sayı 4, 2003, s. 106.

2 Erol Cihan, Feridun Yenisey, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 2. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 1997, s.1; Sulhi Dönmezer, Şahir Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, Genel Kısım, Cilt 1, İstanbul, 1997, s.1; Mehmet Tahir Taner, *Ceza Hukuku*, Ahmet Sait Matbaası, İstanbul, 1949, s.1.

3 Türk hukuk sisteminde kolluğun görev ve yetkisini genel olarak düzenleyen kanun “2559 sayılı Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu (PVSK)”dur. PVSK m. 1/1-f: “*Polis, asayişini amme, şahıs, tasarruf emniyetini ve mesken masuniyetini korur. Halkın ırz, can ve malını muhafaza ve ammenin istirahatini temin eder*”.

4 Bu husus Türk Ceza Kanunu TCK m. 256’da düzenlenmiştir.

5 Ali Avcı, *Özel Kolluğun Zor Kullanma Yetkisi*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, T.C. Polis Akademisi Güvenlik Bilimleri Enstitüsü, Güvenlik Stratejileri ve Yönetimi Anabilim Dalı, Ankara, Aralık 2011, s. 51; M. Bedri Eryılmaz, Ayhan, Bozlak, “Hukukumuzda Zor ve Silah Kullanma Yetkisi”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 83, 2009, s. 223.

sel hukuka ve uluslararası sözleşmelere uygun olması gerekir.<sup>6</sup> Bir diğer önem arz eden husus ise son zamanlarda gerek ülkemizde, gerekse diğer ülkelerde yazılı ve görsel basında en sık duyulan haberlerin/iddiaların başında kolluk kuvvetlerinin ve bilhassa da polis'in güç ve silaha sık sık başvurmasından dolayı ölüm ve yaralanma haberleri gelmektedir.<sup>7</sup> Ancak, medyada yer alan haberlerin doğru olmadığını, salt medyanın tirajını artırmak ve reytingi yükseltmek için çok basit suçların abartıldığını düşünenler de bulunmaktadır. İşte burada polis, bir yandan halkın emniyetli ve huzur içerisinde yaşamasını sağlarken diğer yandan da topluma güven veren bir hizmet anlayışını hedeflemektedir.<sup>8</sup>

Sonuç olarak şu hususları özellikle vurgulamak isteriz ki polis genel kolluk kuvvetlerinden biridir. Polis, idari kolluk ve adli kolluk olarak ikiye ayrılmaktadır. Bu kapsamda yasalarla polise belli yetkiler verilmiştir. Polis yaptığı görevin gereği olarak elbette ki toplum içinde bazen bir engelle veya direnişle karşılaşacaktır. Böyle bir durumda bu mukavemeti aşmak amacıyla polise Anayasa ve ilgili kanunlarla zor ve silah kullanma yetkisi verilmiştir. Polis'in kullandığı zor ve silah kullanma yetkisi, demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olmalı, Anayasa'nın sözüne ve özüne aykırı olmamalı ve en önemlisi polis bu yetkisini ölçülülük ilkesine uygun kullanılmalıdır.

### A. Zor Kullanma Yetkisi

Devletin asli görevi kamu düzeninin sağlanması ve korunmasıdır ki bu anılan görevleri devlet adına iç güvenlik birimleri olan "kolluk birimleri" yapmaktadır.<sup>9</sup> Konumuz kapsamında burada iç güvenlik birimlerinden birisi olan polis'in zor kullanma yetkisine değinilecektir.

Önemle vurgulamak isteriz ki polis'in hiçbir şekilde güce başvurmadan olayları çözmesi ve amacına ulaşması en çok arzulanan durumdur. Ancak polise zor kullanma yetkisinin verilmesi mesleğinin veya işinin doğasından kaynaklanmaktadır. Çünkü polis görevi gereği, toplumun en sorunlu ve yasa dışı

6 David Beetham, Kevin Boyle, (Terc. Vahit Bıçak) *Demokrasinin Temelleri*, Ankara, 1998, s. 112-113.

7 Özellikle, 17 Kasım 2018 tarihinde Fransa'da gösterilerle başlayan; artan yakıt vergilerini, konulan servet vergisinin iptalini, kemer sıkma önlemlerini, kötüye giden yaşam standartlarını protesto etmek ayrıca Cumhurbaşkanı Emmanuel Macron ve hükümetinin istifasını isteyen, zaman zaman devam eden "Sarı Yelekliler" hareketi örnek gösterilebilir.

8 Mustafa Yılmaz, *Polis'in Zor Kullanma Yetkisi*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Dicle Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Diyarbakır, 2007, s. 143.; Abdurrahman Tekin, "Polis'in Zor Kullanma Yetkisi", *Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 7, Sayı 1, Haziran 2017, s. 28; M. Kerem Osmanoglu, "Uluslararası Belgeler Işığında Polis ve Vatandaş İlişkisi", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 17, Sayı 1-2, 2013, s. 1550.

9 Mustafa Alçalar, *Kolluğun Zor Kullanma Yetkisi*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2006, s. 29-32.

faaliyetlerde bulunan kesimiyle devamlı karşı karşıyadır. Polis yeri geldiğinde zor kullanmazsa kamu düzeni bozulur ve kargaşa çıkar. Kanaatimizce polis, zor kullanma yetkisini en fazla suç işleyenleri yakalarken ve toplumsal olaylarda kullanmaktadır. Çünkü mevcut olayların durumuna göre polis kişilerle yakın ve sıcak temasa geçmektedir. Özellikle izinsiz, ani ve barışçıl olmayan toplantı ve gösteri yürüyüşleri bu duruma örnek gösterilebilir.<sup>10</sup>

Hukuk literatüründe birçok yazar “zor kullanma” terimini farklı şekillerde tanımlamışlardır. Özay, kolluğun zor kullanma yetkisini; “*Kolluk görevlilerinin çok ağır durumlarda, kendileri ve başkalarının can ve ırzını korumak, silahlı saldırıları bastırmak, kaçakları yakalamak zorunluluğunda kalmaları ve başka bir çarenin de bulunmaması halinde ateşli silah kullanabilme yetkileri de vardır.*” şeklinde açıklamıştır.<sup>11</sup> Derdiman ise zor kullanma konusunda, kolluk güçlerinin dağıtılması gereken bir topluluğun direnç göstermesi veya şiddetli saldırıda bulunması durumunda bunları etkisiz hale getirecek derecede kademeli olarak artan oranda bedeni kuvvet, maddi güç ve kanuni şartlar oluştuğunda silah kullanma yetkisi olduğunu kabul etmektedir.<sup>12</sup> Zor kullanma, kolluk kuvvetlerinin eşya ve kişiler üzerinde yasalara uygun amaçla dengeli, maddi ve manevi güç kullanmalarıdır.<sup>13</sup> Zor kullanabilme yetkisi olmayan bir polisin varlığını düşünmek dahi doğru değildir. Çünkü demokratik bir hukuk devletinde polis, kişilerin kurallara uyması noktasında gerektiği takdirde kanuni güç kullanacak yapıyı temsil etmektedir.<sup>14</sup> Polisin zor kullanma yetkisine PVSK’nın 16. maddesinin 2. fıkrasında, “*Polis, görevini yaparken direnişle karşılaşması halinde, bu direnişi kırmak amacıyla ve kıracak ölçüde zor kullanmaya yetkilidir. Zor kullanma yetkisi kapsamında, direnmenin mahiyetine ve derecesine göre ve direnenleri etkisiz hale getirecek şekilde kademeli olarak artan nispette bedeni kuvvet, maddi güç ve kanuni şartları gerçekleştirdiğinde silah kullanılabilir*” şeklinde değerlendirilmiştir.<sup>15</sup>

10 Bkz. AİHM Kamil Kartal/Türkiye Davası, Başvuru No: 29768/03, (16.12.2008); AİHM Günaydın /Türkiye Davası, Başvuru No: 27526 / 95, (13.10.2005); <https://www.gazeteler.org/aksam-gazetesi/2013-mayis-02/> (25.01.2022); <https://www.internethaber.com/yircamuhtari-6-bin-zeytin-agaci-icin-agladi-737218h.htm> (25.01.2022)

11 İl Han Özay, *Günüşünde Yönetim*, Filiz Kitabevi, İstanbul 2017, s. 741.

12 Ramazan Cengiz, Derdiman, *Polis Yönetimi ve Hukuku*, 3. Baskı, Nobel Akademik Yayıncılık Ankara, 2007, s. 413.

13 Metin Şekercioğlu, *Kolluğun Yargısal (Adli) Görevleri Hakkında Kılavuz*, Doruk Matbaacılık, Ankara, 1980, s. 291.

14 Darrell L. Ross, *Civil Liability In Criminal Justice*, Fifth Edition, U.S.A., 2009, s. 309.

15 PVSK m. 16/2-f: “a) Bedeni kuvvet; polisin direnen kişilere karşı veya eşya üzerinde doğrudan doğruya kullandığı bedeni gücü, b) Maddi güç; polisin direnen kişilere karşı veya eşya üzerinde bedeni kuvvetin dışında kullandığı kelepçe, cop, basınçlı ve/veya boyalı su, göz yaşartıcı gazlar veya tozlar, fiziki engeller, polis köpekleri ve atları ile sair hizmet araçlarını

Burada özellikle vurgulanmalıdır ki her ne kadar zor kullanma yetkisi kanuna dayansa da polis tarafından kullanılacak güç her olayda ve her şartta “zorunlu ve orantılı” olmalıdır. Kolluk kuvvetlerinin bu hassas duruma özellikle dikkat etmeleri gerekmektedir.

Önem arz eden ve değinilmesi gereken diğer bir husus ise polis'in yasa dışı bir eylem gördüğü zaman başvuracağı ilk yöntem olan “ikna ve ihtar” dır. Eğer ikna ve ihtar işe yaramazsa o zaman kademeli bir şekilde zor kullanmaya geçilmelidir.<sup>16</sup> Bazı kolluk işlemleri, hakkında işlem yapılan vatandaşlar tarafından kendi rızalarıyla yerine getirilebilir. Örneğin, bir sürücü park edilemez levhası olan bir yere aracını park etmiş ise polis bu kişiden aracını kaldırmasını ister. Kişi park yasağı noktasından arabasını çekerek bu kolluk emrini yerine getirir. Başka bir örnekte ise belediye veya kolluk görevlileri yıkılmak üzere olan ve tehlike arz eden bir binanın yıktırılması hususunu sahibine tebliğ eder. Bina sahibi de kendisine tanınan süre içerisinde ilgili yapıyı yıkar veya yıktırır. Ancak burada ilgili kişiler kolluk emrini uygulamazlarsa, örneğin araç sahibi arabasını yasak olan yerden kaldırmazsa, binası yıkılmak üzere olan kişi binasını yıktırmazsa kolluk kuvvetleri zor kullanarak aracı bulunduğu yerden kaldırır ve tehlike arz eden binayı yıkar.<sup>17</sup>

Kamunun güvenliğinin ve huzurunun sağlanması durumlarında veya suç ve suçluyla mücadelede polisler için daima birtakım tehlikeler söz konusudur. Polis'in görevi gereği olaylara müdahale ederken icap ettiğinde güce başvurması bir “hukuka uygunluk nedenidir”. Ancak başvuru olan kuvvetin mevcut olayda “zorunlu ve orantılı” olması gerekmektedir. Polis'in zor kullanması, müdahale

---

*ifade eder. Zor kullanmadan önce, ilgililere direnmeye devam etmeleri halinde doğrudan doğruya zor kullanılacağı ihtarı yapılır. Ancak direnmenin mahiyeti ve derecesi göz önünde bulundurularak, ihtar yapılmadan da zor kullanılabilir. Polis, zor kullanma yetkisi kapsamında direnmeyi etkisiz kılmak amacıyla kullanacağı araç ve gereç ile kullanacağı zorun derecesini kendisi takdir ve tayin eder. Ancak, toplu kuvvet olarak müdahale edilen durumlarda, zor kullanmanın derecesi ile kullanılacak araç ve gereçler müdahale eden kuvvetin amiri tarafından tayin ve tespit edilir”.*

Ayrıca benzer bir tanım da Polis Çevik Kuvvet Yönetmeliğinin (PÇKY) 4. maddesinin 3. fıkrasında vardır. PÇKY m. 4/3-f: “Zor kullanma; kanunsuz toplu hareket haline gelen bir toplumsal olayın etkisiz hale getirilmesi veya önlenmesi veya dağıtılması için; toplu hareketin niteliğine veya dağıtma sırasında meydana gelen cebir ve şiddet veya saldırı veya direnişin derecesine ve gereğine göre kademeli şekilde artan ölçüde bedeni kuvvet, maddi güç ve silah kullanılması halini” ifade eder.

16 H. Hans, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht 7-9. neu bearbeitet Tausend, W. Kohlhammer Verlag Stuttgart/ Verlag L. Schwann, Duesseldorf, 1958, Aktaran: Adil, Bucaktepe, Genel İdari Kolluk ve Kolluk İşlemleri, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı, Doktora Tezi, Ankara, 2008, s. 259.

17 Kemal Gözler, Gürsel Kaplan, İdare Hukukuna Giriş, Ekin Basım Yayın Dağıtım, 25. Baskı, 2019, s. 302.; Yılmaz, s. 64.

esnasında grubun sayı ve büyüklüğüne göre veya somut olayın özelliğine göre kişileri etkisiz kılacak biçimde kuvvete başvurmasıdır.<sup>18</sup> Yalnız şu husus özellikle belirtmeli ki polisin güce başvurulması için elindeki nispeten daha hafif yöntem ve müdahale araçlarının işe yaramamış olması gerekir.

Bir diğer önem arz eden husus ise kolluk kuvvetlerinin zor kullanabilmesi için mutlaka yasal bir dayanağa ihtiyacı olmasıdır. Yasal bir dayanak olmadan kolluk tarafından yürütülen faaliyetler neticesinde zor kullanmanın ölçüsüne göre mala zarar verme, yaralama veya öldürme gibi suçlamalara hedef olunabilir.<sup>19</sup> Ayrıca yine söylenebilir ki polis, zor kullanma yetkisini kanuni sınırlar içerisinde kullanmazsa, diğer bir ifadeyle kötüye kullanırsa bu durum toplumda huzuru bozar, kargaşayı artırır ve kamu güveninin zedelenmesine sebep olur.<sup>20</sup> Altıntop'a göre, “*kolluğun aşırı güç kullanma yönünde yetkisini kötüye kullandığı algısı, halkın kolluğa olan güveninin sarsılmasına, memurların moralinin düşmesine ve kollukla bölge sakinleri arasında çatışma ve gerilim yaşanmasına neden olur; kurumsal istikrarın korunmasına ve liderliğin devamlılığına da zarar verir*”.<sup>21</sup> Zor kullanmanın amacı, saldırıda bulunanı veya mukavemet göstereni etkisiz hale getirmektir. Burada amaç, hiçbir zaman kişiyi cezalandırmak değildir. Kişi veya gruplar etkisiz hale getirildikten sonra zor kullanmaya hemen son verilmelidir.<sup>22</sup>

Sonuç olarak belirtmeliyiz ki kolluğa tanınan zor kullanma yetkisinin insan onurunu incitmeyecek şekilde icra edilmesi hukuk devletinin bir gereğidir. Demokratik bir ülkede polis, temel hak ve özgürlüklerin korunması ve geliştirilmesi bakımından çok önemli görevler üstlenmesi gereken bir kurumdur. Ayrıca polis ve diğer bütün kolluk birimleri, insan hakları bilincinin yerleşmesi için evrensel hukuk kurallarına ve uluslararası sözleşmelere uymak zorundadırlar.

18 Feridun Yenisey, *Kolluk Hukuku*, Beta Yayınevi, İstanbul, 2009, s.104; Nurullah Kunter, Feridun Yenisey, *Muhakeme Hukuku Dahı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, Arıkan Yayınevi, İstanbul, 2005, s. 162.; Zeki Hafızoğulları, “İnsan Hakları, Polis Görevi ve Yetkisi” *İnsan Hakları Merkezi Dergisi*, Cilt 3, Sayı 4, Kasım-1995, s. 19.; Devrim Aydın, “Toplantı ve Gösteri Yürüyüşlerine Müdahalenin Esasları”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 65, Sayı 4, s. 3283.

19 Özge Okay-Tekinsoy, “Kolluk Faaliyetleri”, (Ed. Yıldırım, Turan), *İdare Hukuku*, 8. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 641.; Tekin, s. 29.

20 Joseph B. Kuhns, Johannes Knutsson, *Police Use Of Force, Global Perspective*, ABC-CLIO, LLC, U.S.A., 2010, s. 6.

21 Serkan Altıntop, “Kamu Güvenliğini Sağlamada Kolluğun Aşırı Güç Kullanma Sorunsalı”, *Gaziantep Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, Cilt 14, Sayı 4, 2015, s. 876.

22 Eryılmaz, Bozlak, s. 229-230.; Tekin, s. 32.; Aydın Akgül, *Genel İdari Kolluk Faaliyetleri ve Yargısal Denetimi*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016, s. 167.

## B. Silah Kullanma Yetkisi

Silah kullanma yetkisinin<sup>23</sup> temel dayanağı, Türk Hukuku'nda Anayasa'nın 17. maddesidir. Anayasa'nın 17. maddesinin birinci fıkrasında<sup>24</sup>, herkesin yaşam hakkına sahip olduğu belirtilerek, insan yaşamının korunması konusunda temel bir hükme yer verilmiştir.<sup>25</sup> Ancak 17. maddenin 3. fıkrası: “*Meşru müdafaa hali, yakalama ve tutuklama kararlarının yerine getirilmesi, bir tutuklu veya hükümlünün kaçmasının önlenmesi, bir ayaklanma veya isyanın bastırılması veya olağanüstü hallerde yetkili merciin verdiği emirlerin uygulanması sırasında silah kullanılmasına kanunun cevaz verdiği zorunlu durumlarda meydana gelen öldürme filleri birinci fıkra hükmü dışındadır*” şeklinde düzenlenmiştir. Polis’in “silah kullanma yetkisi”, PVSK’nın 16. maddesinin 7. fıkrası ve devamında düzenlenmiştir.<sup>26</sup> Fakat ilgili maddede polis’in silah kullanma yetkisi düzenlenmekle beraber, silahın cinsi ve şekli üzerine bir ayırım yapılmamıştır.<sup>27</sup> 5237 sayılı TCK’nın 6. maddesi incelenecek olursa silah kavramının içeriği daha iyi anlaşılacaktır.<sup>28</sup> TCK m. 6’da yapılan

23 Silah kullanma yetkisi, insan haklarının özünü oluşturan “yaşama hakkı ve vücut bütünlüğüyle” ilgilidir. Bu nedenle hukuk sistemimizde zor kullanma yetkisinden ayrı düzenlenmiştir.

24 Anayasa m. 17/1-f: “Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir”.

25 Vurgulanmalıdır ki ne 1982 Anayasası ne de AİHS “yaşam hakkı” nı mutlak bir hak olarak düzenlememiştir. Buradan çıkan sonuç, bazı özel hallerde sınırlanması zımnen kabul edilmiştir.

26 PVSK m. 16/7-f: “Buna göre, polis; a) Meşru savunma hakkının kullanılması kapsamında, b) Bedeni kuvvet ve maddi güç kullanarak etkisiz hale getiremediği direniş karşısında, bu direnişi kırmak amacıyla ve kırarak ölçüde, c) Hakkında tutuklama, gözaltına alma, zorla getirme kararı veya yakalama emri verilmiş olan kişilerin ya da suçüstü halinde şüphelinin yakalanmasını sağlamak amacıyla ve sağlayacak ölçüde, d) Kendisine veya başkalarına, iş yerlerine, konutlara, kamu binalarına, okullara, yurtlara, ibadethanelere, araçlara ve kişilerin tek tek veya toplu halde bulunduğu açık veya kapalı alanlara molotof, patlayıcı, yanıcı, yakıcı, boğucu, yaralayıcı ve benzeri silahlarla saldıran veya saldırıya teşebbüs edenlere karşı, saldırıyı etkisiz kılmak amacıyla ve etkisiz kılmak ölçüde, silah kullanmaya yetkilidir. Polis, yedinci fıkranın (c) bendi kapsamında silah kullanmadan önce kişiye duyabileceği şekilde dur çağrısında bulunur. Kişinin bu çağrıya uymayarak kaçmaya devam etmesi halinde, önce uyarı amacıyla silahla ateş edilebilir. Buna rağmen kaçmakta ısrar etmesi dolayısıyla ele geçirilmesinin mümkün olmaması halinde ise kişinin yakalanmasını sağlamak amacıyla ve sağlayacak ölçüde silahla ateş edilebilir. Polis, direnişi kırmak ya da yakalamak amacıyla zor veya silah kullanma yetkisini kullanırken, kendisine karşı silahla saldırıya teşebbüs edilmesi halinde, silahla saldırıya teşebbüs eden kişiye karşı saldırı tehlikesini etkisiz kılmak ölçüde duraksamadan silahla ateş edebilir”.

27 Tuba Keleş-Pekmez, *AİHM İçtihatları Bağlamında Türk ve Anglo Sakson Hukukunda Kolluğun Silah Kullanma Yetkisi*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015, s. 30.; Mehmet Onursal Cin, “Kolluğun Zor Kullanma Yetkisi” *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 8, Sayı 1-2, 2000, s. 676.

28 TCK m. 6: Silah kavramından; “ateşli silahlar, patlayıcı maddeler, saldırı ve savunmada kullanılmak üzere yapılmış her türlü kesici, delici veya bereleyici alet, saldırı ve savunma amacıyla yapılmış olmasa bile fiilen saldırı ve savunmada kullanmaya elverişli diğer şeyler, yakıcı, aşındırıcı, yaralayıcı, boğucu, zehirleyici, sürekli hastahğa yol açıcı nükleer, radyoaktif, kimyasal ve biyolojik maddeler” anlaşılmaktadır.

tanımlama büyük ölçüde eski TCK m. 189'a<sup>29</sup> benzemektedir. Ancak burada tek fark, mevcut tanıma “nükleer, radyoaktif, kimyasal ve biyolojik maddeler” kısmı eklenmiştir. Yani Ceza hukuku açısından silah kavramının tanımı genişletilmiştir. Önem arz eden bir diğer husus Yargıtay Ceza Dairelerinin söz konusu maddeyi göz önüne alarak verdiği örnek kararlarda, “demir çubuk, su borusu, sıcak su dolu çaydanlık, kamçı” gibi aletler silah kapsamında değerlendirilirken<sup>30</sup>; “plastik tabure ve tahta sopa” silah tanımının içinde yer almadığı görülmektedir.<sup>31</sup> Önemle belirtmeliyiz ki “silah kavramı” tanımının genişlemesi yerinde olmuştur ancak “plastik tabure, tahta sopa” gibi tehlike arz eden ve yaşamı tehdit eden cisimler de silah tanımının içinde sayılmalıdır.

PVSK'ya göre bir direniş karşısında kolluk, ilk önce bedeni güç, sonrasında ise maddi güç kullanmalıdır. PVSK'nın 16. maddesi incelenecek olursa özellikle iki husus dikkat çekmektedir. Birinci husus, ateşli silahlar dışında genel olarak silah sayılan araçları zor kullanmanın bir derecesi olarak “maddi güç kullanımı”<sup>32</sup> şeklinde tanımlamıştır. Örneğin, “cop, basınçlı ve/veya boyalı su, göz yaşartıcı gazlar” silah kapsamında değerlendirilmemiştir. Çünkü bu tür araçlar silah kullanımına geçmeden önce uygulanması gereken bir tür kademeli gücü ifade etmektedir. İkinci husus ise, kullanılacak silahın türüyle ilgilidir. Bu kapsamda kolluk görevlileri için silah kavramının yalnızca “ateşli silahları” ifade ettiği görülmektedir.<sup>33</sup> Burada özellikle vurgulamak isteriz ki bu durum silah kavramını gereğinden fazla daraltmaktadır. Çünkü ateşli silahların yanında, tehlike arz eden başka araçların da silah kapsamına alınması yerinde olacaktır. Ayrıca 1934 tarihli PVSK'nın teknolojideki ve sosyal hayattaki son gelişmeleri de göz önüne alarak günümüz şartlarına göre güncellenmesi gerektiği kanaatindeyiz.

2559 Sayılı PVSK polise zor kullanma ve silah kullanma yetkisini vermektedir. Ancak burada kanun koyucu, ilgili maddede kanuni sınırlamaları açıklayarak “keyfi muamelenin” önüne geçmeyi amaçlamıştır. Söz konusu kanunda; hangi hallerde, kime karşı, nasıl ve ne çeşit zor kullanmaya

29 Eski 765 Sayılı TCK m. 189'da; “ateşli silahların, patlayıcı maddelerin, tecavüz ve savunmada kullanılan her türlü kesici, delici veya bereleyici aletlerin ayrıca yakıcı, aşındırıcı, yaralayıcı eczalar veya diğer her türlü zehirler ve boğucu, kör edici gazlar” silah olarak sayılmıştır.

30 Yargıtay 6. Ceza Dairesi, 25952/13258, K.T: 12.10.2009; Yargıtay 2. Ceza Dairesi, 3910/26923, K.T: 29.09.2010

31 Yargıtay 2. Ceza Dairesi, 9322/15296, K.T: 09.10.2008; Yargıtay 6. Ceza Dairesi, 11825/12475, K.T: 26.12.2005

32 Maddi güç; “polislin direnen kişilere karşı veya eşya üzerinde bedeni kuvvetin dışında kullandığı kelepçe, cop, basınçlı ve/veya boyalı su, göz yaşartıcı gazlar veya tozlar, fiziki engeller, polis köpekleri ve atları ile sair hizmet araçlarını” ifade etmektedir.

33 Eryılmaz, Bozlak, s. 242.; Kelep-Pekmez, s. 36-37.



başvurulabileceği ve polisin bunu yaparken de hangi kurallara uyacağı detaylı bir şekilde açıklanmıştır.<sup>34</sup>

Polisin silah kullanma yetkisi, zor kullanma yetkisinin bir uzantısıdır. Silah kullanılmasının amacı adam öldürmek değil, kolluğun görev sırasında karşılaştığı direnişi ve saldırıyı kırmak, def etmek ve kanun hükmünü yerine getirmektir. Silah kullanma deyiminden mutlaka ateş edilmesi anlaşılmaz. Ateş etme silah kullanmada en son çaredir ve sonuncu bir seçenek olarak göz önünde bulundurulmalıdır.<sup>35</sup> Bunun yanı sıra uluslararası sözleşmelerde de silah kullanma yetkisine sıklıkla yer verildiği görülmektedir.<sup>36</sup>

Sonuç olarak söylenebilir ki silah kullanma yetkisi polisin görevleri arasında olan bir idari kolluk yetkisidir ve istisnai bir yetkidir. Polis, kamu düzenini ve emniyetini sağlamak, bozulduğunda tekrar eski haline getirmek, kendisinin ve başkalarının canını, malını korumak için gerektiğinde silahına başvurabilir. Ancak PVSK m. 16'da da belirtildiği gibi “saldırıyı etkisiz kılmak amacıyla ve etkisiz kılacak ölçüde, silah kullanmaya yetkilidir”.

Demokrasiyi ve hukuku özümsemiş devletlerde “yaşam hakkı” her şeyin üstünde ve en temel insan hakkı olarak kabul edilir. Yaşam hakkı mutlak bir hak ve bu hakkın yanında diğer haklar ikincil haklar konumundadır. AİHS m.2'de “Yaşama hakkı, 1. Herkesin yaşam hakkı yasayla korunur. Yasanın ölüm cezası ile cezalandırıldığı bir suçtan dolayı hakkında mahkemece hükmedilen bu cezanın infaz edilmesi dışında, hiç kimsenin yaşamına kasten son verilmez. 2. Ölüm, aşağıdaki durumlardan birine mutlak zorunlu olanı aşmayacak bir güç kullanımı sonucunda meydana gelmişse,

34 Osmanoğlu, s. 1573.

35 Kelep-Pekmez, s. 59-62.; Kadir Gündoğan, Cihan Koç, *Jandarma Polis Sahil Güvenlik Hukuku*, Sözkese Matbaası, Ankara, 2019, s. 338.

36 Örnek verecek olursak: 1- Birleşmiş Milletler (BM) tarafından 1979 yılında kabul edilen “Yasaların Uygulanmasından Sorumlu Olanlar İçin Davranış Kuralları” m. 3/ç-f: “Ateşli silahların kullanılması en son çare olarak düşünülür... Genel olarak, bir suçtan şüpheli görülen kişinin silahla veya herhangi diğer bir şekilde karşı koyması veya başkasının hayatını tehlikeye düşürmesi ve daha hafif girişimlerin onu etkisiz kılmaya veya yakalamaya yetmeyeceği durumlar dışında, ateşli silahlara başvurulmamalıdır”. Cengiz Sayın, *Kolluk Kuvvetleri Etik İlkeleri*, Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Halkla İlişkiler ve Tanıtım Ana Bilim Dalı, 2006, s. 140; 2- AİHS'in 2. maddesinde, silah kullanmanın son çare olduğu ve kolluğun silah kullanması durumunda “mutlak olarak gerekli olandan fazla olmaması” gerektiği özellikle vurgulanmıştır. (Bu ifade AİHS'de “no more than absolutely necessary” şeklinde yazılmıştır.); 3- BM tarafından 1990 yılında kabul edilen “Kolluk Güçlerinin Zor ve Silah Kullanmalarına Dair Temel Prensipler” m. 24'te “silah kullanma yetkisinin, diğer tüm yollar kullanılmış ve başarısızlıkla sonuçlandıktan sonra başvurulabilecek bir yöntem olduğu” belirtilmektedir. (Kelep-Pekmez, s. 62.); 4- Avrupa Konseyi tarafından 2001 tarihinde kabul edilen “Avrupa Polis Etiği Kuralları”nın 35. ve 37. maddelerinde, “Polis ve tüm polis operasyonları herkesin yaşama hakkına saygılı olmalıdır... Polis, kesinlikle zorunlu olduğunda ve sadece meşru bir amacı elde etmek için gerekli olan kadar kuvvet kullanabilir”. (Bkz. <https://hukukbook.com/avrupa-polis-etigi-kurallari/> (12.01.2022))



*bu maddenin ihlaline neden olmuş sayılmaz: a) Bir kimsenin yasa dışı şiddete korunmasının sağlanması; b) Bir kimsenin usulüne uygun olarak yakalanmasını gerçekleştirmeye veya usulüne uygun olarak tutulu bulunan bir kişinin kaçmasını önleme; c) Bir ayaklanma veya isyanın yasaya uygun olarak bastırılması” şeklinde düzenlenmiştir. Ayrıca AİHM de vermiş olduğu bazı kararlarda yaşam hakkının önemini vurgulamıştır.<sup>37</sup>*

Sonuç olarak vurgulanmalıdır ki polis görevini yaparken yaşam hakkını her zaman göz önünde bulundurmalı, kendisine yasalarla tanınan silah kullanma yetkisini otoriter, baskıcı ve keyfi değil, bilakis ölçülü, orantılı ve gerektiği kadar kullanılmalıdır. Polis, sorumluluklarının farkında olarak her zaman görev bilinciyle hareket etmeli, duygularına yenik düşmemelidir. Ayrıca unutulmamalı ki idare hukukunda “yetkisizlik kural, yetkili olmak istisnadır”. Yani polise verilecek bütün yetkiler kanuna dayanmak zorundadır ve bu yetkiler kanunun çizdiği sınırlar içinde kullanılmalıdır. Verilen yetkiler yorum yoluyla da olsa keyfi ve rastgele genişletilemez. Burada polise yasalarla tanınan zor ve silah kullanma yetkisinin özellikle ölçülülük ilkesi bağlamında değerlendirilmesinin konunun daha iyi anlaşılması bakımından faydalı olacağı kanaatindeyiz.

## **II. Polisin Zor ve Silah Kullanma Yetkilerinin Ölçülülük İlkesi Kapsamında Değerlendirilmesi**

İnsan haklarını korumak ve kollamak herkesin sorumluluğudur. Ancak resmi olarak bu görev günümüzde kolluk birimlerine yüklenmiştir. Kolluk denince ilk göze çarpan unsurun “kamu düzeni” ve “kamu güvenliği” olduğu görülecektir. Dolayısıyla “insan haklarını korumanın ve kollamanın” kolluğun görevi olduğu yeterince vurgulanmamıştır. Bu nedenle yapılan kolluk tanımlarına “insan haklarını korumak” görevi mutlaka dahil edilmelidir. Nitekim Yenisey’e göre, “... ülkemizdeki güvenliğin özgürlükler zedelenmeden sağlanması gerekir... Demokratik, laik ve sosyal bir hukuk devletinde kolluğun temel görevi, bireylerin sahip oldukları özgürlükleri kullanabilmelerini sağlamaktır... Fırtına ve kasırga tesirinde olan bahçelerde çiçekler ayakta duramaz. Asayişin sağlanmadığı bir ortamda da özgürlükler yeşeremez. Kolluk, asayiş bozan temel hak ve özgürlüklerin kullanılmasını engelleyen tüm tehlikeleri önceden sezme, oluşmasını engellemek ve tehlike

37 AİHM, McCann/İngiltere davasında “yalnızca yaşama hakkını korumakla kalmayan aynı zamanda yaşama hakkının sınırlandırılmasının haklı görülebileceği durumları belirleyen bir hüküm olarak 2. madde AİHS’nin en temel hükümlerinden birisidir, bu hüküm barış zamanında 15. madde kapsamında kısıtlanamayacak bir hükümdür, bu madde AİHS’nin 3.maddesi ile birlikte Avrupa Konseyi’ni oluşturan demokratik toplumların taşıdığı en temel değerlerin birisini ortaya koyar.” diyerek yaşama hakkının önemine dikkat çekmiştir. (Tarih: 27.09.1995, Karar Başvuru No:1898/91.)

*oluştduğunda da zarar doğmasını önlemekle yükümlüdür*".<sup>38</sup>

Kolluk, kolluk görevlileri, kolluk personeli denilince akla ilk başta polisin geldiğini daha önce vurgulamıştık. Polisin yaptığı kolluk faaliyetleri, her zaman temel hak ve hürriyetlerle ilişkili bir faaliyettir. Bu ilişki aslında özünde biraz çelişkilidir. Çünkü polis, hem bu hakların güvencesi, hem de kamu düzenini sağlarken bu haklara müdahale eden bir yapıdır. Her ülke, az ya da çok kendi hukuk sistemi içinde hak ve özgürlüklerin sınırlarını belirlemeye çalışır. Burada sorulacak soru şudur: Asıl olan özgürlük mü? Yoksa sınırlama mı? Yalnız burada vurgulamamız gerekir ki polis görevini yaparken kanunların kendisine çizdiği sınırları aşmamalı; keyfi, rastgele ve yasa dışı bir şekilde temel hak ve hürriyetlere müdahale etmemelidir. Aksi halde karşımıza polis devleti, mülk devleti ya da içinde bulunduğumuz yüz yılda örneklerini gördüğümüz otoriter-totaliter rejimler ortaya çıkacaktır. Burada önem arz eden husus, kişi özgürlüğüyle kamu düzeni arasında hassas bir denge kurmaktır.

Anayasa'nın 13. maddesi<sup>39</sup> kolluk yetkisinin sınırlarına etki edecek "ölçülülük ilkesi" ne değinmiştir.<sup>40</sup> Özbudun'a göre ölçülülük ilkesi, "sınırlamada başvuru aracının sınırlama amacını gerçekleştirmeye elverişli olmasını; bu aracın, sınırlama amacı açısından gerekli olmasını ve araçla amacın ölçüsüz bir oran içinde bulunmamasını" ifade etmektedir.<sup>41</sup> Ölçülülük ilkesi, sınırlama sonucunda elde edilebilecek genel yarar ve sınırlamanın sebep olduğu kişisel zarar arasında denge veya orantıyı anlatmaktadır.<sup>42</sup> Fleiner ise ölçülülük ilkesini, "polislin serçelere toplarla ateş etmemesi gerektiği" şeklinde bir benzetmeyle anlatmıştır.<sup>43</sup> Wadham'a göre ise ölçülülük ilkesi, "devlet ve kişilerin menfaatleri arasında bir dengenin kurulmasında denetleme görevi gören önemli bir kriterdir".<sup>44</sup> Danıştay'ın 2008 tarihli bir kararına göre; "Ölçülülük

38 Feridun Yenisey, "İç Güvenlik Paketi Hakkında Görüşler", *Çağın Polis Dergisi*, Yıl 14, Sayı 157, 2015, s. 7.

39 Anayasa m. 13: "Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağli olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyet'in gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz".

40 Bkz. m. 13: 3 Ekim 2001 tarihli Anayasa değişikliğiyle 13'üncü maddeye "ölçülülük ilkesi" ilave edilmiştir. Maddenin yeni halinde, "Bu sınırlamalar...ölçülülük ilkesine aykırı olamaz" denmektedir.

41 Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, Yetkin Yayınları, 19. Basım, Ankara, 2019, s. 114.

42 Aytaç Kurt, "Avrupa Hukuku'nda İyi Yönetim Hakkı Çerçevesinde Ölçülülük İlkesi", *Danıştay Dergisi*, Yıl 34, Sayı 108, 2004, s. 94.

43 Mehmet Hatipoğlu, "Kamu Görevlilerine Disiplin Cezalarının Uygulanmasında Ölçülülük İlkesi", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı143, 2019 Temmuz-Ağustos, s. 185.

44 Yargıtay Ceza Genel Kurulu (YCGK) da benzer bir görüş belirtmiştir. Bkz: YCGK, E: 1994/322, K: 1994/343, K.T: 19.12.1994; John Wadham, "Police Surveillance", <http://www.icer.it/papers/abstract1999.html>, Mart 2000, Introduction (28.12.2021).

*ilkesi ise; amaç ve araç arasında makul bir ilişkinin bulunması, diğer bir deyişle yapılan sınırlamayla sağlanan yarar arasında hakkaniyete uygun bir dengenin bulunması gereğini ifade etmektedir. Bu ilkenin; sınırlayıcı önlem ile sınırlama amacı arasındaki ilişkinin denetiminde, yasal önlemin sınırlama amacına ulaşmaya elverişli olup olmadığını saptamaya yönelik elverişlilik, sınırlayıcı önlemin sınırlama amacına ulaşma ve demokratik toplum düzeni bakımından zorunlu olup olmadığını arayan zorunluluk, ayrıca amaç ve aracın ölçüsüz bir oranı kapsayıp kapsamadığını, bu yolla ölçüsüz bir yükümlülük getirip getirmediğini belirleyen orantılılık ilkeleri olmak üzere üç alt ilkesi bulunmaktadır.*<sup>45</sup> AYM vermiş olduğu bir kararında, kanun koyucunun düzenlemeler yaparken ölçülülük ilkesine bağlı olduğunu belirtmiş, ölçülülük ilkesinin “elverişlilik”, “gereklilik” ve “orantılılık” şeklinde üç alt ilkeden oluştuğunu vurgulamıştır.<sup>46</sup> Bu kapsamda ölçülülük ilkesinin üç alt ilkesi olduğu söylenebilir. Bunlar; “elverişlilik”, “gereklilik” ve “orantılılık” ilkesidir.

Kamu düzeninin sağlanması için yürütülen kolluk işlemleri ile kişilerin temel hak ve özgürlüklerine getirilecek sınırlamalar zorunlu ve elverişli olmalı ve aynı zamanda kolluk faaliyetleriyle kişilere karşı alınacak tedbirler arasında uygun bir orantı olmalıdır. Örneğin, bir idari yaptırım insanları caydırmada yetersiz kalıyorsa o idari yaptırım amacı gerçekleştirmek açısından elverişli olmayacaktır.<sup>47</sup>

Erdem, gereklilik ilkesini, “*amaca ulaşmayı sağlayacak birden çok araç (yöntem) içinden hakları en az sınırlayacak olanın, bireye ve kamuya en az yük getirecek olanın seçilmesini* öngörür. *Bu unsur, en yumuşak aracın seçilmesi olarak da adlandırılır*” şeklinde tanımlamıştır.<sup>48</sup> Orantılılık ilkesine göre, ulaşılmak istenen amaç ile sınırlandırmada başvuru olan araç ölçüsüz bir oran içinde bulunmamalıdır.<sup>49</sup> AYM, tarafından orantılılık ilkesi, “*...amaç ve aracın ölçüsüz bir oranı kapsayıp kapsamadığını, bu yolla ölçüsüz bir yüküm*

45 Danıştay 10. Dairesi, E: 2006/946, K: 2008/6084, K.T: 15.09.2008, *Danıştay Dergisi*, 2009, S.120, s. 317.

46 AYM Kararı, T. 14.2.2013, E. 2011/150, K. 2013/130, R.G., 25.6.2013, S.26888

47 Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer, Cemil Kaya, *Türk İdare Hukuku*, Savaş Yayınevi, 12. Baskı, Ankara, Eylül 2020, s. 602.; Yücel Oğurlu, *İdari Yaptırımlar Karşısında Yargısal Korumaya*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2000. s. 36-37.

48 Jülide Gül Erdem, “Ölçülülük İlkesinin İdarenin Takdir Yetkisinin Kullanımındaki Yeri”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 62, Sayı 4, s. 987.

49 Hasan Tahsin Fendoğlu, “Uluslararası İnsan Hakları Belgelerinin Uygulanmasında Bağımsız Ölçü Norm veya Destek Ölçü Norm Sorunu”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, Cilt 17, Sayı 25-26, Nisan 2000, Ankara, 2000, s. 369.; Kemal Gözler, “*Türk Anayasa Hukuku*”, Ekin Basım Yayın Dağıtım, 3. Baskı, Bursa 2019. s. 332.

*getirip getirmediğini belirleyen oranlılık*” şeklinde ifade edilmektedir.<sup>50</sup> Bu konuda Friedrich, “*güce başvurmada makul bir oranının tutturulmasının yalnızca düzeni sağlamak açısından değil, aynı zamanda halkın polise ve devlete karşı algısı, tutumu ve davranışlarını da etkilemesi nedeniyle hayati önemi olduğunu vurgulamaktadır*”.<sup>51</sup> Yine AYM 2016 tarihli bir kararında; “... *Demokratik bir toplumda, temel hak ve özgürlüklere getirilen sınırlamanın, bu sınırlamayla güdülen amacın gerektirdiğinden fazla olmaması gerekir. Orantılılık ilkesi, meşru bir amaca ulaşmak için gerekli olan sınırlayıcı araçlardan daha hafif olanı tercih edilebilecekken daha ağır olanına başvurulmasına izin vermez*”<sup>52</sup> şeklinde hüküm kurmuştur.

Sonuç olarak özellikle belirtmek isteriz ki silah kullanma yetkisi kolluk görevlileri için en son çaredir. Silah kullanma yetkisine sahip polis veya bütün kolluk görevlileri ölçülülük ilkesine uygun davranmalı, aşırı ve orantısız bir güç kullanmaktan kaçınmalıdır.

### **Sonuç**

İdare, ülkenin her noktasında teşkilatı ve personeli bulunan, toplumun ve bireylerin yaşantılarının hemen her yanına karışan, kolluk faaliyetlerini ve çeşitli kamu hizmetlerini sürekli olarak yürüten, bütün bunları gerçekleştirmek için geniş ve kuvvetli yetkilerle donatılmış bulunan kapsamlı, güçlü bir varlık olarak tanımlanmıştır.

İdare kamu düzenini sağlamak için emir ve yasaklar koyar, bunlara uyulmasını sağlar. Bunu yaparken gerektiğinde zor kullanmaya ve kuvvete başvurabilir.<sup>53</sup> Polis, idare adına zor ve silah kullanma yetkisine sahip bir genel kolluk birimidir. Polislik; herkesin yapabileceği sıradan bir görev değildir, tam tersine zor, tehlikeli, riskli ve hassasiyet isteyen bir görevdir. Polisin idari kolluk görevlerinden olan zor ve silah kullanma yetkisi polise yasalarla verilmiştir. Polis bu yetkisini mevcut olayın durumuna göre gerektiğinde aşama aşama (kademeli artan oranda) ve ölçülülük ilkesine uygun kullanılmalıdır.<sup>54</sup> Eğer hiç gerekmediği halde, keyfi, rastgele, aşırı ve orantısız bir güce başvurursa

50 AYM Kararı, E: 1988/50, K: 1988/427, K.T: 23.06.1989, R.G: 4.10.1989, S.20302

51 Robert J. Friedrich, “Police Use of Force: Individuals, Situations, and Organizations”, *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, 1980, Vol.452, s. 82-97.

52 AYM Kararı, E: 2015/96, K: 2016/9, K.T: 10.02.2016, R.G: 23.02.2016, S.29633; AYM, <https://www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi>, (08.02.2020).

53 İl Han Özay, “İdari Kolluk Eylemlerinde Amaç”, İstanbul Üniversitesi *Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt 45, Sayı 1-4, İstanbul, 1982, s. 316.

54 AİHM, Günaydın/Türkiye Davası, Başvuru No: 27526/95, 13.10.2005; Benzer bir görüş için bkz: “BM Kolluk Kuvvetleri Davranış Kuralları'nın 3. maddesi; Kolluk kuvvetleri ancak kesinlikle gerekli olduğunda ve görevlerini yerine getirmeleri için gereken derecede güç kullanabilir”.

burada polis yetki sınırını aşmış olur ve bu onun cezai sorumluluğunu gerektirir. Polisin orantısız güç uygulaması, şiddete başvurusu, baskıcı ve otoriter davranışlar sergilemesi, kötü söz söylemesi halkın polise olan güvenini azaltır, sonuçta polis teşkilatının itibarı zedelenir.

Değınilmesi gereken bir diğler husus ise zor ve silah kullanmanın amacı direnenleri veya saldırıda bulunanları etkisiz hale getirmektir. Hiçbir zaman amaç kişiyi yaralamak, darp etmek, öldürmek kısacası cezalandırmak değildir. Ayrıca polis ve tüm kolluk birimleri silaha en son çare başvurmalıdır. Ateş etmek zor kullanmanın en son seçeneğidir.

İnsan haklarını korumak ve savunmak polisin en önde gelen görevlerindedir. Polis demokratik bir hukuk devletinde temel hak ve özgürlüklerin “teminatı ve güvencesi” olmalıdır. Fakat bazen polisin uyguladığı kolluk faaliyetleri ulusal basında ve medyada insan hakları ihlalleri gibi gösterilebilmektedir. Teşkilat içinde maalesef bir kişinin yaptığı bir hata; örneğin toplumsal bir olayda yerdeki bir kişinin tekmelenmesi, biber gazının ölçüsüz kullanımı, bütün teşkilata mal edilebilmektedir. Bu sebeptendir ki kolluk birimlerinin zarar görmemesi için kolluk personeline belirli periyotlarla verilen mesleki eğitimlere devam edilmelidir. Bu eğitimlerde sadece bilgi ve teori öğretilmemeli, eğitimler uygulama ağırlıklı olmalıdır. Bunun yanında psikoloji, sosyoloji ve öfke kontrolü eğitimleri mutlaka verilmelidir. Toplum içinde ve özellikle sahada; insan psikolojisini iyi bilen, gerekli hukuk bilgisine sahip, hızlı ve doğru karar verebilecek yetenekte, özgüvenli polisler olmalıdır.

Unutulmamalıdır ki polis sonuçta bir vatandaşdır. Toplumun içinde ve halkla iç içe yaşamaktadır. Onun da “yaşama hakkı” vardır. Ama gerektiğinde de toplumun emniyetini ve huzurunu sağlamak için kendi yaşamını tehlikeye atmaktadır. Örneğin 5 Ocak 2017’de yaşanan olayda, adliyede görevli polis memuru Fethi Sekin, İzmir adliyesine yapılan terör saldırısını canı pahasına engellemiş ve şehit olmuştur.<sup>55</sup> Söylenebilir ki normal, suçsuz ve masum insanlar polisten kaçmaz. Polis, kendisinin dur ikazına kaçarak cevap veren bir şahsı veya aracı şüpheli kabul etmek durumundadır. Bu aracın içindeki şahıs ehliyetsiz olabilir, alkollü olabilir, aranan bir kişi olabilir veya araçta uyuşturucu, kaçak silah vb. bulunabileceğinden o aracın durdurulması ve gerekli tahkikatların yapılması zorunludur. İşte bu tarz olaylar bazen basın ve medya tarafından abartılmakta, vatandaşların polis teşkilatı hakkında farklı düşüncelerine sebep olmaktadır. O yüzden polislerimiz soğukkanlı, bilgili, liyakatli olmanın yanında şeffaf ve hesap verebilir olmalıdır. Bütün bunlar

55 <https://www.trthaber.com/haber/gundem/cani-pahasina-hainlere-gecit-vermeyen-kahraman-fethi-sekin-544088.html> (06.02.2022)

düşünüldüğünde bu çalışmada üzerinde durulan ölçülülük ilkesi ve unsurları daha büyük bir önem taşımaktadır. Kanaatimizce temel hak ve özgürlüklere önem veren, demokrasiyi özümsemiş, hukukun üstünlüğüne inanan ülkelerde “ölçülülük ilkesi” en üst seviyede rehber tutulması gereken önemli bir denetim ölçütüdür. Bu görüşümüzü destekler mahiyette Kanadalı hukukçu David Beaty de ölçülülüğün, “ asli, her anayasal metnin göz ardı edilemez bir parçası ve anayasaya uygunluğun evrensel bir kriteri” olduğunu vurgulamıştır.<sup>56</sup> Son olarak şu söylenebilir; “polis sadece insan hakları ile ilgili ihlallerin olası faili olarak değil, aynı zamanda insan haklarının savunucusu olarak da role ve görevlere sahiptir”.<sup>57</sup>

---

56 Metin, s. 57.

57 [https://www.amnesty.nl/content/uploads/2017/01/understanding\\_policing\\_turkish.pdf?x51062](https://www.amnesty.nl/content/uploads/2017/01/understanding_policing_turkish.pdf?x51062) (05.01.2022)

## KAYNAKLAR

- Akgül, Aydın, *Genel İdari Kolluk Faaliyetleri ve Yargusal Denetimi*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016.
- Akyılmaz, Bahtiyar; Sezginer, Murat; Kaya, Cemil, *Türk İdare Hukuku*, 12. baskı, Ankara, 2020.
- Alçalar, Mustafa. *Kolluğun Zor Kullanma Yetkisi*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2006.
- Altıntop, Serkan, “Kamu Güvenliğini Sağlamada Kolluğun Aşırı Güç Kullanma Sorunsalı”, *Gaziantep Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, Cilt 14, Sayı 4, 2015, s. 873-904.
- Avcı, Ali. *Özel Kolluğun Zor Kullanma Yetkisi*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, T.C. Polis Akademisi Güvenlik Bilimleri Enstitüsü, Aralık 2011.
- Aydın, Devrim, “Toplantı ve Gösteri Yürüyüşlerine Müdahalenin Esasları”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 65, Sayı 4, Aralık 2016, s. 3283-3308.
- Beetham, David; Boyle, Kevin (Terc. Vahit Bıçak), *Demokrasinin Temelleri*, Ankara, 1998.
- Bucaktepe, Adil, *Genel İdari Kolluk ve Kolluk İşlemleri*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2008.
- Büyük, Celal, “Devlet ve Toplumsal Rolü”, *Dinbilimleri Akademik Araştırma Dergisi*, Cilt 3, Sayı 4, 2003, s. 101-112.
- Cihan, Erol; Yenisey, Feridun, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 2. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 1997.
- Cin, Mehmet Onursal, “Kolluğun Zor Kullanma Yetkisi” *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 8, Sayı 1-2, 2000, s. 665-686.
- Derdiman, Ramazan Cengiz, *Polis Yönetimi ve Hukuku*, 3. Baskı, Nobel Akademik Yayıncılık Ankara, 2007.
- Dönmezer, Sulhi; Erman, Sahir, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, Genel Kısım, Cilt 1, 12. Baskı, İstanbul, 1997.
- Erdem, Jülide Gül, “Ölçülülük İlkesinin İdarenin Takdir Yetkisinin Kullanımındaki Yeri” *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 62, Sayı 4, 2013, s. 971-1006.
- Eryılmaz, M. Bedri; Bozlak, Ayhan, “Hukukumuzda Zor ve Silah Kullanma Yetkisi”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 83, 2009, s. 223-277.
- Fendoğlu, Hasan Tahsin, “Uluslararası İnsan Hakları Belgelerinin Uygulanmasında ‘Bağımsız Ölçü Norm’ veya ‘Destek Ölçü Norm’ Sorunu”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, Cilt 16, Sayı 25 – 26, Nisan 2000, Ankara, 2000.
- Friedrich, Robert J., “Police Use of Force: Individuals, Situations, and Organizations”, *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, 1980, Cilt 452, s. 82-97.
- Gözler, Kemal, *Türk Anayasa Hukuku*, Ekin Basım Yayın Dağıtım, 3. Baskı, Bursa 2019.
- Gözler, Kemal; Kaplan, Gürsel, *İdare Hukukuna Giriş*, 25. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa 2019.
- Gündoğan, Kadir; Koç Cihan, *Jandarma Polis Sahil Güvenlik Hukuku*, Sözkese Matbaası, Ankara 2019.

- Hafizoğulları, Zeki “İnsan Hakları, Polis Görevi ve Yetkisi” *İnsan Hakları Merkezi Dergisi*, Cilt 3, Sayı 4, Kasım-1995.
- Hans, H. Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht 7-9. neu bearbeitet Tausend, W. Kohlhammer Verlag Stuttgart/ Verlag L. Schwann, Duesseldorf, 1958.
- Hatipoğlu, Mehmet, “Kamu Görevlilerine Disiplin Cezalarının Uygulanmasında Ölçülülük İlkesi”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 143, 2019 Temmuz-Ağustos, s. 185.
- Kelep-Pekmez, Tuba, *AİHM İçtihatları Bağlamında Türk ve Anglo Sakson Hukukunda Kolluğun Silah Kullanma Yetkisi*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2015.
- Kuhns, Joseph B. / Knutsson, Johannes, Police Use Of Force, Global Perspective, ABC-CLIO, LLC, U.S.A., 2010.
- Kunter, Nurullah; Yenisey, Feridun, *Muhakeme Hukuku Dahı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, Arıkan Yayınevi, İstanbul, 2005.
- Kurt, Aytaç, “Avrupa Hukuku’nda İyi Yönetim Hakkı Çerçevesinde Ölçülülük İlkesi”, *Danıştay Dergisi*, Yıl 34, Sayı 108, 2004, s. 85-104.
- Oğurlu, Yücel, *İdari Yaptırımlar Karşısında Yargısal Koruma*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2000.
- Okay-Tekinsoy, Özge, “Kolluk Faaliyetleri”, (Ed. Yıldırım, Turan), *İdare Hukuku*, 8. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 609-672.
- Osmanoğlu, M. Kerem, “Uluslararası Belgeler Işığında Polis ve Vatandaş İlişkisi”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 17, Sayı 1-2, 2013, s. 1549-1587.
- Özay, İl Han, “İdari Kolluk Eylemlerinde Amaç”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt 45 Sayı 1-4, 1982, s. 315-319.
- Özay, İl Han, *Gümüşğında Yönetim*, Filiz Kitabevi, İstanbul 2017.
- Özbudun, Ergun, *Türk Anayasa Hukuku*, Yetkin Yayınları, 19. Basım, Ankara, 2019.
- Ross, Darrell L., *Civil Liability In Criminal Justice*, Fifth Edition, Anderson Publishing, U.S.A. 2009.
- Sayın, Cengiz, *Kolluk Kuvvetleri Etik İlkeleri*, Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Halkla İlişkiler ve Tanıtım Ana Bilim Dahı, 2006.
- Şekercioğlu, Metin, *Kolluğun Yargısal (Adli) Görevleri Hakkında Kılavuz*, Doruk Matbaacılık, Ankara, 1980.
- Taner, Mehmet Tahir, *Ceza Hukuku*, Ahmet Sait Matbaası, İstanbul, 1949.
- Tekin, Abdurrahman, “Polisin Zor Kullanma Yetkisi”, *Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 7, Sayı 1, 2017, s. 27-58.
- Wadham, John, “Police Surveillance”, <http://www.icer.it/papers/abstract1999.html>, İİT, Mart 2000.
- Yenisey, Feridun, *Kolluk Hukuku*, Beta Yayınevi, İstanbul, 2009.
- Yenisey, Feridun, “İç Güvenlik Paketi Hakkında Görüşler”, *Çağın Polis Dergisi*, Yıl 14, Sayı 157, 2015, s. 7-29.
- Yılmaz, Mustafa. *Polisin Zor Kullanma Yetkisi*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Dicle Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Diyarbakır, 2007.
-



**Elektronik Kaynaklar**

- <http://www.anayasa.gov.tr>
- <http://dergipark.gov.tr>
- <http://www.icer.it>
- <https://t24.com.tr>
- <https://www.amnesty.nl>
- <https://www.trthaber.com>
- <https://www.haber3.com>
- <https://www.sabah.com.tr>
- <https://www.yenicaggazetesi.com.tr>
- <https://haberglobal.com.tr>
- <https://www.icisleri.gov.tr>
- <https://hukukbook.com>
- <https://www.gazeteler.org>
- <https://www.internethaber.com>



# Evliliğin Sona Ermesinin Miras Sözleşmesine Etkisi\*

## Effect of Dissolution of Marriage on Inheritance Agreement

Çağla YILMAZ\*\*

### ÖZ

Türk Medeni Kanunu (TMK.) m. 181 hükmünde kanun koyucu boşanan tarafların birbirlerinin yasal mirasçısı olamayacağını, boşanmadan önce ölüme bağlı bir tasarrufla birbirlerine hak sağlamışlarsa bu hakkı kaybedeceklerini hükme bağlamıştır. Ancak yine maddede bunun aksinin kabul edilebileceği yani boşanmadan önce yaptıkları ölüme bağlı tasarrufla boşanma halinde hakkın baki kalacağı belirtilmişse bu hükmün geçerli olacağı belirtilmiştir. Maddenin devamında boşanma davası devam ederken eşlerden birinin ölmesi halinde ölenin mirasçılarının davaya devam ederek karşı tarafın kusurunu ispatlaması halinde ölüme bağlı bir tasarrufla birbirlerine sağladıkları hakları kaybedeceği belirtilmiştir. Sadece boşanma ve ölüm halinde değil evliliğin butlanı halinde de evlilik sona ermektedir. Bu hallerin ayrı ayrı açıklığı kavuşturulmasında fayda vardır.

Çalışmamızda öncelikle kısaca miras sözleşmesi çeşitlerine değinilecek, devamında evliliğin hangi hallerde sona ereceği belirtilecek, neticede çalışmamızın esasını oluşturan evliliğin sona ermesinin miras sözleşmesine etkisine ilişkin açıklamalara yer verilecektir. Bu açıklamalar yargı kararları ile desteklenerek kanaatimiz belirtilecektir.

**Anahtar Kelimeler:** Miras, Miras Hukuku, Miras Sözleşmesi, Evliliğin Sona Ermesi, Boşanma, Sözleşmenin Sona Ermesi, Miras Sözleşmesinin Sona Ermesi.

### ABSTRACT

TMK. In Article 181, the legislator stipulated that the divorced parties cannot be each other's legal heirs and on condition that they provided each other with a death savings before getting divorced, they would lose this right. Yet, it is also mentioned in the article that the contrary will be accepted if it is stated that the right will remain in the event of divorce in the case of death savings made before the divorce, this provision will be valid. In the continuousness of the article, it is declared that if one of the spouses dies while the divorce action is going on, the heirs of the de-

\* Makale gönderim tarihi: 07.02.2023. Makale kabul tarihi: 26.06.2023. Çağla Yılmaz, "Evliliğin Sona Ermesinin Miras Sözleşmesine Etkisi", *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 10, Sayı 1, 2023, s. 189-207 <https://doi.org/10.46547/imuhfd.2023.10.1.8>.

\*\* Doktora Öğrencisi, Özel Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul Medipol Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, c.ozsarikaya@gmail.com, <https://orcid.org/0000-0003-1965-5528>.

ceased will continue the case and lose the rights they have provided to each other with a death-related disposition if the other party proves his fault. The dissolution of the marriage ends not only in the event of divorce and death, but also in the event of the ending the marriage. It is beneficial to clarify these situations solely.

In our study, firstly, the types of inheritance contracts will be mentioned shortly. After that, the situations in which the marriage will terminate will be stated, and at the end of our study, explanations will be given about the consequences of the termination of the marriage on the inheritance contract, which constitutes the basis of our study. Our opinions on the topic which will be supported by judicial decisions will be given, as well.

**Keywords:** Inheritance, Inheritance Law, Inheritance Contract, Termination of Marriage, Divorce, Termination of Contract, Termination of Inheritance Contract.

## Giriş

Mirasbırakan, ölümü ile birlikte ölümünden önce yapmış olduğu özel hukuk ilişkilerine hukuki sonuçlar bağlanan gerçek kişidir.<sup>1</sup> TMK. m. 527 hükmü uyarınca miras sözleşmesi, mirasbırakanın miras payının belirli bir kısmını veya belirli bir malını sözleşmenin karşı tarafına veya üçüncü bir kişiye bıraktığı sözleşmedir. TMK. m.546 ile m.548 hükümleri arasında kanun koyucu, miras sözleşmesinin ortadan kaldırılması hükümlerine yer vermiştir. Bu hükümler uyarınca miras sözleşmesi sözleşme veya vasiyetname yoluyla ya da sözleşmeden dönme ile ortadan kaldırılabilir. Mirasçı atanmış veya kendisine belirli bir mal bırakılan kişi mirasbırakandan önce ölmesi halinde de miras sözleşmesi kendiliğinden ortadan kalkar. Miras sözleşmesinin kendiliğinden sona erme halleri; lehine tasarruf yapılan kimsenin mirasbırakandan önce ölmesi, mirastan yoksunluk sebebi bulunması ve evliliğin sona ermesidir. Ayrıca miras sözleşmesinin tarafların iradesi ile sona erme sebepleri ve hükümsüzlük halleri de bulunmaktadır. Makalemizin konusu miras sözleşmesinin kendiliğinden sona erme sebeplerinden evliliğin sona ermesi olduğundan diğer sebepler üzerinde durulmayacaktır.

Evlilik, boşanma kararı ile, ölümle, evliliğin butlanına karar verilmesi ile veya gaiplik nedeniyle evliliğin feshine karar verilmesi ile sona erebilir. Evliliği sona ermesi miras sözleşmesinin sona erme sebeplerinden biridir. Ancak her sona erme miras sözleşmesini ortadan kaldırmamaktadır. Evliliğin ne şekilde sona erdiği eşler arasında yapılmış miras sözleşmesinin akıbetini etkilememektedir. Boşanma kararı verilmiş karar kesinleşmemişse, boşanma davası açıldıktan sonra eşlerden biri ölmüşse miras sözleşmesinin akıbetinin açıklığa kavuşturulması gerekmektedir.

1 Halil Akkanat, *Ölümün Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi*, Filiz Kitapevi, İstanbul, 2004, s. 37.

Bu çalışmada öncelikle miras sözleşmesi genel olarak açıklanarak miras sözleşmesinin çeşitleri belirtilecek, miras sözleşmesinin kendiliğinden sona erme sebeplerinden evliliğin sona erme sebepleri açıklanacak ve neticede hangi sebeple evlilik sona ermişse bu sebebin miras sözleşmesinin ortadan kalkmasını sağlayıp sağlamadığı açıklanacaktır.

## I. Genel Olarak Miras Sözleşmesi

Miras sözleşmesi ile mirasbırakan belirli bir malını sözleşmenin karşı tarafına veya üçüncü bir kişiye bırakma borcu altına girebileceği gibi miras payının belirli bir kısmını da sözleşmenin karşı tarafına veya üçüncü bir kişiye bırakma borcu altına girebilir. TMK. m. 545 hükmünde miras sözleşmesinin şekil şartı olarak; taraflarının arzularını resmi memura aynı anda bildirerek sözleşmeyi memurun ve iki tanığın önünde imzalamasını gerektiği düzenlenmiştir.<sup>2</sup> Miras sözleşmesinin; olumlu miras sözleşmesi, olumsuz miras sözleşmesi, tek taraflı miras sözleşmesi, iki taraflı miras sözleşmesi, ivazlı miras sözleşmesi, ivazsız miras sözleşmesi, ölünceye kadar bakma sözleşmesi şeklinde çeşitleri bulunmaktadır. Makalemizde kısaca çeşitleri açıklanarak evliliğin sona ermesi halinde miras sözleşmesinin akıbeti açıklanacaktır.

### A. Olumlu Miras Sözleşmesi- Olumsuz Miras Sözleşmesi

Miras sözleşmesi olumlu miras sözleşmesi ve olumsuz miras sözleşmesi olarak iki türe ayrılır.<sup>3</sup> TMK. m.527 uyarınca olumlu miras sözleşmesi mirasbırakanın bir kişiye belirli bir malını veya miras payının belirli bir kısmını bıraktığı sözleşmedir.<sup>4</sup> Olumlu miras sözleşmesi belirli mal bırakma, üçüncü kişi yararına sözleşme veya mirasçı atama sözleşmesi<sup>5</sup> olarak da yapılabilir.<sup>6</sup> Kanunda olumlu miras sözleşmesinde mirasbırakanın belirli bir malını<sup>7</sup> veya mirasını başkasına bırakmayı taahhüt ettiği sözleşmedir

- 
- 2 Kemal Oğuzman, *Miras Hukuku*, Gözden Geçirilmiş 6. Bası, Filiz Kitapevi, İstanbul, 1995, s. 134.
  - 3 Hüseyin Hatemi, *Miras Hukuku*, Gözden Geçirilmiş 8. Bası, İstanbul, 2018, s. 107.
  - 4 Fikret Eren, İpek Yücer Aktürk, *Türk Miras Hukuku*, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019, s. 185.
  - 5 TMK. m.516 hükmünde mirasbırakanın mirasının tamamı veya bir kısmını alması için sözleşmenin karşı tarafıyla anlaştığı sözleşme mirasçı atama sözleşmesi olarak tanımlanmıştır. Mirasçı atama ile ilgili detaylı bilgi için bk. A. Naim İnan, Şeref Ertaş, Hakan Albaş, *Miras Hukuku*, Mevzuattaki Değişikliklere ve Uygulamadaki Yeniliklere Göre Genişletilmiş ve Güncellenmiş 10. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 225-226.
  - 6 Zahit İmre, Hasan Erman, *Miras Hukuku*, Gözden Geçirilmiş 14. Basım, Der Yayınları, İstanbul, 2017, s. 188; Rona Serozan, *Miras Hukuku ve Uygulama Çalışmaları*, Güncellenmiş 6. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2019, s. 264, Gökhan Antalya, *Miras Hukuku*, Cilt 3, 4. Bası, Seçkin Yayınları, Ankara, 2019, s. 188.
  - 7 Belirli mal bırakma ile ilgili detaylı bilgi için bk. Oğuzman, s. 141; Zahit İmre, *Türk Miras Hukuku*, Yenilenmiş 4. Bası, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1978, s. 192; Nurşin Ayiter, Ahmet Kılıçoğlu, *Miras Hukuku*, Genişletilmiş 3. Bası, Savaş Yayınları, Ankara, 1991, s. 100.

ifadesine<sup>8</sup> yer verilmiştir. Olumsuz miras sözleşmesi bir diğer adı ile mirastan feragat sözleşmesi<sup>9</sup> ise mirasbırakan ile mirasçısı arasında yapılan ve mirasçılık sıfatının kaybı sonucunu doğuran sözleşmedir.<sup>10</sup> Mirastan feragat sözleşmesinde bir taraf mirasbırakan iken karşı taraf saklı paylı mirasçı olmak zorundadır. Belirli bir mal bırakılan kişi ya da atanmış mirasçı ile mirastan feragat sözleşmesi yapılamaz.

### B. Tek Taraflı Miras Sözleşmesi - İki Taraflı Miras Sözleşmesi

Miras sözleşmesi ile taraflardan yalnızca biri ölüme bağlı tasarrufta bulunabileceği gibi her iki taraf da ölüme bağlı bir tasarrufta bulunabilir. Ölüme bağlı tasarrufta tek taraf bulunmuşsa tek taraflı miras sözleşmesi söz konusudur.<sup>11</sup> İki tarafında ölüme bağlı tasarrufta bulunması halinde iki taraflı ölüme bağlı tasarruftan söz edilir.<sup>12</sup> Her iki halde de sözleşme söz konusu olduğundan iki halde de iki adet irade beyanı gereklidir.<sup>13</sup> Ancak burada ayırım irade beyanı sayısı açısından değil gerekli ölüme bağlı tasarruf sayısı açısından dır.<sup>14</sup>

8 Kanundaki bir kimsenin miras sözleşmesi ile mirasını veya belirli bir malını sözleşme yaptığı kişiye veya bir başkasına bırakmayı taahhüt etmesi ifadesinin yanlış olduğu, ölüme bağlı tasarruf ile mirasbırakanın genelde bir borç altına girmediği görüşü hakkında detaylı bilgi için bk. İmre, Erman, s. 188.

9 Antalya, s.189, Mirastan feragat sözleşmesi ile ilgili detaylı bilgi için bk. Gökhan Antalya, *Mirastan Feragat Sözleşmesi*, Alkım Yayınları, İstanbul, 1999.(Feragat).

10 Mirastan feragat sözleşmesinde mirasbırakan gelecekte doğacak miras haklarından feragat etmektedir. Oysa miras sözleşmesinde mirasbırakan kendi malları üzerinde tasarruf yapmaktadır. Bu nedendir ki mirastan feragat sözleşmesi dar anlamda bir miras sözleşmesi değildir. Antalya, Feragat, s. 53.

11 Mustafa Dural, *Miras Sözleşmeleri*, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1980, s. 44.

12 İki taraflı miras sözleşmesinin her iki taraf içinde bağlayıcı olması şarttır. Dural, s. 45, Mustafa Dural, Turgut Öz, *Türk Özel Hukuku Miras Hukuku*, Cilt 4, 13. Bası, İstanbul, 2019. s. 101, İmre, Erman, s. 186.

13 Yargıtay Hukuk Genel Kurulu (YHGK).14.05.2014 tarih ve E.2013/8-1077 K.2014/664 sayılı kararında şu tespitler yapılmıştır; „Ölüme bağlı tasarruf, mirasbırakanın ölümünden sonra terekesinin (mallarının) intikalini öngören bir hukuki işlem olup, sonuçlarını doğurması da mirasbırakanın ölümüne bağlıdır (Serozan, Rona/ Engin, B. İlkay: *Miras Hukuk*, 3. Bası, Ankara 2012, s. 201). Ölüme bağlı tasarruf şekli anlamda vasiyetname (T.M.K.m. 531 vd) veya miras sözleşmesi (T.M.K.m. 545 vd) olarak yapılabilir. Eldeki olayda, sözleşmenin 6. maddesi eşler arasında düzenlenmiş olup, iki taraflı bir hukuki işlem olması itibarıyla bir olumlu miras sözleşmesi (T.M.K.m. 527) hükmüdür (Dural, Mustafa: *Miras Sözleşmeleri*, İstanbul 1980, s. 14). Müteveffa koca bu miras sözleşmesi hükmüyle diğer eşi mirasçı atamıştır (T.M.K.m. 516). Gerçekten sözleşmenin 6. maddesi bir miras sözleşmesinin geçerlik koşullarını tüm unsurlarıyla taşımaktadır. Şöyle ki; miras sözleşmesinin geçerli olması için resmi vasiyetname şeklinde düzenlenmesi gerekmektedir (T.M.K.m. 545/1). Bu anlamda sözleşmenin; sözleşme yapma ehliyetine sahip eşler tarafından yapıldığı, iradeyi sakatlayan sebeplerle hukuka ve ahlaka aykırı bir yön bulunmadığı anlaşılmaktadır. Öte yandan sözleşmenin resmi vasiyetname şeklinde düzenlendiği de açıktır. Zira sözleşme, iki tanığın katılmasıyla noter tarafından düzenlenmiştir (T.M.K.m. 532/1)“ (Sinerji İçtihat Programı, Erişim:10.11.2022)

14 İmre, s. 277.

### C. İvazlı Miras Sözleşmesi - İvazsız Miras Sözleşmesi

Sözleşmenin karşı tarafı bir sağlararası ivaz borcu altına giriyorsa ivazlı miras sözleşmesi, sözleşmenin karşı tarafı bir ivaz borcu altına girmiyorsa ivazsız miras sözleşmesi söz konusudur.<sup>15</sup> Görüldüğü üzere sağlararası ivaz borcu olup olmadığına göre miras sözleşmesi çeşitlendirilmiştir.<sup>16</sup> İvazlı miras sözleşmesi, sözleşmenin karşı tarafının bir sağlararası ivaz veya vasiyeti lehine bir tasarrufta bulunma borcu altına girdiği sözleşmedir.<sup>1718</sup>

Mirastan feragat sözleşmesi ivazlı bir şekilde de yapılabilir. Ancak ivazlı mirastan feragat sözleşmesi yapıldıktan sonra mirasbırakan, feragat edenin mirasçı olmasını engelleyen hallerin meydana gelmesi gerekçesiyle ödemiş olduğu ivazı geri isteyemez.<sup>19</sup>

### D. Ölünceye Kadar Bakma Sözleşmesi

Ölünceye kadar bakma sözleşmesinin tarafları bakım alacaklısı ile bakım borçlusunu olarak adlandırılmaktadır. Türk Borçlar Kanunu (TBK.) m.611 hükmü uyarınca ölünceye kadar bakma sözleşmesinde bakım borçlusunu bakım alacaklısını ölünceye kadar bakıp gözetme borcu altına girmekte, ivaz olarak da bakım alacaklısı bir malvarlığını devretmeyi taahhüt etmektedir.<sup>20</sup> Miras hukukunu ilgilendiren şekliyle ölünceye kadar bakma sözleşmesinde bakım alacaklısı bakım borçlusunu mirasçı atamış veya belirli bir mal bırakmıştır.<sup>21</sup> Aksi halde yani ölmeden önce bir malvarlığı devri kararlaştırılmışsa borçlara ilişkin ölünceye kadar bakma sözleşmesidir.<sup>22</sup>

15 Bazı iki taraflı sözleşmelerde taraflardan birinin borcu diğer tarafın borcunun karşılığıdır. (Kemal Oğuzman, Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Cilt 1, Gözden Geçirilmiş 16. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2018, s. 333.) İvazlı miras sözleşmelerinde mirasbırakan belirli bir malını veya mirasının tamamını sözleşmenin karşı tarafına veya üçüncü bir kişiye verme borcu altına girerken karşı taraf bir ivaz ödeme borcu altına girdiğinden iki taraflı sözleşme söz konusudur.

16 Dural, Öz, s. 101.

17 İmre, Erman, s. 186.

18 İvazlı miras sözleşmesinin ivazının ancak ölünceye bakma edimi olabileceği, başka bir ivaz kararlaştırılmayacağı, aksi halde hukuk duygusunu rahatsız edici olduğu görüşü için bk. Hatemi, s. 108.

19 Ayiter, Kılıçoğlu, s. 145.

20 Alparslan Akartepe, *Genel Olarak Ölünceye Kadar Bakma Sözleşmesi*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010, s. 9.

21 Yargıtay 1. H.D. 26.06.2007 tarih ve E.2007/ 4902, K.2007 / 7305 sayılı kararında; „Somut olayda, miras bırakan Y..nin hasta olduğu ve yaşadığı süreç içerisinde davalı M..nin kendisiyle ilgilendiği ve ihtiyaçlarını giderdiği anlaşılmaktadır. O halde, 2 no'lu bağımsız bölümle ilgili olarak miras bırakan'ın yapmış olduğu temlikin ivazlı olduğu ve mirasçılardan mal kaçırma amaçlı ve muvazaalı olmadığı kabul edilmelidir. Hal böyle olunca, ölünceye kadar bakma aktine konu 35 parseldeki 2 no'lu bağımsız bölüm bakımından davanın reddine karar verilmesi gerekirken, yanlışlı değerlendirme ile hüküm kurulmuş olması doğru değildir.“ şeklinde hüküm tesis etmiştir.

22 İmre, Erman, s. 186.

Ölünceye kadar bakma sözleşmesi miras sözleşmesinin şekline uygun olarak yapılmalıdır. Miras sözleşmesi şeklinde olmaması halinde yaptırımı geçersizliktir.<sup>23</sup>

Ölünceye kadar bakma sözleşmesi uygulamada mirasbırakanın bir çocuğuna tüm malvarlığını devretmek ve diğer mirasçılardan mal kaçırmak amacıyla yapıldığı görülmektedir. Bu halde sözleşme mahkeme kararıyla iptal edilmekte ve mirasçılar terekeden miras hakkına kavuşmaktadır.<sup>24</sup>

## II.Miras Sözleşmesinin Kendiliğinden Sona Ermesi Hallerinden Evliliğin Sona Ermesi

### A.Evliliğin Sona Ermesi Halleri

#### 1. Evliliğin Butlanı

Evlenmenin butlanı kurucu unsurları tamam olduğu için kurulmuş bir evliliğin mahkeme kararıyla geçersiz hale getirilmesi yani sona erdirilmesidir.<sup>25</sup> TMK. m.145 hükmünden başlayarak boşanma başlığına kadar yani m. 160 hükmüne kadar butlan konusu açıklanmıştır. TMK. m.145 uyarınca eşlerden birinin evlilik esnasında evli olması, sürekli olarak ayırt etme gücünün bulunmaması, eşlerden birinde evliliğe engel olacak kadar akıl hastalığı olması, eşler arasında evliliğe engel olacak derecede hısımlığın bulunması evliliğin mutlak butlanı sebepleridir.

TMK. m. 148 vd. hükümleri uyarınca evliliğin nisbi butlanı halleri ise eşlerden birinin evlilik sırasında geçici olarak ayırt etme gücünden yoksun bulunması, evlenmeye yönelik iradenin yanılma, aldatma veya korkutma hallerinden biri sebebiyle sakatlanmış bulunması, evlenme erginliğine ve ayırt etme gücüne sahip küçük veya kısıtlı olan eşlerden birinin yasal temsilcisinin izninin bulunmamasıdır.

23 Bakım borcunun karşılığı olarak mirasçı atanmamış veya vasiye alacaklısı belirlenmemiş, sağlararası bir edim de kararlaştırılmamışsa bu tür sözleşmenin ölünceye kadar bakma değil bağışlama niteliğinde olduğu miras sözleşmesi şekil şartına bağlı olmadığı görüşü için bk. Akartepe, s. 18.

24 Yargıtay 1. HD. 06.04.2021 tarih ve E.2019/ 3047 K.2021 / 2046 sayılı kararında;“.. mirasbırakan ile davalı oğlu arasında 29.08.2008 tarihinde yapılan ölünceye kadar bakma sözleşmesinin diğer mirasçıdan mal kaçırma amaçlı ve muvazaalı olduğu, zira mirasbırakanın tek mal varlığını ölünceye kadar bakma sözleşmesine konu ettiği, gerçek bir ölünceye kadar bakma sözleşmesi olsa idi, bunun pay devri yoluyla da sağlanabileceken, mirasbırakanın taşınmazın tamamını sözleşmeyle davalıya verdiği, işlemin makul sınırı aşdığı, mirasbırakanın bakımını temin etmek amacıyla değil, davalı oğlu yararına mal kaçırmak iradesiyle hareket ettiği, dosya kapsamı ve dinlenen tanık beyanlarına göre de sözleşmenin muvazaalı olduğu sonucuna varılmaktadır.“ şeklinde hüküm tesis etmiştir. (Sinerji İçtihat Programı, Erişim: 10.11.2022)

25 Mustafa Dural, Tufan Ögüz, M. Alper Gümüş, *Türk Özel Hukuku Aile Hukuku*, Cilt 3, Gözden Geçirilmiş 12. Bası, Filiz Kitapevi, İstanbul, 2016, s. 79.



Mutlak butlan ve nisbi butlan hallerinde evlilik sakattır ancak hakim kararı ile sona erdirilebilir.<sup>26</sup> Butlan sebeplerinin bulunması evliliğin yokluğu sonucunu doğurmadığı gibi butlan sebeplerinden biri olan evlilik, mahkeme kararı ile iptal edilmediği sürece geçerli bir evliliğin tüm sonuçlarını doğurur.

Mutlak butlan davası Cumhuriyet savcısı tarafından re'sen açılır.<sup>27</sup> Ayrıca ilgili olan herkes bu davayı açmaya yetkilidir. Ancak nisbi butlan davası yalnızca eşler veya yasal temsilci tarafından açılabilir. Görüldüğü üzere mutlak butlan davasını açmak savcıya görev olarak yüklenmişken nisbi butlan davasını ilgili bile açamamakta yalnızca eşler ve yasal temsilci tarafından açılabilmektedir.

## 2. Ölüm ve Gaiplik

Ölümlerle evlilik kendiliğinden sona erer. Bu halde evlilik hiçbir dava veya tespite gerek kalmaksızın kendiliğinden sona erer. Evlilik iki kişi ile kurulduğundan ve bu kişilerden biri hayatta olmadığından evliliğin kurucu unsurlarından biri artık bulunmamaktadır.

Gaiplik kararının verilmesi kendiliğinden evliliğin sona erme nedeni değildir. TMK. m. 131 hükmü uyarınca bir kişinin gaipliğine karar verilmişse yeniden evlenebilmesi için gaipliğine karar verilenin eşinin evliliğin feshine karar verilmesi için dava açması gerekmektedir.

## 3. Boşanma

Boşanma ile eşler hayatta iken evliliğin sona ermesi söz konusu olur. Eşlerden en az birinin kanunda yazılı sebeplerden biri ile mahkemeye başvurarak hakimin boşanma kararı vermesi ile evlilik sona erer. TMK m. 161 vd. hükümleri uyarınca evlilik, zina, hayata kast, pek kötü veya onur kırıcı davranış, suç işleme ve haysiyetsiz hayat sürme, terk, akıl hastalığı ve evlilik birliğinin temelinden sarsılması veya eşlerin boşanma konusunda anlaşmaları sebeplerinden biri ile boşanma davası açılabilir. Boşanmanın evliliğin sona ermesi dışında başka sonuçları da vardır.<sup>28</sup> Mal rejiminin tasfiyesi, velayet gibi

26 Dural, Ögüz, Gümüş, s. 79.

27 Yargıtay 2. HD. 10.12.2014 tarih ve E.2014/ 17388, K. 2014 / 25174 sayılı kararında Cumhuriyet savcısının katılımı olmadan hüküm kurulmasını bozma sebebi yapmıştır. „Dava, eşlerden birinin evlenme sırasına evli bulunması (TMK md. 145/1 ) sebebine dayalı olarak açılan mutlak butlan ile evliliğin iptali davası olup, Tekman Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından davaname ile açılmıştır. Cumhuriyet Savcısı, kanunda açıkça öngörülen hallerde hukuk davası açar veya açılmış olan hukuk davasında taraf olarak yer alır (HMK md. 70/1). Mutlak butlan davası açma Cumhuriyet Savcısı için bir görev olduğundan (TMK md. 146/1) açılan davanın duruşmalarında hazır bulunması zorunluluktur. Bu nedenle; Cumhuriyet Savcısının duruşmalara katılımı sağlanılmadan yokluğunda yargılamaya devamla hüküm kurulması, usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirmiştir.“ (Sinerji İçtihat Programı, Erişim: 15.12.2022)

28 Boşanma kararının evliliğin sona ermesi dışındaki sonuçları için bk. Dural, Ögüz, Gümüş, s. 136 vd.

bu sonuçlar konumuz dışında kaldığından biz yalnızca evliliğin sona ermesinin miras sözleşmesine etkisini açıklamaya çalışacağız.

### III. Evliliğin Sona Ermesi Hallerinin Miras Sözleşmesine Etkisi

#### A. Evliliğin Boşanma Sebebiyle Sona Ermesinin Miras Sözleşmesine Etkisi

TMK. m. 181 hükmünde eşlerin boşanmadan önce birbirlerine ölüme bağlı bir tasarrufla tanıdıkları hakları boşanma ile kaybedecekleri belirtilmiştir.<sup>29</sup> Dolayısıyla miras sözleşmesi evlilik birliğinin boşanma nedeniyle sona ermesi halinde kendiliğinden sona erer.<sup>30</sup> Madde uyarınca boşanan eşler birbirlerine bu sıfatla<sup>31</sup> birbirlerinin yasal mirasçısı olamadıkları gibi aksi tasarruftan anlaşılmadıkça boşanmadan önceki ölüme bağlı tasarrufla sağlanan hakları da kaybederler.<sup>32</sup>

Mirasbırakandan önce ölme ve mirasbırakandan boşanma yasal bozucu şartın gerçekleşmesi nedeniyle ölüme bağlı tasarrufun kendiliğinden sona ermesine örnektir.<sup>33</sup> Eşlerden birinin ölümü miras hakkı sağlayan bir olay iken boşanma miras hakkını sona erdiren bir olaydır.<sup>34</sup>

Burada boşanma kararının kesinleşip kesinleşmediği konusu üzerinde durmakta fayda görmekteyiz. Yine dava esnasında taraflardan birinin ölümü miras sözleşmesinin akıbeti açısından önem arz etmektedir.

#### 1. Boşanma Kararı Kesinleşmişse

Boşanma davası açılmış ve dava sonucunda boşanmaya karar verilip karar kesinleşmişse TMK. m. 181 hükmünde belirtilmiş olduğu gibi eşler boşanmadan önce ölüme bağlı tasarrufla birbirlerine sağladıkları hakları kaybederler.<sup>35</sup> Boşanma kararının kesinleşmesi ile birlikte eşler birbirlerinin yasal mirasçısı olamayacakları gibi birbirleri lehine yapmış oldukları ölüme bağlı

29 Eski MK. M.146/II hükmü uyarınca karı koca arasındaki mukaveleler boşanma ile hükümsüz kahr. (Nurşin Ayiter, *Miras Hukuku*, 4. Bası, Sevinç Matbaası, Ankara, 1978, s. 101.)

30 Eren, Aktürk, s. 136.

31 Eşlerin boşanması halinde yalnızca eş sıfatından kaynaklanan mirasçılık haklarını kaybederler. Ancak eşler arasında kan hısımlığı varsa ve birbirlerinin yasal mirasçısı iseler yasal mirasçılıkları boşanma ile sona ermez. Dural, Öğüz, Gümüş, s. 138.

32 Antalya, s. 207.

33 Serozan, s. 440-441.

34 S. Sulhi Tekinay, *Türk Aile Hukuku*, Yedinci Baskı, Filiz Kitapevi, İstanbul, 1990, s. 164.

35 Yargıtay 2. HD. 12.01.2015 tarih ve E. 2014/ 27350, K. 2015/20 sayılı kararında „*Davalı-karşı davacı H. A., mahkemece verilen boşanma kararı kesinleşmeden öldüğüne göre, evlilik birliği ölümle sona ermiştir. Ne var ki, ilk inceleme sırasında bu husus bilinmediğinden davalı-karşı davacı (koca) mirasçısının bu yöne ilişkin karar düzeltme isteminin kabulüne.*“ karar verilmiştir (Sinerji İçtihat Programı, Erişim: 23.12.2022). Bu halde eşler arasında yapılan miras sözleşmesi kural olarak geçerlidir.

tasarruflar da kendiliğinden ortadan kalkar.<sup>36</sup> Miras sözleşmesi yapılmışsa bu sözleşme ile birbirlerine sağladıkları haklar kendiliğinden sona erer. Ancak unutmamak gerekir ki eşler miras sözleşmesinde boşansalar dahi miras sözleşmesinin geçerliliğini koruyacağını kararlaştırabilirler. Sözleşmede böyle bir hüküm varsa eşler boşansalar dahi miras sözleşmesi ile sağlanan haklar geçerli olarak kalmaya devam edecektir. Örneğin vasiyetnamede tasarrufun boşanma halinde de geçerli olacağı kararlaştırılmışsa lehine tasarruf yapılan eş boşandıktan sonra hakkını talep edebilir.<sup>37</sup> Ölümüne bağlı tasarruf yaptıktan sonra eşler boşanmışsa ve aksi tasarruftan anlaşılmıyorsa tasarrufun geçerli olup olmayacağı konusundaki boşluk mirasbırakana atfedilen varsayıma dayalı irade ile tamamlanmıştır.<sup>38</sup>

Aksi tasarruftan anlaşılması halinde yani boşanma davası devam ederken ölen eşin davadan önce ölümüne bağlı tasarrufla eşine sağladığı hakları boşansa bile sağlamaya devam edeceğinin anlaşılması halinde ölümüne bağlı tasarruf geçerliliğini koruyacaktır.<sup>39</sup> Bir kişinin boşandığı kişiye miras hakları tanınması hayatın olağan akışına aykırıdır. Bu nedenle aksinin tasarruftan anlaşılması ancak ölümüne bağlı tasarrufta açıkça miras haklarının boşansa dahi devam edeceğinin yazılı olması ile mümkündür.

Hükümde açıkça boşanmadan önce yapılan ölümüne bağlı tasarrufların hükümsüz hale geleceği belirtilmiştir. O halde eşlerin boşandıktan sonra bir miras sözleşmesi yapmaları halinde miras sözleşmesinin geçerli olacağı açıktır. Boşanmadan sonra eşlerin birbirleri lehine yapmış oldukları ölümüne bağlı tasarruflar geçerlidir.<sup>40</sup>

## 2. Boşanma Kararı Verilmiş Karar Kesinleşmemişse

Eşler arasında yapılan miras sözleşmelerinde tarafların boşanması halinde birbirleri lehine yapmış oldukları ölümüne bağlı tasarruflar kendiliğinden hükümsüz olur.<sup>41</sup> Kural bu olmakla birlikte boşanma kararının kesinleşmemiş olması miras haklarının sona ermesini engeller. Boşanmadan önce eşlerin birbirleri lehine yapmış oldukları ölümüne bağlı tasarrufla sağlanan haklar ancak boşanma kararının kesinleşmesi ile son bulur.

36 Dural, Öz, s. 42.

37 Dural, Ögüz, Gümüş, s. 138.

38 Topuz, Seçkin, *Boşanma Davasının Eşin Mirasçılığına Etkisi*, Yetkin Yayınları, Ankara 2012, s. 84.

39 Akkanat, s. 46; Dural, Ögüz, Gümüş, s. 138.

40 Akkanat, s. 46; Dural, Ögüz, Gümüş, s. 138.

41 İmre, s. 299.

TMK. m. 170 hükmü uyarınca boşanma davası sonunda hakim boşanma yerine aykırılık kararı verebilir. Bu halde eşler arasında yapılmış olan miras sözleşmesinin akibetinin ne olacağı sorusu akla gelebilir. Ayrılık kararı halinde boşanma gerçekleşmemiş olduğundan eşler arasında yapılmış olan miras sözleşmesi geçerliliğini koruyacaktır.<sup>42</sup>

### 3. Boşanma Davası Açıldıktan sonra Eşlerden Biri Ölmüşse

Kural olarak boşanma davası esnasında eşlerden birinin ölmesi halinde evlilik boşanma sebebiyle değil ölümle sona ermiş olur.<sup>43</sup> Ancak kanun bu kuralın istisnasına yer vermiştir.<sup>44</sup> Evlilik elbette yine ölümle sona ermiştir ancak eşlerin mirasçılık hakları bakımından farklılar söz konusudur. Şöyle ki; TMK. m.181/2 hükmü uyarınca eşler arasında boşanma davası devam ederken taraflardan birinin ölmesi halinde ölenin mirasçılarının davaya devam ederken karşı tarafın kusurunu ispatlaması halinde birbirlerine yasal mirasçı olamayacakları gibi ölüme bağlı tasarruflarla kendilerine sağlanan hakları kaybederler. Ölen eşin mirasçıları davaya ölenin külli halefi sıfatıyla değil, kanunun doğrudan kendilerine tanıdığı hakkı kullandıklarından kendi adlarına devam ederler.<sup>45</sup>

Kanun maddesinin değişiklikten önceki hali, boşanma davası devam ederken ölen davacının mirasçılarının davaya devam ederek davalı eşin kusurunu ispatlaması şeklinde idi. Bu halde sadece davacının mirasçılarının hakları korunmakta, davalının mirasçılarının davaya devam etmesi ise engellenmekte

42 İnan, Ertaş, Albaş, s. 121; Dural, Öz, s. 45.

43 Yargıtay 2. HD. 30.06.2021 tarih ve E. 2021/ 2952K. 2021 / 5457 sayılı kararında boşanma davası devam ederken davalının ölmesi halinde evliliğin ölüm sebebiyle sona erdiği, davacının ölümden birkaç gün sonra davadan feragatinin hukuki bir sonuç doğurmayacağına karar vermiştir: „Dosyanın yapılan incelemesinden; davalı erkeğin nüfus kaydına göre 17.03.2021 tarihinde öldüğü anlaşılmaktadır. Davalı erkek bölge adliye mahkemesince verilen boşanma kararı kesinleşmeden öldüğüne göre, evlilik birliği ölümle sona ermiştir. Davacı kadın her ne kadar 25.03.2021 tarihli dilekçesi ile açmış olduğu davadan feragat ettiğini mahkemeye bildirmiş ise de feragatin geçerli kabul edilebilmesi için hukuki varlığını sürdüren bir davanın mevcut olması gerekir. Boşanma davası, erkek eşin ölümüyle konusuz hale geldiğine göre davacı kadının bu feragat beyanı hukuki bir sonuç doğurmayacağı gibi ölen eşin mirasçılarının kusur belirlemesi yönünden davaya devam etme hakları da bulunmaktadır. O halde, boşanma kararı henüz kesinleşmeden meydana gelen ve niteliği gereği son karar üzerinde belirleyici ve değiştirici etkiye sahip olan bu vakıta dikkate alınarak bir karar verilmek üzere hükmün bozulması gerekir. Bu sebeple temyiz isteğinin kabulü ile, davalı erkeğin davanın devamı sırasında ölümü sebebiyle boşanma davasının konusuz kaldığı gözetilerek bu hususta bir karar verilmek üzere hükmün bozulmasına karar verilmesi gerekmektedir.“ (Sinerji İçtihat Programı, Erişim:26.12.2022)

44 Dural, Öz, s. 43.

45 Haluk Burcuoğlu, “4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 181. Maddesinin 2. Fıkrası İle İlgili Gözlemler”, Prof. Dr. Ergon A. Çetingil ve Prof. Dr. Rayegan Kender'e 50. Birlikte Çalışma Yılı Armağanı, İstanbul, 2007, s. 382.

idi.<sup>46</sup> Doktrindeki hakim görüş, boşanma şahsa sıkı sıkıya bağlı hak olduğundan dava açma hakkının mirasçılara geçmediği, zaten miras hukukunun adaletsiz görülen bu duruma kendi içinde çözüm bulduğu yönünde idi.<sup>47</sup> Burada miras hukukunun kendi içinde bulduğu çözüm mirasçılıktan çıkarma ile yoksunluk müesseseleridir. Ancak davalının mirasçılarının davaya devam ederek davacının kusurunu ispatlama imkanına sahip olmaması bu maddeye olan en yoğun eleştiri idi.<sup>48</sup> Nitekim Anayasanın eşitlik ilkesine aykırı olan bu madde Anayasa Mahkemesince<sup>49</sup> iptal edilmiş, her iki tarafın mirasçılarının da davaya devam ederek karşı tarafın kusurunu ispatlaması hakkı tanınarak anayasanın eşitlik ilkesi korunmuştur.<sup>50</sup> Zira boşanma davalarında davacının kusuru davalıdan fazla olabilmektedir.<sup>51</sup> Madde hükmünün günümüzdeki haliyle düzenlenmesi ile davacının davalıdan daha kusurlu olması halinde davalının mirasçılarının davaya devam edememeleri ihtimali ortadan kaldırılarak hak ihlalleri önlenmiştir.

Kanunda ölen eşin mirasçılarının davaya devam etmemeleri halinde sağ kalan eş kusurlu olsa dahi miras haklarından yoksun olmayacağına ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Yani sağ kalan eşin mirasçılarının biri davaya devam etmezse evlilik ölümle sona erdiğinden sağ kalan eş kusurlu olsa da miras sözleşmesinde lehine sağlanan hakları talep edebilecektir. Kanımızca bu durum adil olmayıp mirasbırakan eşin sağ olsa idi varsayılacak iradesi ile bağdaşmamaktadır. Bu nedenle madde, ölen eşin mirasçıları davaya devam etmese dahi sağ kalan eşin kusurlu olması ve boşanma şartlarının da gerçekleşmesi halinde sağ kalan eşin miras haklarından yoksun olacağı ve ölüme bağlı tasarrufla lehine sağlanan hakları kaybedeceği şeklinde düzenlenmesi yerinde olur. Maddenin devamında ise eşlerin miras sözleşmesinde boşandıktan sonra dahi miras sözleşmesinin geçerli olacağı konusunda

46 Örneğin; boşanma davasında kendisine hakaretler ettiğini öne süren davacı kocaya karşısında davalı kadın da önce davacının hakaretler tehditler savurduğunu kötü muamele bulunduğunu kısaca davada daha da kusurlu olduğunu öne sürmüş ve dava sona ermeden ölmüşse dava ölüm nedeniyle sona erecek ve daha kusurlu olan davacının davalıya mirasçı olması sonucu doğacaktır. İşte bu nedenle maddedeki „davacı“ ve „davalı „ sözcüklerinin Anayasaya aykırılığı gerekçesiyle kaldırılması yerinde olmuştur. Böylece artık hem davalı hem de davacı tarafın ölmesi halinde ölenin mirasçılarının davaya devam etmesinin yolu açılmıştır.

47 Tekinay, s. 293.

48 Rona Serozan, “Yeni Medeni Kanunu’nun Miras Hukuku Bakımından Yeniliklerinin Değerlendirilmesi”, *Prof. Dr. Ergun Özsunay’a Armağan*, İstanbul, 2004, s. 563, (Yenilikler).; Akkanat, s. 48; Burcuoğlu, s. 389; Dural, Öğüz, Gümüüş, s. 139.

49 Anayasa Mahkemesi’nin 21.01.2010 tarih ve E.2008/102, K.2010/14 sayılı kararı.

50 Anayasa Mahkemesinin bu yönde bir karar almasının Medeni Kanun sistemine uygun olmadığı şeklinde aksi görüş için bk. İnan, Ertaş, Albaş, s. 124.

51 Serozan, Yenilikler, s. 563.

anlaşma yapmış olmaları halinde birinci maddenin geçerli olmayacağı belirtilmelidir. Burada kanun koyucu tarafından yasal mirasçılarının iradesinin önüne geçerek kanun hükmü ile bu duruma müdahale edilmesinin ne kadar hakkaniyetli olacağı sorusu akla gelebilir. Ancak kanımızca boşanma davası açıldıktan sonra ölen eşin varsayılacak iradesi sağ kalan eşin miras haklarını kazanması yönünde olmayacağından ve yine ölen mirasbırakan eşin iradesinin yasal mirasçılarının iradesinden önce gelmesi gerektiğinden sağ kalan kusurlu eşin miras haklarından mahrum kalması açısından kanun hükmünün değiştirilmesi yerinde olacaktır.

Açılmış olan boşanma davasından sona eşlerden birinin ölmesi halinde ölen eşin mirasçılarının devam ettirdiği dava boşanmaya yönelik olmayacaktır. Zira eşlerden biri öldüğünden dava konusuz kalmıştır.<sup>52</sup> Ancak ölen eşin mirasçıları sağ kalan eşin kusurunu ispatlamaya yönelik olarak davaya devam etmektedirler.<sup>53</sup> Yargıtay kararları da davanın boşanmaya yönelik değil sağ kalan eşin kusurunu ispatlamaya yönelik olduğu yönündedir.<sup>54,55</sup>

52 Burcuoğlu, s. 382.

53 YHGK. 15.02.2012 tarih ve E.2011/2-703, K.2012/70 sayılı kararında yargılama devam ederken davacı öldüğünden yargılamaya kusur tespiti davası olarak devam edilmesi gerektiği vurgulanmıştır. (Sinerji İçtihat Programı, Erişim: 05.01.2023)

54 “boşanma davasının açılmasının ardından davacı öldüğü için dava sona ermiştir. ölen davacının mirasçısı, davalının kusurunun tespiti yönünden davaya devam etmiştir. Devam eden dava boşanma davası değil tespit davasıdır. Davalının kusuru kanıtlanamadığından mahkeme tespit istemini reddetmiştir. Bu nedenle verilen karar *kusurun tespitinin reddine münhasırdır. boşanma davası 08.06.2004 tarihinde açılmış, davacı 11.08.2004’te ölmüştür. Bu durumda, evlilik davacının ölümüyle sona ermiştir. Davaya, ölen davacının mirasçısı (ilk eşinden olma oğlu) ş....., davalının kusurunun tespiti yönünden devam etmiştir. Devam edilen dava boşanma davası değil, boşanmada davalı eşin kusurlu olduğunun saptanmasına yönelik tespit davasıdır.*“ Yargıtay 2. HD. 2005/17867E., 2006/5233 K. sayılı kararı. (Sinerji İçtihat Programı, Erişim: 07.01.2023)

55 2. HD. 16.12.2020 tarih ve E. 2020/ 5618, K. 2020 / 6501 sayılı kararında mahkemenin ölen eşin ağır kusurlu sağ kalan eşin hafif kusurlu olduğu şeklinde karar vermesinin yerinde olmadığı, sadece sağ kalan eşin boşanmaya sebebiyet verecek derecede kusurlu olup olmadığına karar verilmesi gerektiği vurgulanmıştır. „*Davacı-davalı erkek tarafından açılan boşanma davasının yapılan yargılaması sırasında davacı-davalı erkeğin vefatı üzerine mirasçıları tarafından davaya kusur tespiti açısından devam edilmiş, yargılama sonucunda ilk derece mahkemesince evlilik ölümle son bulduğundan boşanma ve ferileri konusunda karar verilmesine yer olmadığına, boşanma davası açılmasında davalı-davacı kadının kusurlu olmadığına tespitine karar verilmiştir. Hükmün davacı-davalı erkek mirasçıları tarafından istinaf edilmesi üzerine bölge adliye mahkemesince mirasçıların istinaf istemlerinin kısmen kabulü ile boşanmaya sebebiyet veren olaylarda davacı-davalı müteveffa erkeğin ağır kusurlu, davalı-davacı kadının ise hafif kusurlu olduğunun tespitine karar verilmiş, hüküm davacı-davalı erkek mirasçıları tarafından temyiz edilmiştir. Bölge adliye mahkemesince, Türk Medeni Kanunu’nun 181/2 maddesi gereğince sağ kalan eşin boşanmaya sebebiyet verecek derecede kusurlu olup olmadığına karar verilmesi ile yetinilmesi gerekirken boşanmaya sebep olaylarda davacı-davalı erkeğin ağır kusurlu, davalı-davacı kadının ise hafif kusurlu olduğunun tespitine şeklinde hüküm kurulması doğru görülmemiştir..*“ (Sinerji İçtihat Programı, Erişim:07.01.2023)

Yargıtay bir kararında<sup>56</sup> ölen eşin mirasçılarının kanunda belirtilen hakları kullanabilmelerinin en önemli şartının murisin sağlığında açılmış ve ölümünden sonra devam eden bir boşanma davasının varlığı olduğu, davada anlaşmalı boşanma davası söz konusu olduğundan ve sağ kalan eşin kusuru ancak sağ kalan eşin kusurunun ispatlanabildiği davalarda söz konusu olduğundan anlaşmalı boşanma davasında sağ kalan eşin kusurunun ispatlanamayacağı, bu tür davalarda sağ kalan eşin kusurunu ölen eş bile tartışmaya açmazken mirasçılardan tartışmaya açmasının kabul edilemez olduğu, tarafların evliliğinin ölümle sona erdiği bu nedenlerle de mirasçının kusur belirlenmesine yönelik taleplerinin reddine hükmetmiştir. Anlaşmalı boşanma davalarında mahkemece kusur tespiti yapılamayacağından eşlerden biri öldüğünde ölen eşin mirasçılardan biri davaya devam ederek kusur tespiti talep edemeyecektir. Bu nedenle kanımızca da hüküm, ölen eşin farazi iradesi ile paralellik gösterdiğinden yerindedir.

Kanun hükmünün gerekçesinde ölen eşin mirasçılarının davaya devam etmesi halinde davanın boşanmaya değil kusurun ispatlanmasına yönelik olacağı, bu durumun özellikle zina, hayata kast, pek kötü davranış, haysiyetsiz hayat sürme sebeplerinden biriyle açılan boşanma davalarında sağ kalan eşin mirasçı olmasının haksız ve adaletsiz sonuca sebep olmaması amacıyla kaleme alındığı vurgulanmıştır.<sup>57</sup>

İvazlı miras sözleşmesinin söz konusu olduğu durumda ivazın akıbetinin ne olacağı akla gelebilir. Boşanma davası açılmadan önce ivazlı miras sözleşmesi yapılmış ve dava esnasında eşlerden biri ölmüşse, ölen eşin mirasçılarının davaya devam etmeleri sonucu sağ kalan eşin kusurlu olduğu ortaya çıkarsa

56 2. HD., 18.03.2019 tarih ve E.2018/7133, K.2019/2956 sayılı kararı, ( Sinerji İçtihat Programı, Erişim:07.01.2023).

57 „Maddenin birinci fıkrası yürürlükteki 146 ncı maddenin ikinci fıkrasını karşılamaktadır. Bu fıkraya eşlerin boşanma hâlinde ölüme bağlı tasarruflardan doğan hakları da kaybetmesi, yapılan ölüme bağlı tasarrufla bunun aksinin kararlaştırılmamış olması şartına bağlanmıştır.

*Maddenin ikinci fıkrasında, boşanma davası devam ederken, davacı eşin ölümü hâlinde, davalının buna rağmen mirasçı olabilmesi belli koşullar altında engellenmektedir. Buna göre ölen davacının mirasçılardan herhangi birisinin davayı devam ettirmesi ve davalının kusurlu olduğunun sabit olması hâlinde, davalı eş, birinci fıkra hükmünde olduğu gibi davacıya mirasçı olamayacaktır. Davacı eşin ölümü hâlinde evlilik kendiliğinden son bulur. Bu nedenle davacının ölümüne rağmen, mirasçılardan birinin devam ettirdiği bu dava, eşlerin boşanmasına yönelik olmayacak, devam edilen davada, boşanmada davalının kusurlu olup olmadığı karara bağlanacaktır. Bir başka ifadeyle bu durumda devam edilen dava, boşanmada hangi eşin kusurlu olduğunun saptanmasına yönelik olacaktır. Bu durum özellikle zina, hayata kast, pek kötü davranış, haysiyetsiz hayat sürme sebeplerinden biriyle açılan boşanma davasında, davacının ölümü hâlinde, bu eylemlerde bulunan kusurlu davalı eşin buna rağmen mirasçı olabilmesi konusunda haksız ve adaletsiz sonuçların doğmasına da neden olabilecektir, işte bu haksız durumların önlenmesi amacıyla maddenin ikinci fıkrası kaleme alınmıştır.“*



miras sözleşmesi ortadan kalkacağından ölen eşin terekesinden ivaz sebebiyle olan fazlalık geri istenebilecektir.<sup>58</sup> Aksinin kabulü halinde sağ kalan eş hem ivaz ödemiş olacak hem de miras sözleşmesinde ivaz karşılığı lehine yapılan tasarruftan mahrum kalacaktır ki bu hakkaniyetli bir sonuç olmaz.

### **B. Evliliğin Butlanına Karar Verilmesinin Miras Sözleşmesine Etkisi**

Yukarıda belirtmiş olduğumuz üzere kanunda boşanmaya karar verilmesi halinde eşler arasındaki ölüme bağlı tasarrufların sona ereceği hükme bağlanmış ancak evliliğin butlanına karar verilmesi halinde ölüme bağlı tasarrufların akıbetinden söz edilmemiştir. Her ne kadar kanunda açıkça boşanmaya yer verilmişse de mutlak ve nispi butlan ile evliliğin sona ermesi halinde de aynı sonuca varmak gerekir.<sup>59</sup> Yani evlilik butlan veya nispi butlan sebebiyle sona ermişse eşler arasında yapılan miras sözleşmesi de kendiliğinden sona erer. Zira eşler birbirleri lehine yapmış olduğu ölüme bağlı tasarrufları hep evli kalacakları evliliğin sona ermeyeceği saikine dayanarak düzenlemektedirler. Bu nedenle de kanun evliliğin boşanma nedeniyle sona ermesi halinde kural olarak ölüme bağlı tasarrufların da sona ereceğini düzenlemiştir.

TMK. m. 156 hükmü uyarınca hakimin kararına kadar mutlak butlanla batıl olan bir evlilik dahi geçerli bir evliliğin tüm sonuçlarını doğurur. O halde mutlak butlan sebeplerinden biri bulunsa dahi hakim tarafından evliliğin butlanına karar verilene kadar evlilik geçerli bir evliliğin tüm sonuçlarını doğuracaktır.

Butlan davası devam ederken eşlerden birinin ölmesi halinde evlilik butlan sebebiyle değil ölüm sebebiyle sona erdiğinden kural olarak sağ kalan eş miras hakkı kazanacaktır.<sup>60</sup> Burada akla gelen en önemli soru eşlerden birinin mirasçılarının evliliğin butlanını dava edip edemeyeceği ve böylece sağ kalan eşin miras sözleşmesi ile kendisine tanınan haktan yararlanıp yararlanamayacağıdır. TMK. m 159 hükmü bu soruya cevap niteliğindedir. Madde uyarınca evliliğin butlanı davası mirasçılar tarafından açılmaz. Ancak açılmış olan butlan davasını mirasçılar devam ettirebilirler. Önceki MK. döneminde evliliğin butlanı davası açıldıktan sonra eşlerden birinin ölmesi halinde eşlerin mirasçılık durumuna ilişkin bir düzenleme bulunmadığından bu konu tartışmalı idi.<sup>61</sup> TMK. m.159 hükmü uyarınca açılmış olan butlan davasına mirasçılardan biri devam ederek davada sağ kalan eşin iyiniyetli olmadığı anlaşılırsa sağ kalan eş yasal mirasçı olamayacağı gibi daha önce yapılan ölüme

58 Topuz, s. 108.

59 Dural, s. 209.

60 Topuz, s. 71.

61 Dural, Ögüz, Gümüç, s. 97; Dural, Öz, s. 46.



bağlı tasarruflarla kendisine sağlanan hakları kaybeder.<sup>62</sup> <sup>63</sup> Aksi halde sağ kalan eş kötüniyetli olsa dahi hem yasal mirasçı olacak hem de miras sözleşmesi geçerliliğini koruyacaktır. Mirasçılar butlan davasını devam ettirmiş ve davada sağ kalan eşin iyiniyetli olduğu belirlenmişse butlan kararına rağmen sağ kalan eş mirasçı olacak ve miras sözleşmesi geçerliliğini koruyacaktır.

Mutlak butlan davası Cumhuriyet savcısı ya da ilgili olan herkes tarafından açılabilir. Ancak TMK. m. 147 hükmünde sona ermiş bir evliliğin mutlak butlanı davasını Cumhuriyet savcısının açamayacağı, yalnızca ilgililerin açabileceği belirtilmektedir. O halde kanun maddeleri arasında şöyle bir çelişki göze çarpmaktadır; bir madde mutlak butlan davasını ilgililerin açabileceğini belirtirken TMK. m. 159 hükmü evliliğin butlanını dava hakkının mirasçılara geçmeyeceğini düzenlemektedir.<sup>64</sup> Bu sebeple TMK. m.159 da sözü edilen mirasçılara butlanı dava etme hakkının geçmeyeceği hükmünü, mirasçıların kanuni halef sıfatıyla davayı açamayacakları ancak TMK. m.147'de öngörüldüğü üzere ilgili kapsamına giriyorlarsa ilgili sıfatıyla açabilecekleri şeklinde anlamak gerekir.<sup>65</sup>

### C. Evliliğin Ölüm veya Gaiplik Sebebiyle Sona Ermesinin Miras Sözleşmesine Etkisi

Yukarıda boşanma davasının açılmasından sonra eşlerden birinin ölümü üzerine evliliğin sona ermesinin miras sözleşmesine etkisi incelenmiştir. Bu başlık altında sadece eşler arasında boşanma davası açılmamış ve eşlerden biri ölmüşse veya gaipliğine karar verilmişse aralarında yapmış oldukları miras sözleşmesinin akıbeti açıklanacaktır.

Miras sözleşmesi, mirasbırakan ile karşı taraf arasında yapılan, mirasbırakanın bağlayıcı olarak kendi terekesi üzerinde tasarrufta bulunduğu ya da karşı tarafın terekesi üzerinde ileride doğacak miras hukuku taleplerinden vazgeçmesini sağladığı ölüme bağlı bir tasarruftur.<sup>66</sup> O halde eşlerin kendi

62 Bülent Köprülü, Selim Kaneti, *Aile Hukuku*, 2. Bası, İstanbul, 1989, s. 90.

63 Yargıtay 8. HD. 14.01.2014 tarih ve E.2013/ 17903, K.2014 / 157 sayılı kararında ilgililer tarafından evliliğin butlanına ilişkin dava açılmaması halinde sağ kalan eşin iyiniyeti asil olduğundan sağ kalan eş miras haklarını kazanacağına hükmedilmiştir. „butlan davası sırasında eşlerden birinin ölmesinin yanı sıra eşlerden birinin ölümünden sonra butlan davası da açılmış olması durumunda da sağ kalan eşin mirasçı olması asıldır. Sağ kalan eşin evlilik akdinin kurulması anında iyi niyetli olmadığı, eşlerden birinin ölümünden sonra ilgililer tarafından açılan mutlak butlan davasında kanıtlanmalıdır. Eşlerden birinin ölümünden sonra ilgililer tarafından mutlak butlan davası açılmamışsa, sağ kalan eş evliliğin kurulması anında iyi niyetli sayılır.“ (Sinerji İçtihat Programı, Erişim:14.01.2023)

64 İnan, Ertaş, Albaş, s. 126-127.

65 Dural, Öz, s. 45-46.

66 Dural, s. 17.

aralarında miras sözleşmesi yapmaları halinde aralarında açılmış bir boşanma davası yoksa eşlerden birinin ölümü ile miras sözleşmesi gereği yerine getirilecek ve lehine tasarruf yapılan hayattaki eş sözleşme gereği edimleri terekeden talep edecektir.

TMK. m.548 hükmü uyarınca mirasçı atanan veya kendisine belirli bir mal bırakılan kişinin mirasbırakandan önce ölmesi halinde miras sözleşmesi kendiliğinden sona erer. O halde eşler arasında miras sözleşmesi yapılmış ve lehine tasarruf yapılan eş mirasbırakan eşinden önce ölmüşse miras sözleşmesi kendiliğinden sona erecektir. Bu hüküm mirasçı olmak için mirasbırakanın öldüğü anda sağ olma ana kuralının miras sözleşmeleri yönünden tekrarı niteliğindedir.<sup>67</sup>

Ölüm tehlikesi içinde kaybolan veya kendisinden uzun süredir hiçbir haber alınmayan kişinin öldüğü konusunda kuvvetli şüphe olması halinde kişinin gaipliğine karar verilebilir.<sup>68</sup> TMK. m.131 hükmü uyarınca bir kişinin eşinin gaipliğine karar verilirse eşinin evlenebilmesi için evliliğin feshine karar verilmesi gereklidir. Görüldüğü üzere sadece gaiplik kararı verilmesi ilk evliliğin sona ermesi sonucunu doğurmamaktadır. O halde gaiplik sebebiyle evliliğin feshinin talep edilmesi gereklidir. Gaiplik kararı alınsa dahi evlilik devam ettiği için gaiplik kararı sağ kalan eşin mirasçılığına engel olmaz.<sup>69</sup>

TMK. m.35 hükmü uyarınca kişinin gaipliğine karar verilmesi halinde ölüme bağlı haklar aynen gaibin ölümü ispatlanmış gibi kullanılır. Eşlerden biri hakkında gaiplik kararı verilmesi halinde miras sözleşmesi ile lehine tasarrufta bulunulan sağ kalan eş gaibin ölmüş gibi miras sözleşmesi gereğini terekeden talep edebilecektir.

## **Sonuç**

Boşanan eşler birbirlerinin yasal mirasçısı olamayacağı gibi boşanmadan önce yapmış oldukları miras sözleşmesi ile kendilerine sağlanan hakları kaybederler. Boşanma davasının kesinleşmediği dönemde miras sözleşmesi geçerliliğini korurken davanın kesinleşmesi ile kendiliğinden sona erecektir. Ancak eşler miras sözleşmesinde boşansalar dahi miras sözleşmesinin geçerliliğini koruyacağını kararlaştırabilirler. Bu halde eşler boşandıktan sonra miras sözleşmesi yürürlükte olacak ve boşanan eşlerden birinin ölümü halinde sağ kalan eş miras sözleşmesinde kendisi lehine sağlanan hakları ölen eski eşinin terekесinden talep edebilecektir.

67 Dural, s. 205-206.

68 Ayiter, s. 154.

69 İnan, Ertaş, Albaş, s. 128.

Eşler boşanmaları halinde boşanmadan önce yapmış oldukları miras sözleşmesi sona erer. Ancak bu durum eşlerin boşanma davalarının kesinleşmesinden sonra miras sözleşmesi yapmalarına engel değildir. Eski eşler arasında yapılan miras sözleşmesi geçerlidir.

TMK. m.181 hükmünün 2. fıkrası gereği boşanma davası devam ederken ölen eşin mirasçılarında birinin davaya devam etmesi ve diğer eşin kusurunu ispatlaması halinde eşler birbirlerinin yasal mirasçısı olamayacağı gibi ölüme bağlı tasarruflarla kendilerine sağlanan hakları aksi tasarruftan anlaşılmadıkça kaybederler. Fıkranın ilk halinde ölen eşin mirasçılığı yerine ölen davacının mirasçılığı ibaresi ve diğer eşin kusuru yerine davalının kusurunu ispatlaması ibareleri bulunmakta idi. Bu husus anayasanın eşitlik ilkesine aykırı olduğundan iptal edilmiş ve madde anayasaya uygun hale getirilmiştir.

Boşanma davası devam ederken eşlerden birinin ölmesi halinde ölen eşin mirasçılarının devam ettirdiği dava boşanmaya yönelik olmayıp sağ kalan eşin kusurunu ispatlamaya yöneliktir. Tüm mirasçılar birlikte davaya etmek zorunda olmayıp tek bir mirasçı dahi davaya devam ederek sağ kalan eşin kusurunu ispatlayabilir ve miras sözleşmesi ile sağ kalan eş lehine yapılan tasarruf gereğinin yapılmasını engelleyebilir.

Yürürlükteki Türk Medeni Kanunu'nda boşanma davası devam ederken ölen eşin mirasçılarında birinin davaya devam etmemesi halinde evlilik boşanma sebebiyle değil ölüm sebebiyle sona erdiğinden sağ kalan eş kusurlu da olsa lehine yapılan ölüme bağlı tasarruf geçerli olmaktadır. Kanımızca bu adalet duygusuyla bağdaşmamaktadır. Madde metninin, boşanma davası devam ederken eşlerden birinin ölmesi halinde sağ kalan eşin kusuru ispatlanmış ve ölüm anında boşanma şartları gerçekleşmişse sağ kalan eşin mirasçı olamayacağı ve ölüme bağlı tasarrufla kendisine sağlanan hakları kaybedeceği şeklinde değiştirilmesi daha uygundur.

Eşler arasında ivazlı bir miras sözleşmesi yapılmış ve boşanma davası esnasında eşlerden biri ölmüşse ölen eşin mirasçılarında birinin davaya devam ederek sağ kalan eşin kusurunu ispatlaması halinde miras sözleşmesi sona ereceğinden sağ kalan eşin ödemiş olduğu ivazın karşılığı ölen eşin terekesinden talep edilebilecektir.

Evlenmenin butlanı davasının devamı sırasında eşlerden birinin ölmesi halinde evlilik ölümle sona erer ve kural olarak sağ kalan eş miras sözleşmesi ile kendisi lehine sağlanan hakları kazanır. Ancak evliliğin butlanı davası açıldıktan sonra eşlerden birinin ölmesi halinde mirasçılardan biri davaya devam ederek sağ kalan eşin evlenme esnasında iyiniyetli olmadığı anlaşılırsa sağ kalan eş, miras sözleşmesi ile lehine sağlanan hakları kaybedecektir.

Önceki MK. döneminde mutlak butlan davası açıldıktan sonra eşlerden birinin ölmesi halinde sağ kalan eşin miras haklarının akıbetine ilişkin bir düzenleme olmadığından konu tartışmalı idi. Ancak yürürlükteki TMK. bu konuya ilişkin açık düzenleme getirerek tartışmaya son vermiştir.

Eşlerden biri hakkında gaiplik kararı verilmesi halinde gaiplik kararından önce yapmış oldukları miras sözleşmesinin geçersiz olacağına dair bir hüküm bulunmamaktadır. Gaiplik kararı verilmesi halinde ölüme bağlı haklar aynen gaip ölmüş gibi kullanılacak dolayısıyla miras sözleşmesinde sağ kalan eş lehine yapılan kazandırmalar gaibin terekesinden talep edilebilecektir.

## KAYNAKLAR

- Akartepe, Alparslan, *Genel Olarak Ölüncüye Kadar Bakma Sözleşmesi*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010.
- Akkanat, Halil, *Ölümün Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi*, Filiz Kitapevi, İstanbul, 2004.
- Antalya, Gökhan, *Miras Hukuku*, Cilt 3, 4. Bası, Seçkin Yayınları, Ankara, 2019.
- Antalya, Gökhan, *Mirastan Feragat Sözleşmesi*, Alkım Yayınları, İstanbul, 1999. (Feragat)
- Ayiter, Nurşin, *Miras Hukuku*, 4. Bası, Sevinç Matbaası, Ankara, 1978.
- Ayiter, Nurşin; Kılıçoğlu, Ahmet, *Miras Hukuku*, Genişletilmiş 3. Bası, Savaş Yayınları, Ankara, 1991.
- Burcuoğlu, Haluk, “4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu’nun 181. Maddesinin 2. Fıkrası İle İlgili Gözlemler”, *Prof. Dr. Ergon A. Çetingil ve Prof. Dr. Rayegan Kender’e 50. Birlikte Çalışma Yılı Armağanı*, İstanbul, 2007, s. 381-391.
- Dural, Mustafa, *Miras Sözleşmeleri*, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1980.
- Dural, Mustafa; Ögüz, Tufan; Gümüş, M.Alper, *Türk Özel Hukuku Aile Hukuku*, Cilt 3, Gözden Geçirilmiş 12. Bası, Filiz Kitapevi, İstanbul, 2016.
- Dural, Mustafa; Öz, Turgut, *Türk Özel Hukuku Miras Hukuku*, Cilt 4, 13. Bası, İstanbul, 2019.
- Eren, Fikret; Aktürk, İpek Yücer, *Türk Miras Hukuku*, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019.
- Hatemi, Hüseyin, *Miras Hukuku*, Gözden Geçirilmiş 8. Bası, İstanbul, 2018.
- İmre, Zahit; Erman, Hasan, *Miras Hukuku*, Gözden Geçirilmiş 14. Basım, Der Yayınları, İstanbul, 2017.
- İmre, Zahit, *Türk Miras Hukuku*, Yenilenmiş 4. Bası, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1978.
- İnan, A.Naim; Ertas, Şeref; Albaş, Hakan, *Miras Hukuku*, Mevzuattaki Değişikliklere ve Uygulamadaki Yeniliklere Göre Genişletilmiş ve güncellenmiş 10. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.
- Köprülü, Bülent; Kaneti, Selim, *Aile Hukuku*, 2. Bası, İstanbul, 1989.
- Oğuzman, Kemal, *Miras Hukuku*, Gözden Geçirilmiş 6. Bası, Filiz Kitapevi, İstanbul, 1995.
- Oğuzman, Kemal; Öz, Turgut, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Cilt 1, Gözden Geçirilmiş 16. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2018.
- Serozan, Rona, “Yeni Medeni Kanunu’nun Miras Hukuku Bakımından Yeniliklerinin Değerlendirilmesi”, *Prof. Dr. Ergun Özsunay’a Armağan*, İstanbul, 2004. (Yenilikler)
- Serozan, Rona, *Miras Hukuku ve Uygulama Çalışmaları*, Güncellenmiş 6. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2019.
- Tekinay, S. Sulhi, *Türk Aile Hukuku*, Yedinci Baskı, Filiz Kitapevi, İstanbul, 1990.
- Topuz, Seçkin, *Boşanma Davasının Eşin Mirasçılığına Etkisi*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012.

## İnternet Kaynakları

- Sinerji İhtihat Programı



# Örtülü “Influencer” Reklamlarının İdari Denetimi\*

## Administrative Supervision of the Covert Influencer Advertising

Gülenda ATAY\*\*

### ÖZ

Günümüzde sosyal medya araçlarının yoğun kullanımına bağlı olarak daha fazla tüketiciye ulaşmak isteyen reklam verenler, sosyal medyada aktif, takipçilerinin satın alma davranışlarını yaptıkları paylaşımlarla etkileyebilen “influencer” adı verilen kişilerle iş birliği yapmaya başlamış, bu da “influencer marketing” olarak bilinen yeni bir sektörün doğmasını sağlamıştır. Her ne kadar sosyal medya üzerinden yürütülen reklam faaliyetlerinin denetimi oldukça zor olsa da bu durum, sektörün aktörleri olan reklam veren ve “influencer” arasındaki ilişki neticesinde ortaya konulan reklam faaliyetlerinin tüketici mevzuatına uygun bir yapıya sahip olması zorunluluğunu değiştirmemektir. Özellikle bu tür reklamların tüketici tarafından anlaşılır ve algılanabilir olması gerekmektedir. Bu zorunluluğa uyulmaması halinde örtülü reklam yasağına aykırılık problemi gündeme gelecektir. İşbu çalışmada öncelikle “influencer marketing” reklam uygulamalarının hukuken niteliği hakkında bilgi verilecek olup, daha sonra örtülü reklam yasağı kurumuna değinilecektir. Ardından “influencer”lar tarafından ortaya konulan tanıtımlarda örtülü reklam yasağının mahiyeti incelenecektir. Bunun akabinde, örtülü “influencer” reklamlarının ne şekilde idari denetime tabi tutulduğu hususu ele alınarak çalışma nihayete erdirilecektir.

**Anahtar Kelimeler:** Reklam, Sosyal Medya, “Influencer”, “Influencer Marketing”, Örtülü Reklam, Reklam Kurulu, Reklamın İdari Denetimi.

### ABSTRACT

Nowadays, advertisers who want to reach more consumers due to the intensive use of social media tools have started to cooperate with people called “influencer” who are active on social media and can influence the buying behavior of their followers by their shares; this situation has led to the birth of a new sector known as “influencer marketing”. Although supervision of advertising activities that carry out through social media is quite difficult, this situation does not change the require-

\* Makale gönderim tarihi: 25.09.2022. Makale kabul tarihi: 27.03.2023. Gülenda Atay, “Örtülü Influencer Reklamlarının İdari Denetimi”, *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 10, Sayı 1, 2023 s. 209-235, <https://doi.org/10.46547/imuhfd.2023.10.1.9>.

\*\* Doktora Öğrencisi, Avukat, İbn Haldun Üniversitesi, [gulenda.atay1@gmail.com](mailto:gulenda.atay1@gmail.com),  
<https://orcid.org/0000-0002-7127-6472>.

ment of having proper structure for consumer legislation as a result of relation between the actors of the sector as advertiser and the influencer. In particular, this kind of ads must be understandable and perceptible for the consumers. In case of non-compliance with this requirement, the problem of ban on covert advertising will be raised. In this study, firstly, the information about the legal nature of advertising practices of influencer marketing will be given and then the institution of prohibition of the covert advertising will be mentioned. Then, the nature of the ban on covert advertising that put out by the influencers will be examined. After that, the study will be finally concluded by considering the issue of how covert influencer ads are subject to administrative supervision.

**Keywords:** Adversiting, Social Media, Influencer, Influencer Marketing, Covert Advertising, Board of Advertisement, Administrative Supervision of the Advertising.

## Giriş

İnternet ve sosyal medyanın yaygınlaşmasıyla beraber reklam ve tanıtım faaliyetleri sosyal medyaya kaydırılmış ve bu yolla çok sayıda tüketiciye kısa sürede ulaşabilmenin yolu açılmıştır. Bu fırsatı kaçırmak istemeyen reklam verenler, mevcut tüketici kitlesinin ve müstakbel tüketicilerin ilgisini çekebilecek içerikler üreterek veya bu tür içerikleri üretebilecek kişilerle anlaşarak sosyal medya üzerinden reklam faaliyetlerini gerçekleştirmektedirler. Bu durum, sosyal medyanın sanal bir rekabet ortamına dönüşmesine zemin hazırlamıştır. Böylesine yoğun bir rekabet ortamında reklam verenlerin tutunabilmesi için farklı pazarlama stratejileri ve yeni reklam uygulamalarını kullanmaları kaçınılmaz olmuştur. İşbu reklam uygulamaları içinde çalışmamızın esas konusunu teşkil eden "influencer"la iş birliği uygulaması, günümüzde sıkça kullanılan bir reklam aracı şeklinde karşımıza çıkmaktadır. Bu uygulamada reklam verenler, "influencer" şeklinde isimlendirilen sosyal medyada meşhur kimselerle iş birliği yaparak ürün ve hizmetlerinin sürümünü artırmayı amaçlamaktadırlar. "Influencer"lar, sosyal medyayı aktif bir şekilde kullanan ve yapmış oldukları paylaşımlarla takipçi çevrelerinin satın alma davranışlarını anlamlı bir şekilde reklam veren lehine şekillendirebilme yeteneğine sahip kişiler olduklarından, reklam faaliyetlerinin başarılı bir şekilde yürütülebilmesinde etkin rol oynayabilmektedirler. Şu var ki, bir reklam faaliyetinin yürütülmesi sırasında tüketicinin reklamın olumsuz etkilerinden korunması zorunluluğu göz ardı edilmemelidir. Bu bağlamda, reklam verenlerle "influencer"lar arasında vuku bulan sözleşmesel ilişki neticesinde ortaya konan reklamların, başta 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun<sup>1</sup> ve Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği<sup>2</sup> olmak üzere

1 RG: 28.11.2013/ 28835. Çalışmada kısaca TKHK ifadesi kullanılacaktır.

2 RG: 10.01.2015/ 29232. Çalışmada Ticari Reklam Yönetmeliği olarak zikredilecektir.



sair reklam mevzuatlarında yer alan kurallara uygun olması gerekmektedir. Bu düzenlemelere aykırılık nedeniyle tüketicinin zarar gördüğü yahut zarar görmesi ihtimalinin bulunduğu durumlarda adli veya idari prosedürlerin işletilmesi gerekecektir. Bu çalışmada, başta 6502 sayılı TKHK ve Ticari Reklam Yönetmeliği'nde yasaklanmış olan; aradaki iş birliği ilişkisinin gizlenmesi yahut reklam olduğu açıkça ortaya konulmaksızın, tanıtımı yapılacak ürün, hizmet yahut işletmeye ilişkin unsurların reklam amacıyla sunulması sonucu “örtülü reklam” şeklinde ortaya çıkan “influencer” reklamlarının hukuki durumu değerlendirilecektir. Bu kapsamda öncelikle “influencer” reklamlarının muhtevası hakkında bilgi verilecek olup, daha sonra örtülü reklam ve örtülü reklamın “influencer marketing” reklam uygulamalarındaki yansımaları ele alınacaktır. Son olarak örtülü “influencer” reklamlarının idari denetimi hakkında değerlendirme yapılacaktır.

## I. Reklam Kavramı ve Sosyal Medya Reklamları

### A. Reklamın Tanımı

Reklam, bir ürün yahut hizmetin tanıtımını yapmaya yarayan en önemli pazarlama araçlarından biridir. Üreticiler, doğrudan tüketici kitlesiyle iletişim kuramayacakları için reklam, üretici ile tüketici arasında bir köprü vazifesi görmektedir<sup>3</sup>. Bu yönüyle reklam, tüketicinin üretici ile ileride sözleşme ile sonuçlanabilecek bir hukuki sürece çekilmesi noktasında önemli bir rol oynamaktadır.

Reklam kavramının mevzuatta farklı şekillerde tanımlarına rastlamak mümkündür. 6502 sayılı TKHK m. 61/1'de ticari reklam, “*ticaret, iş, zanaat veya bir meslekle bağlantılı olarak; bir mal veya hizmetin satışını ya da kiralanmasını sağlamak, hedef kitleyi oluşturanları bilgilendirmek veya ikna etmek amacıyla reklam verenler tarafından herhangi bir mecrada yazılı, görsel, işitsel ve benzeri yollarla gerçekleştirilen pazarlama iletişimi niteliğindeki duyurular*” şeklinde tanımlanmıştır. Yine Ticari Reklam Yönetmeliği m. 4/1-n ve Reklam Kurulu Yönetmeliği<sup>4</sup> m. 3/1-1 hükümlerinde benzer bir tanım yer almaktadır. Uluslararası mevzuata bakıldığında, 2011 yılında revize edilen Birleştirilmiş Uluslararası Reklam ve Pazarlama İletişimi Uygulama Esasları'na (ICC) göre reklam, “*Mecralarda bir ücret ya da bir değer karşılığı yayımlanan her türlü pazarlama iletişimi*”<sup>5</sup> şeklinde tarif edilirken, 2006/114/EC sayılı Aldatıcı ve Karşılaştırmalı Reklamlara Dair Avrupa Parlamentosu ve Konsey Yönergesi m. 2 hükmünde “*taşınmaz mallar, haklar ve yükümlülükler dahil olmak üzere mal veya hizmetlerin tedarik edilmesini teşvik etmek amacıyla*

3 Hayrünisa Özdemir, “Aldatıcı Reklamlara Karşı Tüketicinin Korunması”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 54, Sayı 3, 2004, s. 65.

4 RG: 03.07.2014/ 29049.

5 <https://rd.org.tr/www/rd/assets/doc/icc-1.pdf> (E.T. 07.09.2022).

*bir ticaret, meslek, zanaat veya meslek ile ilgili olarak herhangi bir şekilde yapılan beyanlar*"<sup>6</sup> şeklinde tanımlanmıştır. Doktrinde de reklamın; bir malın, hizmetin ya da ticari düşüncenin pazara sunulduğunun bir vasıta kanalıyla duyurulması ve geliştirilmesi<sup>7</sup>, ticari kazanç elde etmek amacıyla yapılan her türlü duyuru<sup>8</sup>, malın veya hizmetin sürümünün artırılmasına yönelik her türlü tanıtım<sup>9</sup> gibi tanımlarına rastlanabilecektir<sup>10</sup>. Gerek mevzuatta gerekse doktrinde üzerine konsensus sağlanmış bir reklam tanımı bulunmadığı ifade edilmelidir. Bu açıklamaların ardından doktrine katkı sağlamak adına reklamı, "iletişim araçlarından yer yahut süre alınmak suretiyle bir ürünün yahut hizmetin tanıtımını hedefleyen, tüketicideki kararsızlığı satın almaya dönüştürme amacı güden tanıtım aracı" biçiminde tanımlamak mümkündür.

Reklam; mesaj, ticari amaçla gerçekleştirilme, ayırt edilme ve mecra unsurlarını haizdir. Bu noktada bedel unsuru, reklamın bir unsuru olarak zikredilmekle birlikte, reklamın zorunlu bir unsuru olarak kabul edilmemektedir. Bu unsurlardan mesaj unsuru, tanıtımı yapılmak istenen mal veya hizmete ilişkin bilgilerin tamamını yahut bir kısmını ifade etmektedir<sup>11</sup>. Ticari amaçla gerçekleştirme unsuru ise reklamın bir duygu, düşünce ya da propaganda yayma amacı gütmemesi, tüketicinin ürün veya hizmet hakkında bilgilendirilmesi ve bu yolla onu satın almaya sevk ederek ticari kazanç elde etme amacına yönelik olmasıdır. Ayırt edilme unsuru, Ticari Reklam Yönetmeliği m.6/1 hükmünde "*Biçimi ve yayınlandığı mecra ne olursa olsun bir reklamın, reklam olduğu açıkça anlaşılmalıdır*" şeklinde açıkça vurgulanmış olup, tüketicinin reklamı, reklam verenin kimliğini, işletme adını, unvanını, logo ya da tescilli markasını algılaması veya bunları reklamın kurgusundan çıkarabilmesini ifade etmekte-

6 OJ. L 376/21, 27.12.2006.

7 Celal Göle, *Ticaret Hukuku Açısından Aldatıcı Reklamlara Karşı Tüketicinin Korunması*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, İstanbul, 1983, s. 36.

8 Arzu Erol, *Türk Hukukunda Örtülü Reklam*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 5.

9 Emrehan Inal, *Reklam Hukuku ve Aldatıcı Reklamlar*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2000, s. 14.

10 Farklı tanımlar için ayrıca bkz. Numan Tekelioğlu, *Tüketicinin Korunması Açısından Hukuka Aykırı Reklamlar*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016, s. 10; Ali Demirbaş, "Tüketici Hukuku Açısından Karşılaştırmalı Reklam Doğrudan mı Dolaylı mı?", *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 24, Sayı 1, 2020, s. 33; Agah Adak, "Türk Hukuku Açısından Haksız Rekabet Müessesesi ve Reklam Yolu ile Haksız Rekabet", *Adana İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Dergisi*, Sayı 4, 1975, s. 361; Aylin Dişbudak, *Reklam Hukuku ve Aldatıcı Reklamlar*, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2007, s. 8.; Derya İçöz, *Aldatıcı Reklamlara Karşı Tüketicinin Korunması*, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2008, s.15; Emrehan Inal, Başak Baysal, *Reklam Hukuku ve Uygulanması*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2008, s. 8; Füsün Topsümer, Müge Elden, *Reklamcılık, Kavramlar, Kararlar, Kurumlar*, İletişim Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 13-14; Dilek Şahinci, *İnternette Aldatıcı Reklam ve Reklam Verenlerin Sorumluluğu*, Seçkin Yayıncılık, İstanbul, 2011, s. 20.

11 Göle, s. 49.

dir. Son olarak mecra kavramı, aynı yönetmeliğin m. 4/1 hükmünde “*Reklam ve tanıtım mesajını ileten ve o mesajı alma durumunda olan kişi, grup ya da topluluğun bulunduğu yeri ve ortamı; televizyon, her türlü yazılı basın, internet, telefon, radyo, sinema gibi iletişim kanalları ile açık hava, basılı materyal gibi iletişim araçları*” şeklinde tanımlanmış olup, reklamların yayınlanabileceği hukuki kısıtlılık barındırmayan her türlü iletişim aracını kapsamaktadır. Bedel unsuru, reklam verenin, reklamı mecra kuruluşunda<sup>12</sup> yayınlaması için mecra sahibine ödeyeceği meblağı ifade etmektedir<sup>13</sup>. Hemen yukarıda da zikrolunduğu üzere bedel, bilhassa günümüzde reklamcılık faaliyetinin bilhassa sosyal medya üzerinden ücretsiz bir şekilde gerçekleştirilebiliyor olması göz önüne alındığında reklamın zorunlu bir unsur olarak değerlendirilemeyecek ve fakat zorunlu olmayan bir unsur olarak zikredilebilecektir.

## **B. Sosyal Medya Reklamları ve Sosyal Medya Reklam Uygulamaları**

### **1. Sosyal Medya Kavramı**

Sosyal medya, günümüzde insan hayatı üzerinde önemli bir etkiye sahiptir. Çıkış noktasından bugüne kadar büyük değişim kaydeden sosyal medya, sadece bir iletişim aracı olmaktan çıkarak, insanların hayatlarını şekillendiren bir yapıya bürünmüştür. Bilhassa reklamların sosyal medya platformlarına kaydırılması ile sosyal medya kullanıcıları potansiyel birer tüketici vasfı kazanmış, kullanıcıların satın alma davranışları önemli ölçüde şekillendirilebildiği için bu platformlar, reklam verenler için son derece cazip birer pazara dönüşmüştür. Halihazırda milyonlarca kullanıcısı bulunan sosyal medya, her geçen gün daha da artan kullanıcı sayısı ile büyümeye devam etmektedir<sup>14, 15</sup>.

12 Mecra kuruluşu, Ticari Reklam Yönetmeliği m. 4/1-i hükmünde “*Reklamın yayımlandığı ve hedef kitleye ulaştırıldığı her türlü mecranın sahibi olan veya bunları işleten ya da kiraya veren gerçek veya tüzel kişi*” şeklinde tanımlanmıştır.

13 Tekelioğlu, s. 13.

14 Hootsuite WeAreSocial verilerine göre dünya üzerinde Temmuz 2022 itibarıyla 4.7 milyar kişinin sosyal medya kullanıcısı olduğu kaydedilmiştir. Bu rakam yeryüzü nüfusunun %59’una tekabül etmekte olup, 2021 verileri dikkate alındığında bu oranda %5.1’lik bir artış gözlemlenmiştir. Yine aynı raporda Türkiye istatistiklerine bakıldığında son güncel verilere göre Türkiye’de 68.9 milyon sosyal medya kullanıcı bulunmaktadır. Bu oran toplam nüfusun %80.8’ne denk gelmektedir. Geçen seneye oranla sosyal medya kullanıcı sayısı ülkemizde %14.8 oranında artmıştır. Ayrıca bkz. <https://datareportal.com/reports/digital-2022-july-global-statshot> (E.T. 24.09.2022); <https://datareportal.com/reports/digital-2022-turkey> (E.T. 24.09.2022).

15 Dünya üzerinde en çok kullanılan sosyal medya araçları ve kullanıcı sayılarını şu şekilde sıralamak mümkündür: Facebook (2,9 milyar), YouTube (2,4 milyar), Instagram (1,4 milyar) TikTok (1 milyar), SnapChat (617 milyon), Douyin (613 milyon), Kuaihou (598 milyon), Sina Weibo (582 milyon), QQ (584 milyon), Twitter (486 milyon), Pinterest (433 milyon), Reddit (430 milyon), Quora (300 milyon). Bu listede mobil yazışma uygulamaları olan Messenger,

Sosyal medya, kullanıcıların duygu, düşünce, deneyim ve yorumlarını paylaşmasına izin veren iki yönlü Web 2.0 tabanlı Web teknolojisi<sup>16</sup> üzerine inşa edilmiştir<sup>17</sup>. Mevzuatta sosyal medya, "sosyal ağ sağlayıcı" kavramının karşılığı olarak 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun<sup>18</sup> m. 2/s'de "*Sosyal etkileşim amacıyla kullanıcıların internet ortamında metin, görüntü, ses, konum gibi içerikleri oluşturmalarına, görüntülemelerine veya paylaşmalarına imkân sağlayan gerçek veya tüzel kişileri*" biçiminde tanımlanmıştır<sup>19</sup>. Doktrinde, içeriğin oluşturulmasının kullanıcı iradesine bağlı olduğu internet tabanlı Web 2.0 teknolojik altyapısı üzerine kurulu uygulamalar bütünü<sup>20</sup> olduğunu vurgulayan bir tanıma rastlamak mümkün olduğu gibi, Web 2.0 teknolojisine dayanan, bireylerin kullanıcı sıfatı ile birtakım kişisel bilgi ve verilerini, duygu, düşünce ve ilgilerini, yazılı, görsel vb. içerikleri ayrı ayrı kişilerle yahut bir kitleyle veya kamuyla paylaşma zemini bulabildikleri; kullanıcılarına öz içerik, iş birliği veya topluluk oluşturulmasına interaktif olarak sağlayan dijital platformlar<sup>21</sup> şeklinde nitelendirileceğini belirten daha geniş bir tanıma da rastlamak mümkündür<sup>22</sup>. Bu doğrultuda sosyal medya,

---

Whatsapp, Telegram ve WeChat hariç tutulmuştur. <https://www.webtekno.com/en-cok-kullanilan-sosyal-medya-uygulamaları-temmuz-2022-h126239.html> (E.T. 24.09.2022).

- 16 Web 2.0 teknolojisi, kullanıcıların Web sayfalarında bilgiye erişimlerine, bilgiyi düzenlemelerine ve paylaşma, istedikleri formatta Web ortamları elde etme olanağı sunan, kullanıcıların arasındaki iş birliğinin ve etkileşimin yoğun olduğu interaktif araçları ifade etmektedir. <https://www.indekskonusmacajansi.com/web-kavrami-ve-webin-evrimi-web-1-0-web-2-0-web-3-0-web-4-0/> (E.T. 10.09.2022)
- 17 Yasemin Gedik, "Pazarlamada Yeni Bir Çerçeve: Sosyal Medya ve Web 2.0", *Uluslararası Yönetim Akademisi Dergisi*, Cilt 3, Sayı 1, 2020, s. 253.
- 18 RG: 23.05.2007/ 26530.
- 19 Reklam Kurulu'nun 04.05.2021 tarihli ve 309 sayılı toplantısında 2021/2 numaralı ilke karar olarak kabul edilen Sosyal Medya Etkileyicileri Tarafından Yapılan Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Hakkında Kılavuz'da sosyal medya mezkur Kanun'a atıfta bulunulmuş suretiyle "*4/5/2007 tarihli ve 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun kapsamında sosyal etkileşim amacıyla kullanıcıların internet ortamında metin, görüntü ve ses gibi içerikleri oluşturmalarına, görüntülemelerine veya paylaşmalarına imkân sağlayan gerçek veya tüzel kişiler*" şeklinde bir tanım tercih edilmiştir. Kanun'da yer alan "konum" ifadesine bu Kılavuz'da yer verilmemesi bu ibarenin gözden kaçırılmış olabileceği fikrini uyandırmaktadır.
- 20 Andreas Kaplan, Micheal Haenlein, "Users of the World, Unite! The Challenges and Opportunities of Social Media", *Business Horizons*, Cilt 53, Sayı 1, 2010, s. 61.
- 21 Sinan Sami Akkurt, "Kişilik Hakkının Sosyal Medya Kullanıcıları Tarafından İhlâli Hâlinde Ortaya Çıkacak Cezaî Sorumluluk'a Medeni Hukuk Bağlamında Bir Bakış", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 25, Sayı 2, 2017, s. 335.
- 22 Başkaca tanımlar için bkz. Danah Boyd, Nicole Ellison, "Social Network Sites: Definition, History, and Scholarship", *Journal of Computer-Mediated Communication*, Cilt 13, Sayı 1, 2007, s. 211; Jan Kietzmann, Kristopher Hermkens, Ian Mccarthy, Bruno Silvestre "Social Media? Get Serious! Understanding the Functional Building Blocks of Social Media", *Business Horizons*, Cilt 54, Sayı 3, 2011, s. 241; Şenol Haciefendiog˘lu, "Reklam Ortamı Olarak Sosyal Paylaşım Siteleri Ve Bir

“kullanıcılarına bireysel veya toplu olarak yazılı, işitsel ve/veya görsel içerikler üretmelerine, diğer kullanıcılarla da bu paylaşımlar üzerinden iletişime geçmelerine imkan veren sanal platformlar” şeklinde tanımlanabilecektir.

Sosyal medya, içerisinde pek çok araç barındırmaktadır. İşbu araçlarda reklam verenler, tüketicilerin ilgisini çekmek için birbirinden farklı reklam teknikleri uygulamaktadırlar. Kullanılan sosyal medya araçlarıyla reklam verenler, kısa zamanda çok sayıda tüketiciye ulaşmayı ve bu sayede ürün ve hizmetlerinin sürümünü artırmayı amaçlamaktadırlar. Teknolojik gelişmelere bağlı olarak bu araçların her geçen gün daha da geliştiği ve yeni özellikler kazanarak tüketicilerin satın alma davranışının ve tanıtımı yapılan ürün/ hizmete karşı benimsediği tutumun reklam veren lehine şekillendirildiği yadsınamaz bir gerçektir. Bu araçları bloglar<sup>23</sup>, mikrobloglar<sup>24</sup>, sosyal ağ siteleri<sup>25</sup>, fotoğraf-video paylaşma siteleri<sup>26</sup>, sosyal işaretleme siteleri<sup>27</sup>, wikiler<sup>28</sup>, podcast'lar<sup>29</sup>, çevrimiçi forumlar<sup>30</sup> şeklinde sıralamak mümkündür<sup>31</sup>.

Araştırma”, *Bilgi Ekonomisi ve Yönetimi Dergisi*, Cilt 6, Sayı 1, 2011, s. 107.

- 23 Bloglar, ağ günlükleri olarak nitelendirilen, kişilerin özgürce paylaşımında bulunabildiği ve diğer kullanıcılarla da bu paylaşımlar hakkında yorum üretmek suretiyle iletişime geçebildiği, güncellemeleri ters kronolojik sıraya sahip siteleri ifade eder. En bilinen örneği WordPress.com ve Blogger'dır. Bkz. Fatma Meliha Nevgül Anbarlılar, *Sosyal Medyada Reklama Güven, Yayınlanmamış Doktora Tezi*, Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2021, s. 51.
- 24 Mikrobloglar, kullanıcıların site içerisinde kullandıkları karakter sayısının sınırlandırıldığı ve fotoğraf, video, kısa metin paylaşabildikleri anlık iletişime imkan veren sitelerdir. En bilinen örneği Twitter'dır. Bkz. Mine Kaya, “Sosyal Medya ve Sosyal Medyada Üçüncü Kişilerin Kişilik Haklarının İhlali”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 119, 2015, s. 283-284.
- 25 Sosyal ağlar, kullanıcılarına içerisinde oluşturulan herkese açık ya da yarı açık profiller aracılığıyla başkalarıyla iletişime geçmesine, başkalarının profillerini görüntüleyebilmesine ve burada içerik üretmelerine imkan veren online uygulamalardır. Bilinen örneği Facebook'tur. Bkz. Kaya, s. 285; Kaplan, Haenlein, s. 63.
- 26 Fotoğraf- video paylaşma siteleri, metin yerine fotoğraf ve video paylaşımının ön planda olduğu ve kullanıcılarına bu paylaşımlar altında yorum yapma olacağı sunan uygulamalardır. En meşhur örneği Youtube ve Instagram'dır. Bkz. Semih Sırrı Özdemir, Zahid Dog'anay, “Bir Mecra Olarak Sosyal Medyanın Reklam Hukuku Açısından İncelenmesi”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, Sayı 13, 2019, s. 306; Kaya, s. 284.
- 27 Sosyal işaretleme siteleri, kullanıcılarına online ögeleri işaretleme ve etiketleme, bunları kendi profillerinde paylaşma, muhafaza etme, başkalarına da bunlara mezkur işaret ve etiketler aracılığıyla ulaşma olanağı tanıyan sitelerdir. Bilinen örneği Pinterest'tir. Bkz. Kaya, s. 287.
- 28 Wikiler, iç içe geçmiş çoklu sayfalarından oluşan, içeriklerin değiştirilebildiği dijital ansiklopedilerdir. Bilinen örneği, Wikipedia'dır. Bkz. Kaya, s. 287.
- 29 Podcast'lar, ses veya video dosyalarının çevrimiçi olarak paylaşıldığı ve bunlara erişimin abonelik sistemiyle mümkün olabildiği uygulamalardır. Meşhur örnekleri Spotify ve SoundCloud'dur. Bkz. Anbarlılar, s. 54.
- 30 Çevrimiçi forumlar, kullanıcılarına soru sorup cevap alma imkanı veren, belirli konu ve ilgi alanları ekseninde tartışmaların mümkün olabildiği çevrimiçi sitelerdir. Bilinen örnekleri, Reddit ve Quora'dır. Bkz. Anbarlılar, s. 55.
- 31 Anbarlılar, s. 50.

## 2. Sosyal Medya Reklam Uygulamaları

Klasik reklamlar, reklam verenlere ağır ekonomik sorumluluk yüklemekte ve ne kadar zamanda kaç tüketiciye ulaşıldığının belirlenmesini zorlaştırmaktadır. Bu sebeple reklam verenler, sosyal medyada paylaştıkları reklamların istatistiksel verilerine hemen ulaşabilmek ve tüketicilerin geri dönüşleri neticesinde reklam stratejilerini biçimlendirebilmek için farklı reklam uygulamalarından istifade etmektedirler. Çalışmamızda bu uygulamalar kişiselleştirilmiş reklam, viral reklamcılık, ünlü kullanımı ve "influencer"la iş birliği şeklinde ele alınacaktır.

### a. Kişiselleştirilmiş Reklam

Kişiselleştirilmiş reklam, tüketicinin ilgilenmesi muhtemel reklamlarla karşılaşmasını sağlayan, reklam içeriğinin belirli bir kişiye göre oluşturulmasını ve tüketiciye ulaştırılmasını sağlayan reklam uygulamasıdır<sup>32</sup>. Bu reklamlar, tüketicilerin internet aktivitelerinin veri madenciliği yoluyla işlenmesi sonucunda elde edilen bilgilerle üretilmektedir. Veri madenciliği, kullanıcıların Web hareketlerinin Google, Explorer gibi tarayıcılar tarafından kaydedilmesi ve bu hareketlerin anlamlı bir veriye dönüştürülmesi işlemi ifade eder<sup>33</sup>. İşbu yolla internet kullanıcılarının internette gerçekleştirdiği işlemlerden ne tür ürün veya hizmetle ilgilenebileceği belirlenebilmekte ve elde edilen veriler yoluyla kullanıcının o ürün/ hizmetin yer aldığı reklamlarla karşılaşması sağlanabilmektedir. Bu hususta verilerin en kolay elde edilebileceği yerler sosyal ağlar olmakta<sup>34</sup>, kullanıcıların buralarda paylaştıkları bilgilerden yahut girdikleri sitelerden, kullandıkları uygulamalardan, konum bilgilerinden vb. yola çıkılarak ilgi alanına ve ihtiyacına uygun reklamlarla karşılaşması amaçlanmaktadır.

### b. Viral Reklamcılık

Word-of-Mouth (WOM) adı verilen ağızdan ağıza iletişimin çevrimiçi uzantısı olan viral reklamcılık, ilginç içeriğe sahip reklamların sosyal medyaya konulmasının ardından, internet kullanıcıları tarafından, kendilerine bir ücret ödenmeksizin yayılmasını ifade eden bir reklam uygulamasıdır<sup>35</sup>. Bu uygulamada sosyal medya üzerinden reklamlar bir kullanıcıdan başka bir kullanıcıya aktarılır ve bu süreç son derece doğal bir şekilde ilerler. Viral reklamcılıkta

32 Özdemir, Doğanay, s. 307.

33 Ali Burak Ensari, *Çevrimiçi Davranışsal Pazarlamanın Tüketici Davranışları Üzerine Etkisi ve Kişisel Verilerle İlişkisi*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Bilgi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2014, s. 24.

34 Özdemir, Doğanay, s. 307.

35 Ayrıca bkz. Maria Petrescu, Pradeep Korgaonkar, "Viral Advertising: Definitional Review and Synthesis", *Journal of Internet Commerce*, Cilt 10, Sayı 3, 2011, s. 215- 216.

ana hedef, bir tüketicinin reklamı yapılan ürün/ hizmet veya üretici/sağlayıcı hakkındaki düşünce ve tutumunun bir diğer tüketici tarafından etkilenmesidir. Hal böyle olunca, sosyal medya kullanıcısı reklam konusu şey hakkında fikirlere şeklini şkillendirildiğini fark etmeden bu sürece dahil olabilmektedir. Ancak bunun için tüketici, reklam içeriğini kendi sosyal medya hesaplarında, mesaj yahut mail yoluyla paylaşmaya değer görmelidir.

### c. Ünlü Kullanımı

Reklam verenler, toplum nazarında belirli bir statüye sahip ünlü kişilerle<sup>36</sup> anlaşarak, bu kişilere halk tarafından duyulan güvenden istifa etmeyi amaçlamakta ve bu kişilerin yer aldığı reklamları tüketiciye arz etmektedirler. Televizyon reklamlarında daha sık rastladığımız ünlüler artık sosyal medya reklamlarında da karşımıza çıkmaktadır. Bu kişilerin kullanımındaki asıl maksat, tüketiciye tanıtımı yapılan ürün yahut hizmetin daha kaliteli olduğu fikrini uyandırmak ve bu şekilde tüketiciyi o ürün ve hizmeti satın almaya çekmektir. Bu noktada reklam, ürünün/ hizmetin akılda kalıcı olmasından ve bir ünlü ile aynı ürünü/ hizmeti kullanıyor olmanın ayrıcalıklı olduğu algısından güç almaktadır. Ünlü kişi, ürünün/ hizmetin tanıtımını sosyal medya doğrudan yapabileceği gibi ürünü kullandığını belirtmek suretiyle örtülü olarak da yapılabilir<sup>37</sup>.

### d. “Influencer”la İş Birliği

Sosyal medya kullanımının yaygınlaşması ile sosyal medya platformlarında paylaşımlarına itibar edilen, hatta davranışları taklit edilen, ünlülere nispeten daha samimi ve güvenilir bulunan kişiler ortaya çıkmaya başlamıştır. Söz konusu kişiler, sosyal medyayı bir sosyalleşme amacının çok daha ötesinde, kişileri etkilemek için kullanmakta, yaptıkları paylaşımlarla çok kısa sürede birçok kişinin ilgisini çekmek suretiyle yüksek etkileşim olarak popülerliklerini korumaktadırlar. Bu kişiler, “influencer” olarak nitelendirilmektedir<sup>38</sup>. “Influencer” kavramı Reklam Kurulu’nun 04.05.2021 tarihli ve 309 sayılı

36 Ünlü kavramı ile uzun zamandır bilinen ve farklı mecralarda ön plana çıkarak halkın dikkatini çeken ve kendilerine özel bir değer atfedilen kişiler anlaşılmalıdır. Geniş açıklama için ayrıca bkz. Leyla Müjde Kurt, “Kamuya Mal Olmuş Kişi Kavramı”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 66, Sayı 3, 2017, s. 581.

37 Özdemir, Doğanay, s. 319.

38 “Influencer” kelimesi İngilizce “influence” fiilinden türetilmiş olup, kelime manasıyla “etkileyici” olarak dilimize çevrilebilir. Bu kişiler etkileyici, dijital kanaat önderi, sosyal medya fenomeni, içerik üreticisi gibi isimlerle de anılmaktadırlar. Bu noktada, doktrinde belirli bir terimin kullanılması hususunda bir uzlaşma olmadığı ifade edilmelidir. Ayrıca “influencer” ifadesi günümüzde pek çok sosyal medya kullanıcısı tarafından hüsünükabul görmektedir. İşbu sebeple global kullanıma uyum sağlamak amacıyla çalışmada bu kavram tercih edilecektir. Kavram tercihine ilişkin açıklamalar için ayrıca bkz. Gülemda Atay, *Influencer Sözleşmesi*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İbn Haldun Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, İstanbul, 2021, s. 33-34; Duncan Brown, Hayes Nick, *Influencer Marketing*, Elsevier Publishing, Macaristan, 2008, s. 49.



toplantısında 2021/2 numaralı ilke kararı olarak kabul edilen Sosyal Medya Etkileyicileri Tarafından Yapılan Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Hakkında Kılavuz'da "sosyal medya etkileyicisi" ifadesi kullanılarak "Sosyal medya hesabı üzerinden kendisine veya reklam verene ait bir mal veya hizmetin satışını ya da kiralanmasını sağlamak, hedef kitleyi oluşturanları bilgilendirmek veya ikna etmek amacıyla pazarlama iletişimde bulunan kişi" şeklinde tanımlanmıştır. İşbu tanımdan hareketle söylenebilir ki, "influencer"ların en önemli fonksiyonu kendisine ait veya reklam verene ait bir ürün ya da hizmete olan rağbeti artırmak, ortaya koyduğu içeriklerle takipçi çevresinin satın alma davranışını kendi ya da reklam veren lehine anlamlı bir şekilde şekillendirmektir. "Influencer" ile reklam veren arasındaki sözleşme üç şekilde ortaya çıkabilir. Buna göre ya reklam verenle "influencer" arasında yapılan tanıtımın mahiyetine, paylaşım sayısı ve şekline bağlı olarak ücretli iş birliği ilişkisi vardır ya reklam veren, "influencer"a tanıtımını yaptırmak istediği üründen ücretsiz olarak göndermekte veya hizmetten yararlandırmaktadır ya da düzenlemiş olduğu davete "influencer"ı da davet ederek davet hakkında paylaşımında bulunmasını istemektedir<sup>39</sup>.

### C. "Influencer" Reklamlarının Hukuki Niteliği

Yukarıda bir tanıtımın reklam olarak nitelendirilebilmesi için gerekli olan unsurlar zikredilmişti. Bu minvalde "influencer" reklamlarının bu unsurları haiz olup olmadığının tespit edilmesi gerekmektedir. Öncelikle reklamın mesaj unsuru olması gerekmektedir. Buna göre "influencer" reklamlarında takipçileri bir ürün veya hizmeti satın almaya sevk edecek bilgilerin tamamının veya bir kısmının yer aldığı görülecektir. Bu yönüyle "influencer" reklamları mesaj unsuru şartını sağlamaktadır. Bununla beraber "influencer" reklamlarında belirli bir siyasi, sosyal vb. propaganda maksadı olmaksızın yahut farkındalık uyandırma amacı güdülmeyen ekonomik çıkar elde etmek hedeflenmektedir. Bu yönüyle ticari amaçla gerçekleştirilme unsurunu da sağlamaktadır. Ayrıca "influencer" reklamının ayırt edilmesi, yani tüketici tarafından, yayınlanan içeriğin reklam olduğunun anlaşılabilmesi, en azından reklamın muhtevassından çıkarılabilmesi gerekmektedir. Bu şartı sağlamayan reklamlar, ileride ele alınacağı üzere reklam mevzuatına aykırılık teşkil edecek olup, yaptırımlara muhatap olacaktır. Bununla beraber sosyal medya ve "influencer"ın sosyal medya hesabı, yukarıda tanımlanan Ticari Reklam Yönetmeliği m. 4/1'de yer alan "her türlü...internet...iletişim araçları" kapsamında değerlendirilen Web

39 Selçuk Kıran, Cansu Yılmaz, İlkin Ecem Emre, "Instagram'daki Influencer'ların Takipçiler Üzerindeki Etkisi", *Uluslararası Yönetim Bilişim Sistemleri ve Bilgisayar Bilimleri Dergisi*, Cilt 3, Sayı 2, 2019, s. 103.



2.0 teknolojisi temeline dayalı bir “mecra” konumundadır. Son olarak, bedelin reklam verenin mecra kuruluşuna ödediği meblağı ifade ettiği zikredilmişti. Bu noktadan bakıldığında “influencer”, almış olduğu ücreti bir reklamı kendi sosyal medyasında yayınladığı için yani mecra kuruluşu sıfatının bir gereği olarak değil, reklam üreten kişi kimliğiyle yani reklam ajansı sıfatının bir sonucu olarak hak etmektedir. Bu bağlamda “influencer” a ödenen ücret, reklamın unsurları arasında zikredilen bedel unsurunu karşılamamaktadır. Ancak bu şartın sağlanamamış olması diğer dört unsuru sağlayan “influencer” reklamlarının reklam mevzuatına tâbi olmasını engellemeyecektir, zira bedel unsuru reklamın zorunlu bir unsurunu teşkil etmemektedir. İşbu halde 6502 sayılı TKHK başta olmak üzere reklamlara uygulanan mevzuat hükümleri “influencer” reklamlarına da tatbik edilecektir. Şu durumda, örtülü “influencer” reklamları da ilgili mevzuat hükümleri çerçevesinde değerlendirilmelidir.

## II. Örtülü Reklam Kavramı ve “Influencer” Reklamlarında Örtülü Reklam Yasağına Aykırılık

### A. Örtülü Reklam Kavramı

Günümüzde tüketiciler bir reklam gördüklerinde, çok fazla reklama maruz kalmaktan kaynaklı olarak bundan rahatsız olabilmekte, ilgisini daha başka bir noktaya çevirme ihtiyacı hissedebilmektedirler. Reklam faaliyetlerinin geniş mecralara yayılmasının tüketicilerde doğurduğu bıkkınlık hissini izale etmek için örtülü reklamlar ortaya çıkmıştır. Bu tür reklamlar, gün içinde çok sayıda reklama maruz kalan tüketicinin reklamlara karşı geliştirebileceği negatif tutumun önüne geçme amacını taşımaktadır. Zira örtülü reklamlarda tüketici gördüğü, izlediği yahut dinlediği şeyin reklam olduğunu fark edememektedir.

Örtülü reklam, TKHK m. 61/4 hükmünde “*Reklam olduğu açıkça belirtilmeksizin yazı, haber, yayın ve programlarda, mal veya hizmetlere ilişkin isim, marka, logo veya diğer ayırt edici şekil veya ifadelerle ticari unvan veya işletme adlarının reklam yapmak amacıyla yer alması ve tanıtıcı mahiyette sunulması*” şeklinde tanımlanmış olup ve yine aynı madde hükmünde yasaklanmıştır<sup>40</sup>. Buna mukabil 6112 sayılı Radyo ve Televizyonların

40 Kanun gerekçesi şu şekildedir: “*Haber ya da program seyrettiğini zanneden izleyiciler, ya da gazetelerde haber okuduğunu zanneden okuyucular örtülü şekilde bir reklama maruz bırakılarak satın alma tercihlerine etik olmayan bir şekilde müdahale edilmektedir. Görsel veya yazılı medyada bu şekilde örtülü reklamlar yapılarak okuyucuların veya izleyicilerin satın alma tercihlerine müdahale edilmekte, dolayısıyla reklamlar, tüketicilere yasal düzenlemelere aykırı bir şekilde aktarılmaktadır. Beşinci fıkrada öncelikle bu tür haksız şekilde yapılan örtülü reklamın bir tanımı yapılmış, daha sonra ise her türlü mecra da örtülü reklamın yasak olduğu vurgulanmıştır.*” (Lexpera İçtihat ve Mevzuat Programı)

Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun<sup>41</sup> m. 3/1-g'de örtülü reklam kavramı yerine "gizli ticari iletişim" kavramı kullanılmış olup, bu kavram, "medya hizmet sağlayıcı tarafından reklam yapmak maksadıyla veya kamu-yu yönlendirebilecek şekilde; mal veya hizmet üreticisinin faaliyetinin, ticari markasının, adının, hizmetinin ve ürününün reklam kuşakları dışında ve reklam yapıldığına ilişkin açıklayıcı bir ses veya görüntü bulunmaksızın programlarda sözcükler veya resimler ile tanıtılması" şeklinde tanımlanmış ve m. 9/3 hükmünde gizli ticari iletişime yasak getirilmiştir<sup>42</sup>. 6112 sayılı Kanun'da gizli ticari iletişimle beraber ürün yerleştirme, bilinçaltı teknikleri ve program destekleme kavramları da kendine yer bulmuş ve bu kavramlara ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir. Bu noktada ifade edilmelidir ki, iki tanım arasındaki en önemli fark, TKHK'de reklam yapma amacı aranmaktayken, 6112 sayılı Kanun'da bu şartın aranmıyor olmasıdır<sup>43</sup>. Ticari Reklam Yönetmeliği m. 4/1-k hükmünde yer alan örtülü reklamın tanımı TKHK'deki tanımın aynısı olup, örtülü reklamlar m. 22/1 hükmünde yasaklanmıştır. Uluslararası mevzuata bakıldığında ICC'de örtülü reklamın tanımına yer verilmemiş ve fakat "biçimi ve yayınlandığı mecra ne olursa olsun, "pazarlama iletişimi" olduğu açıkça anlaşılabilir olmalıdır. Bir reklam haber ve yorum öğeleri içeren bir mecrada yayınlandığında, "reklam" olduğu kolaylıkla anlaşılacak biçim-

41 RG: 03.03.2011/27863.

42 Bu hususta şunu ifade etmek gerekir ki, çalışmamızda sosyal medya üzerinden gerçekleştirilen "influencer" reklamları ele alınacağından, bu noktada TKHK ve Türkiye'nin taraf olduğu, iç hukumuzun bir parçası haline gelmiş olan uluslararası mevzuatlar bağlamında değerlendirmeler yapılacaktır. 6112 sayılı Kanun hükümlerinin doğrudan bu tür reklamlara uygulanabilirliği bulunmadığı için ilgili madde hükümleri değerlendirmeye alınmayacaktır. 21.03.2018'de 7103 sayılı Vergi Kanunları İle Bazı Kanun Ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun ile 6112 sayılı 'Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun'a "Yayın Hizmetlerinin İnternet Ortamından Sunumu" başlığıyla 29/A maddesi eklenmiştir. Bu hükmle beraber Radyo ve Televizyon Üst Kurulu'nun yayın hizmetlerini internet ortamından sunan medya hizmet sağlayıcılarını denetlemesinin önü açılmıştır. Daha sonra 01.08.2019 tarihinde Radyo, Televizyon ve İsteğe Bağlı Yayınların İnternet Ortamından Sunumu Hakkında Yönetmelik ile bu denetime dair esaslar belirlenmiştir. Eklenen m. 29/A hükmünün 4. fıkrasında "bireysel iletişim bu madde kapsamında değerlendirilmez" demek suretiyle bireysel yayına izin veren platformların geçici yayın hakkı veya yayın lisans alma zorunluluğu bulunmadığı ve dolayısıyla bu tür mecralarda yapılan yayınların RTÜK denetimine tabi olmayacağı ortaya konmuştur. Yine Radyo, Televizyon ve İsteğe Bağlı Yayınların İnternet Ortamından Sunumu Hakkında Yönetmelik m. 4/1-a hükmünde "kişiler arası görsel-ışitsel etkileşim ve iletişimi sağlama yolu" şeklinde tanımlanmış olan bireysel iletişimin, aynı yönetmeliğin m. 2/2-a hükmünde bu yönetmelik kapsamına girmediği ifade edilmiştir. İşbu sebeple bireysel içerik üretimine olanak tanıyan Youtube, Facebook, Instagram vd. sosyal medya platformları üzerinden gerçekleştirilen yayınların 6112 sayılı Kanun hükümlerine tabi olmayacağı belirtilmelidir. İlgili düzenlemeye ilişkin eleştiri için ayrıca bkz. Merve Ergüney, "RTÜK'ün İnternet Denetimi: İlgili Mevzuat Üzerine Bir Değerlendirme", *AJIT-e: Bilişim Teknolojileri Online Dergisi*, Cilt 11, Sayı 41, 2020, s. 105-106.

43 Detaylı bilgi için ayrıca bkz. Mete Çamdereli, Nihal Kocabay, "Örtülü Reklamın Örtüsünü Aralamak", *Akdeniz Üniversitesi İletişim Fakültesi Dergisi*, Sayı 25, 2016, s.212 vd.; Erol, s. 48.

*de sunulmalı ve reklam verenin kimliği belli olmalıdır” denmek suretiyle örtülü reklamların önüne geçilmesi için hüküm getirilmiştir. Avrupa Parlamentosu ve Avrupa Birliği Konseyi’nin 2010/13/EU sayılı Görsel-İşitsel Medya Hizmetleri Yönergesi’nde “gizli görsel işitsel ticari iletişim” ifadesi kullanılmış ve bu kavram, “medya hizmet sağlayıcısı tarafından reklam yapmak maksadıyla ve doğası gereği kamuyu yanlış yönlendirebilecek şekilde; bir mal üreticisinin veya bir hizmet sağlayıcının faaliyetlerinin, ticari markasının, adının, hizmetlerinin, ürünlerinin programlarda sözcükler veya resimler ile tanıtılması anlamına gelir. Bu tür bir tanıtım, özellikle bir ücret karşılığında veya benzeri bir karşılıkla yapılması durumunda kasıtlı olarak değerlendirilir” hükmüyle düzenlenmiştir. Şu halde örtülü reklamın özetle, reklamın muhatapları tarafından algılanabilir olması kuralının ihlaline dayandığı söylenebilecektir<sup>44</sup>. Bu bağlamda zikredilen tanımlar ve açıklamalar ışığında örtülü reklamı, reklam olduğu belirtilmeyen ancak ortalama tüketicinin<sup>45</sup> içindeki reklam mesajını algılayabildiği reklam şeklinde tanımlamak mümkündür<sup>46</sup>. Örtülü reklamlarda tüketicinin satın alma davranışı, özgür iradesinin tesir altına alınması nedeniyle yönlendirilmiş olduğundan, bu tür reklamlar hukuka aykırı kabul edilmektedir. Hemen belirtmek gerekir ki, örtülü reklamın tespiti her zaman kolay değildir, bu nedenle her bir reklamın örtülü olup olmadığı somut olaya göre ayrı ayrı değerlendirilmeyi gerektirmektedir.*

## **B. Örtülü Reklamın Unsurları**

Örtülü reklam, daha önce zikretmiş olduğumuz reklam unsurlarını haiz olmakla beraber, reklamın ayırt edilebilmesi noktasında bir eksiklik ihtiva etmektedir. Daha açık bir ifadeyle, örtülü reklamda ortaya konulan tanıtımın reklam olduğu tüketiciler tarafından ayırt edilememekte, tüketici okuduğu, gördüğü ya da izlediği bir tanıtımın reklam olduğu konusunda yeterince uyarılmamakta yani reklama hazırlıksız yakalanmaktadır. Bu noktada örtülü reklamın unsurlarını reklam yapma iradesinin varlığı, reklam dışı alanda tanıtım, reklam uyarısının bulunmaması şeklinde zikretmek mümkündür<sup>47</sup>.

### **1. Reklam Uyarısının Bulunmaması**

Tüketicilerin gördükleri, duydukları yahut izledikleri şeylerin içerisinde

<sup>44</sup> İnal, Baysal, s. 43; Tekelioğlu, s. 71.

<sup>45</sup> Bu kavram Ticari Reklam Yönetmeliği m. 4/1-j’de “ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden, tüketici işlemi ya da tüketiciye yönelik uygulamaların her aşamasında makul düzeyde bilgiye sahip olan gerçek veya tüzel kişi” şeklinde tanımlanmış olup, orta zeka ve dikkat seviyesine sahip tüketiciye işaret etmektedir.

<sup>46</sup> Erol, s. 50.

<sup>47</sup> Erol, s. 54. Ayrıca bkz. İnal, Baysal, s. 44. Tekelioğlu, s. 71.

reklamın olduğu hususunda uyarılması onun tüketici mevzuatınca korunan bir hakkıdır. Başka bir deyişle, tüketicinin maruz kaldığı tanıtımın reklam olduğunu bilmeye hakkı vardır. Bu sebeple, tüketicinin özgür iradesi devre dışı bırakılarak yahut onun arzusu hilafına olacak şekilde etkilenecek bir şeyi almaya yahut kiralamaya yönlendirilmesi kanunen yasaklanmıştır. Bu sayede kişi, ilgilendiği ürün yahut hizmete ait bilgileri ihtiva eden reklamları takip edebilecek, istemediği bir tanıtımı da es geçebilecektir. Ancak günümüzde kişinin, maruz kaldığı tanıtımın reklam olduğu konusunda bilgilendirilmemesi şeklindeki uygulama, yaygın bir reklam stratejisi haline gelmiştir. Reklam uyarısı bulunmayan, tüketicinin muhatap olduğu içeriğin esasında bir reklam olduğunu anlamadığı işbu tür reklamlar birer örtülü reklam mahiyeti taşımaktadır.

## 2. Reklam Dışı Alanda Tanıtım

TKHK m. 61/4 hükmünde reklamın “yazı, haber, yayın ve programlarda” yer alacağı ifade edilmiştir. Bu mecralarda paylaşılan reklamların ne şekilde ortaya konulduğu önem arz etmektedir. Yani, bir reklamın örtülü reklam olarak nitelendirilmesinin temel kaynağı onun mecrasıyla değil sunuluş şekliyle alakalıdır<sup>48</sup>. Bu bağlamda bir reklamın reklam için ayrılan sürede ve alanda paylaşılması gerekmektedir<sup>49</sup>. Diğer bir ifadeyle, reklamın doğrudan alakalı olmadığı bir yazı, haber yahut yayın içinde yer alması durumunda örtülü reklamın varlığı gündeme gelebilecektir<sup>50</sup>. Tüketicinin bilgi edinmek, aydınlanmak yahut eğlenmek için takip ettiği program, haber ya da yazının birer reklam alanına çevrilmiş olması<sup>51</sup>, tüketicinin iradesini onun arzusu dışında şekillendireceğinden, bu tür bir içerik hukuka aykırı addedilecektir.

48 Erol, s. 55.

49 Reklam Kurulu, 09.03.2021, D. 2020/645, T. No. 307. “İnceleme konusu yazı içerisinde reklamdır, ildir vb. hiçbir uyarı işaretine yer verilmediği ve yazının altında muhabirin ismine yer verildiği, dolayısıyla reklam niteliğinde bir içeriğin haber görünümünde sunulmaya çalışıldığı, söz konusu yazıda F2 Besicilik ve Kurfalı Et Mangal isimli işletmelerin detaylı olarak tanıtıldığı, övüldüğü, ön plana çıkarıldığı, tüketicilerin anılan işletmelere yönlendirildiği, böylelikle anılan yazıda haber verme amacının dışına çıkılarak F2 Besicilik ve Kurfalı Et Mangal isimli işletmelerin örtülü reklamının yapıldığı değerlendirilmiş olup...” (Lexpera Mevzuat ve İçtihat Programı).

50 Reklam Kurulu, 09.10.2018, D. 2017/3803, T. No. 277. “İnceleme konusu programın reklam verilen anına kadar “termal zayıflama” ya da “krem” olarak bahsedilmek suretiyle detaylı biçimde tanıtımı yapılan söz konusu kremin ismi zikredilmese de program arasında girilen reklam kuşağının ardından isminin ve markasının ne olduğunun tüketiciler tarafından anlaşılmasının sağlandığı...program akışı içerisinde yer alan ifadelerin, her ne kadar ürün adına yer verilmese de, tüketicileri daha sonra reklamda tanıtımı yapılan “Gold Termal” isimli ürüne yönlendirdiği, dolayısıyla programda “Gold Termal” isimli kremin örtülü reklamının yapıldığı...” (Lexpera Mevzuat ve İçtihat Programı).

51 Erol, s. 57.

### 3. Reklam Yapma İradesinin Varlığı

Bir tanıtımın sunulmuş şekli, tanıtımı yapılacak ürün ve hizmete ayrılan zamanın ve içeriğin yayımlandığı mecra önem arz eder. Ayrıca bu noktada ürün ve hizmet tanıtımı ile o tanıtımı bünyesinde barındıran içeriğin süresi arasında bir orantısızlık olmaması gerekir<sup>52</sup>. Daha açık bir ifadeyle, tanıtımı yapılmak istenen markanın tüketicinin ilgisini tamamen ona verecek şekilde içerik içerisinde yer alması<sup>53</sup> veya bu tanıtıma ayrılan süre ile içerik için ayrılan süre kıyaslandığında aralarında orantısızlık bulunması<sup>54</sup> durumunda örtülü reklamın varlığı gündeme gelecektir. Bununla beraber Ticari Reklam Yönetmeliği m. 23/1-b uyarınca tanıtımın “*haber verme, yayma ve bilgi alma hakkı çerçevesinde yayınlanan yazı, haber, yayın veya programların; tüketicilerin aydınlanma ve bilgilenme ihtiyacını karşılaması*” gereklidir. Bu ihtiyacın karşılamasına yönelik tanıtımlarda reklam iradesinin olduğu kabul edilir. Ayrıca m. 23/1-c hükmü uyarınca “*tüketici tercihlerini bilinçli olarak yönlendirebilecek şekilde mal veya hizmetlere yönelik özel tanıtıcı atflar yapılarak mal veya hizmetlerin kiralanmasının veya satın alınmasının teşvik edilme*” durumu söz konusu olduğunda da reklam yapma iradesinin varlığından bahsetmek mümkün olacaktır. Reklam yapma iradesinin ayırt edilmesi hususunda makul düzeyde bilgi ve dikkat seviyesini haiz “ortalama tüketici” esas alınması yerinde olacaktır<sup>55</sup>. Son olarak ifade etmek gerekir ki, Kanun’da zikredildiği haliyle “*mal veya hizmetlere ilişkin isim, marka, logo veya diğer ayırt edici şekil veya ifadelerle ticari unvan veya işletme adlarının*” mecrada yer alması zorunlu değildir, tüketicinin satıcı veya sağlayıcıya ulaşabileceği bir iletişim adresinin paylaşılmış olması da reklamın örtülü reklam olarak nitelendirilebilmesi için yeterli olacaktır<sup>56</sup>.

52 İnal, Baysal, s. 45; Erol, s. 59.

53 Reklam Kurulu, 09.03.2021, D. 2020/5215, T. No. 307. “*İnceleme konusu yazı içerisinde yer alan fotoğrafta restoranın isminin ve logosunun abartılı bir biçimde ön plana çıkarıldığı ve içinde bulunduğu yazının boyutu ile uyumlu olmadığı, böylelikle okuyucuların farkına varmadan anılan restoranın reklamına maruz bırakıldığı, haber verme amacının dışına çıkılarak adı geçen restoranın örtülü reklamının yapıldığı değerlendirilmiş olup...*” (Lexpera Mevzuat ve İhtihat Programı).

54 Reklam Kurulu, 12.11.2019, D. 2017/4852, T. No. 290. “*Söz konusu programda, yayınlanan içeriğin reklam olduğuna dair hiçbir uyarıda bulunmadan ve jingle da verilmeden 6 dakika boyunca “X2” isimli kitabın tanıtım ve pazarlamasının yapıldığı, kitabın fiyatına yer verildiği, yayın içerisinde sipariş telefonlarının defalarca verildiği, sipariş veren tüketicilere kitabın yanında “5 tane aile içerisinde muhabbet ayeti, 5 tane cin mektubu, 5 tane de nazar duası” isimli ürünlerin hediye olarak gönderileceğinin belirtildiği, böylelikle bahsi geçen ürünlerin örtülü reklamının yapıldığı...*” (Lexpera Mevzuat ve İhtihat Programı).

55 Erol, s. 58. Ayrıca bkz. İnal, Baysal, s. 46. Yazarlar bu hususta reklamın varlığı ile reklam yapma iradesinin varlığı ayırımı dikkat çekmekte ve reklam iradesinin varlığını ayırt etme hususunda makul ve mantıklı kişinin esas alınması gerektiğini savunmaktadırlar.

56 Reklam Kurulu, 11.08.2009, D. 2009/499, T. No. 167. “*F1 İletişim A.Ş.’ye ait “X1 TV” isimli te-*

## C. Örtülü “Influencer” Reklam Uygulamalarına Genel Bir Bakış ve Bu Tür Reklamlara İlişkin Düzenlemeler

### 1. Türkiye’de “Influencer” Reklamlarının Genel Durumu ve Örtülü “Influencer” Reklamları

“Influencer marketing” sektörü ortaya çıkmadan evvel, sosyal medyayı bir sosyalleşme aracı olarak kullanan, modadan turizme, spordan elektroniğe pek çok ürün ve hizmet hakkında deneyimlerini paylaşan bazı kişiler, zamanla birçok kişi tarafından takip edilen, paylaşımlarına değer verilen kimseler haline gelmişlerdir. Daha önce markalar hakkındaki paylaşımları reklam verenle yaptıkları iş birliğine dayanmayan bu kişiler, “influencer marketing” sektörünün ortaya çıkması ile beraber artık reklam verenlerle yaptıkları iş birliği dolayısıyla yüklü miktarda para kazanabilmektedirler<sup>57</sup>. Bu bağlamda “influencer marketing” sektörüne yapılan yatırımların büyüklüğü, bu sektörün ilerleyen süreçte daha da önem kazanacağı noktasında ipucu vermektedir<sup>58</sup>.

Günümüzde sosyal medya platformlarında “influencer”lar tarafından ortaya konulan paylaşımlar, tüketicilerin satın alma davranışını önemli ölçüde etkiler hale gelmiştir. Esasında takipçiler “influencer”ı samimi ve güvenilir bir kişi olarak görebilmekte, onun önerilerini bir arkadaşının önerisi gibi değerlendirebilmekte ve bu güvenleri dolayısıyla içerikte tanıtımı yapılan şeyi satın alabilmektedirler. Bazen de takipçiler o “influencer”ın kullandığı ürünün yahut hizmetin aynısını kullanmanın bir ayrıcalık olacağı hissiyle tanıtım yapılan ürün/ hizmete yönelmektedirler. Kısacası, tüketicilerin satın alma davranışı “influencer”ın paylaşımlarıyla kolayca şekillendirilebilmektedir. Bu süreçte reklam veren ile iş birliği yapan “influencer”, içeriklerini paylaşırken bunların reklam içerdiğini doğrudan takipçilerine hissettirmek istemeyebilir. Zira bu şekilde samimi ve doğal bir profil yansıtması zor olabilir. Bunun yanı sıra bazı markalar da tüketici güveninin etkilenmemesi adına aralarında iş birliğinin ifşa edilmemesini tercih edebilmektedir<sup>59</sup>. Ancak her hâlükârda “influencer”ın reklam verenle arasındaki -var ise- hizmet ilişkisini, ailevi veya kişisel ilişkiyi yahut da markadan sağladığı

---

*levizyon kanalında 07.02.2009 tarihinde yayınlanan “X2” isimli programda; iletişim telefonu olarak konuk Dr. K1’in kendi muayenehanesinin telefon numarasının verilmesinin, anılan doktor lehine talep yaratma amacı taşıdığına, dolayısıyla yayında, Dr. K1’in açıkça reklam olduğu belirtilmeksizin örtülü reklamın yapıldığına...* (Lexpera Mevzuat ve İçtihat Programı).

57 <https://www.cumhuriyet.com.tr/yasam/sosyal-medya-fenomenlerinin-aylik-kazanci-aciklandi-1960461> (E.T.07.09.2022).

58 Her geçen gün büyüyen “influencer marketing” sektörünün ülkemizdeki pazar payının, halihazırda 100 milyon TL’yi aşmış olduğu tahmin edilmektedir. <https://www.sozcu.com.tr/2020/ekonomi/turkiyede-dijital-medyanin-ekonomik-buyuklugu-ne-kadar-5919308/> (E.T. 07.09.2022).

59 Hayriye Dilara Abbasoğlu, *Sosyal Medya Reklamcılığında Haksız Rekabet*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 54.

maddi menfaatin kaynağı olan finansal ilişkiyi paylaşımlarında göstermesi yasal bir gerekliliktir<sup>60</sup>. Bu yapılmadığı takdirde takipçiler gördükleri, izledikleri yahut dinledikleri içeriklerin reklam olduğunu bilemeyeceklerinden, örtülü reklama ilişkin hükümlerin işletilmesi söz konusu olabilecektir.

“Influencer Marketing” reklam uygulamalarında sıkça karşılaşılan örtülü reklamların farklı görünüm çeşitlerine sosyal medya platformlarında rastlamak mümkündür. Yukarıda da değindiğimiz gibi “influencer”ların reklam verenlerle aralarında var olan ilişkiyi gizleme eğilimi sergilemeleri bu tür reklamların ortaya çıkmasına sebep olmaktadır. Bu bağlamda “influencer”ın reklam verenle arasındaki iş birliğini gizleme şekli, reklam verene ait tanıtıcı bilgilerin saklanması şeklinde gerçekleşebilir. Diğer bir ifadeyle, tanıtımda reklam verene işaret eden ad, marka, ticaret unvanı gibi unsurlar gizlenmektedir<sup>61</sup>. Bu gizleme işlemi ya bu bilgilerin tamamen gizlemek ya da küçük puntolarla yazmak veyahut da bilgileri paylaşımın bir köşesine dikkatle bakılmadıkça görünmeyecek şekilde saklamak suretiyle yapılmaktadır<sup>62</sup>. Bununla birlikte “influencer”, “hyperlink” adı verilen ve üzerine tıklandığında işletme hesabına yönlendiren linkler<sup>63</sup> yahut “influencer”a özel tanımlanmış indirim kodları ve kupon linkleri ile de örtülü reklam yapabilir. Bu yöntem “influencer” hesabından yönlendirilen siteye tıklanma sayısını ölçülebilir kılması hasebiyle tercih edilen yöntemdir<sup>64</sup>. Bu nedenle de

60 Meltem Karatepe Kaya, “Sosyal Medya Etkileyicileri Tarafından İnternet Aracılığıyla Yapılan Reklamlara İlişkin Hukuki Düzenlemelerin Değerlendirilmesi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 70, Sayı 3, 2021, s. 703.

61 Reklam Kurulu, 13.07.2021, D. 2021/909, T. No. 311. “Diğer yandan, paylaşımın ilişkin etiketler içinde, “#concordix, #easyfishoil” gibi doğrudan doğruya F1 Sağlık Ürünleri San. A.Ş. tarafından “X15” isimli X2 sayfasında ve diğer mecralarda X14 adlı ürüne ilişkin olarak yayınlanan reklamlarda kullanıldığı görülen etiketlere yer verildiği, bu itibarla, anılan paylaşımın içeriğinde tüketici tercihlerini bilinçli olarak yönlendirmeye yönelik ifadeler, etiketlere ve ticari reklam tanıtımına giren beyanlara yer verilerek tüketiciler ürünün satın alınması için teşvik edilmekle birlikte yayınlanan bu paylaşımın bir reklam olduğunu ve firma ile şahıs arasında var olan ticari ilişki ve işbirliği kapsamında yayınlandığını ortaya koyan hiçbir açıklamada bulunulmadığı, bu kapsamda, şahıs ile anılan firma arasında var olan ticari ilişki gizlenerek ve yayınlanan bu paylaşımın bir reklam olduğu açık bir şekilde tüketicilere duyurulmayarak X14 adlı ürünün örtülü reklamının yapıldığı ve böylelikle reklam mevzuatında yer alan örtülü reklama ilişkin hükümlerin ihlal edildiği...” (Lexpera Mevzuat ve İçtihat Programı).

62 Ayrıca bkz. Karatepe Kaya, s.703. Yazar, bu noktada “influencer”ların Kılavuz’un yayınlanmasından sonra reklam verenlerle aralarındaki iş birliğini #işbirliği ifadesiyle göstermeye başladığına ve fakat hâlâ pek çok “influencer”ın bu kurala riayet etmekten imtina ettiğine dikkat çekmekte, birçok “influencer”ın da #işbirliği ifadesi yerine İngilizce reklam anlamına gelen #ad, #ads gibi ifadeler kullanmayı tercih ettiğini ifade etmektedir. Ayrıca bu ifadelerin küçük puntolarla yazılmasının reklamın ayırt edilmesini zorlaştırdığına değinerek, ülkemizde reklam içerikli tanıtımların büyük puntolarla yazılması dahi ne kadarının ifşa edileceğinin ve ne kadarının tüketici kitlesi tarafından ayırt edilebilir olacağı muallakta olduğunu eklemektedir.

63 Abbasoğlu, s. 23; Karatepe Kaya, s. 683.

64 Abbasoğlu, s. 51-52.



örtülü reklam faaliyetinin en sık görülebildiği işte bu tür linklerin paylaşıldığı içerikler olmaktadır. Bu yöntemde “influencer” anlaşmalı olduğu işletmeye ait linki paylaşmakta ve fakat bu eylemin bir iş birliği neticesinde gerçekleştirildiğini takipçilerinden gizlemektedir. Oysa “influencer”ın bu tür paylaşımların reklam olduğu bilgisini paylaşması ve daha henüz linke tıklamadan takipçilerinin, kendisi ile linkin yönlendirildiği işletme arasında bir iş birliği ilişkisi olduğunu anlamasına fırsat vermesi, diğer bir ifadeyle, ortalama tüketici tarafından ayırt edilebilecek etiketler yoluyla reklam iradesinin varlığını anlaşılır kılmaları gerekmektedir. Aksi takdirde reklam iradesinin varlığını ayırt etmeyi zorlaştıran bu tür içerikler örtülü reklam mahiyeti taşıyacaktır.

## 2. Örtülü “Influencer” Reklamlarına İlişkin Düzenleme: Sosyal Medya Etkileyicileri Tarafından Yapılan Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Hakkında Kılavuz

Türk hukukunda düzenleme yapılmadan önce özellikle Avrupa Birliği hukuku<sup>65</sup> ve Amerikan hukukunda<sup>66</sup> örtülü “influencer” reklamları noktasında önemli düzenlemeler bulunmaktaydı. Ülkemizde bu tür reklamlara ilişkin ilk spesifik düzenleme, “influencer”ların haksız ticari reklam ve uygulamalarının önüne geçmek amacıyla Reklam Kurulu’nun 04.05.2021 tarihli ve 309 sayılı toplantısı neticesinde 2021/2 numaralı ilke kararı olarak kabul edilen “Sosyal Medya Etkileyicileri Tarafından Yapılan Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Hakkında Kılavuz”un 05.05.2021 tarihinde Ticaret Bakanlığı Tüketicinin Korunması ve Piyasa Gözetimi Genel Müdürlüğü’nün resmî sites-

65 2016 yılında sosyal medya platformlarına ilişkin değişikliklerle güncellenen 11.05.2005 tarihli, 2005 /29/EC Sayılı İç Pazarda Haksız Rekabetin Uygulanmasına İlişkin Avrupa Parlamentosu ve Avrupa Konseyi Direktif m. 7/2 hükmü, ortalama tüketicilerin, sosyal medyada ortaya konulan paylaşımların ticari bir amaç taşıdıklarının farkına varamayabileceklerini belirterek örtülü reklamları yasaklamıştır. Yine aynı Direktif’in Ek 1 kısmında yer alan m. 11 hükmünde, bir ürünün tanıtımında advertorial kullanımı ve bunun için bir ödeme yapılmakla beraber bu hususun tüketiciye bildirilmemesi de haksız rekabete yol açan bir uygulama olarak zikredilmiştir. Bununla beraber ICC’nin “influencer” reklamlarını da içine alacak şekilde revize edilmiş olan m. 9 hükmünde “*Biçimi ve yayınlandığı mecra ne olursa olsun, «pazarlama iletişimi» olduğu açıkça anlaşılabilir olmalıdır. Bir reklam haber ve yorum öğeleri içeren bir mecrada yayınlandığında, «reklam» olduğu kolaylıkla anlaşılacak biçimde sunulmalı ve reklam verenin kimliği belli olmalıdır*” demek suretiyle örtülü reklam yasağı düzenlenmiştir.

66 Amerikan Federal Ticaret Komisyonu (FTC)’nin 2009 yılında hazırlanmış olduğu “Guides Concerning the Use of Endorsements and Testimonials in Advertising” adlı kılavuzunda reklam verenlerle reklam ajansları arasındaki ilişkinin tüketici tarafından her zaman kolaylıkla anlaşılacağı gözetilerek, açıklanması gerektiğini vurgulamıştır. Ayrıca FTC, 2017 yılında hazırlanmış olduğu “Do’s and Don’ts For Social Media Influencers” (“Influencer”lar için Yapılması ve Yapılmaması Gerekenler) listesinde marka ve “influencer” arasındaki ilişkinin ortaya konması gerektiğini tekrarlamıştır. Bununla beraber Komisyon, bazı “influencer”lara markalarla aralarındaki ilişkiyi açıklamaları için mektuplar göndermektedir. Liste için bkz. <https://openinfluence.com/2017-9-7-ftc-the-dos-and-donts-for-social-media-influencers/> (E.T. 10.09.2022).



inde yayımlanması ile mümkün olmuştur<sup>67</sup>. Söz konusu Kılavuz, “influencer” reklamlarına ilişkin getirmiş olduğu hükümler dolayısıyla önem arz etmekle beraber, “influencer marketing” sektörünün uzunca bir süredir ülkemizde faaliyet gösterdiği düşünülünce, geç kalınmış bir düzenlemedir.

Kılavuz’un genel çerçevesine kısaca değinmek gerekirse, m. 1 hükmünde mezkur düzenlemenin amacının “influencer”lar tarafından icra edilen ticari reklam ve ticari uygulamalar hakkında reklamcılık ile ilgili kişi, kurum ve kuruluşlara yol göstermek olduğu zikredilmiştir. Bu bağlamda Kılavuz’da, m. 2 hükmünde yer aldığı üzere “influencer”lar tarafından ortaya konulan tüm ticari reklam ve uygulamaları kapsayacak şekilde bir düzenleme getirildiği belirtilmektedir. Kılavuz’da “sosyal medya etkileyicisi” kavramı kullanılmak suretiyle “influencer” tanımlandıktan sonra “Temel İlkeler” başlığı altında örtülü reklamlara ilişkin gerekli düzenlemelere yer verilmiştir. Kılavuz m. 5/1 hükmünde “*Sosyal medya etkileyicisi aracılığıyla yapılan reklamların, açık ve anlaşılır şekilde ifade edilmesi ve ayırt edilebilir olması zorunludur. Her türlü iletişim aracında olduğu gibi sosyal medyada da sesli, yazılı ve görsel olarak örtülü reklam yapılması yasaktır*” denilerek reklamın ayırt edilmesi unsuruna dikkat çekilerek örtülü reklamlara ilişkin bir yasaklama getirilmiş, akabinde gelen fıkralarla da reklamın ayırt edilebilirliğinin ne şekilde sağlanacağı hususunda hükümler ortaya konulmuştur<sup>68</sup>. Kılavuz m. 7 hükmünde YouTube ve Instagram TV gibi video paylaşım sitelerinde yapılan tanıtımlar ve canlı yayınlarda izleyicinin “daha fazla oku” alanına tıklamasına gerek kalmaksızın “influencer” ile reklam veren arasındaki iş birliğinin açıklanması zorunluluğu getirilmiştir<sup>69</sup>. Bununla beraber m. 8 hükmünde Instagram, Face-

67 <https://tuketici.ticaret.gov.tr/duyurular/sosyal-medya-etkileyicileri-tarafından-yapılan-ticari-reklam-ve-haksiz-ticari-uyg> (E.T. 10.09.2022).

68 (2) Reklam verenden maddi kazanç ve/veya ücretsiz ya da indirimli mal veya hizmet gibi faydaların sağlandığı paylaşımlarda, sosyal medya etkileyicisi tarafından bu durumun, ticari reklam ilişkisinin gerçekleştiği platforma bağlı olarak bu Kılavuzun 7 nci, 8 inci, 9 uncu ve 10 uncu maddelerinde yer alan ifadelerden en az birisi ile açıkça belirtilmesi zorunludur.

(3) Bu Kılavuzun 7 nci, 8 inci, 9 uncu ve 10 uncu maddeleri kapsamında sosyal medya etkileyicileri tarafından kullanılan etiket ve açıklamalar:

1) Paylaşım içinde kullanılan renklerden ve arka fonndan ayırt edilebilir nitelikte ve kolaylıkla okunabilir büyüklükte olmalıdır.

2) Tüketicilerin paylaşım ile karşılaşacakları anda başka bir şey yapmalarına gerek kalmadan paylaşımın ticari reklam olduğu anlaşılacak biçimde ve konumda belirtilmelidir.

3) Paylaşımda başka etiket veya açıklamalara yer verilmesi durumunda, bu etiket veya açıklamalar arasında görünebilir şekilde belirtilmelidir.

4) Paylaşımın yer aldığı mecranın ara yüz ve teknik özellikleri de dikkate alınarak tüketiciler tarafından ilk bakışta fark edilebilecek biçimde sunulmalıdır.

69 Bu açıklama, madde hükmünde zikredildiği üzere; “Bu video [reklam veren] reklamlarını içermektedir”, “Bu video, [reklam veren] ile ücretli işbirliğini içermektedir”, “[Reklam veren]’in destekleri ile”, “Bu ürünleri [reklam verenden] hediye olarak aldım”, “Ürünleri bana gönderdiğim için [reklam verene] teşekkürler” gibi ifadelerle sağlanır.

book, Twitter gibi fotoğraf ve mesaj paylaşımının yapılabildiği platformlarda etiket paylaşımı yeterli görülmeyerek, "reklam verene ilişkin ad, marka, ticaret unvanı gibi tanıtıcı bilgilerden herhangi biriyle" aradaki iş birliğinin tüketiciye aktarılması gerektiği ifade edilmiştir<sup>70</sup>. Yine m. 9 hükmünde podcast'ler ve m. 10'da hikaye, durum gibi kısa süreli içeriklerin paylaşılabilirdiği mecralar için de benzer bir açıklama zorunluluğu mevcuttur. Kılavuzda farklı mecralar için farklı açıklamalar öngörüldüğü göze çarpmaktadır. Bu noktada şunu ifade etmek gerekir ki, farklı platformda faaliyet gösteren "influencer"ların içeriklerine birbirinden farklı açıklama girmesi zorunluluğu haksız rekabete sebep olabilecek bir mahiyet taşımaktadır. Nitekim mecralardan birinde "ücretli iş birliği", "reklam" gibi ifadeler kullanırken diğerinde tüketicinin zihninde reklam algısını uyandırmaktan çok daha uzak olan "iş birliği", "ortaklık" gibi terimlerin kullanılması zorunluluğu "influencer"lar arasında eşitsizliğe yol açabilecektir<sup>71</sup>. Bununla beraber aslında her ne kadar Kılavuz'da içeriğin reklam ihtiva ettiği bilgisinin paylaşılması yeterli görülmüş ve reklam verene ait tanıtıcı bilgilerin içeriğe eklenmesi gerektiği ortaya konmuş ise de bilhassa #işbirliği, #reklam gibi ifadelerin ayırt edilebilirliğini sağlayacak punto, renk vb. unsurların Bakanlık tarafından tespit edilmesi yerinde olacaktır. Bu noktada bu şartın yerine getirilmesi için göz önünde bulundurulması gereken husus, "influencer"ın reklam verene aralarında maddi menfaat ilişkisinin olup olmadığı değil, bir tüketici profili çizip çizmediği olmalıdır<sup>72</sup>. Bu bağlamda m. 11 gereği reklam veren, "influencer"ı yukarıda zikredilen hususlarda bilgilendirmek, bu kurallara uymasını istemek, onun bu hususta çabalamasını ve bunların ihlaline karşı tedbir almakla sorumlu tutulmuştur. İşbu halde reklam veren, "influencer"ın sorumluluğunu gerekçe göstererek bu kuralları yerine getirmekten kaçınamayacaktır. Son olarak, m. 12/1 ve 2 uyarınca reklam verenler, reklam ajansları ve mecra kuruluşu sıfatıyla "influencer"ların her biri, Kılavuz hükümlerine uymak noktasında ayrı ayrı sorumlu olup; bu kişiler TKHK'e, Ticari Reklam Yönetmeliği'ne ve bu Kılavuz'a uygun olmayan reklamın veya ticari uygulamanın düzeltilmesi veya ortaya çıkan zararların sonradan telafi edilmesi suretiyle tespit edilen aykırılıktan doğan sorumluluklardan kurtulamayacaklardır. Bu hüküm özellikle viral olan ve dolaşımı engellenemeyen reklamların yol açacağı hukuka aykırılıklarla mücadele için yerinde bir hüküm olmuştur.

70 Mezkur bilgilerin yanında Kılavuz'da örnek gösterilen şu ibareler yer almalıdır: #Reklam, #Reklam/Tanıtım, #Sponsor #İşbirliği, #Ortaklık, "[Reklam veren] ile işbirliği", "[Reklam veren] tarafından sağlandı", "[Reklam veren] tarafından hediye olarak alındı" gibi ifadeler yoluyla sağlanır.

71 Geniş açıklama için bkz. <https://www.okseker.av.tr/wp-content/uploads/2021/06/Influencer-Marketing-Hakkinda-Ilke-Karari.pdf> (E.T. 09.09.2022).

72 Karatepe Kaya, s. 705.

### III. Örtülü “Influencer” Reklamlarının İdari Denetimi

#### A. Türkiye’de Reklamların İdari Denetimi ve Reklam Kurulu’nun Çalışma Prensibi

Tüketicinin genel hükümler çerçevesinde doğrudan korunması mümkün değildir. Nitekim, dava hakkıyla beraber reklamların daha önceden tespit edilmiş ilkelere uygunluğunu tespit edebilecek ve bu ilkelere aykırı reklamlara yaptırım uygulayabilecek bir mekanizmaya da ihtiyaç duyulacaktır<sup>73</sup>. Ülkemizde bu denetimi sağlayan iki kurum bulunmaktadır. Bunlar, 6502 Sayılı TKHK m. 63 ile tesis edilen Reklam Kurulu ve 6112 Sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun ile kurulmuş olan Radyo ve Televizyon Üst Kurulu’dur.

Dava yoluyla hak talebinin uzun sürmesi ve masraflı olması, tüketicilerin idari denetim mekanizmasına rağbeti artırmaktadır. Reklam Kurulu da reklamların denetimi hususunda tüketicilerin sıklıkla başvurdukları bir mecradır. TKHK m. 63 hükmünden de anlaşılacağı üzere Reklam Kurulu, ticari reklamlarda uyulması gerekli kuralların tespiti ve bu kurallara uyulup uyulmadığını denetimi ve denetim sonucunda gerekli görülen hallerde çeşitli idari cezalar verebilme yetkisini haiz idari kurulu ifade etmektedir. Bu noktada Kurul’un reklam dolayısıyla doğan zararın tazmini hususunda bir fonksiyonu bulunmamakta, bunun için dava yoluna başvurulması gerekmektedir<sup>74</sup>.

Reklam Kurulu tüzel kişiliği haiz olmayan idari bir kuruldur. TKHK m. 62/1 gereği Reklam Kurulu kararları Ticaret Bakanlığınca uygulanır. Reklam Kurulu muhtelif meslek kollarından gelen on dokuz üyeden oluşmaktadır<sup>75</sup>. Reklam Kurulu’nun görev ve çalışma esasları Reklam Kurulu Yönetmeliği<sup>76</sup> içerisinde düzenlenmiştir. Reklam Kurulu’na başvurular yazılı olarak yapılabileceği gibi elektronik ortamdan da yapılabilmektedir. Reklam Kurulu, ayda en az bir kere toplanarak başvuruları değerlendirmeye almaktadır. Reklam Kurulu Yönetmeliği m. 12/1 ve 3 gereği, değerlendirme sırasında uzmanlık gerektiren bir husus gündeme gelirse bu durumda üçüncü kişilerden, kurum yahut kuruluşlardan bilgi ve belge talebinde bulunulabilmektedir.

Reklam Kurulu, değerlendirme neticesinde hukuka aykırı olduğu sonucuna vardığı reklamlara TKHK m. 77/12’de belirtilen yaptırımları uygular. Buna göre

73 Göle, s. 257.

74 Tekelioğlu, s. 129.

75 Tekelioğlu, s. 130. Yazar, Kurul’da sadece iki hukukçunun bulunması sebebiyle reklamların hukuka uygunluk tespitinin isabetli olmayacağını tartışmakta ve Kurul’un vereceği kararların hukuki açıdan isabetli olmasına ihtiyatla yaklaşılması gerektiğini haklı olarak ifade etmektedir.

76 RG: 01.08.2003/ 25186.

Kurul, hukuka aykırılığın ağırlığına göre reklamı tedbiren geçici olarak durdurabilir, tamamen durdurabilir, reklamın aynı yolla düzeltilmesine karar verebilir yahut bu yaptırımlardan ayrı olarak veya bunlarla beraber reklamdan sorumlu kişilere idari para cezası verebilir. TKHK m. 63/10 uyarınca bilgi edinme hakkı kapsamında Kurul kararlarının tüketicinin korunması amacının bir parçası olarak kamuoyuna açıklanması öngörülmüştür<sup>77</sup>. TKHK m. 78/2 uyarınca Reklam Kurulu kararlarına karşı idare mahkemesinde dava açmak mümkündür.

### B. Örtülü “Influencer” Reklamlarının Reklam Kurulu Tarafından Denetimi

“Influencer” reklamları Reklam Kurulu tarafından denetlenmekte olup, bu denetimde husumet doğrudan “influencer”a yöneltilebileceği gibi, reklam verene yahut sosyal medya platformuna karşı da yöneltilebilmektedir<sup>78</sup>. Kılavuz’un yayımlanmasının ardından “influencer” reklamları hakkında çeşitli kararlar çıkmaya başlamıştır. Bu kararlar içinde hukuka aykırılığın örtülü reklamlardan kaynaklandığı kararlar önemli bir yer tutmaktadır. Bu minvalde verilen kararların çoğunda “influencer”ın reklam ibaresi olmaksızın paylaşımda bulunması<sup>79</sup> ve reklam verenle aralarındaki iş birliği ilişkisini göstermemesi<sup>80</sup>

77 Murat Aydoğdu, *Tüketici Kılavuzu-Hukuk Rehberi*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014, s. 204.

78 Karatepe Kaya, s. 708.

79 Örnek kararlardan bazıları şu şekildedir: «Herkes @X1’lerini hazırladıysa başlayalım mı? #winteriscomingagain... Diğer yanım @X1 «ifadeleriyle birlikte “@X3”, “@X2” ve «@X1» etiketlerine yer verildiği tespit edilmiştir... İnceleme konusu tanıtımlar vasıtasıyla söz konusu markaların ürünlerinin tanıtımının yapıldığı, sosyal medya hesaplarına yönlendirildiği, ancak herhangi bir reklam ibaresi bulunmadan şahsın takipçilerini anılan markalara yönlendirme yapılmak suretiyle markaların örtülü reklamının yapıldığı değerlendirilmiş olup...» (Reklam Kurulu, 10.08.2021, D. 2021/2411, T. No. 312); «Anılan sosyal medya hesabının 22.03.2021 tarihli paylaşımında ise; “Aylar önce A3’dan aldığım tabak takımım ki bir sürü kez de sorulmuştu... Şimdi alışveriş baharında benim aldığımdan daha da indirimli bir şekilde satılıyor, hepsinin renginin farklı olması mükemmel ...»ifadeleriyle birlikte «@A3» etiketine yer verildiği tespit edilmiştir... İnceleme konusu tanıtımlarda F1 ve A3 isimli firmalara yönlendirildiği, ancak herhangi bir reklam ibaresi bulunmadan şahsın takipçilerini anılan kuruluşlara yönlendirme yapmak, anılan sağlık kuruluşunu övmek suretiyle markaların örtülü reklamının yapıldığı değerlendirilmiş olup...» (Reklam Kurulu, 13.07.2021, D. 2021/1125, T. No. 311); «Özel İnceleme alanı altında yapılan paylaşımlarda “Bu yayın bir özel inceleme yayınıdır. Reklam veya tanıtım niteliğinde olmayan özel inceleme yayınlarımız, firmaların talepleri doğrultusunda belirlenen ürünlerin marketlerde/eczanelerde bizzat tespit edilerek incelenmesiyle oluşturulmaktadır. İnceleme metni ve görselleri tarafımızca bağımsız ve tarafsız şekilde hazırlanmaktadır. X1 web sitesi ve sosyal medya hesaplarında ücretli olarak yayınlanmaktadır.» şeklinde beyanda bulunulmasına rağmen söz konusu internet sayfası ve sosyal medya paylaşımı üzerinde “reklam”, “editorial”, “advertorial” vb. reklam içeriği olduğuna ilişkin herhangi bir ifade ve ibareye yer verilmediği tespit edilmiştir...Yapılan incelemeler sonucunda, anılan paylaşımlarda yer alan ürünlerin örtülü reklamının yapıldığı değerlendirilmiş olup...» (Reklam Kurulu, 13.04.2021, D. 2021/874, T. No. 308) (Lexpera Mevzuat ve İhtihat Programı)

80 Örnek kararlar şu şekildedir: “Yapılan inceleme sonucunda, “X4” marka telefonun diğer telefonların aksine karanlıkta dahi canlı, net fotoğraflar çekebildiği söylenerek çekim kalitesinin vurgulandığı,

noktalarına temas edildiği görülmektedir. Ayrıca söz konusu örtülü reklamlar için çoğu zaman durdurma ve idari para cezası öngörülmektedir. Ancak şu var ki, durdurma kararı verilene kadar reklamın hedef kitleye ulaşması verilen cezanın etkinliğini azaltmaktadır. Ayrıca, idari para cezası belirlenirken örtülü reklamın yayımlandığı sosyal medya hesaplarındaki takipçi sayıları arasında bir fark gözetilmemesi, hakkaniyetsiz sonuçlar doğurabilecek mahiyettedir<sup>81</sup>.

Bu zamana değin televizyon reklamlarında örtülü reklam yasağının katı bir şekilde uygulanması ve bu yasağı ihlal edenlerin ağır idari para cezalarıyla cezalandırılmaları, reklam verenleri denetimi örtülü yapısı dolayısıyla zor olan sosyal medya platformlarına yönlendirdiği bilinmektedir<sup>82</sup>. Diğer bir deyişle sosyal medya platformlarında yapılan denetimlerde Reklam Kurulu'nun yetersiz kalıyor oluşu, kişileri ortaya konulan reklam faaliyeti dolayısıyla doğabilecek ağır sorumluluklarından kurtulmak amacıyla bu platformlarda içerik üretmeye sevk etmektedir. Şunu da ifade etmek gerekir ki, "influencer"ların sosyal medya hesaplarında yayınladıkları reklamların uzunca bir süre denetlenmemiş olması ve fakat Kılavuz'un ayak seslerinin duyulmasıyla denetlenmeye başlanması büyük bir eksikliktir. Bu noktada hızlı ve etkin adımlar atabilmek adına örtülü "influencer" reklamlarının denetimi ilgili mevcut ve teknolojik yeniliklere bağlı olarak ortaya çıkabilecek problemlerin çözümü için, bu sahada uzun zamandır kaliteli bir sisteme sahip Amerikan ve Avrupa birliği hukukundaki işleyişin takip edilmesi gerekmektedir. Ayrıca sosyal medya gibi son derece girift bir yapıyı haiz ve sabit bir gelişim seyrine sahip olmayan bir platformda reklamların denetiminin, sosyal medya alanında uzmanlarının da yer aldığı ayrı bir kurul tarafından gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Bu plan gerçekleştirilinceye kadar geçecek zaman zarfında Reklam Kurulu denetiminin örtülü "influencer" reklamları bağlamında doğuracağı problemler için ancak dava yoluna başvurmakla iktifa edilebilecektir.

*ayrıca fotoğrafların "yalnızca tek bir dokunuşla-tek bir tuşla" bilgisayara aktarılabilirdiği, 50.0x zoom ile çok net yakınlaşabilirdiği gibi birçok özelliğinden bahsedilerek anılan markanın reklamının yapıldığı, ancak firmayla aranızda reklam anlaşması olduğu halde işbirliği yapıldığına dair videoda bilgilendirme yapılmadığı..." (Reklam Kurulu, 09.03.2021, D. 2021/723, T. No. 307); "Yapılan inceleme sonucunda, şahsa ait "X3" isimli X1 hesabında (09.03.2021 tarihi itibarıyla 2,1 milyon takipçilerini "etkilemek" amacıyla hikaye bölümünde "X2 hızlı marketteki X4 markette X5 1 lira, X6 markette X7 5 lira, yukarı kaydırın abla" gibi ifadelerle, muhtelif ürün isimlerine ve avantajlı olduğu iddia edilen fiyatlara yer verildiği, böylece takipçilerin ürünleri satın alabilmesi için "X2" sitesine yönlendirildiği, dolayısıyla firmayla arasında reklam anlaşması olduğu halde işbirliği yapıldığına dair bilgilendirme yapılmadığı, böylece açıkça reklam olduğunun anlaşılmadığı, herhangi bir reklam ibaresi bulunmadan «X2» markasının örtülü reklamının yapıldığı değerlendirilmiş olup..." (Reklam Kurulu, 09.03.2021, D. 2020/4790, T. No. 307) (Lexpera Mevzuat ve İçtihat Programı).*

81 Alperen Korkmaz, "Sosyal Medya Etkileyicilerinin Yaptığı Tanıtımların Örtülü Reklam Yasağı Bakımından Değerlendirilmesi", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 160, 2022, s. 204-205.

82 Abbasoğlu, s. 136; Karatepe Kaya, s. 709.

## Sonuç

İnternet kullanımının yaygınlaşması ve sosyal medya kullanımının artmasıyla beraber reklam sektörünün bu mecralara taşınması kaçınılmaz olmuştur. Reklam faaliyetlerinin sosyal medya platformlarına aktarılmasıyla sanal bir pazar halini alan bu mecralarda tutunabilmek için yeni reklam stratejilerinin geliştirilmesi büyük önem arz etmektedir. İşbu stratejilerden biri “influencer”la iş birliği olup, bu iş birliği ilişkisi, sosyal medyayı ilkin bir sosyalleşme aracı olarak kullanan ve fakat zamanla paylaşımları pek çok kişi tarafından takip edilen, düşünce ve deneyimleri önemsenen kişiler haline gelen “influencer”lar ile reklam verenler arasında kurulan kişisel ve/ veya profesyonel bağa dayanmaktadır. Zamanla büyük bir sektör haline gelen “influencer marketing” içerisinde prestij sahibi olmak ve daha fazla kazanç elde etmek isteyen reklam verenler ile çok sayıda takipçiye ulaşma ve reklamlar yoluyla elde ettiği menfaati artırma amacı güden “influencer”lar ya tek taraflı yahut da anlaşmalı olarak aralarındaki iş birliğini gizleme eğilimi gösterebilmektedirler. İşbu durum, başta TKHK m. 61/4 ve Ticari Reklam Yönetmeliği m. 6 hükümlerince hüküm altına alınan örtülü reklam yasağına aykırılık teşkil etmektedir. Nitekim tüketicilerin, reklam verenle “influencer” arasındaki iş birliğini bilemediği durumlarda, maruz kaldıkları içeriklerin reklam olduğunu bilmelerine imkan yoktur. Tüketicinin satın alma davranışını iradeleri dışında şekillendirilen bu tür içerikler, hukuk düzeni tarafından korunmayacağından birtakım yaptırımların muhatabı olacaktır.

“Influencer” reklamlarında örtülü reklam yasağına aykırılık, çoğu zaman paylaşımın reklam olduğu bilgisinin paylaşılmaması ve reklam verene ait tanıtıcı bilgilerin saklanması yahut “hyperlink” adı verilen, paylaşılan linke tıklanıldığında iş birliği halinde olunan hesap veya siteye yönlendiren linkler yoluyla meydana gelmektedir. Ülkemizde bu tür reklamlarla mücadele etmek ve reklam etiği hakkında “influencer”lara ve reklam verenlere yol göstermek amacıyla 04.05.2021 tarihinde 2021/2 numaralı ilke kararı olarak kabul edilen Sosyal Medya Etkileyicileri Tarafından Yapılan Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Hakkında Kılavuz yayımlanmıştır. Bu Kılavuz hükümlerinin büyük bir kısmı örtülü reklamlarla ilgilidir. Kılavuz, “influencer marketing” reklam uygulamalarında karşılaşılan örtülü reklamlarla mücadele noktasında atılan önemli bir adım olarak nitelendirilebilecek ise de yayım tarihi itibarıyla geç kalınmış, muhtevası itibarıyla yeterli düzeyde tatmin edici olmayan bir düzenleme olmuştur.

Örtülü “influencer” reklamlarının denetimi, Reklam Kurulu tarafından gerçekleştirilmektedir. Kurul kararları incelendiğinde Kurul’un çoğu zaman

reklam ibaresine yer verilmemesi ve iş birliğinin gösterilmemesi ekseninde tespitlerde bulunduğu görülmüştür. Bu bağlamda verilen durdurma cezasının reklamın hedef kitleye ulaşmasını engellememesi ve idari para cezası öngörülürken takipçi sayılarının dikkate alınmaması önemli bir eksikliklerdir. Ayrıca Reklam Kurulu'nu oluşturan üyeler değerlendirildiğinde sosyal medya reklamları alanında uzmanlaşmış kişilerin olmaması, bu tür reklamlar hakkında verilecek kararların hukuki ve teknik açıdan isabetli olması noktasında şüphe uyandırmaktadır. Kanaatimizce, “influencer” reklamları başta olmak üzere sair sosyal medya reklamlarının, sosyal medya uzmanlarının da yer aldığı ayrı bir kurul tarafından denetlenmesi yerinde olacaktır.

## KAYNAKLAR

- Abbasoğlu, Hayriye Dilara, *Sosyal Medya Reklamcılığında Haksız Rekabet*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2021.
- Adak, Agah, "Türk Hukuku Açısından Haksız Rekabet Müessesesi ve Reklam Yolu ile Haksız Rekabet", *Adana İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Dergisi*, Sayı 4, 1975, ss. 351-366.
- Akkurt, Sinan Sami, "Kişilik Hakkının Sosyal Medya Kullanıcıları Tarafından İhlâli Hâlinde Ortaya Çıkacak Cezai Sorumluluğa Medeni Hukuk Bağlamında Bir Bakış", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 25 Sayı 2, 2017, ss. 329-373.
- Anbarlılar, Fatma Meliha Nevgül, *Sosyal Medyada Reklama Güven*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2021.
- Atay, Gülenda, *Influencer Sözleşmesi*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İbn Halidun Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, İstanbul, 2021.
- Aydoğdu, Murat, *Tüketici Kılavuzu-Hukuk Rehberi*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014.
- Boyd, Danah; Ellison, Nicole: "Social Network Sites: Definition, History, and Scholarship", *Journal of Computer-Mediated Communication*, Cilt13, Sayı 1, 2007, ss. 210–230.
- Brown, Brown; Nick, Hayes: *Influencer Marketing*, Elsevier Publishing, Macaristan, 2008.
- Çamdereli, Mete; Kocabay, Nihal: "Örtülü Reklamın Örtüsünü Aralamak", *Akdeniz Üniversitesi İletişim Fakültesi Dergisi*, Sayı 25, 2016, ss. 211-224.
- Demirbaş, Ali, "Tüketici Hukuku Açısından Karşılaştırmalı Reklam Doğrudan Mı Dolaylı Mı?", *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cily 24, Sayı 1, 2020, ss. 31-53.
- Dişbudak, Aylın, *Reklam Hukuku ve Aldatıcı Reklamlar*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2007.
- Ensari, Ali Burak, *Çevrimiçi Davranışsal Pazarlamanın Tüketici Davranışları Üzerine Etkisi ve Kişisel Verilerle İlişkisi*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Bilgi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2014.
- Ergüney, Merve, "RTÜK'ün İnternet Denetimi: İlgili Mevzuat Üzerine Bir Değerlendirme", *AJIT-e: Bilişim Teknolojileri Online Dergisi*, Cilt 11, Sayı 41, 2020, ss. 96-122.
- Erol, Arzu, *Türk Hukukunda Örtülü Reklam*, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2018.
- Gedik, Yasemin, "Pazarlamada Yeni Bir Çerçeve: Sosyal Medya ve Web 2.0", *Uluslararası Yönetim Akademisi Dergisi*, Cilt 3, Sayı 1, 2020, ss. 252-269.
- Göle, Celal, *Ticaret Hukuku Açısından Aldatıcı Reklamlara Karşı Tüketicinin Korunması*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, İstanbul, 1983.
- Hacıefendioğlu, Şenol, "Reklam Ortamı Olarak Sosyal Paylaşım Siteleri Ve Bir Araştırma", *Bilgi Ekonomisi ve Yönetimi Dergisi*, Cilt 6, Sayı 1, 2011, ss.107-115.
- İçöz, Derya, *Aldatıcı Reklamlara Karşı Tüketicinin Korunması*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2008.
- İnal, Emrehan, *Reklam Hukuku ve Aldatıcı Reklamlar*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2000.
- İnal, Emrehan, Baysal, Başak: *Reklam Hukuku ve Uygulaması*, Seçkin Yayıncılık, İstanbul, 2008.



- Kaplan, Andreas; Haenlein, Micheal, “Users of the World, Unite! The Challenges and Opportunities of Social Media”, *Business Horizons*, Cilt 53, Sayı 1, 2010, ss. 59-68.
- Karatepe Kaya, Meltem, “Sosyal Medya Etkileyicileri Tarafından İnternet Aracılığıyla Yapılan Reklamlara İlişkin Hukuki Düzenlemelerin Değerlendirilmesi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 70, Sayı 3, 2021, ss. 703.
- Kaya, Mine, “Sosyal Medya ve Sosyal Medyada Üçüncü Kişilerin Kişilik Haklarının İhlali”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 119, 2015, ss. 277-306.
- Kıran, Selçuk; Yılmaz, Cansu; Emre, İlkin Ecem, “Instagram’daki Influencer’ların Takipçiler Üzerindeki Etkisi”, *Uluslararası Yönetim Bilişim Sistemleri ve Bilgisayar Bilimleri Dergisi*, Cilt 3, Sayı 2, 2019, ss. 100-111.
- Kietzmann, Jan; Hermkens, Kristopher; Mccarthy, Ian; Silvestre, Bruno, “Social Media? Get Serious! Understanding the Functional Building Blocks of Social Media”, *Business Horizons*, Cilt 54, Sayı 3, 2011, ss. 241-251.
- Korkmaz, Alperen, “Sosyal Medya Etkileyicilerinin Yaptığı Tanıtımların Örtülü Reklam Yasağı Bakımından Değerlendirilmesi”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 160, 2022, ss. 181-210.
- Kurt, Leyla Müjde, “Kamuya Mal Olmuş Kişi Kavramı”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 66, Sayı 3, 2017, ss. 581-604.
- Numan Tekelioğlu, *Tüketicinin Korunması Açısından Hukuka Aykırı Reklamlar*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016.
- Özdemir, Hayrünnisa, “Aldatıcı Reklamlara Karşı Tüketicinin Korunması”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 54, Sayı 3, 2004, ss. 61-90.
- Özdemir, Semih Sırrı; Doğanay, Zahid, “Bir Mecra Olarak Sosyal Medyanın Reklam Hukuku Açısından İncelenmesi”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, Sayı 13, 2019, ss. 295-337.
- Petrescu, Maria; Korgaonkar, Pradeep, “Viral Advertising: Definitional Review and Synthesis”, *Journal of Internet Commerce*, Cilt 10, Sayı 3, 2011, ss. 208-226.
- Şahinci, Dilek, *İnternette Aldatıcı Reklam ve Reklam Verenlerin Sorumluluğu*, Seçkin Yayıncılık, İstanbul, 2011.
- Topsümer, Füsün; Elden, Müge, *Reklamcılık, Kavramlar, Kararlar, Kurumlar, İletişim Yayıncılık*, İstanbul, 2020.



# Tüketici İşlemi Niteliğindeki Satış Sözleşmesinde Ayıplı İfa Durumunda Tazminat\*

Compensation in the Defective Performance Situation in the Sales Contract as a Consumer Transaction

Güneş Sima KORKMAZ\*\*

## ÖZ

Ayıp, satıcı tarafından vaat edilen veya objektif olarak var olması gereken niteliklerin ilgili üründe bulunmaması olarak tanımlanır. Ayıplı ifa ile satıcının ayıptan doğan sorumluluğu gündeme gelir. Tüketici hukuku kapsamında ayıbın giderilmesini sağlamak ve tüketicinin menfaatlerini korumak için Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da seçimlik haklar düzenlenmiştir. Ayıptan doğan sorumluluk kapsamında tüketici, satıcıya karşı bu seçimlik hakları öne sürerek ayıbın giderilmesini talep edebilir. Malın onarılmasını talep etme ve malın ayıpsız misli ile değiştirilmesini isteme seçimlik hakları, satıcı ile birlikte üretici veya ithalatçıya karşı da kullanılabilir. Ayıplı ifa nedeni ile tüketicinin başkaca zararlarının ortaya çıkması durumunda ise tazminat talepleri gündeme gelir. Tazminat talepleri için Türk Borçlar Kanunu (TBK) hükümleri uygulama alanı bulacaktır. Tazminat talepleri satıcı ve üretici veya ithalatçıdan talep edilebilir. Bununla birlikte sözleşmeden dönme durumunda yalnızca tüketicinin değil satıcının da bazı kullanım kaynaklı tazminat talepleri olabilir. Tazminat talepleri yalnızca ayıptan doğan sorumluluk kapsamında değil sözleşmeye aykırılık kapsamında da incelenebilir. Bununla birlikte tüketicinin kullanabileceği haklar noktasında hakların yarışması da söz konusu olacaktır.

**Anahtar Kelimeler:** 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, Tüketici İşlemi, Satıcı, Ayıplı İfa, Tazminat.

## ABSTRACT

The defect is called the absence of the qualities promised by the seller or that should exist objectively in the relevant product. If there is the sold defectively good in consumer sales contracts, the seller have the responsibility that started with a fault. Within the scope of consumer law, in order to eliminate the defect and to protect the interests of the consumer, optional rights are regulated within the scope

\* Makale gönderim tarihi: 16.03.2023. Makale kabul tarihi: 11.05.2023. Güneş Sima Korkmaz, "Tüketici İşlemi Niteliğindeki Satış Sözleşmesinde Ayıplı İfa Durumunda Tazminat", *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 10, Sayı 1, 2023 s. 237-260, <https://doi.org/10.46547/imuhfd.2023.10.1.10>.

\*\* Avukat, İstanbul Barosu, guenessimak@gmail.com, <https://orcid.org/0000-0003-4409-6668>.

of the Law on the Protection of the Consumer. Within the scope of the responsibility that started with a fault, the consumer may demand the elimination of the defect by claiming these optional rights against the seller. Optional rights to demand the repair of the goods and the replacement of the goods with a non-defective one can also be claimed against the manufacturer or importer together with the seller. In the case of other damage to the consumer with a defective attitude, compensation claims arise. The provisions of the Turkish Code of Obligations can be applied to compensation claims. Compensation claims can be requested from the seller, manufacturer or importer. However, in the case of abandoning the contract, not only the consumer but also the seller may have some usage-based compensation claims. Claims for compensation can be examined not only within the scope of the liability that started with a fault, but also within the scope of breach of contract. In addition, there will be a competition for rights regarding the rights that the consumer side can use.

**Keywords:** Consumer Protection Act 2013, Consumer Transaction, Seller, Defective Performance, Compensation.

## Giriş

Satış sözleşmeleri Türk Borçlar Kanunu'nda (TBK) düzenlenmekle birlikte, ilgili işlemin bir tüketici işlemi olması, özel kanun niteliğini haiz 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun'da (TKHK) yer alan hükümlerin uygulanmasını gerektirir<sup>1</sup>. Satış sözleşmesine konu malın ayıplı olması durumunda ise ayıptan doğan sorumluluk hükümleri uygulama alanı bulacaktır. Satıcının ayıptan sorumluluğu kapsamında tüketicinin TKHK m. 11 kapsamında kullanabileceği sözleşmeden dönme, ayıplı malın ücretsiz onarılması, ayıp oranında indirim ve ayıpsız misli ile değiştirilmesi seçimli hakları bulunur. Bu seçimli haklar ile tüketicinin menfaati korunması sağlanır.

Seçimlik hakların kullanılmasına veya ayıbın giderilmesine karşın, tüketicinin ayıplı ifa nedeni ile doğan başkaca zararlarının olması durumunda ise TKHK m. 6 uyarınca genel hükümlere göre tazminat talep etme hakkı doğacaktır, bu nedenle tazminat talepleri için TBK hükümlerine bakmak gerekecektir. Zarara

1 Yılmaz Aslan, *Tüketici Hukuku Dersleri*, 9. Bası, Ekin Yayınevi, Bursa, 2022, s. 29-30, (*Tüketici*); Mehmet Murat Aydoğdu, Nalan Kahveci, *Tüketici Hukuku Dersleri*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021, s. 74-76; Mehmet Bahtiyar, Levent Biçer, "Adi İş / Ticari İş / Tüketici İşlemi Ayrımı ve Bu Ayrımın Önemi", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, Y. 2016, C. 22, S. 3, <https://dergipark.org.tr/tr/pub/maruhad/issue/36500/333756> (erişim tarihi: 22.12.2022), s. 417; Abdil Çürük, *Tüketici Satış Sözleşmesinde Satış Konusu Malın Ayıplı Olmasının Sonuçları*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 75-77; Yahya Deryal, Yakup Korkmaz, *Tüketici Hukuku Ders Kitabı*, 4. Bası, Bilge Yayınevi, Ankara, 2022, s. 29-31.

ilişkin bu tazminat talepleri seçimlik haklardan bağımsız şekilde uygulama alanı bulur. Tazminat talepleri yalnızca satıcıya değil üreticiye, ithalatçıya öne sürülebileceği gibi satıcının da tazminat talep edebileceği haller mevcuttur.

Çalışmamızda Tüketici Hukuku kapsamında ayıptan doğan sorumluluk tüketici ve tüketici işlemi kavramı çerçevesinde incelenecektir. Seçimlik hakların TKHK kapsamında açıklanmasını takiben tazminat ana başlığı altında seçimlik haklar ile birlikte tüketicinin tazminat talepleri incelenecektir. Satıcının tazminat talep edebileceği hallere de değinilecektir. TBK kapsamında hakların yarışmasına ilişkin olarak tüketicinin kullanabileceği haklara ve taleplere yönelik görüşler aktarılacaktır.

## I. Tüketici Hukukunda Ayıptan Doğan Sorumluluk

### A. Tüketici Kavramı ve Tüketici İşlemi

6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un Tanımlar başlıklı 3. maddesi uyarınca, tüketici kavramı “*Ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişiyi ifade eder.*” şeklindeki tanımın karşılığıdır. Bu tanımla tüketici kavramının unsurları gösterilmiştir. Her alıcının tüketici olmadığı, tüketicinin gerçek kişi olabileceği gibi tüzel kişi de olabileceği belirtilmiştir fakat ticari kâr amacı taşıyan her türlü tüzel ve gerçek kişi bu tanımın dışında tutulmuştur<sup>2</sup>.

Tüketici işlemi ise aynı maddenin I. bendinde, “*Mal veya hizmet piyasalarında kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden veya onun adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiler ile tüketiciler arasında kurulan, eser, taşıma, simsarlık, sigorta, vekâlet, bankacılık ve benzeri sözleşmeler de dâhil olmak üzere her türlü sözleşme ve hukuki işlem*” olarak tanımlanmıştır. Kanunun ilk maddesinde yer alan amaçları taşıyarak yapılan, taraflardan birinin satıcı ya da sağlayıcı diğer tarafın ise tüketici olduğu işlemlere tüketici işlemi denir.<sup>3</sup> Satıcı ve sağlayıcı kavramları da

2 Y. Aslan, s. 3-5; Aydoğdu, Kahveci, *Tüketici*, s. 80-96; Eda Şahin, “6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Kapsamında Ayıplı Hizmetin Hukuki Niteliği, Ayıplı Hizmetten Doğan Sorumluluk ve Tüketicilerin Seçimlik Hakları”, *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 20, Sayı 1-2, 2016, <https://dergipark.org.tr/tr/pub/ebyuhfd/issue/62894/954945> (erişim tarihi: 22.12.2022), s. 89; Nihal Ural-Çınar, *Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a Göre Ayıba Karşı Tekeffül*, İstanbul Kültür Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2007, s. 9; İlhan Kara, *6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanuna Göre Hazırlanmış Tüketici Hukuku*, 2. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, 70-75; Ömer Faruk İlgün, *Tüketici İşlemleri Hukuku*, Legal Yayınevi, İstanbul, 2021, s.2.

3 Aydoğdu, Kahveci, *Tüketici*, s. 95-105; Çürük, s. 20-25; İ. Kara, s. 160-165.

ilgili kanunda düzenlenmiştir<sup>4</sup>. Tüketicinin taraf olduğu bu işlem, tüketiciye mal satmayı veya hizmet sağlamayı amaçlamalıdır. Tüketici tanımından yola çıkarak, tüketici işleminin de mesleki olmayan, kişisel ihtiyaçları karşılamaya yönelik olması gerekir. Aksi halde tüketici işlemi niteliği taşımayacaktır. Tüketici işlemi, tüketici ile satıcı, üretici<sup>5</sup> veya sağlayıcı arasında yapılan her tür hukuki işlemi ifade etmektedir. Bu işlemlerden biri de tüketici sözleşmeleridir.

Tüketici sözleşmeleri, satıcı veya sağlayıcı ile tüketici arasında kurulan, satıcı veya sağlayıcının mal veya hizmet sunma edimini üstlendiği ve tüketicinin şahsi ihtiyacını karşılamak amacı taşıyan sözleşmelerdir. Bu tüketici sözleşmelerinden biri ise satış sözleşmesidir.

### B. Tüketici İşlemi Niteliğindeki Satış Sözleşmesi

Tüketici işlemi niteliğindeki satış sözleşmesi, taşınır veya taşınmaz mülkiyetini devir amacı taşıyan; satıcı, sağlayıcı, üretici veya imalatçı ile gerçek kişi veya tüzel kişi tüketici arasında gerçekleştirilen, satıcı tarafından özel nitelikteki ihtiyacının karşılanması karşılığı tüketicinin bir bedel ödemeyi taahhüt ettiği tam iki tarafa borç yükleyen bir hukuki işlemidir<sup>6</sup>. Satış sözleşmesinin kurulması, satılan, bedel ve tarafların iradelerinin uyumu unsurlarına bağlıdır. Tüketici niteliğindeki satış sözleşmesi, alışverişe konu olabilen taşınır malların hepsini kapsarken; taşınmazlar için ise yalnızca konut ve tatil amaçlı meskenleri kapsamaktadır<sup>7</sup>. Bunun yanında maddi ya da fiziki varlığı bulunmayan ancak mülkiyete konu olabilen alacaklar ile doğal güçlerin ve satış sözleşmesi kurulduğu anda mevcut olmamakla birlikte ileride mevcudiyeti olacak hak ve eşyalar da satılan olabilir<sup>8</sup>. Tüketici satış

4 TKHK m. 3/I/1-i uyarınca satıcı ve TKHK m. 3/I/1-1 uyarınca sağlayıcı, kamu tüzel kişileri de dahil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla tüketiciye hizmet sunan ya da hizmet sunanın adına hareket eden gerçek ya da tüzel kişiye denir. Detay için bkzn. Aydoğdu, Kahveci, *Tüketici*, s. 98-100; Çürük, s. 22; İ. Kara, s. 167.

5 TKHK m. 3/I/1-n uyarınca üretici, tüketiciye sunulmuş olan mal ya da bu malların hammadde-lerini üretenler ile bu ürün üzerine ayırt edici işaretini koyarak kendisini üretici olarak tanıtan gerçek ya da tüzel kişiyi ifade eder. Detay için bkzn. Çürük, s. 23; İ. Kara, s. 168.

6 Aydoğdu, Kahveci, *Tüketici*, s. 114-130; Çürük, s. 11-33; Vehbi Umut Erkan, "Tüketici Satış Sözleşmelerinde Kararlaştırılan Sürede Malın Teslim Edilmemesi Durumunda 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un Ayrılmış Mallara İlişkin Hükümlerinin Uygulanması", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Y. 2017, S. 30, <https://dergipark.org.tr/pub/taad/issue/52660/694024> (erişim tarihi: 05.01.2023), s. 294-295; Mustafa Alper Gümüş, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler Cilt 1*, 3. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2013, s. 16-18, (*Özel Hükümler*) ; Hakan Tokbaş (ed.), Özlem Tüzüner (ed.), *Milli Şerh – 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi*, Aristo Yayınevi, İstanbul 2016, s. 383.

7 Aydoğdu, Kahveci, *Tüketici*, s. 114-130; Osman Levent Özyay, "6502 Sayılı Yasa Kapsamında Tüketici İşlemi", *Avrasya Sosyal ve Ekonomi Araştırmaları Dergisi*, Cilt 4, Sayı 12, 2017, <https://dergipark.org.tr/pub/asead/issue/52678/694406> (erişim tarihi: 16.12.2022), s. 258.

8 Gümüş, *Borçlar Özel*, s. 17-23; Elif Polat, "Borçlar-Ticaret ve Tüketici Hukuku Bakımından Ayrılmış Mal Kavramının İncelenmesi", *Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi*, Cilt 8, Sayı 1,

sözleşmesini diğer satış sözleşmelerinden ayıran unsur, tüketici bakımından ticari kar veyahut mesleki amaç taşımamasıdır.

Tüketici işlemi niteliğindeki satış sözleşmesi özel olarak TKHK'de düzenlenmemiştir. Ancak taksitle satış sözleşmeleri, mesafeli sözleşmeler, ön ödemeli konut satışı, işyeri dışında kurulan sözleşmeler ve abonelik sözleşmeleri başta olmak üzere satış sözleşmesinin pek çok özel görünüş biçimi TKHK'de yer almaktadır. Tüketici işlemi niteliğinin bir sonucu olarak, tüketici satış sözleşmelerinden kaynaklanan uyumsuzluklar için, öncelikli olarak özel kanun niteliğindeki TKHK'de yer alan hükümler uygulama alanı bulmalıdır<sup>9</sup>. Bu kanunda ilgili bir hüküm bulunmaması halinde, TBK'de yer alan genel hükümlere gidilmesi gerekecektir.

### C. Ayıptan Doğan Sorumluluk

Ayıp, öğretide<sup>10</sup>, satıcı tarafından bildirilen veya objektif olarak mevcut olması gereken niteliklerin ilgili ürün ya da hizmette bulunmaması olarak tanımlanır. Ayıbın türleri maddi, hukuki ve ekonomik ayıptır<sup>11</sup>, bununla birlikte miktar eksikliği ve satılardan başka bir malın teslimi de ayıp olarak kabul edilir<sup>12</sup>. Satım sözleşmesinden doğan borcun sözleşmeye uygunluğu objektif ayıp ve subjektif ayıp bakımından incelenir<sup>13</sup>. Objektif ayıp, malın asgari beklentide sahip olması gereken özelliklerinin örtülü şekilde karşılaştırıldığı kabul ederek, o malda gereken özelliklerin mevcut olmamasıdır; subjektif ayıp ise, sözleşme ile karşılaştırılan ve satıcının tüketiciye nitelik vaatleri ya da tüketicinin satıcıdan ek talepleri olarak ortaya çıkacaktır<sup>14</sup>.

- 
- 2022, <https://dergipark.org.tr/tr/pub/tfm/issue/71151/892145> (erişim tarihi: 20.12.2022), s. 217.
- 9 Y. Aslan, s. 29-30; Aydoğdu, Kahveci, *Tüketici*, s. 77-76; Bahtiyar, Biçer, s. 417; Çürük, s. 75-77; Deryal, Korkmaz, s. 29-31.
- 10 Y. Aslan, s. 94; Aydoğdu, Kahveci, *Tüketici*, s. 228; Çürük, s. 51; İ. Kara, s. 701; Polat, s. 208-211; E. Özsunay, E. Yılmaz, C. Yavuz, Ç. Özel, T. İnal, ... B. Aydoğdu, *Milli Şerh – 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi*, Aristo Yayınevi, İstanbul 2016, s. 181; Deryal, Korkmaz, s. 87; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 9. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 109.
- 11 Çürük, s. 59-63; Polat, s. 214-216. Aydın Zevkliler, K. Emre Gökyayla, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 17. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2017, s. 132-135.
- 12 Zevkliler, Gökyayla, s. 132-135.
- 13 Yeşim M. Atamer, Ece Baş, "Avrupa Birliği Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak 6502 Sayılı Yeni Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Uyarınca Satım Sözleşmesinde Ayıptan Doğan Sorumluluk", *İstanbul Barosu Dergisi Tüketici Hakları ve Rekabet Hukuku Özel Sayısı*, Cilt 88, 2014, <https://dergipark.org.tr/tr/pub/ebyuhfd/issue/62894/954945> (erişim tarihi: 16.12.2022), s. 22-25; Turan Şahin, "Borçlar Kanunu ve 6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu Kapsamında Yüklenicinin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu", *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 1, Sayı 2, 2011, <https://dergipark.org.tr/tr/pub/sduhfd/issue/22981/245827> (erişim tarihi: 28.12.2022), s. 140.
- 14 Atamer, Baş, s. 22-23; Aydoğdu, Kahveci, *Tüketici*, s. 242-248; İ. Kara, s. 820-821; Polat, s. 211-214.

TKHK m. 8/I'de, ayıplı mal, “tüketiciye teslimi anında, taraflarca kararlaştırılmış olan örnek ya da modele uygun olmaması ya da objektif olarak sahip olması gereken özellikleri taşımaması nedeniyle sözleşmeye aykırı olan maldır.” şeklinde tanımlanmıştır. Malın ayıplı olması bildirilen niteliklerde ayıp veyahut bulunması gereken vasıflarda ayıp şeklinde karşımıza çıkabilir. Türk hukukunda ayıptan doğan sorumluluk satıcıya aittir. TBK m. 219 kapsamında ayıptan doğan sorumluluk, satıcının sorumluluğu olarak tanımlanmıştır<sup>15</sup>. TKHK m. 9/I uyarınca, “Satıcı, malı satış sözleşmesine uygun olarak tüketiciye teslim etmekle yükümlüdür.” İlgili hükme göre, ayıplı mala ilişkin satıcının sorumluluğuna gidilebilmesi için malın teslimi sırasında ayıplı olması gerekecektir. Aksi halde satıcı ayıptan sorumlu tutulamaz<sup>16</sup>. Bu noktada gizli ayıp konusu gündeme gelebilir, gizli ayıp malda satıcıdan kaynaklı ve malın tüketiciye devri sırasında var olan bir sorunun sonradan ortaya çıkmasıdır<sup>17</sup>.

Satılan malın ayıplı olması halinde, tüketicinin kullanacağı haklar bakımından yarışma söz konusudur. Tüketicinin zarara uğraması halinde haksız fiil hükümlerine gidebilmek mümkün olduğu gibi, yanılma ve aldatma hükümlerine, sözleşmenin gereği gibi ifa edilmemesi sebebi ile sözleşmeye aykırılık hükümlerine ve ayıptan doğan sorumluluğa ilişkin özel hükümler olan TKHK hükümlerine gidilebilecektir<sup>18</sup>.

Ayıplı ifaya ilişkin olarak genel hükümlerin yer aldığı TBK'da, satıcının ayıbın varlığını bilmesi dahi ayıptan sorumlu olduğu belirtildiğinden ilgili sorumluluk türünün satıcının kusursuz sorumluluğu olduğu aşıkardır. Buna ilişkin TKHK kapsamında bir ifade bulunmamakla birlikte öğretide hâkim görüş<sup>19</sup> ayıplı mal nedeniyle doğan sorumluluk türünün TKHK için de kusursuz sorumluluk olması gerektiği yönündedir. TKHK m. 11'de yer alan alıcının seçimlik haklarının kullanılabilmesi için satıcının kusuru aranmamakla birlikte, satıcı ayıplardan sorumlu olmadığını ispatladığı takdirde sorumluluktan kurtulur<sup>20</sup>.

15 Esmâ Küçükbay, *Tüketici İşlemi Niteliğindeki Satış Sözleşmelerinde Satıcının Ayıptan Sorumluluğu*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 77.

16 Y. Aslan, s. 136; Atamer, Baş, s. 51-54; Aydoğdu, Kahveci, *Tüketici*, s. 240-241; İ. Kara, s. 766-774.

17 Eren, s. 109, Aydoğdu, Kahveci, *Tüketici*, s. 230; Kara, s. 700-705; Deryal, Korkmaz, s. 85-90.

18 Y. Aslan, s. 29-30; Aydoğdu, Kahveci, *Tüketici*, s. 77-76; Bahtiyar, Biçer, s. 417; Çürük, s. 75-77; Deryal, Korkmaz, s. 29-31.

19 Y. Aslan, s. 136; Atamer, Baş, s. 51-54; Aydoğdu, Kahveci, *Tüketici*, s. 240-241; Bahtiyar, Biçer, s. 417; Çürük, s. 75-77; Deryal, Korkmaz, s. 29-31, İ. Kara, s. 766-774.

20 Atamer, Baş, s. 51-54; Polat, s. 210-215; Y. Aslan, s. 140.



#### D. Ayıplı İfa Nedeniyle Tüketicinin Kullanabileceği Seçimlik Haklar

Satıcının ifasının ayıplı olması durumunda, kanun koyucu, tüketici tarafından TKHK’de yer alan seçimlik haklardan herhangi birinin seçilerek kullanılabilmesini öngörmüştür. Böylece tüketicinin menfaatlerinin korunması amaçlanmıştır. TKHK m. 11’de sayılan seçimlik haklar; sözleşmeden dönme, satılmanın ayıp oranında satış bedelinden indirimi, ücretsiz onarılması veya ayıpsız bir misli ile değiştirilmesini istemedir<sup>21</sup>.

Kural olarak, tüketicinin seçimlik haklardan birini serbestçe tercih etmesi ve satıcının da bu talebi yerine getirmesi gerekir<sup>22</sup>. TKHK m. 11/III ile, tüketicinin seçimlik haklarını kullanmakta herhangi bir yol izlemek zorunda olup olmadığı belirtilmediğinden; tüketici tek taraflı, açık veya örtülü irade beyanıyla, dava açmadan veya satıcının rızasına bağlı kalmaksızın seçimlik hakkını kullanabilir<sup>23</sup>. Tüketicinin sahip olduğu bu seçimlik haklar tek sefer kullanılmak ile sona erer<sup>24</sup>. Kural olarak alıcının seçimlik haklardan birini serbestçe tayin edebilmesi gerekmekte iken<sup>25</sup> kanun koyucu hem satıcı hem alıcı bakımından hakkaniyetli ve usule ilişkin daha pratik çözümler sunmak adına birtakım sınırlamalar öngörmüştür. Seçimlik hakların incelemesi esnasında bu sınırlamalardan da bahsedilecektir.

Hâkim görüşe göre<sup>26</sup> seçimlik haklar yenilik doğuran haklardır. Yenilik doğuran haklar, *tek taraflı bir hukuki işlem ile bir hukuki ilişkiyi kurmak, içeriğini değiştirmek veya sona erdirmek suretiyle başka bir şahsın hukuk alanında değişiklik meydana getirebilme yetkisi veren haklar*<sup>27</sup>dir.<sup>27</sup> Yenilik doğuran haklar için hak düşürücü süreler uygulama alanı bulur fakat öğretide<sup>28</sup> TKHK’de yer alan sürelerin zamanaşımı niteliğinde olduğu görüşü hakimdir. Zamanaşımı niteliğinde olan süreler, re’sen öne sürülmediğinden ve daha uzun nitelikte olduğundan tüketiciyi koruma amacına uygundur.

21 Y. Aslan, s. 118-136; Aydoğdu, Kahveci, *Tüketici*, s. 286-302; Çürük, s. 93-107; İ. Kara, s. 736-763; Tokbaş, Tüzüner, *Milli Şerh – 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi*, Aristo Yayınevi, İstanbul 2016, s. 254-255.

22 Y. Aslan, s. 120; Aydoğdu, Kahveci, *Tüketici*, s. 304-308; Melek Yüce Bilgin, “Satış Sözleşmesinde Ayrıptan Dolayı Sorumluluğun Şartları ve Alıcının Seçimlik Hakları”, *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu*, Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, İstanbul, 2012, s. 386, Çürük, s. 93-107.

23 Aydoğdu, Kahveci, *Tüketici*, s. 304-308; Tokbaş, Tüzüner, *Milli Şerh – 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi*, Aristo Yayınevi, İstanbul 2016, s. 254-255.

24 Aydoğdu, Kahveci, *Tüketici*, s. 286-302; İ. Kara, s. 736-763.

25 Y. Aslan, s. 118-136; Aydoğdu, Kahveci, *Tüketici*, s. 304-308; Çürük, s. 93-107.

26 Y. Aslan, s. 119; Çürük, s. 93-107.

27 Vedat Buz, *Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2005, s. 55-58.

28 Çürük, s. 105; Türkmen, s. 3391.

Seçimlik hakların tüketici tarafından kullanılabilmesi için bazı şartların gerçekleşmiş olması gerekir. Öncelikle, aşıkardır ki bu seçimlik hakların kullanılabilmesi için ortada bir ayıplı ifa olması ve alıcının bunu öncesinde bilmiyor olması gerekir. Aksi halde, TKHK m. 10/II uyarınca, alıcının malı ayıplı şekilde kabul ettiğinden bahisle satıcıya karşı seçimlik hakların kullanılması mümkün olmayacaktır. Yine alıcının seçimlik haklarını kullanabilmesi için, TKHK m. 10/I ile daha önceki düzenlemelerden farklı bir düzenleme getirerek satış sözleşmesinin ifasından itibaren ilk altı ay içerisinde ortaya çıkan ayıpların teslim tarihinde var olduğunu kabul etmiştir<sup>29</sup>. Böylece tüketici lehine olan bu karine ile alıcı tarafından gözden geçirme külfetine uyulmadan kullanılmaya başlanan ve kullanım sırasında fark edilen ayıplar için 6 ay içinde bildirimde bulunulabileceğini, ayrıca seçimlik hakların kullanılmasına ilişkin talep haricinde de ayıba ilişkin **özel** bir bildirimde de gerek olmadığını kabulü gerekecektir<sup>30</sup>.

### 1. Sözleşmeden Dönme

Sözleşmeden dönme seçimlik hakkı, TKHK m. 11/I/a'da düzenlenmiştir. Sözleşmeden dönme; geçmişe etkili ve herhangi bir şekil şartına bağlı olmayan bozucu yenilik doğuran bir haktır ve yalnızca satıcıya karşı öne sürülebilir<sup>31</sup>. Sözleşmeden dönme hakkının kullanımı bakımından esaslı ihlal halleri aranır; ifanın vaktinde yapılmaması, sözleşmeye aykırı mal teslimi gibi durumlar esaslı ihlal halleridir.<sup>32</sup> Dönme halinde satım sözleşmesi tasfiye ilişkisine dönüşür. Sözleşmeden dönebilmek için, tüketicinin, satılanı geri vermeye hazır olduğunu bildirmesi ve TKHK m. 11/V uyarınca bu seçimlik hakkı tercih etmesi durumunda ödediği tüm bedelin satıcıya iadesi gerekir. Satıcının bedel iadesinde, TBK m. 229/I uyarınca, sözleşme bedelini faizi ile iade etmek durumundadır. Bununla birlikte tüketicinin satılanı yaptığı masrafları, ayıplı ifa nedeniyle uğranan zararları<sup>33</sup>, seçimlik hakkın kullanılması sebebi ile yapılan masrafları ve yargılama giderlerini de karşılamalıdır<sup>34</sup>. Alıcının satılanı iadesi bakımından ise, satılardan elde ettiği yararları yani semeresini

29 Y. Aslan, s. 105.

30 Aydoğdu, Kahveci, *Tüketici*, s. 284-285; Çürük, s. 93-107; Serap Helvacı, Fatma Zeynep Altınar-Yolcu, "6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un İspat Yüküne İlişkin Getirdiği Düzenleme", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt 24, Sayı 2, 2018, <https://dergipark.org.tr/tr/pub/maruhad/issue/40836/503180> (erişim tarihi: 23.12.2022), s. 812-817.

31 Y. Aslan, s. 126-128; Aydoğdu, Kahveci, *Tüketici*, s. 288-292; İ. Kara, s. 738-745.

32 Erkan Kutluhan, *CISG Gereğince Alıcının Sözleşmeden Dönmesi*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013, s. 62-72.

33 Çürük, s. 124-126; Zevkliler, Gökyayla, s. 125-134.

34 Y. Aslan, s. 126-128; İ. Kara, s. 763-766; Serozan, s. 214.

ve ürünlerini de iade etmelidir, aksi halde makul bir tazminat ödemesi gerekir. Bunun sebebi, sözleşmeden dönme ile tarafların sözleşme öncesi duruma gelmelerinin sağlanmasıdır. Semereler ile sağlanan kazanç kişiyi sözleşme öncesi durumdan daha kazançlı hale getirmemelidir. Satışa konu mal veya hizmet, semere getirmeyen; buna karşın sözleşmeden dönme tarihine kadar kullanımı ile fayda sağlamış bir ürün olması durumunda, kullanım bedeline<sup>35</sup> ilişkin uygun bir tazminata hükmedilmesi gerekir. Kullanım bedeline yönelik tazminata ilişkin öğretide tartışma bulunmakla birlikte, tazminat başlığı altında detaylıca bu konuya değinilecektir. Böylece, tarafların birbirlerinden aldıklarını iade etmeleri ile sözleşmeden dönülmüş olur<sup>36</sup>.

## 2. Satılanın Bedelinde Ayıp Oranında İndirim

Ayıp oranında satış bedelinden indirim isteme seçimlik hakkı, TKHK m. 11/I/b'de düzenlenmiştir. İlgili hak yalnızca satıcıya yöneltilebilecek bir haktır<sup>37</sup>. Bu hüküm uyarınca tüketiciye indirim tutarında bedelin derhal iade edilmesi gerekir. Aksi takdirde tüketicinin indirim bedeli üzerinden faiz talep etme hakkı doğacaktır. Ayıptan doğan masrafların TKHK kapsamında satıcıdan talep edilmesi mümkün olmakla birlikte ayıptan doğan diğer zararlara ilişkin tazminat talepleri TKHK m. 11/V uyarınca genel hükümler kapsamında öne sürülebilecektir. Satış bedelinin indirilmesi ile sözleşmenin özüne dokunmadan tüketicinin edimi değişmiş olur, satış bedelinin indirilmesi ile borç yenilenmiş kabul edilemez<sup>38</sup>. Satış bedelinin indirilmesine ilişkin olarak indirimin nasıl hesaplanacağına dair öğretide mutlak metot, tazminat metodu ve nispi metot olmak üzere üç yöntem mevcuttur. Bu metotlardan nispi metodun, malın ayıplı ve ayıpsız değeri arasındaki oran esas alınması şeklinde bir hesaplama metodu olması nedeni ile oy birliği ile öğretide kabul edilmiştir<sup>39</sup>.

## 3. Satılanın Ücretsiz Onarılması

Ayıplı malın ya da hizmetin, ücretsiz onarılmasını isteme seçimlik hakkı, TKHK m. 11/I/c'de düzenlenmiştir. Tüketicinin bu hakkı kullandıktan sonra başka bir seçimlik hakkı kullanma talebinde bulunamayacağı genel olarak kabul görmektedir ancak bu seçimlik hakkın yerine getirilmesinin imkânsız olması

35 Zevkliler, Gökyayla, s. 126-130; Murat Aydoğdu, Nalan Kahveci, *Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 5. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021, s. 179-182, (*Özel Borç İlişkileri*).

36 Rona Serozan, "CISG'a ve TBK'na Göre Alıcının Dönme Hakkının Sınırları", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt 70, Sayı 2, 2012, <https://dergipark.org.tr/tr/pub/iuhfm/issue/9187/115140> (erişim tarihi: 30.12.2022), s. 209-210.

37 Y. Aslan, s. 129-132; Aydoğdu, Kahveci, *Tüketici*, s.296-298.

38 Aydoğdu, Kahveci, *Tüketici*, s. 296-299; Çürük, s. 93-107; İ. Kara, s. 751-758.

39 Y. Aslan, s. 129-132; Aydoğdu, Kahveci, *Tüketici*, s. 296-299; Çürük, s. 113-117; İ. Kara, s. 753-758.

veya malın kullanımından ömür boyu mahrum kalınmasına neden olacağı anlaşılırsa tüketicinin diğer seçimlik haklarından birini kullanabileceği kabul edilir<sup>40</sup>. Bu hak satıcıya karşı ileri sürülebildiği gibi üretici veya ithalatçı<sup>41</sup>ya karşı da ileri sürülebilir bir hak olarak karşımıza çıkar<sup>42</sup>. Üretici veya imalatçının ayıptan sorumluluğunun doğması için ilgili malın piyasaya sürüldüğünde ayıplı olması gerekir, ayıbın malın piyasaya sürülmesinden sonra meydana geldiğini ispat eden üretici veya imalatçı sorumluluktan kurtulacaktır<sup>43</sup>.

#### 4. Satılanın Ayıpsız Misli ile Değiştirilmesi

Satılanın ayıpsız bir misli ile değiştirilmesini isteme seçimlik hakkı, TKHK m. 11/I/ç'de düzenlenmiştir. Bu hakkın yerine getirilmesi bakımından satıcı, üretici veya ithalatçı müteselsilen sorumludur<sup>44</sup>. İlgili malın ayıpsız misli ile değiştirilmesi durumunda, tüketici tarafından ayıplı malın iadesi gerekir<sup>45</sup>. TKHK m. 11/III'te yer alan düzenleme ile bu seçimlik hak bakımından bir sınırlama ve düzenleme getirilmiştir<sup>46</sup>. Tüketicinin menfaatlerine aykırı değil ise orantısız güçlülere neden olmaması bakımından tüketicinin diğer seçimlik haklarından birini kullanması daha uygun olabilir. Orantı tayini için ayıbın önemi ve ayıpsız değer dikkate alınır. Tüketicinin başkaca zararları olması durumunda TKHK m. 11/VI ile genel hükümler uyarınca tazminat talep etme hakkı saklıdır.

## II. Tazminat

Tüketici hukuku bakımından tazminat, malın ayıplı olmasından kaynaklı masraflar ya da değer kaybı olarak değil malın ayıplı olması nedeniyle uğranan

40 Y. Aslan, s. 134-135; İ. Kara, s. 753-758; Bayram Aslan, "Onarım Borcunun İfa Edilmesi", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 25, Sayı 1, 2017, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/333280> (erişim tarihi: 18.12.2022), s. 292-295.

41 TKHK m. 3/I-e uyarınca ithalatçı, mal veya hizmetleri ya da bu malların hammaddelerini, ara mallarını ticari ya da mesleki amaçlarla ithal ederek satım, kira, finansal kiralama veya benzeri bir yolla piyasaya süren gerçek veya tüzel kişiyi ifade eder. Detaylı bilgi için bkz. İ. Kara, s. 169.

42 Erhan Kanişlı, "Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Kapsamında Üreticinin Sınırlı Ayıp Sorumluluğu ve Zorunlu Garanti Sorumluluğu", *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 18, Sayı 2, 2021, <https://dergipark.org.tr/tr/pub/yuhfd/issue/66299/1030798> (erişim tarihi: 26.12.2022), s. 1006.

43 Y. Aslan, s. 145-150; Çürük, s. 93-107.

44 Gümüş, *Borçlar Özel*, s. 107; Mustafa Alper Gümüş, *6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi*, C. I, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014, s. 122, (Kanun Şerhi).

45 Y. Aslan, s. 132-133; Aydoğdu, Kahveci, *Tüketici*, s. 299-302; İlker Öztaş, "Türk Borçlar Kanunu Kapsamında Taşınır Satışında Alıcının Ayıplı Satılanın Değiştirilmesini Talep Hakkı", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt 22, Sayı 2, 2016, <https://dergipark.org.tr/tr/pub/maruhad/issue/27645/291355> (erişim tarihi: 23.12.2022), s. 345-346.

46 Y. Aslan, s. 120; Aydoğdu, Kahveci, *Tüketici*, s. 304-306.

diğer zararlar olarak açıklanır<sup>47</sup>. Tüketicinin tazminata ilişkin talepleri bakımından TKHK m.11/IV<sup>48</sup> ile genel hükümlere yollama yapılmaktadır<sup>49</sup>. Tazminatın konusu olan zararlar, doğrudan ya da dolaylı zararlar olabilir.

Tüketicinin ayıbbı bilerek malı veya hizmeti satın alması, tüketicinin seçimlik haklarını kullanmasına engel teşkil etmekle birlikte; satıcı, üretici veya ithalatçının sorumluluğunu ortadan kaldırmaz<sup>50</sup>. TKHK m. 10/II düzenlemesine göre tüketici, ayıplı malın neden olduğu zararlardan doğan haklarını talep edebilecektir. Bu haklardan biri tazminat talep edebilme hakkıdır, tazminat talep hakkı bir seçimlik hak değildir. Bu nedenle seçimlik haklarla birlikte ya da bağımsız kullanılabilir. Tüketici hem maddi hem manevi tazminat talep edebilir, kanunda bu yönde kısıtlayıcı bir ifade bulunmamaktadır<sup>51</sup>. Tüketicinin maddi veya manevi zarar talep edebilmesinin ön koşulu zarar meydana gelmesidir. Kural olarak sözleşmeye aykırılık manevi tazminat gerektirmez fakat buna rağmen somut olaya göre hâkimin manevi tazminat talebini kabul etmesi de mümkündür. Yargıtay 13. Hukuk Dairesi 2019 yılında verdiği bir kararında bakkaldan iki tane maden suyu alan kör çocuk bunları taşırken maden sularının patlaması durumunda anne ve babanın manevi tazminat talebi yerindedir<sup>52</sup>. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu ise 2001 tarihli bir kararında, otelde konakladıkları sırada müşterilere domuz eti yedirildiğinin tespit edilmesi durumunda kendilerinin de domuz eti yemiş olabileceğine ilişkin kanaati olan tüketicilerin ayıplı mal nedeniyle manevi zarara uğradıklarından bahisle manevi tazminata hükmetmiştir<sup>53</sup>.

### A. Tüketicinin Seçimlik Haklar ile Tazminat Talebi

Ayıptan doğan sorumluluk hükümleri uyarınca, ayıplı mal nedeniyle tüketici seçimlik haklarından birini kullanabilir. Seçimlik hakların kullanılması ile, ayıbın giderilmesi ve tüketicinin menfaatlerinin korunması sağlanır. Bunların yanında tüketicinin ayıplı ifa nedeniyle başkaca zararları mevcut olabilir. TKHK m. 11/VI ile seçimlik hakların yanında tüketiciye genel hükümlere göre tazminat talep etme hakkı da tanınmıştır. Bu tazminat hakkı, seçimlik haklar

47 Y. Aslan, s. 138-142; Aydoğdu, Kahveci, *Tüketici*, s. 308-314; İ. Kara, s. 763-766.

48 TKHK m. 11/VI, "Seçimlik hakların kullanılması nedeniyle ortaya çıkan tüm masraflar, tüketicinin seçtiği hakkı yerine getiren tarafça karşılanır. Tüketici bu seçimlik haklarından biri ile birlikte 11/1/2011 tarihli ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu hükümleri uyarınca tazminat da talep edebilir."

49 Çürük, s. 107-111; Gümüş, *Kanun Şerhi*, s. 104.

50 Kanişlı, s. 1011-1017; Çürük, s. 93-107.

51 Aydoğdu, Kahveci, *Tüketici*, s. 304-308.

52 Yarg. 13. HD. T. 24.01.2019 E.2019/232 K. 2019/594.

53 YHGK, T. 12.02.2014 E. 2013/13-492 K. 2014/87.

ile birlikte talep edilebileceği gibi; bu haklardan bağımsız olarak talep edilmesi de mümkün bir haktır. İlgili düzenleme, “*Seçimlik hakların kullanılması nedeniyle ortaya çıkan tüm masraflar, tüketicinin seçtiği hakkı yerine getiren tarafta karşılanır. Tüketici bu seçimlik haklarından biri ile birlikte 11/1/2011 tarihli ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu hükümleri uyarınca tazminat da talep edebilir.*” şeklindedir.

TKHK’ye göre ayıplı maldan doğan zararlardan satıcı sorumludur. Ücretsiz onarım talep etme ve ayıpsız misli ile değiştirilmesini isteme seçimlik haklarında olduğu gibi tazminat talepleri bakımından da zararın doğmasına neden olmaları durumunda yine ithalatçı, üretici veya imalatçının sorumluluğuna gitmek mümkün olacaktır<sup>54</sup>. İlgili zarar kavramına yalnızca tehlikeli mal ve ürünler girmez, tüketicinin bilmediği hatalı ve tehlikeli ürünler sebebiyle oluşan zararlar da tazminat kapsamında tanımlanmıştır.

TKHK m. 11/VI kapsamında, zarardan sorumluluğun kapsamı bakımından bir düzenleme bulunmamakla birlikte genel hükümlere yapılan atıf uyarınca aleyhe kusur sorumluluğu uygulama alanı bulmaktadır<sup>55</sup>. Böylece kusursuzluğunu ispatlayamayan satıcı, üretici veya ithalatçı, ayıplı ifa nedeniyle doğan zararlardan sorumlu olacaktır. Bu hak ile karşılanacak olan zararlar ayıpların giderilmesi için gerekli olan masraflar değil malın ayıplı olması kaynaklı ortaya çıkan zararlardır<sup>56</sup>. Tüketicinin, TKHK m. 11’in TBK’da yer alan genel hükümlere yollama yapması nedeni ile, bu hükümler çerçevesinde tazminat talep edilmesi durumunda 10 yıllık zaman aşımı süresi uygulama alanı bulacaktır<sup>57</sup>.

Kusurun türü ve kapsamı bakımından seçimlik haklar uygulamada bir ayırım gösterecektir, sözleşmeden dönme bakımından doğrudan zararlar için satıcının TBK m. 229/I kapsamında kusursuz sorumluluğu uygulama alanı bulacakken diğer seçimlik haklar için ise TBK m. 112 kapsamında kusur sorumluluğu söz konusu olacaktır.

### **1. Satılanı Geri Vermeye Hazır Olduğunu Bildirerek Sözleşmeden Dönme Durumunda Tazminat**

Sözleşmeden dönme, karşılıklı borçlandırııcı sözleşme olan satım sözleşmesini çözen yenilik doğuran bir haktır. Tüketici, TKHK m. 11/VI’ya göre ayıplı ifa nedeniyle uğradığı zararları için tazminat talep edebilecektir.

54 Y. Aslan, s. 145-150; Çürük, s. 93-107; Kanişlı, s.1011-117.

55 Y. Aslan, s. 138-150.

56 İ. Kara, s. 763-766.

57 Y. Aslan, s. 150-151; Çürük, s. 134-136; İ. Kara, s. 763-766.

Sözleşmeden dönmeye ilişkin olarak, TBK m. 229<sup>58</sup> uygulama alanı bulacaktır, sözleşmeden dönme halinde doğrudan ve dolaylı zararlar için tazminat talep edilebilecektir. Bu noktada doğrudan ve dolaylı zarar ayrımını yapmak gerekir.

Doğrudan-dolaylı zarar ayrımına ilişkin öğretide fikir birliği bulunmamaktadır. Doğrudan zararın menfi ve dolaylı zararın müspet zarar olduğu görüşü ile<sup>59</sup>; doğrudan zararın ayıp ile en yakın illiyet bağı olan zarar ve dolaylı zararın ise ayıp ile daha uzak illiyet bağı olan zarar olduğu görüşü mevcuttur<sup>60</sup>. Doğrudan zararı menfi zarar karşılığı ile değerlendiren görüş, tüketicinin herhangi bir sözleşme ilişkisi kurmadan dahi satıcıya karşı sahip olduğu objektif sorumluluk esasına dayanır. Katıldığımız ikinci görüşe göre ise, doğrudan zararlar, ayıplı malın kendisinde oluşan zararlardır.<sup>61</sup> “Ayıp zararı” ya da “ifa zararı” şeklinde tanımlanan ve ayıp ile zarar arasında yoğun illiyet bağı bulunan zararlardır. İşbu nedenle doğrudan zararlar ile ilişkin olarak, kusursuz sorumluluk hükümleri uygulama alanı bulduğundan satıcı kusurlu olmasa da bu zararlar sorumludur<sup>62</sup>. Dolaylı zararlar için ise farklı bir sorumluluk türü olan kusura dayanan sorumluluk hükümlerinin uygulanması gerekir. Bu zarara ise “ayıba refakat eden zarar” denmektedir. Buna göre, dolaylı zararlar için tazminat talep edilebilmesi satıcının kusuruna bağlıdır. İsviçre Federal Mahkemesinin konuya ilişkin bir kararında (papağan kararı)<sup>63</sup> nedensellik

58 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu, madde 229, “Satış sözleşmesinden dönen alıcı, satılanı, ondan elde ettiği yararları ile birlikte satıcıya geri vermekle yükümlüdür. Buna karşılık alıcı da, satıcıdan aşağıdaki istemlerde bulunabilir:

1. Ödemiş olduğu satış bedelinin, faiziyle birlikte geri verilmesi.

2. Satılanın tamamen zaptında olduğu gibi, yargılama giderleri ile satılan için yapmış olduğu giderlerin ödenmesi.

3. Ayıplı maldan doğan doğrudan zararının giderilmesi. Satıcı, kendisine hiçbir kusur yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, alıcının diğer zararlarını da gidermekle yükümlüdür.” şeklindedir.

59 Cevdet Yavuz, Faruk Acar, Burak Özen, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 10. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2014, s. 190-192, Gümüş, *Borçlar Özel*, s. 120-130.

60 Y. Aslan, s. 138-150.

61 Eren, s. 146.

62 Y. Aslan, s. 126-129; Aydoğdu, Kahveci, *Tüketici*, s. 309-312; Çürük, s. 107-111; Doğan Kara, “İsviçre-Türk Hukuk Sisteminde Ayrıptan Sorumluluk Çerçevesinde Doğrudan ve Dolaylı Zarar Ayrımı”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Sayı 1, 2018, <http://dosya.gsu.edu.tr/Sayfalar/2018/7/gsuhfd-2018-1-330.pdf#page=493> (erişim tarihi: 27.12.2022), s. 493-530.

63 “Papağan kararı” diye bilinen Mahkeme kararında, alıcının aldığı Amazon papağanlarının özel bir virüs taşıması ve kısa süre içinde ölümlerinin gerçekleşmesinde, ölümlerin kuşların gelmesinden itibaren kısa süre içinde meydana gelmesinden hareket edilerek, ayıplı ifada bulunulduğuna kanaat getirilmiştir, ölümlerin sıklığı ve kuşların alıcıya ulaşmasından hemen sonra başlamış olması, kuşların hastalık taşıyıcısı olduğu sonucuna varmak açısından yeterli görülmüştür, Obergericht Thurgau, 10 Februar 2005, ZBO.2004.15, RBOG 2005, s.126 vd.” Detay için bkz. Helvacı, Altner-Yolcu, s. 816-817.



bağına ilişkin ikinci görüşü uygulamasına almıştır<sup>64</sup>. Kusura yönelik ispat yükü satıcıya ait olacaktır. Bu zararlara örnek olarak malın ayıplı ifası sonrası benzerinin çok daha pahalıya alınması ya da malın yol açtığı elektrik kaçağı nedeni ile evin yanması gösterilebilir.

TBK m. 229/I/1-3'te ayıplı mal nedeniyle ortaya çıkan doğrudan zararlar ve TBK m. 229/I/2'de ise satıcının kusuruna dayanılabiliyor ise dolaylı zararların talep edilebileceği düzenlemiştir. Sözleşmeden dönülmesi durumunda satıcı, alıcının sözleşme kurulmadan önceki haline dönmesi için TBK. m. 229/I hükmü uyarınca bedel iadesini doğrudan zararı karşılamak adına faiziyle birlikte yapmalıdır. Tüketici, TBK m. 229/I uyarınca, sözleşmeden dönme tarihine kadar maldan hiç yararlanmamış ise bedeli ödediği tarihten itibaren faiz isteyebilir<sup>65</sup>. Ancak, maldan yararlandığı durumlarda malın iade edildiği tarihten itibaren faiz isteyebilecektir. Aksinin kararlaştırılmadığı durumda, faiz oranı kanuni faiz oranıdır. Tüketicinin zararlarının ilgili faizi aşması durumunda ise TBK m. 229/III uyarınca tazminat talep edebilecektir.

Sözleşmeden dönmeye kadar satılardan tüketicinin elde ettiği yarara ilişkin olarak kullanım bedelinin talep edilip edilemeyeceği tartışmalıdır. Sözleşmeden dönme nedeni ile satıcının yapacağı faizi ile birlikte bedel iadesinden tüketicinin kullanım bedelinin düşülebileceği görüşü uygulama alanı bulmaktadır<sup>66</sup>. Yargıtay'ın yerleşik kuralı “para faizsiz tarla kirasız” kuralıdır<sup>67</sup>. Bu kurala göre, tüketici malı kullandığı süre için bedelin üstüne faiz isteyemeyeceği gibi; satıcı da bu sürede tüketici tarafından maldan edinilen faydaya katlanır. Buna ilişkin açıklamalar “Satıcının Tazminat Talep Edebilirliği” başlığının altında detaylıca incelenecektir.

## 2. Diğer Seçimlik Haklar Bakımından Tazminat

Tüketicinin tüm seçimlik hakları bakımından tazminat talep edebileceği TKHK m. 11/VI kapsamında açıkça belirtilmiştir. Ancak ayıp oranında bedelden indirim, satılanın ücretsiz onarımı ve ayıpsız misli ile değiştirilmesi seçimlik hakları; sözleşmeden dönme seçimlik hakkından farklı olarak kusursuz sorumluluk hükümlerine değil aleyhe kusur hükümlerine bağlıdırlar<sup>68</sup>. Bu nedenle ilgili seçimlik hakların kullanılması durumunda tazminat talepleri için satıcının kusuru aranır. Buna uygun olarak TBK m. 112'de yer alan kusur sorumluluğuna ilişkin hükümler uygulama alanı bulacaktır. Yargıtay Hukuk

64 Y. Aslan, s. 138-150; Helvacı, Altuner-Yolcu, s. 816-817; İ. Kara, s. 763-766.

65 Y. Aslan, s. 138-150.

66 İ. Kara, s. 738-745; D. Kara, s. 493-530.

67 İ. Kara, s. 738-745; D. Kara, s. 493-530.

68 Y. Aslan, s. 143; Aydoğdu, Kahveci, *Tüketici*, s. 312-313; Çürük, s. 117-118.



Genel Kurulu ilgili kararında<sup>69</sup> tüketicinin satılanı bazı eksiklikler ya da bozukluklar sebebiyle kullanamadığı ve bu sebeple zarara uğradığı hallerde de satıcıdan tazminat talep etmesinin mümkün olduğunu kabul etmiştir. O halde, satıcının ayıptan doğan sorumluluktan kurtulması için kusursuzluğunu ispat etmesi gerekecektir<sup>70</sup>.

Öğretide ve uygulamada bu ayırım eleştirilere<sup>71</sup> maruz kalmakta, seçimlik haklara ilişkin olarak tazminat talepleri nedeni ile uygulanacak sorumluluk türünün değişkenlik göstermemesi gerektiği savunulmaktadır. Sözleşmeden dönme kapsamında yapılan doğrudan-dolaylı zarar ayırımı yapılarak sorumluluk türünün belirlenmesi şeklindeki uygulamanın tüm seçimlik haklar için uygulanması ya da tüm seçimlik haklar için kusursuz sorumluluk hükümlerinin söz konusu olmasının daha uygun olacağı görüşü öğretide kabul görmektedir<sup>72</sup>.

Malın onarılmasını isteme ve malın ayıpsız misli ile değiştirilmesini isteme seçimlik hakları, yalnızca satıcıya değil üretici ve ithalatçıya karşı da öne sürülebilir haklar olarak karşımıza çıkar<sup>73</sup>.

### **B. Üretici, İthalatçı veya Satıcının Müteselsil Sorumluluğu ve Tüketicinin Tazminat Talepleri**

Tüketici, satış sözleşmesini satıcı ya da sağlayıcı ile kurmakla birlikte, sözleşmenin nispiği ilkesi uyarınca bu sözleşme sadece tarafları arasında hak ve borç doğurur<sup>74</sup>. Buna karşın, kanun koyucu, Türk Hukukunda tüketicinin menfaatlerini korumak amacı ile yalnızca satıcı ya da sağlayıcı ile sınırlı olmayarak bazı hallerde üretici ve ithalatçının da sorumluluğuna gidilebilmesini mümkün kılmıştır. Üretici veya ithalatçının sorumluluğu seçimlik haklar bakımından TKHK m. 11/I/c uyarınca ücretsiz onarım isteme ve TKHK m. 11/I/ç uyarınca malın ayıpsız misli ile değiştirilmesini talep etme hallerinde ortaya çıkacaktır. Seçimlik haklar bakımından yalnız bu taleplerin üretici ve ithalatçıya sunulabilmesinin sebebi, diğer seçimlik hak talepleri ile meydana gelen yenilik doğuran haklarını ancak satıcıya karşı öne sürebilecek olmasıdır<sup>75</sup>.

69 YHGK, T. 02.11.2011, E. 2011/13-468, K. 2011/666.

70 Y. Aslan, s. 144; Çürük, s. 117-118.

71 İ. Kara, s. 736-738.

72 İ. Kara, s. 736-738.

73 Y. Aslan, s. 145-150; Aydoğdu, Kahveci, *Tüketici*, s. 286-302; Çürük, s. 117-118; Kamışlı, s. 1011-1017.

74 İ. Kara, s. 736-738.

75 B. Aslan, s. 295-300; Y. Aslan, s. 145-150; Murat Aydoğdu, "6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un Getirdiği Yeniliklere Genel Bakış, Sözleşmeye Aykırılık,

Üreticinin ayıplı maldan sorumluluğuna gidebilmek için hukuka aykırılık aranır<sup>76</sup>. Üreticinin ürettiği ürün, bir maldan asgari olarak beklenen veyahut benzeri mallarda mevcut olan güvenlik şartlarını sağlamıyor ise o mal ayıplı mal olarak nitelendirilir<sup>77</sup>. Tehlike yaratan bir malın üretilmesi ve bu tehlike nedeniyle ortaya bir zarar çıkması gerekir. Malda bulunan bu zarar, malın piyasaya sürüldüğü anda mevcut olmalıdır<sup>78</sup>. Bu nedenle ki, ürünün piyasaya sürülmesinden sonra oluşacak ayıplarda üreticinin sorumluluğuna gitmek mümkün olmayacaktır. Buna örnek olarak, doğru koşullarda saklanmamış gıda mallarının, piyasaya sürüldüğünde ayıplı olmamasına rağmen, satıcının sorumluluğunda iken ayıplı hale gelebilmesi örnek gösterilebilir<sup>79</sup>. Bu durumda üreticinin sorumluluğuna gitmek mümkün olmayacaktır. Ayıplı ifa nedeniyle sorumluluğuna gidilebilmesi için, bu zararın üreticiye isnat edilebilir olması gerekir<sup>80</sup>. Bununla birlikte, üreticinin sorumluluğu yoluna gidebilmek için objektif bir ayıbın mevcut olması gerekir, satıcının mala ilişkin ek vaatleri bakımından subjektif ayıplardan üreticinin sorumlu tutulması mümkün değildir<sup>81</sup>. Maldaki ayıp, kanundan doğan bir zorunluluğa uyulması nedeni ile de ortaya çıkmış olabilir. Bu durumda da üreticinin ya da ithalatçının sorumluluğuna gitmek mümkün olmayacaktır<sup>82</sup>.

Tüketici tarafından maldaki ayıbı bilerek satın alınması satıcı, sağlayıcı veya ithalatçının sorumluluğunu ortadan kaldırmaz<sup>83</sup>. TKHK m. 10/II, tüketici bakımından ayıbın bilinmesi seçimlik hakların kullanılması için bir engel olarak görmekle birlikte ayıplı mal nedeniyle doğan zararlar bakımından tazminat için bir engel teşkil etmediğini belirtmektedir. Üreticinin ayıplı maldan sorumlu tutulabilmesi için, kesilmemiş bir illiyet bağı gerekir, aksi halde

---

Ayıplı İfa Kavramlarına Getirdiği Farklı Yaklaşım ve Bu Konudaki Önerilerimiz”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 15, Sayı 2, 2013, <https://dergipark.org.tr/tr/pub/deuhfd/issue/46830/587191> (erişim tarihi: 02.01.2023), s. 10; Atamer ve Baş, s. 51-54.

76 Kanişlı, s. 1011-1017.

77 Y. Aslan, s. 145-150; Atamer, Baş, s. 51-54.

78 Atamer, Baş, s. 51-54; Er, s. 269-270.

79 Atamer, Baş, s. 51-54; Dönmez, s. 270-271; Er, s. 269-270.

80 Y. Aslan, s. 145-150.

81 Atamer, Baş, s. 51-54; Cansu Dönmez, “CISG Uyarınca Alıcı ve Satıcının Sorumluluktan Kurtulması ve Türk Borçlar Hukuku ile Karşılaştırılması”, *İstanbul Üniversitesi Public and Private International Law Bulletin*, Cilt 39, Sayı 1, 2019, <https://dergipark.org.tr/tr/pub/ppil/issue/46360/582555> (erişim tarihi: 05.01.2023), s. 120-122; Burak Hamza Er, “Türk Hukuku’nda Üreticinin ve İthalatçının Satım Sözleşmesinde Ayıptan Sorumluluğu”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Sayı 38, 2019, <https://www.acarindex.com/turkiye-adalet-akademisi-dergisi/turk-hukukunda-ureticinin-ve-ithalatcinin-satim-sozlesmesinde-ayiptan-sorumlulugu-223570> (erişim tarihi: 04.01.2023), s. 270.

82 Y. Aslan, s. 145-150; Atamer, Baş, s. 51-54.

83 B. Aslan, s. 295-300; Atamer, Baş, s. 28-29; Gümüş, *Borçlar Özel*, s. 76-80.

üretici veya ithalatçının kusuru kısmen ya da tamamen ortadan kalkacaktır<sup>84</sup>. Üretici veya imalatçının sorumluluktan kurtulmasına ilişkin düzenleme, Ayıplı Malın Neden Olduğu Zararlardan Sorumluluk Hakkında Yönetmelik m. 7'de yer almaktadır<sup>85</sup>.

Üreticinin sorumluluğuna yönelik garanti ve güven sorumluluğundan da bahsetmek gerekir. Garanti sorumluluğu görüşü, ürettiği malı kendi ismi ve markası ile piyasaya sunan üreticinin tüketici ile bir sorumluluk ilişkisi olduğu ve zararlara karşı bir garanti oluşturduğu görüşüdür<sup>86</sup>. Garanti sorumluluğunun mevcut olduğu hallerde taahhüt edilen hususlardan üretici veya ithalatçı da sorumlu olacaktır<sup>87</sup>. Bir diğer görüş olan güven sorumluluğu görüşü ise, satıcının üretici veya ithalatçının reklamını yaparak piyasaya sürdüğü maldan tüketicinin uğradığı zararın üretici veya ithalatçı tarafından karşılanması gerektiği görüşüdür<sup>88</sup>. Öngörülebilir zararlar sorumluluk görüşü ise, uğranan zararların satıcı tarafından öngörülebilir zararlar olması durumunda satıcının tüketiciye karşı bu zararları tazmin etmek zorunda olduğu görüşüdür<sup>89</sup>. İlgili görüşler yerine öğretide kanundan ve sözleşmeden doğan hukuki sorumluluğun üretici veya ithalatçının sorumluluğunu belirlemede daha yerinde olacağı kanaatine varılmıştır<sup>90</sup>.

### C. Satıcının Talep Edebilirliği Bakımından Tazminat

Sözleşmeden dönme seçimliğin kullanılması, satıcının ve alıcının veya sözleşme kurulmadan önceki hallerine dönmelerini sağlar<sup>91</sup>. Bunun için gerekli olan, sözleşme nedeniyle edinilen edimlerin iadesidir. Bazı durumlarda satılanın ve bedelin iadesi tarafları sözleşme önceki hallerine getirmez, bunun nedeni sözleşme tarihi ile sözleşmeden dönme tarihi arasında ilgili satılardan alıcının bir fayda elde etmesidir<sup>92</sup>. Bu fayda nedeniyle alıcının sözleşmeden dönme ile sözleşme öncesi durumdan daha kazançlı hale gelmesi mümkün

84 Atamer, Baş, s. 51-54; Dönmez, s. 124.

85 Atamer, Baş, s. 51-54.

86 Y. Aslan, s. 142; Kanışlı, s. 1022-1024; Ahmet Türkmen, "Tüketici İşlemlerinde Ayıplı Mal ve Hizmetten Doğan Seçimliğin Hakların Tabi Olduğu Zamanaşımı ve Bununın Garanti Taahhütleriyle İlişkisi", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan, Cilt 16, 2014, <https://dergipark.org.tr/tr/pub/deuhfd/issue/46919/588578> (erişim tarihi: 05.01.2023), s. 3421-3441.

87 Er, s. 270.

88 Y. Aslan, s. 143; Ergun Özsunay, "Türk Hukukunda Gerçek Bir Boşluk: Yapımcının Sorumluluğu", *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, Cilt 10, Sayı 1, Haziran, 1979, <https://www.jurix.com.tr/article/6368> (erişim tarihi: 26.12.2022), s. 97-158.

89 Y. Aslan, s. 143; Dönmez, s. 122.

90 Er, s. 269-271.

91 Aydoğdu, Kahveci, *Tüketici*, s. 286-304; Çürük, s. 109-110.

92 Y. Aslan, s. 126-129; Çürük, s. 109-110.

olabilir ve bunun önüne geçilmelidir. Bu nedenle alıcıya yönelik, bu faydaya ilişkin dengenin sağlanması adına tazminat yükümlülüğü öngörülebilir. Ancak tüketici bakımından alıcı ile aynı hükümlerin uygulama alanı bulup bulmayacağına ilişkin öğretide tartışmalar mevcuttur<sup>93</sup>.

Sözleşmeden dönme halinde satılardan elde edilen semere ve ürünlerin de satılan ile birlikte iadesinin gerektiği aşıkardır. Semerenin iadesinin mümkün olmaması durumunda ise, makul bir tazminata karar verilmesi gerekecektir. Bununla birlikte, alıcının ya da tüketicinin malı iade etmeden önce kullandığı süre için makul bir kullanım bedeli ortaya çıkabilir. Kullanım bedeli, elde edilen yarar nedeni ile ödenmesi gereken tazminat miktarıdır. Kullanım bedelinin tüketiciden talep edilebilirliği konusunda ise öğretide tartışmalar bulunmaktadır. Yargıtay'ın ilgili Hukuk Genel Kurulu kararı uyarınca alıcıdan farklı olarak tüketiciden kullanım bedeli talep etmenin yasanın özünü ve ruhuna aykırı olduğu belirtilmiştir<sup>94</sup>. Öğretide katıldığımız hâkim görüş<sup>95</sup>, tarafların sözleşmeden önceki halinden daha kazançlı olmaması gerektiğinden kullanım yararına ilişkin tazmin bedeline tüketicinin katlanmak zorunda olduğunu ifade etmektedir. Sözleşmeden dönmenin böylece gerçekleşmiş olacağı kanaatindeyiz. Bununla birlikte, tüketicinin malın iadesi yapılmıyaya dek bir genel alıkoyma hakkına sahip olduğundan bahisle tüketiciden kullanım bedeli istenemeyeceğine ilişkin bir diğer görüş<sup>96</sup> de mevcuttur. Yargıtay'ın yerleşik kararı tüketicinin maldan yararlandığı durumlarda, bedel üstüne faizin malın iade tarihinden itibaren işlemeye başlayacağı ve satıcının da bu sürede malın tüketici tarafından kullanılmasına katlanması gerektiği yönündedir<sup>97</sup>. Böylece hem satıcı hem tüketici kullanım karşılığı ödemiş olacaktır<sup>98</sup>.

#### **D. Seçimlik Hakları Kullanmaksızın Sözleşmeye Aykırılık Nedeni ile Tazminat Talebi**

Sözleşmeler, iki tarafın birbirlerine karşılıklı ve uygun irade açıklamalarıyla meydana gelir, sözleşmenin kurulması ile ahde vefa ilkesi uyarınca tarafların taahhüt ettikleri edimlerini yerine getirmeleri beklenir. Sözleşme nedeni ile yükümlülüğe sahip taraflardan birinin bu yükümlülüğü yerine getirmemesi

93 Gümüş, *Kanun Şerhi*, s. 112.

94 T.C. Yargıtay, Hukuk Genel Kurulu, E. 2005/309, K. 2005/391, T. 22.6.2005.

95 Nihan Değirmencioglu-Aydın, "Ayıplı Mal Nedeniyle Sözleşmeden Dönen Tüketicinin Kullanım Bedeli Ödeme Borcu Olup Olmadığı Sorununun 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Uyarınca İncelenmesi", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 10, Sayı 2, 2019, <https://dergipark.org.tr/pub/inuhfd/issue/46923/527558> (erişim tarihi: 20.12.2022), s. 316; İ. Kara, s. 739.

96 Gümüş, *Kanun Şerhi*, s. 112.

97 Y. Aslan, s. 138-145; Atamer, Baş, s. 51-54; Kaya, s. 738-740.

98 Atamer, Baş, s. 48; İ. Kara, s. 738-745.

durumunda tazminatla sorumlu tutulması akdi sorumluluktur<sup>99</sup>. Kaynağı da aşıkardır ki sözleşmeye aykırılık olacaktır.

Sözleşmeye aykırılık kapsamında satıcının sorumluluğuna gidilebileceği gibi üreticinin ve ithalatçının da sorumluluğuna gidilmesi mümkün olacaktır. Bir diğer ifadeyle, tüketici, TKHK m. 11 kapsamında yer alan seçimlik hakları kullanmaksızın, TBK m. 112 uyarınca, yalnızca sözleşmeye aykırılık dayanağıyla zararın tazminini talep edebilir. Sözleşmeye aykırılık nedeni ile TBK m. 112 kapsamında bir tazmin talep edildiğinde seçimlik haklara dayalı herhangi bir talepte bulunmamak gerekecektir<sup>100</sup>. Malı ayıplı şekilde kabul eden satıcı, seçimlik haklarını kullanamazken TBK kapsamında tazminat taleplerini öne sürebilir. Akdi sorumluluk çerçevesinde tazminat, tüketici tarafından TBK m. 231'de yer alan 2 yıllık zamanaşımı süresinde talep edilmelidir.

Bu noktada borçlu temerrüdünden de bahsetmek gerekir. Borçlunun temerrüdünde, TBK m. 125/II, karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde temerrüt durumunda, alacaklıya üç ayrı seçim imkânı sunar. Bunlar aynen ifa ile gecikme tazminatı, borcun aynen ifasından vazgeçerek ifa edilmemesi sebebiyle doğan olumlu zararın tazminini talep etmek ve sözleşmeden dönerek olumsuz zarar tazminini talep etmektir<sup>101</sup>. Dolayısı ile, sözleşmeye aykırılık durumunda, seçimlik haklardan sözleşmeden dönme imkanını sunmakla birlikte; sözleşmeden dönmeden bağımsız olarak talep edilebilecek tazminat hakkı bulunmaktadır<sup>102</sup>.

### **E. Borçlar Hukuku Kapsamında Hakların Yarışması**

Tüketicinin zarara uğraması halinde yanılma ve aldatma hükümlerine, satıcının ağır kusuruna, sözleşmenin gereği gibi ifa edilmemesi sebebi ile sözleşmeye aykırılık hükümlerine ve ayıptan doğan sorumluluğa ilişkin özel hükümler olan TKHK hükümlerine gidilebilmesi mümkündür. Bu kapsamda tüketici için birden fazla hak arama yolu bulunduğundan hakların yarışması söz konusu olacaktır<sup>103</sup>.

Bir görüşe göre, özel hüküm genel hükümden önce gelir kuralı nedeni ile, TKHK hükümlerinin öncelikli uygulanması gerekir ve bu nedenle hakların

99 Y. Aslan, s. 139-143; Aydoğdu, Kahveci, *Tüketici*, s. 313.

100Y. Aslan, s. 139-143; Aydoğdu, Kahveci, *Tüketici*, s. 313.

101 Derya Ateş, "Temerrüde Düşen Borçlunun Aynen İfadan Vazgeçme Hakkı ile Seçim Hakkı", *Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Sayı 1, 2022, <https://dergipark.org.tr/tr/pub/hacettepehdf/issue/71020/1105793> (erişim tarihi: s. 69-70; Erkan, s. 303; Aslı Makaracı-Başak, "Türk Borçlar Kanunu Madde 125/II Hükümünün Değerlendirilmesi", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt 22, Sayı 3, 2016, s. 1922-1930.

102Erkan, s. 300-306.

103Y. Aslan, s. 136-138.

yarışması söz konusu olmayacaktır<sup>104</sup>. Bu görüşe sahip yazarların, borçlar hukuku hükümleri uyarınca gözden geçirme ve ihbar yükümlülüklerinin uygulanması gerekmeden tüketicinin 10 yıllık zaman aşımı süresine ve TBK m. 112 kapsamında talepte bulunup bulunamayacağına dair fikir birliği bulunmamaktadır<sup>105</sup>.

Sözleşmenin yapılmasında taraflardan birinin esashi şekilde yanılması halinde ise sözleşme ile bağlı olmayacaktır<sup>106</sup>. Yanılmaya dayanan davalar 1 yıllık hak düşürücü süreye tabi iken, sözleşmenin iptali halinde verilenlerin iadesi bir alacak talebi niteliği taşıdığından 10 yıllık zamanaşımı süresinin uygulama alanı bulur<sup>107</sup>. Aldatma hükümleri de benzer şekilde uygulama alanı bulur. Bu durumda her ne kadar ilgili hükümlerin her ikisine de başvurmak mümkün olsa da, tüketicinin aldatma hükümlerine başvurmada yararı yoktur<sup>108</sup>.

Satıcının ağır kusuru sorumluluk bakımından iki yönlü olarak karşımıza çıkar<sup>109</sup>. Hile ile aybın gizlenmesi durumunda 2 yıllık zamanaşımı süresi uygulanmaksızın seçimlik hakların kullanılabilmesi mümkündür. Satılanın ayıplı bir şekilde ağır ihmal şeklinde ağır kusur sorumluluğu ise kanun koyucu tarafından dürüstlük kuralına ilişkin olarak değerlendirilmelidir<sup>110</sup>. Diğer talepler için ise, satıcının sorumluluğunun süresiz olmasının hakkaniyete uygun düşmeyeceği, genel zamanaşımı süresi olan on yıllık sürenin uygulama alanı bulması gerektiği belirtilmektedir<sup>111</sup>.

Haksız fiil, TBK m. 49 vd. düzenlenmiştir. Kusuruyla ve hukuka aykırı bir fiil ile başkasına zarar verenin, zararını gidermesi gerekir. Bu nedenle, TBK'nın haksız fiil hükümleri ile TKHK'nın ayıptan doğan sorumluluk hükümlerinin yarışması söz konusu olabilir. Bu sorumluluk türünde, satıcının kusurunun ispatına gerek yoktur, kusursuz sorumluluktur. Haksız fiil sorumluluğu ise satıcının kusuruna dayanır. Yine ayıptan sorumlulukta tüketicinin zarara uğramasına gerek yoktur. Bu durumda tüketicinin TKHK kapsamında ayıptan doğan sorumluluk hükümlerine başvurması lehine olacaktır.

104 Çürük, s. 143; Gümüş, *Borçlar Özel*, s. 116; Y. Aslan, s. 133.

105 Gümüş, *Borçlar Özel*, s. 116; Y. Aslan, s. 134-135.

106 Haluk Burcuoğlu, "İsviçre Federal Mahkemesi'nin, Satım Sözleşmesinde Alıcının Ayıp Hükümlerine Başvurma Yollarından Birini Seğebileceğine İlişkin 7 Haziran 1988 Tarihli Kararın Değerlendirilmesi", *İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt 15, Sayı 18, 2011, s. 89-93.

107 Y. Aslan, s. 136-138.

108 Fahrettin Aral, Hasan Ayrancı, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 12. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019, s.163.

109 Cevdet Yavuz, "Meslekten Satıcının Ayıptan Sorumluluğu", *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 6, Sayı 2, 2019, s. 113-117.

110 Yavuz, 113-117.

111 Aslan, s. 120-122; Çürük, s. 137-138; Zevkliler, Gökyayla, s. 139.

## Sonuç

Tüketici işlemi, kanunun ilk maddesinde sayılan ticari ya da mesleki amaçlarla hareket eden kişiler ile tüketiciler arasında sağlanan her türlü hukuki işlem ya da sözleşmeye denir. Buna göre tüketici işlemi niteliği taşıyan işlem ya da sözleşmelerin tüketicinin kişisel ihtiyacını karşılamaya yönelik olması gerekir. Tüketici işlemi niteliğindeki satış sözleşmesi ise, taşınır veya taşınmaz mülkiyetini devir amacı taşıyan; satıcı, sağlayıcı, üretici veya imalatçı ile gerçek kişi veya tüzel kişi tüketici arasında gerçekleştirilen, satıcı tarafından özel nitelikteki ihtiyacının karşılanması karşılığı tüketicinin bir bedel ödemeyi taahhüt ettiği tam iki tarafa borç yükleyen bir hukuki işlemdir. Bu sözleşmelerde yer alan edime konu ifanın, ayıplı olarak yerine getirilmesi durumunda satıcı, üretici veya ithalatçının ayıptan doğan sorumluluğu gündeme gelecektir.

Ayıptan doğan sorumluluk kapsamında, kanun koyucu, tüketicinin menfaatlerini korumak ve ayıbı gidermek amacıyla TKHK m. 11 ile tüketicinin kullanabileceği seçimlik hakları düzenlemiştir. Bu seçimlik haklar; sözleşmeden dönme, ayıplı malın onarımını talep etme, ayıp oranında indirim talep etme ve ayıpsız bir misli ile değiştirilmesini talep etmedir. İlgili seçimlik hakların kullanılmasının yanı sıra tüketicinin başkaca hakları da bulunur. TKHK m.11/VI ile tüketiciye genel hükümler uyarınca tazminat talep etme hakkı tanınmıştır. Bu hak diğer seçimlik haklardan bağımsız olarak kullanılacak bir hak olarak karşımıza çıkmaktadır.

Seçimlik haklar kapsamında gündeme gelecek sorumluluk türlerinde bir ayrıma gidilmiştir. Buna göre TBK m. 229 uyarınca, sözleşmeden dönme hükümleri ile doğrudan zararlar ile dolaylı zararların tazmini satıcının kusur ve kusursuz sorumluluklarına gidilmesi yolu ile uygulama alanı bulmaktadır. Oysaki, diğer seçimlik haklar için tazminat taleplerinde satıcının kusuru aranmaktadır. Öğretide ve uygulamada bu ayrım eleştirilere maruz kalmakta, seçimlik haklara ilişkin olarak tazminat talepleri nedeni ile uygulanacak sorumluluk türünün değişkenlik göstermemesi gerektiği savunulmaktadır. Sözleşmeden dönme kapsamında yapılan doğrudan-dolaylı zarar ayrımı yapılarak sorumluluk türünün belirlenmesi şeklindeki uygulamanın tüm seçimlik haklar için uygulanması ya da tüm seçimlik haklar için kusursuz sorumluluk hükümlerinin söz konusu olmasının daha uygun olacağı görüşü öğretide kabul görmektedir.

Bununla birlikte tüketicinin tazminat talep edebilmesi noktasında, sözleşmeye aykırılık hükümleri ile ayıptan doğan sorumluluk hükümlerinin yarışması söz konusu olacaktır. Tüketicinin somut olaya göre ilgili hükümlerden yararlı olanı tercih edebilmesinin önünde bir engel bulunmamaktadır.



## KAYNAKLAR

### Kitaplar ve Makaleler

- Aral, Fahrettin; Ayrancı, Hasan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 12. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019.
- Aslan, Bayram, “Onarım Borcunun İfa Edilmesi”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 25, Sayı 1, 2017, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/333280> (Erişim Tarihi: 18.12.2022).
- Aslan, Yılmaz, *Tüketici Hukuku Dersleri*, 9. Bası, Ekin Yayınevi, Bursa, 2022.
- Atamer, Yeşim M.; Baş, Ece, “Avrupa Birliği Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak 6502 Sayılı Yeni Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Uyarınca Satım Sözleşmesinde Ayıptan Doğan Sorumluluk”, *İstanbul Barosu Dergisi Tüketici Hakları ve Rekabet Hukuku Özel Sayısı*, Cilt 88, 2014.
- Ateş, Derya, “Temerrüde Düşen Borçlunun Aynen İfadan Vazgeçme Hakkı ile Seçim Hakkı”, *Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Sayı 1, 2022.
- Aydoğdu, Murat, “6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un Getirdiği Yeniliklere Genel Bakış, Sözleşmeye Aykırılık, Ayıplı İfa Kavramlarına Getirdiği Farklı Yaklaşım ve Bu Konudaki Önerilerimiz”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 15, Sayı 2, 2013, <https://dergipark.org.tr/tr/pub/deuhfd/issue/46830/587191> (Erişim Tarihi: 02.01.2023).
- Aydoğdu, Murat; Kahveci, Nalan, *Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 5. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021, (*Özel Borç İlişkileri*).
- Aydoğdu, Murat; Kahveci, Nalan, *Tüketici Hukuku Dersleri*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021, (*Tüketici*).
- Bahtiyar, Mehmet; Biçer, Levent, “Adi İş / Ticari İş / Tüketici İşlemi Ayrımı ve Bu Ayrımın Önemi”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, Cilt 22, Sayı 3, 2016, <https://dergipark.org.tr/tr/pub/maruhad/issue/36500/333756> (Erişim Tarihi: 22.12.2022).
- Bilgin, Melek Yüce, “Satış Sözleşmesinde Ayıptan Dolayı Sorumluluğun Şartları ve Alıcının Seçimlik Hakları”, *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu*, Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, İstanbul, 2012.
- Burcuoğlu, Haluk, “İsviçre Federal Mahkemesi’nin, Satım Sözleşmesinde Alıcının Ayıp Hükümlerine Başvurma Yollarından Birini Seçebileceğine İlişkin 7 Haziran 1988 Tarihli Kararın Değerlendirilmesi”, *İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt 15, Sayı 18, 2011.
- Buz, Vedat, *Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2005.
- Çürük, Abdil, *Tüketici Satış Sözleşmesinde Satış Konusu Malın Ayıplı Olmasının Sonuçları*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021.
- Değirmencioglu-Aydın, Nihan, “Ayıplı Mal Nedeniyle Sözleşmeden Dönen Tüketicinin Kullanım Bedeli Ödeme Borcu Olup Olmadığı Sorununun 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Uyarınca İncelenmesi”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 10, Sayı 2, 2019, <https://dergipark.org.tr/tr/pub/inuhfd/issue/46923/527558> (Erişim Tarihi: 20.12.2022).
- Deryal, Yahya; Korkmaz, Yakup, *Tüketici Hukuku*, 4. Bası, Bilge Yayınevi, Ankara, 2022.



- Dönmez, Cansu, “CISG Uyarınca Alıcı ve Satıcının Sorumluluktan Kurtulması ve Türk Borçlar Hukuku ile Karşılaştırılması”, *İstanbul Üniversitesi Public And Private International Law Bulletin*, Cilt 39, Sayı 1, 2019, <https://dergipark.org.tr/tr/pub/ppil/issue/46360/582555> (Erişim Tarihi: 05.01.2023).
- Er, Burak Hamza, “Türk Hukuku’nda Üreticinin ve İthalatçının Satım Sözleşmesinde Ayıptan sorumluluğu”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 2019, s. 38, <https://www.acarindex.com/turkiye-adalet-akademisi-dergisi/turk-hukukunda-ureticinin-ve-ithalatcinin-satim-sozlesmesinde-ayiptan-sorumluluğu-223570> (Erişim Tarihi: 04.01.2023).
- Eren, Fikret, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 9. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021.
- Erkan, Vehbi Umut, “Tüketici Satış Sözleşmelerinde Kararlaştırılan Sürede Malın Teslim Edilmemesi Durumunda 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un Ayıplı Mallara İlişkin Hükümlerinin Uygulanması”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Sayı 30, 2017, <https://dergipark.org.tr/tr/pub/taad/issue/52660/694024> (Erişim Tarihi: 05.01.2023).
- Gümüüş, Mustafa Alper, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, Cilt I, 3. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2013 (*Borçlar Özel*).
- Gümüüş, Mustafa Alper, *6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi*, Cilt I, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014, (*Kanun Şerhi*).
- Helvacı, Serap; Altınler-Yolcu, Fatma Zeynep, “6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un İspat Yüküne İlişkin Getirdiği Düzenleme”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt 24, Sayı 2, 2018, <https://dergipark.org.tr/tr/pub/maruhad/issue/40836/503180> (Erişim Tarihi: 23.12.2022).
- İlgün, Ömer Faruk, *Tüketici İşlemleri Hukuku*, Legal Yayınevi, İstanbul, 2021.
- Kamışlı, Erhan, “Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Kapsamında Üreticinin Sınırlı Ayıp Sorumluluğu ve Zorunlu Garanti Sorumluluğu”, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 18, Sayı 2, 2021, <https://dergipark.org.tr/tr/pub/yuhfd/issue/66299/1030798> (Erişim Tarihi: 26.12.2022).
- Kara, Doğan, “İsviçre-Türk Hukuk Sisteminde Ayıptan Sorumluluk Çerçevesinde Doğrudan Ve Dolaylı Zarar Ayrımı”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Sayı 1, 2018, <http://dosya.gsu.edu.tr/sayfalar/2018/7/gsuhfd-2018-1-330.pdf#page=493> (Erişim Tarihi: 27.12.2022).
- Kara, İlhan, *6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanuna Göre Hazırlanmış Tüketici Hukuku*, 2. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021.
- Kutluhan, Erkan, *CISG Gereğince Alıcının Sözleşmeden Dönmesi*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013.
- Küçükbay, Esmâ, *Tüketici İşlemi Niteliğindeki Satış Sözleşmelerinde Satıcının Ayıptan Sorumluluğu*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.
- Makaracı-Başak, Ashı, “Türk Borçlar Kanunu Madde 125/II Hükmünün Değerlendirilmesi”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt 22, Sayı 3, 2016.
- Özay, Osman Levent, “6502 Sayılı Yasa Kapsamında Tüketici İşlemi”, *Avrasya Sosyal ve Ekonomi Araştırmaları Dergisi*, Cilt 4, Sayı 12, 2017, <https://dergipark.org.tr/tr/pub/asead/issue/52678/694406> (Erişim Tarihi: 16.12.2022).
- Özsunay, Ergun, “Türk Hukukunda Gerçek Bir Boşluk: Yapımcının Sorumluluğu”,

*Banka Ve Ticaret Hukuku Dergisi*, Cilt 10, Sayı 1, Haziran, 1979, <https://www.jurix.com.tr/article/6368> (Erişim Tarihi: 26.12.2022).

- Öztaş, İlker, “Türk Borçlar Kanunu Kapsamında Taşınır Satışında Alıcının Ayıplı Satılanın Değiştirilmesini Talep Hakkı”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt 22, Sayı 2, 2016, <https://dergipark.org.tr/tr/pub/maruhad/issue/27645/291355> (Erişim Tarihi: 23.12.2022).
- Polat, Elif, “Borçlar-Ticaret ve Tüketici Hukuku Bakımından Ayıplı Mal Kavramının İncelenmesi”, *Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi*, Cilt 8, Sayı 1, 2022, <https://dergipark.org.tr/tr/pub/tfm/issue/71151/892145> (Erişim Tarihi: 20.12.2022).
- Serozan, Rona, “CISG’a ve TBK’na Göre Alıcının Dönme Hakkının Sınırları”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt 70, Sayı 2, 2012, <https://dergipark.org.tr/tr/pub/iuhfm/issue/9187/115140> (Erişim Tarihi: 30.12.2022).
- Şahin, Eda, “6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Kapsamında Ayıplı Hizmetin Hukuki Niteliği, Ayıplı Hizmetten Doğan Sorumluluk ve Tüketicilerin Seçimlik Hakları”, *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 20, Sayı 1-2, 2016, <https://dergipark.org.tr/tr/pub/ebyuhfd/issue/62894/954945> (Erişim Tarihi: 22.12.2022)
- Şahin, Turan, “Borçlar Kanunu Ve 6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu Kapsamında Yüklenicinin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu”, *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 1, Sayı 2, 2011, <https://dergipark.org.tr/tr/pub/sduhfd/issue/22981/245827> (Erişim Tarihi: 28.12.2022).
- Tokbaş, Hakan(ed.); Tüzüner, Özlem(ed.), *Milli Şerh – 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi*, Aristo Yayınevi, İstanbul, 2016.
- Türkmen, Ahmet, “Tüketici İşlemlerinde Ayıplı Mal ve Hizmetten Doğan Seçimlik Hakların Tabi Olduğu Zamanaşımı ve Bunun Garanti Taahhütleriyle İlişkisi”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Hakan Pekcantez’e Armağan, Cilt 16, 2014, <https://dergipark.org.tr/tr/pub/deuhfd/issue/46919/588578> (Erişim Tarihi: 05.01.2023).
- Ural-Çınar, Nihal, *Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’a Göre Ayıba Karşı Tekeffül*, İstanbul Kültür Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2007.
- Yavuz, Cevdet; Acar, Faruk; Özen, Burak, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 10. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2014.
- Yavuz, Cevdet, “Meslekten Satıcının Ayıptan Sorumluluğu”, *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 6, Sayı 2, 2019.
- Zevkliler, Aydın; Gökyayla, K. Emre, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 17. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2017.

# İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Yayım İlkeleri

- A. İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (İMÜHFD) hakemli dergi statüsünde yılda iki sayı olarak (Haziran, Aralık) olarak yayımlanmakta ve **TR Dizin (ULAKBİM)**, **SOBİAD** ve **Index Copernicus International dizinleri ile HeinOnline, ICI World of Journals ve EBSCO veri tabanları** tarafından taranmaktadır. Eserlerin değerlendirilmesi çift kör hakem sürecine uygun olarak yapılır.
- B. Dergiye Türkçe, İngilizce, Fransızca ve Almanca dillerinde makale, karar incelemesi ve mevzuat değerlendirmesi şeklindeki akademik çalışmalar kabul edilmektedir.
- C. Dergiye gönderilen eserler, başka bir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır. Yazar, eser göndererek bu hususu taahhüt etmiş sayılır. Eser, DergiPark (<https://dergipark.org.tr/tr/pub/imuhfd>) üzerinden veya "hukukfakultesidergisi@medipol.edu.tr" adresine Word formatında (.doc, .docx) gönderilebilir.
- D. Dergiye değerlendirilmek üzere gönderilen bütün çalışmalarda eser sahiplerinin ORCID numarası (Bilimsel Araştırmacı Kimlik Numarası) alması ve çalışmalarında ORCID numaralarını belirtmeleri gerekir.
- E. Dergide yayımlanan yazıda ileri sürülen görüşler yazara aittir. Bu hususta, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi ve Editör Kurulu herhangi bir sorumluluk kabul etmemektedir.
- F. Eserlerin dergiye gönderilmesinden sonra eser değerlendirme süreci, ön inceleme aşaması, hakem değerlendirme aşaması ve gerekli olduğu takdirde düzeltme aşaması şeklinde gerçekleşir.
- Dergide yayımlanmak üzere gönderilecek tüm akademik çalışmalar aşağıda verilen şekil şartlarına göre hazırlanmalıdır.
1. Gönderilen makaleler Times New Roman karakterinde; ana metin 1,5 satır aralığı, 12 punto ve iki yana yaslı; dipnotlar 10 punto, tek satır aralığı ve iki yana yaslı olarak hazırlanmalıdır. Dipnotların sayfa altında gösterilmesi gerekmektedir.
  2. Gönderilen makalelerin başlıkları Türkçe ve İngilizce olarak yazılmalıdır. Makale başka bir dilde yazılmış ise makalenin yazıldığı dildeki başlığı da eklenmelidir. Başlıklar, 12 punto, tek satır aralığı ve iki yana yaslı olarak hazırlanır.

3. Başlık numaralandırmaları **I. – A. – 1. – a. – i.** sistemini takip etmelidir. Giriş ve Sonuç/Değerlendirme bölümlerinde numaralandırma yapılmamalıdır. Ayrıca, makale içi başlıkları dahil olmak üzere paragraf başlarında herhangi bir girinti olmamalıdır.
  4. Başlık kısmının altında iki yana yaslı olarak yazarın ismi ve büyük harflerle soy ismi yer almalıdır. Soy ismin sonuna “\*” koyularak dipnotta yazarın unvanı, görevi, ORCID numarası ve iletişim bilgileri yazılmalıdır.
  5. Yazarın bilgilerinin altında “Öz” (Türkçe özet) yazılmalıdır. “Abstract” (İngilizce özet) ise Öz kısmından sonra yer almalıdır. Makalenin dili Fransızca veya Almanca ise Abstract kısmından sonra “Résumé” (Fransızca özet) veya “Zusammenfassung” (Almanca özet) yazılmalıdır. Bu kısımlar, 150-200 kelime arasında ve makaleyi özetler mahiyette olmalıdır. Öz kısmının sonunda “Anahtar kelimeler” kısmı yer almalıdır. “Keywords” ise Abstract kısmının sonuna yazılmalıdır. Fransızca veya Almanca özet yazılması halinde sonuna “Mots-clés” veya “Schlüsselwörter” eklenmelidir. Makalelerde en az 5 farklı anahtar kelimeye yer verilmelidir.
  6. Yazı içerisinde kullanılan kısaltmalar, ilk kullanımlarında açık şekilde yazılmalı ve sonunda kısaltma parantez içinde belirtilmelidir. Yazının sonuna ayrıca bir kısaltmalar cetveli eklenmemelidir.
  7. Referans ve ek açıklamalar için dipnotlar tek satır aralığı ile 10 punto ile metin içinde ilgili yerde satır üstüne küçük rakamla (1,2,3...) sıra numarası konarak verilir. Dipnotları sayfa altında gösterilir.
  8. Makale boyunca soy isimlerin yalnızca ilk harfi büyük yazılmalıdır. Yazarın birden fazla soy ismi bulunması halinde soy isimleri arasına “-” koyulmalıdır.
  9. Dipnotlarda kitaplara atıf için [yazarın adı soyadı, *kitap adı*, (varsa) cilt no., eserin kaçınıcı bası olduğu, yayınevinin adı, (varsa) yayım yeri, yayım yılı, sayfa numarası.] usulü izlenmelidir.
- Ör.: Mehmet Akif Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, 16. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 45.
10. Dipnotlarda kitap bölümlerine atıf için [yazarın adı soyadı, “bölüm adı”, Ed. editör adı, *kitap adı*, (varsa) cilt no., eserin kaçınıcı bası olduğu, yayınevinin adı, (varsa) yayım yeri, yayım yılı, sayfa numarası.] usulü izlenmelidir.
- Ör.: Andrea Atteriano, Maria Beatrice Deli, “An Overview of International Sanctions’ Impact on Treaties and Contracts”, Ed. Natalino Ronzitti, *Coercive Diplomacy, Sanctions and International Law*, Brill | Nijhoff, Leiden, 2016, s. 210.

11. Dipnotlarda makalelere atıf için [yazarın adı soyadı, “makale adı”, *dergi adı*, cilt no., sayı no., yayım yılı, sayfa numarası.] usulü” izlenmelidir.

Ör.: Cevdet Yavuz, “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Yasal Önalım Hakkının Kullanılması Sorununa Dair Görüşler”, *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 4, Sayı 2, 2017, s. 110.

12. Dipnotlarda online kaynaklara atıf için [(varsa) yazarın adı soyadı, (varsa) *sayfa başlığı*, açık adres parantez içinde erişim tarihi.] usulü” izlenmelidir.

Ör.: Chris McGreal, *70 Years and Half a Trillion Dollars Later: What Has the UN Achieved?*, <https://www.theguardian.com/world/2015/sep/07/what-has-the-un-achieved-united-nations> (01.12.2019).

13. Dipnotlarda ansiklopedi maddelerine atıf için [yazarın adı soyadı, “madde başlığı”, *ansiklopedi adı*, (varsa) cilt no., (varsa) eserin kaçınıcı bası olduğu, yayınevinin adı, (varsa) yayım yeri, yayım yılı, sayfa numarası.] usulü” izlenmelidir.

Ör.: F.V. Garcia-Amador, “Organization of American States”, *Encyclopedia of Public International Law*, Cilt 6, Elsevier Science Publishers B.V., Amsterdam, 1983, s. 277.

14. Dipnotlarda teze atıf için [yazarın adı soyadı, *tezin adı*, tezin niteliği, üniversite enstitü” ve anabilim dalı bilgileri, yılı, sayfa numarası.] usulü” izlenmelidir.

Ör.: Halit Eyüp Özdemir, *Kamu İhale Kanununda Düzenlenen İhale İşlemleri*, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü” Kamu Hukuku Anabilim Dalı, 2005, s. 73.

15. Tercüme eserlerde mütercimın adı yazarın adının hemen ardından parantez içinde (Terc. mütercim adı ve soy adı) şeklinde yazılır.

Ör.: Klaus Tiedemann (Terc. Ayşe Nuhoğlu), *Ekonomi Ceza Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017, s. 89.

16. Aynı esere yapılacak atıflarda [yazarın soyadı, sayfa numarası.] usulü” izlenmelidir.

Ör.: Aydın, s. 95.

17. Aynı yazarın birden fazla eseri kullanılacaksa bu eserlere yapılan ilk atıfların sonunda parantez içinde ilgili eserin kısaltması belirtilmeli ve tekrar eden atıflarda [yazarın soyadı, eserin kısaltması, sayfa numarası.] usulü” izlenmelidir.

Ör.: Cevdet Yavuz, “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Yasal Önalım Hakkının Kullanılması Sorununa Dair Görüşler”, *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 4, Sayı 2, 2017, s. 110, (Görüşler).

Ör.-2: Yavuz, Görüşler, s. 110.

18. Eserlerin ilk basılarına atıf yapılması halinde bası bilgisi belirtilmeyecektir.

Ör.: Ergun Özbudun, *1924 Anayasası*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2012, s. 50.

19. Birden fazla yazarlı eserlerde yazar isimleri arasında “,” kullanılmalıdır.

20. Bir dipnot içerisinde birden fazla kaynağa atıf yapılması halinde kaynaklar arasında “;” kullanılmalıdır.

21. Kaynakça yazının sonunda yer almalıdır. Bu kısım; Türkçe makalelerde “Kaynaklar”, İngilizce makalelerde “Bibliography”, Fransızca makalelerde “Bibliographie”, Almanca makalelerde “Literatur” başlığını taşımaktadır. Faydalanılan kaynaklar soy isimlerine göre sıralanmalıdır.

22. Kaynakçada yer alan eserlerde önce yazar(lar)ın soy ismi sonrasında ise ismi yazılır. Soy isim ile isim arasında virgül koyulmalıdır. Birden fazla yazarlı eserlerde yazar isimleri arasında “;” kullanılmalıdır. Diğer hususlarda dipnotlar için belirtilen kurallar kaynakça için de geçerlidir.



