



TRABZON  
ÜNİVERSİTESİ

# Hukuk Fakültesi Dergisi



e-ISSN: 3023-4700



**TRABZON ÜNİVERSİTESİ**  
**Hukuk Fakültesi Dergisi**  
(TRÜHFD)

**Cilt: I | Sayı: 1**

**Eylül 2023**



Dergimizin ilk sayısı mevcudiyetimizin ve istikbalimizin yegâne temeli olan Cumhuriyetimizin 100. Yılına ithaf olunur.

## Derginin Sahibi

Trabzon Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanlığı Adına  
Prof. Dr. Emin AŞIKKUTLU

## Baş Editör

Dr. Öğr. Üyesi Süleyman Emre ÖZDEMİR

## Alan Editörleri

Doç. Dr. Seda GAYRETLİ AYDIN

Dr. Öğr. Üyesi Abdullah ARIKAN

## İletişim Adresi

Trabzon Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Kanuni Kampüsü  
61080, Ortahisar / TRABZON  
Tel: 0 462 455 2016  
E-posta: truhfd@trabzon.edu.tr  
Elektronik Ağ: <https://truhfd.trabzon.edu.tr>

Trabzon Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (TRUHFD), Şubat ve Eylül ayları olmak üzere yılda iki sayı şeklinde elektronik olarak yayımlanan hakemli bir dergidir.

Dergide yayımlanan eserlerin tüm yayın hakları Trabzon Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ne aittir. Yazarlar, tüm yayın haklarının ve mali hakların Trabzon Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ne ait olduğunu kabul ederler.

Dergide yayımlanan çalışmalarda ileri sürülen görüşlerden dolayı doğabilecek tüm sorumluluklar yazarlara aittir. Dergide yayımlanan çalışmalardaki görüşler/değerlendirmeler Trabzon Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni ve dergi kurullarını bağlamaz.

Dergide yer alan eserlerin bir kısmı ya da tamamı, 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'na göre Trabzon Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanlığı'nın yazılı izni olmaksızın, ticari amaçlarla elektronik veya mekanik bir kayıt sistemi kullanılarak kopyalanamaz, çoğaltılamaz ve yayımlanamaz.

### **Yayın Kurulu**

- Prof. Dr. Adil ŞAHİN, Trabzon Üniversitesi  
Prof. Dr. Ayşe NUHOĞLU, İstanbul Medipol Üniversitesi  
Prof. Dr. Muharrem KILIÇ, Yıldırım Beyazıt Üniversitesi  
Prof. Dr. Murat TOPUZ, Marmara Üniversitesi  
Prof. Dr. Recep NARTER, İzmir Bakırçay Üniversitesi  
Doç. Dr. Hüseyin Melih ÇAKIR, Marmara Üniversitesi  
Doç. Dr. Mustafa ALİOĞLU, Trabzon Üniversitesi  
Doç. Dr. Namık Kemal TOPÇU, İzmir Bakırçay Üniversitesi  
Dr. Öğr. Üyesi Ercan SARICAOĞLU, Trabzon Üniversitesi  
Dr. Öğr. Üyesi Sevda KESKİN, Piri Reis Üniversitesi  
Dr. Öğr. Üyesi Süleyman Emre ÖZDEMİR, Trabzon Üniversitesi

### **Editörler Kurulu**

- Dr. Öğr. Üyesi Süleyman Emre ÖZDEMİR, (Baş Editör)  
Doç. Dr. Seda GAYRETLİ AYDIN, (Alan Editörü)  
Dr. Öğr. Üyesi Abdullah ARIKAN, (Alan Editörü)  
Dr. Öğr. Üyesi Soner DEMİRTAŞ, (Almanca Dil Editörü)  
Dr. Öğr. Üyesi Özge ATIL KAYA, (İngilizce Dil Editörü)  
Dr. Öğr. Üyesi Hilal YENER KULBAY, (Türkçe Dil Editörü)  
Arş. Gör. Halil KÖKCÜ, (Editör Yardımcısı)  
Arş. Gör. Talha GENÇ, (Editör Yardımcısı)  
Arş. Gör. Aslıhan Asena KOÇ, (Editör Yardımcısı)  
Arş. Gör. Servet KANTARCIOĞLU, (Editör Yardımcısı)

## TRABZON ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

### ETİK İLKELER ve YAYIN POLİTİKASI

#### I. Genel Bilgiler

- Trabzon Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, **ULUSAL HAKEMLİ** bir dergidir.
- Dergi, Şubat ve Eylül aylarında olmak üzere yılda **iki sayı** olarak **e-dergi formatında** yayımlanmaktadır.

#### II. Etik İlkeler

Trabzon Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, yayın politikasında akademik ilke ve etik değerlere bağlıdır. Etik ilke ve değerlere ilişkin ulusal ve uluslararası standartlara uygun olarak hareket etmektedir. Bu kapsamda, Trabzon Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi; “Yükseköğretim Kurulu Bilimsel Araştırma ve Yayın Etiği Yönergesi”nde belirlenen esasları ve COPE (Committee on Publication Ethics) tarafından belirlenen Editör ve Yazarlar için Uluslararası Standartları dikkate almaktadır. Ayrıca, bilimsel çalışma değerlendirme sürecinde kabul edilen araştırmada yayın etiği standartlarına aykırılık tespit edilmesi durumunda eserlerin yayın talebi reddedilir. Eserin yayımlanmasından sonra söz konusu aykırılığın tespit edilmesi halinde eser yayından kaldırılır. Bu bağlamda, Trabzon Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, “Yayın Etiği”, “Araştırma Etiği” ve “Yasal/Özel İzin Belgesi Alınması” ile ilgili yukarıda anılan ulusal ve uluslararası kurallara uymakta olduğunu taahhüt eder.

#### A. Yazarların Sorumlulukları

1. Çalışmaların bilimsel ve etik kurallara uygun şekilde hazırlanması yazarın sorumluluğundadır. Birden fazla yazar tarafından yapılan çalışmalarda tüm yazarların, gönderilen ve yayımlanan çalışma üzerinde eşit sorumluluğu bulunmaktadır.

2. Dergiye gönderilen çalışmaların daha önce yayımlanmamış ya da yayımlanmak üzere başka bir dergiye gönderilmemiş olması gerekir. Yazarlar yayına kabul edilen çalışmalarını daha sonra başka bir yerde yayımlatmamayı da taahhüt ederler.

3. Dergiye gönderilen çalışmaların aşağıda belirtilen kurallara uygunluğu yazar/yazarların sorumluluğundadır:

- Çalışmada yararlanılan tüm kaynaklar için doğru ve uygun bir şekilde kaynak göstermek,
- Çalışmaya fikren katkıda bulunmayan kişileri yazar olarak belirtmemek,
- Çalışmaya fikren katkıda bulunan kişileri yazar olarak belirtmek,
- Çalışmaya ilişkin çıkar çatışmalarını belirtmek,
- Çalışmanın yüksek lisans/doktora tezinden ya da bir projeden üretildiğini belirtmek,
- Çalışmanın niteliğinin gerektirdiği hallerde etik kurullardan ya da komisyonlardan izin almak,
- Çalışmalarda kullanılan fikir ve sanat eserleri için telif hakları düzenlemelerine uymak,
- Çeviriler için ilgili eserin hak sahibinden/sahiplerinden izin almak.

4. Dergide yayımlanan çalışmalarda ileri sürülen görüşlerden dolayı doğabilecek tüm sorumluluklar yazarlara aittir.

5. Dergide yayımlanacak çeviri yazılarda çevirmen, hakem atanmasından önce eserin yazarından ve/veya yayın hakkına sahip kişi veya kurumdan yazılı yayım izni almak ve bu izin belgesini editörler kuruluna iletmek zorundadır.

6. Çalışmalar, **iki hakemin olumlu görüşleri alınmaksızın** ya da **hakemler tarafından önerilen düzeltmeler yapılmaksızın** yayımlanmaz.

7. Yayımlanması için dergimize gönderilen yazıların yazım bakımından en son denetimlerinin yapılarak ulaştırıldığı ve bu hâliyle basılabileceği kabul olunur.

### **B. Hakemlerin Sorumlulukları**

1. Çalışmayı, bilimsel içerik açısından değerlendirmek,
2. Yazarın cinsiyet, etnik köken, ırk, din veya siyasi görüş gibi özelliklerinden bağımsız bir değerlendirme yapmak,
3. Çalışmanın bilimsel alanı ile uyumsuzluğunun, intihal ya da telif hakkı ihlali içerdiğinin ya da yayımlanmasına engel bir hâl bulunduğu tespit edilirse Editör Kurulu'na bilgilendirerek söz konusu çalışmaya ilişkin hakemliği reddetmek,
4. Değerlendirme süreci ve sonrasında gizlilik ilkesine uygun hareket etmek, çalışma ile ilgili bilgileri üçüncü kişiler ile paylaşmamak,
5. Değerlendirme yaparken nesnel ve yapıcı bir üslup kullanmak (küçük düşürücü ya da düşmanca bir dil kullanımından kaçınmak),
6. Yazar ile olan çıkar çatışmasını gecikmeksizin Editör Kurulu'na bildirmek.
7. Hakemlerin makaleleri objektif şekilde ve akademik etik ilkeleri gözeterek değerlendirmeleri esastır. Hakemlerce çalışmalar değerlendirilirken,
  - Makalenin konu itibarıyla literatüre katkı sağlama niteliği,
  - Konu itibarıyla bir dergide yayımlanmaya uygunluk derecesi,
  - Dergi yazım kurallarına uygunluk, anlatım ve dili kullanım düzeyi,
  - Konuyu ele alışı bütünlük ve sistematik anlatım düzeyi,
  - Konuya ilişkin literatürün tüketilmiş olma özelliği,
  - Makalenin özgünlük derecesi,
  - Makalenin bilimsel araştırma ve yayın etiğine aykırı bir nitelik taşıyıp taşımadığı hususlarının dikkate alınması beklenir.

### **C. Editörlerin Sorumlulukları**

1. Derginin yayın politikasına uygun olan özgün çalışmaları kabul etmek,
2. Çalışmaların kabulü veya reddine ilişkin değerlendirmede yazarların cinsiyet, etnik köken, ırk, din veya siyasi görüş gibi özelliklerinden bağımsız şekilde karar vermek,
3. Gizlilik ilkesine uygun hareket etmek,

4. Gönderilen çalışmaların en az iki hakem tarafından çift taraflı kör hakemlik sistemine göre değerlendirilmesini sağlamak.

### **III. Yayın Politikası**

#### **A. Ön Değerlendirme Aşaması**

1. Yayımlanması talep edilen çalışmalar dergiye yalnızca DergiPark sistemi üzerinden gönderilmelidir. Hakem incelemesi dâhil tüm aşamalar DergiPark sistemi üzerinden yürütülmektedir.

2. Dergiye gönderilen çalışmalar başka bir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır. Çalışmanın dergiye gönderilmiş olması, yazarın bu konudaki taahhüdü anlamına gelir.

3. Başka bir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş çalışmalar orijinallik, metodoloji, işlenen konunun önemi, dergi kapsamıyla uyumluluk ve yazım kurallarına uyum açısından incelenir.

4. Yazarlar ayrıca "Etik Beyan Formu"nu, "Telif Hakkı Devir Sözleşmesi"ni ve "Etik Kurul İznine Gerek Yoktur Beyan Formu"nu imzalayarak DergiPark sistemi üzerinden dergiye göndermelidir. Ayrıca, çeviri yazılarda eserin yazarından/yazarlarından ve/veya yayın hakkına sahip kişi veya kurumdan yayın izni alındığını gösteren yazılı bir izin belgesinin de sisteme yüklenmesi gerekmektedir.

5. Yazarlar, çalışmalarının dergimize gönderdikleri hâliyle yazım bakımından yayına hazır olduğunu kabul etmiş sayılır. Yazarlar, eserlerini DergiPark sistemi üzerinden göndermekle derginin etik ilkelerini, yayın politikasını ve yazım kurallarını kabul etmiş sayılır.

6. Ön değerlendirme aşamasında çalışmalar intihal incelemesinden geçirilir. Yayın Kurulu tarafından belirlenen azami %20 benzerlik oranını (kaynakça, alıntılar ve beş kelimedenden daha az örtüşme içeren metin kısımları hariç) aşan çalışmalar editörler tarafından reddedilir.

7. Ön değerlendirmede; etik ilkelere veya dergi yayın ilkelerine uyulmayan yahut olağanın üzerinde yazım yanlışları tespit edilen çalışmalar editörler tarafından geri çevrilir.

8. Ön değerlendirmede; OSCOLA 4. Edisyon atif sistemine veya yazım kurallarına uygun olmadığı tespit edilen çalışmalar ise hakeme gönderilmeden önce, düzeltilmesi için yazara iade edilir. Ön değerlendirme aşamasında, eser sahiplerinin editörler tarafından talep edilen düzeltmeleri 15 gün içinde tamamlaması gerekir. Aksi takdirde, editörler eser sahibi ile iletişime geçmeksizin eseri reddetme hakkına sahiptir.

9. Ön değerlendirme süreci en fazla 1 ay içerisinde tamamlanır.

#### **B. Değerlendirme Aşaması**

1. Ön değerlendirme aşaması tamamlanan çalışmalar, çift taraflı kör hakem usulü gereğince yazarların bilgileri çıkarılarak iki hakeme gönderilir. Hakemlere değerlendirme için 1 ay süre verilir. Gerekli görülmesi hâlinde süre 1 ay daha uzatılabilir.

2. Hakemler, çalışmanın yayına uygun olup olmadığına, değişiklik yapılması gerekip gerekmediğine ilişkin görüşlerini, "Kabul", "Ret", "Majör Revizyon" ve "Minör Revizyon" şıklarından birini seçerek belirtebilirler. Hakem raporunun "Minör Revizyon" yönünde görüş içermesi halinde - değerlendirme formunda aksi yönde bir beyan olmadıkça- çalışma incelenmesi için hakeme tekrar



gönderilmez. "Majör Revizyon" seçeneğinde ise çalışma yazarın öngörülen değişiklikleri yapmasının ardından tekrar hakeme gönderilir.

3. Hakemlerin raporlarında düzeltme vermesi hâlinde çalışma yazara düzeltmeleri yapması için iade edilir. Yazar yalnızca hakemlerin belirttiği değişiklikleri yapabilir. Hakemlerden birinin olumlu, birinin olumsuz görüş bildirmesi hâlinde çalışma üçüncü bir hakeme gönderilir.

4. İki hakemin ret yönünde görüş bildirdiği makale yayımlanmaz. Bir makale için atanan hakemlerden biri ret yönünde görüş bildirdiğinde üçüncü hakemin atanması ve iki hakemce majör revizyon yönünde rapor verildiğinde makalenin yayımlanması konusunda takdir yetkisi Editörler Kuruluna aittir.

5. Hakem değerlendirmesine göre yayımlanmayan çalışmalar yazara geri gönderilmez. Yazar, kendisine olumsuz hakem raporları iletilerek durum hakkında bilgilendirilir.

6. Değerlendirme raporunda verilen düzeltmelerin yapılması için yazara 15 gün süre verilir. Düzeltmelerin süresinde tamamlanmaması hâlinde editörler yazar ile iletişime geçmeksizin çalışmayı reddetme hakkına sahiptir.

### **C. Yayına Hazırlama Aşaması**

1. Yayımlanmak üzere kabul edilen eserlerin tüm yayın hakları Trabzon Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ne ait olur. Yazarlara telif hakkı ödenmeyecektir. Yazarlar, tüm yayın haklarının ve mali hakların Trabzon Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ne ait olduğunu kabul ederler.

2. Editör Kurulu yoğunluk durumuna göre eserin ilk sayıda veya bir sonraki sayıda yayımlanmasına karar verebilir.

## **TRABZON ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ**

### **YAZIM KURALLARI**

#### **I. Eser Gönderim Şekli**

1. Bilimsel çalışmalar DergiPark üzerinden gönderilmelidir:

(<https://dergipark.org.tr/tr/pub/truhfd>).

2. Gönderide yazar veya yazarların iletişim bilgilerine (unvanları, kurumları, kurumsal elektronik posta adresleri, ORCID numaraları) tam olarak yer verilmelidir.

#### **II. Gönderilecek Eserde Bulunması Gereken Hususlar**

1. Derginin yazı dili Türkçe, Almanca ve İngilizcedir.

2. Dergiye gönderilen bilimsel çalışmalar, hukuk ve hukuk ile ilişki kuran bilim alanlarına dâhil olmalı ve daha önce başka bir yerde yayımlanmak üzere gönderilmemiş bulunmalıdır.

3. Çalışmanın başlığı sayfa ortalanarak **Her Kelime Büyük Harfle** başlayacak şekilde, Türkçe ve Almanca veya İngilizce olarak alt alta yazılmalıdır. Almanca veya İngilizce başlık 10 punto ve italik olmalıdır.

4. Dergiye gönderilecek çalışmalarda ayrıca **Sadece İlk Harfi Büyük** olacak şekilde, Türkçe ve Almanca veya İngilizce olarak “Öz” (en az 150, en çok 300 kelime) ile “Anahtar Kelimeler” (beş adet) yer almalı ve anahtar kelimelerde yer alan sözcüklerin de yine **Sadece İlk Harfleri Büyük** olmalı ve virgül ile birbirlerinden ayrılmalıdır.

5. Metinde içeri doğru girintili paragraflara yer verilmemeli, **tüm paragraflar sola dayalı olarak oluşturulmalıdır.**

6. Dergiye gönderilecek makalelerde, ilk sayfada makale başlığının altında **yazarın yalnızca ad ve soyadına yer verilmeli**, soyadın yanında ( \* ) simgesiyle oluşturulacak dipnotta sırasıyla **akademik unvan, görevli olunan üniversite, fakülte ve bölümü ile yazarın kurumsal e-posta adresi ve ORCID numarasına** yer verilmelidir.

7. Dergiye gönderilecek yazılar, “.doc” veya “.docx” dosya uzantıları veya bu dosya uzantılarını yürütebilen kelime işlemcisi yazılımlarla desteklenen bir formatta hazırlanmalıdır. Yazıların gövde metni **Times New Roman** yazı tipinde **1,5 satır aralığında** ve **12 punto**; dipnotlar sayfanın altında sıralı numaralar halinde gösterilecek biçimde, **Times New Roman** yazı tipinde **tek satır aralığında** ve **10 punto** olacak şekilde **iki yana yaslı** biçimde kaleme alınmalıdır. **Tüm kenar boşlukları 2,5 cm** olmalıdır.

8. Dergiye yayımlanması talebi ile gönderilen araştırma makalesinin -dipnotlar dâhil olmak üzere- en az 4.000 en fazla 20.000 kelimedenden oluşması gerekir. Belirtilen sınırlar dışında kalan çalışmaların yayımı hususu editörlerin takdirindedir. Araştırma makaleleri dışındaki çalışmalar belirtilen kelime sınırlarına tabi değildir.

9. Yazılarda dil bilgisi kurallarına uyulmalıdır.

10. Yazılarda kullanılacak başlık simgeleri sırasıyla aşağıda gösterilen şekilde oluşturulmalıdır:

#### **I. KALIN VE TÜMÜ BÜYÜK HARF**

##### **A. Kalın ve Sadece İlk Harfler Büyük (A, B)**

###### **1. Kalın ve Sadece İlk Harfler Büyük (1, 2)**

###### **a. Kalın ve Sadece İlk Harfler Büyük (a, b)**

###### **aa. Kalın ve Sadece İlk Harfler Büyük (aa, bb)**

###### **aaa. Kalın ve Sadece İlk Harfler Büyük (aaa, bbb)**

###### **aaaa. Kalın ve Sadece İlk Harfler Büyük (aaaa, bbbb)**

11. “**GİRİŞ**” ve “**SONUÇ**” başlıkları numaralandırılmamalıdır.

12. Çalışmanın sonunda, çalışmada kullanılan kaynakların, yazarların soyadlarına göre sıralandığı bir kaynakça bulunmalıdır. Soyadları aynı olan farklı yazarlara ait kaynakların sıralanması ilk adların baş harflerine göre alfabetik olarak yapılır. Aynı yazarın farklı eserleri ise eski tarihten başlayarak sıralanır.

13. “**KAYNAKÇA**” başlığı metnin bitiminden bir sonraki sayfada yer almalıdır.

14. Metin içerisinde içindekiler bölümü yer almamalıdır.

15. Metin içerisinde yapılacak kısaltmalar için kısaltmalar cetveli kullanılmamalı; kısaltılacak isim veya başlık metinde ilk defa kullanıldığında kısaltılmadan yazılarak, yanında parantez içinde kısaltması belirtilmelidir.

### **III. Atıf, Dipnot ve Kaynakça Yazımında İzlenmesi Gereken Kurallar**

1. Atıf ve dipnotlar, **OSCOLA 4. Edisyon** atıf sistemine uygun şekilde yapılmalıdır. OSCOLA 4. Edisyon atıf sistemi için ayrıca bkz.

<https://truhfd.trabzon.edu.tr>

[https://www.law.ox.ac.uk/sites/default/files/migrated/oscola\\_4th\\_edn\\_hart\\_2012.pdf](https://www.law.ox.ac.uk/sites/default/files/migrated/oscola_4th_edn_hart_2012.pdf)

2. Bir dipnotta birden fazla esere atıf yapılıyorsa her bir eser noktalı virgöl ile ayrılmalıdır.

3. Dipnot ve kaynakçalarda yapılacak kısaltmalarda nokta kullanılmamalıdır.

4. Atıflarda supra, infra, ante, id, loc cit, op cit, contra kısaltmaları kullanılmamalıdır.

## İÇİNDEKİLER

### *Araştırma Makaleleri*

#### **Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde İspat Karineleri**

*Presumptions of Proof in the System of Participation in Acquired Property*

Doç. Dr. Seda GAYRETLİ AYDIN – Arş. Gör. Ali Said YAZICI.....1

#### **Borçlunun İradesi Dışında Bir Üçüncü Kişinin Borcu İfa Edip Edemeyeceği Meselesine İlişkin Bir Değerlendirme**

*An Analysis on the Question of Whether a Third Party Could Perform an Obligation Without Debtor's Will*

Arş. Gör. Dr. Gizem ZURNACI.....30

#### **Hırsızlık Suçunda Malın Bulunduğu Yerden Alınması**

*Taking Goods from Their Place in the Crime of the Theft*

Arş Gör. Uğur AŞKIN – Dr. Öğr. Üyesi Korhan YEĞRİM.....47

#### **Karşılaştırmalı Bir İnceleme: Roma Statüsü ve Türk Ceza Kanunu Çerçevesinde Soykırım Suçu**

*A Comparative Study: Genocide Crime within the Framework of the Rome Statute and the Turkish Penal Code*

Arş. Gör. Salih ÖZKAN.....74

#### **Kişisel Verilerin İşlenmesinde “Doğru ve Gerektiğinde Güncel Olma” İlkesi ve Kişisel Verileri Koruma Kurulunun 2023/78 Sayılı Kararı**

*The Principle of “Accuracy and, When Necessary, up to Date” in the Processing of Personal Data and the Decision Numbered 2023/78 of the Personal Data Protection*

Emir Efe EGEMEN.....105

# Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde İspat Karineleri\*

*Presumptions of Proof in the System of Participation in Acquired Property*

**Doç. Dr. Seda GAYRETLİ AYDIN\*\***

**Arş. Gör. Ali Said YAZICI\*\*\***

## Öz

01.01.2002 yürürlük tarihli 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nun (TMK) kabulü öncesi en önemli tartışmalar yasal mal rejiminin ne olacağı konusunda yaşanmıştır. Türk Medeni Kanunu ile edinilmiş mallara katılım rejiminin yasal mal rejimi olarak kabul edilmesinin ardından, mal rejiminin tasfiyesine ilişkin davalar, Aile Mahkemelerini en çok meşgul eden davalar arasında yer almıştır.

Edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesi davalarında taraflar iddialarını her türlü delil ile ispat edebilirler. Buna ek olarak TMK m. 222 ile ilgili mal gruplarının türlerinin ve hangi eşe ait olduklarının kolaylıkla saptanabilmesi için ispat karineleri kabul edilmiştir. Çalışmamızın özünü oluşturan aksi ispat edilebilen bu adi karineler ancak mal rejimi sona erip tasfiye başladığı anda kullanılabilir. Bu çalışmada yasal mal rejimindeki mal grupları olan edinilmiş mal ve kişisel mal kavramları örneklerle açıklandıktan sonra, önemli bir ispat aracı olan envanter konusu ele alınmıştır. Devamında ise TMK m. 222 ile kabul edilen mülkiyet hak sahipliğinin ispatı, paylı (müşterek mülkiyet) karinesi ve edinilmiş mal karinesi irdelenmiştir. Sonuç kısmında ise yasal mal rejiminde ispata ilişkin eleştirilere ve çözüm önerilerine yer verilmiştir.

## Anahtar Kelimeler

Edinilmiş Mallara Katılma, İspat Karineleri, Edinilmiş Mal Karinesi, Paylı Mülkiyet Karinesi, Hak Sahipliği Karinesi.

## Abstract

Prior to the adoption of the Turkish Civil Code (TCC) No. 4721 dated 01.01.2002, the most important discussions were about the legal property regime. Following the adoption of the regime of participation in acquired property as the legal property regime by the Turkish Civil Code, the cases regarding the dissolution of the property regime were among the cases that occupied the Family Courts the most.

\* Hakemli Araştırma Makalesi / **Makale Geliş Tarihi:** 30.09.2023 – **Makale Kabul Tarihi:** 11.10.2023.

\*\* Trabzon Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı, e-mail: sedagayretli@trabzon.edu.tr, ORCID: 0000-0001-8478-3310.

\*\* Trabzon Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukuku Anabilim Dalı, e-mail: alisaidyazici@trabzon.edu.tr, ORCID: 0000-0001-6651-6841.

The parties may prove their claims with all kinds of evidence in the lawsuits for the liquidation of the regime of participation in acquired property. In addition to this, Art. 222 of the TCC recognizes the presumptions of proof to easily determine the types of property groups and which spouse they belong to. These ordinary presumptions, which constitute the core of our study, can only be used when the property regime is terminated, and dissolution begins. In this study, after the concepts of acquired property and personal property, which are the property groups in the legal property regime, are explained with examples, the issue of inventory is discussed. Subsequently, the proof of ownership of property rights, the presumption of shared (joint ownership) and the presumption of acquired property, which are accepted by Article 222 of the TCC, are examined. In the conclusion part, critics and suggestions for solutions regarding the proof in the legal property regime are provided.

### **Keywords**

Participation in Acquired Property, Presumptions of Proof, Presumption of Acquired Property, Presumption of Shared Ownership, Presumption of Right Ownership.

## **GİRİŞ**

Eşlerin sahip oldukları malvarlığı unsurlarının, eşlerden hangisine ait olduğu hususu, mal rejiminin tasfiyesi aşamasında büyük bir önem arz etmektedir. Özellikle uzun yıllar sürmüş evlilikler açısından tasfiye aşamasında, malların eşlerden hangisine ait olduğu ve bu malların dâhil olduğu mal gruplarını belirlenmesinde ispat sorunları ortaya çıkmaktadır. Yasal mal rejiminin tasfiyesinde ispat konusunda karşılaşılabilecek uyuşmazlıkların çözümünü kolaylaştırmak için kanun koyucu TMK m. 222 ile ispat karineleri belirlemiştir.

Edinilmiş mallara katılma rejiminde ispat sorunları ve ispat karinelerini konu alan çalışmamızın birinci bölümünde kısaca edinilmiş mallara katılma rejimindeki mal grupları olan edinilmiş mal ve kişisel mal kavramları üzerinde durulacaktır.

İkinci bölümde ise çalışmamızın özünü oluşturan TMK m. 222’de düzenlenen edinilmiş mallara katılma rejimiyle getirilen ispat karineleri incelenecektir. Bu bağlamda öncelikle TMK m. 216 hükmüyle düzenlenmiş olan önemli bir ispat aracı olan envanter konusu incelenecektir. İlgili hükümlerdeki ispat yükü kavramı Türk Medeni Kanunu ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu açısından değerlendirilecektir. Sonrasında kanun koyucunun edinilmiş mallara katılma rejiminde yaşanan ispat sorunlarını ortadan kaldırmak için kabul ettiği, aidiyet karinesi, paylı mülkiyet karinesi ve edinilmiş mal karineleri incelenecektir. Konunun anlaşılması açısından kaynak İsviçre Medeni Kanunundaki düzenlemeler ve Yargıtay uygulamalarını gösteren örnek yargı kararları da değerlendirilecektir. Bu çalışmada yalnızca yasal mal rejimi olan edinilmiş mallara katılma rejiminde ispat konusuna yer verilmiş, diğer seçimlik mal rejimlerindeki ispat

konusu kapsam dışında bırakılmıştır. Sonuç kısmında edinilmiş mallara katılım rejiminde ispata ilişkin eleştiriler ve önerilere yer verilmiştir.

## I. EDİNİLMİŞ MALLARA KATILMA REJİMİNDE MAL GRUPLARI

### A. Genel Olarak

Evlilik sözleşmesi, eşlere birbirlerine sadık olması gibi kişisel hak ve yükümlülükler yüklediği gibi mali hak ve yükümlülükler de yüklemektedir. Evlilik birliğinin kurulmasının en önemli mali sonuçlarından birini ise mal rejimi oluşturmaktadır. Mal rejimi, eşlerin evlilik birliği süresince sahip oldukları mal varlıklarının yönetimi, mal varlıklarından yararlanması ve mal varlıklarına ilişkin tasarruflarda bulunması, evlilik birliği sona erdiğinde ise malların paylaşımı olarak tanımlanabilir<sup>1</sup>.

743 sayılı Türk Kanun-u Medenîsi (TKM) yasal mal rejimi olarak mal ayrılığı rejimini, seçimlik mal rejimi olarak ise mal birliği ve mal ortaklığı rejimini düzenlemiştir. Mal ayrılığı rejiminin yasal mal rejimi olması çalışmayan ev işleri yapıp çocuklara bakan kadının emeğini yok saydığı, boşanma halinde kadın aleyhine sonuçlar verdiği, ataerkil Türk toplumunda malların çoğunlukla erkeğin üzerine yapılması gibi nedenlerle eleştirilmektedir<sup>2</sup>. Nihayet, 01.01.2002 tarihli Türk Medenî Kanunu (TMK), kaynak İsviçre Medeni Kanunu'nda olduğu gibi yasal mal rejimi olarak edinilmiş mallara katılma rejimini benimsemiştir<sup>3</sup>. Seçimlik mal rejimi olarak mal ayrılığı, paylaşmalı mal ayrılığı ve mal ortaklığı rejimlerini düzenlemiştir.

<sup>1</sup> Bilge Öztan, *Aile Hukuku* (6. Bası, Turhan Kitabevi 2015) 395-396; Turgut Akıntürk ve Derya Ateş Karaman, *Türk Medenî Hukuku Aile Hukuku* (C. II, 14. Baskı, Beta Basım Yayım 2012) 143-144; Mustafa Alper Gümüş, *Evliliğin Genel Hükümleri ve Mal Rejimleri* (Vedat Kitapçılık 2008) 217; Faruk Acar, *Aile Hukukumuzda Aile Konutu, Mal Rejimleri ve Eşin Yasal Miras Payı* (6. Bası, Seçkin Yayıncılık 2021) 123; Zafer Zeytin, *Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Tasfiyesi* (5. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2021) 35-36; Ahmet M. Kılıçoğlu, *Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi* (2. Bası, Turhan Kitabevi 2002) 1; Demet Özdamar, Ali Gümrah Toker, Ferhat Kayış, Burcu Yağcıoğlu ve Aliye Akgün Toker, *Yasal Mal Rejimi ve Tasfiyesi (Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi)* (7. Bası, Seçkin Yayıncılık 2022) 25; Mehmet Erdem ve Aslı Makaracı Başak, *Aile Hukuku* (Seçkin Yayıncılık 2022) 261; Ömer Uğur Gençcan, *Mal Rejimleri Hukuku* (4. Baskı, Yetkin Yayınları 2017) 74; Yelda Yardımcı Çınar, *Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Terekenin Tasfiyesi ve Sağ Kalan Eşin Talepleri* (Seçkin Yayıncılık 2022) 17.

<sup>2</sup> Eleştiriler için bkz. Muzaffer Şeker, *Bilimsel Çalışmalar ve Güncel Yargı Kararlarıyla Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Bağlantılı Konular* (On İki Levha Yayıncılık 2022) 1-2; Zeytin (n 1) 38; Gençcan (n 1) 420; Aksi görüş için bkz. Şeref Ertaş, 'Edinilmiş Mal Rejiminin Tasfiyesi, Mirasın Paylaşılması, Tenkis Hakkı' (2013) 71(1) İÜHF 1365-1365 vd.; Hüseyin Hatemi, *Aile Hukuku* (9. Bası, On İki Levha Yayıncılık 2021) 103.

<sup>3</sup> Türk Medeni Kanunu m. 202'nin gerekçesinde edinilmiş mallara katılma rejiminin yasal mal rejimi olarak benimsenmesi "...Evlilik birliği sona erdiğinde, mal ayrılığı rejiminin eşler arasında büyük haksızlıklara yol açtığı, özellikle meslek sahibi kocanın lehine işlediği, ev işlerini yapan ve hatta kocasına mesleğinin icrasında yardımcı olan kadının durumunu hiç nazara almadığı, meslek çevreleri ve kamuoyunda ağır eleştirilere

Mal ayrılığı rejiminin yasal mal rejimi olduğu dönemde malların tasfiyesi söz konusu değildi. Mal ayrılığı rejiminde evlilik, eşlerin mal varlığı üzerinde hukuken herhangi bir değişiklik yapmamaktaydı. Dolayısıyla mal ayrılığı rejiminde malların paylaşımından doğan uyuşmazlıklar Borçlar Kanunundaki genel hükümlere göre çözülmekteydi. Bu dönemde Türk Kanunu Medenisi m. 146’da belirtilmiş olan tasfiyeye ilişkin olan hükümler ancak seçimlik mal rejimlerine uygulanabilmekteydi<sup>4</sup>.

Edinilmiş mallara katılma rejiminin yasal mal rejimi olarak kabul edilmesiyle evlilik birliğinin devamı süresince eşlerin pek de önemsemediği mal rejimi konusu, evliliğin ölümle ya da boşanma ile son bulması neticesinde son derece önemli bir konum kazanmıştır<sup>5</sup>. Boşanma ile son bulan evliliklerde, mal rejiminin tasfiyesi aile hukukuna ilişkin yargı organlarını en çok meşgul eden uyuşmazlıklardan biri haline gelmiştir. Eşler arasındaki mal rejimi konusu Türk Medeni Kanun’un, Aile Hukuku Kitabı’nın, Evlilik Hukuku kısmının dördüncü bölümü olarak TMK m. 202 ile TMK m. 281. arasında düzenlenmiştir. Eşler mal rejimi sözleşmesi ile aralarında TMK’da düzenlenen seçimlik mal rejimlerinden birini seçmemişler veya hâkim tarafından TMK m. 206’da düzenlenen olağanüstü mal rejimine geçilmesine karar verilmemiş ise yasal mal rejimi olan edinilmiş mallara katılma rejimi uygulanır. Edinilmiş mallara katılma rejimi TMK m. 218 ile TMK m. 241 arasında düzenlenmiştir. Edinilmiş mallara katılma rejimi evlenirken seçimlik bir mal rejimi seçilmemişse evlenme tarihinden itibaren uygulanır. Eşler evlenmeden önce ve evlilik sırasında seçimlik mal rejimi seçmiş olabilirler. Evliliğin devamında eşler seçimlik mal rejiminden, edinilmiş mal rejimine geçmek isterlerse, edinilmiş mal rejimi sözleşmesini yaptıkları tarihten itibaren edinilmiş mallara katılma rejimi uygulanacaktır<sup>6</sup>. Edinilmiş mallara katılma rejimi bir eşe diğer eşin malı üzerinde mülkiyet ya da ortaklık hakkı vermez. Eşlere tanınan hak aynı olmayıp, edinilmiş mallar üzerinde şahsi bir alacak hakkıdır<sup>7</sup>. Çalışma konumuzu sınırlandırmak açısından bu bölümde yalnızca edinilmiş mallara katılma rejimlerindeki mal grupları üzerinde durulacaktır.

---

*uğramıştır. Bu nedenle ye edinilmiş mallara katılma başlığı altında yeni bir mal rejimi düzenlenmiştir.” şeklinde açıklamıştır. Bkz. TMK 202 Gerekçesi; Şeker (n 2) 211 vd.*

<sup>4</sup> Gençcan (n 1) 420 vd.

<sup>5</sup> Mal rejimi boşanma, eşlerden birinin ölümü, olağanüstü mal rejimine geçiş veya eşlerin başka bir mal rejimi seçimi ile sona ermektedir. Ertaş, mal rejiminin tasfiyesinin sadece evliliğin boşanma ile sona ermesi hali için uygulanıp, evliliğin ölümle sona ermesi hali için miras hukuku kurallarının uygulanmasının daha uygun olacağı konusunda TMK’yı eleştirmektedir. Ertaş (n 2) 1365.

<sup>6</sup> Şeker (n 2) 41.

<sup>7</sup> Yargıtay 8 HD, E 2012/4670 K 2012/12103, 10.12.2012; Yargıtay 8 HD, E 2010/4938 K 2011/2095, 12.04.2011; Erdem/Makaracı Başak (n 1) 272.



## B. Edinilmiş Mallara Katılma Rejimindeki Mal Grupları

Edinilmiş mallara katılma rejiminde mallar, kadının kişisel malları, kadının edinilmiş malları, kocanın kişisel malları ve kocanın edinilmiş malları olarak dört grup altında incelenmektedir<sup>8</sup>. Evlilik süresince eşler kendi mal varlıkları üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabilmektedir. Ayrımın önemi tasfiye aşamasında hangi malların edinilmiş mal, hangi malların kişisel mal grubuna girdiğinin ispatı noktasında ortaya çıkmakta, evlilik birliği devam ederken ise söz konusu ayrım önem taşımamaktadır. Tasfiye sırasında çıkan uyuşmazlıkların büyük çoğunluğunu malların hangi gruba dâhil olduğu oluşturduğunda öncelikle bir malın edinilmiş mal mı yoksa kişisel mal mı olduğunu belirlemek gerekmektedir. Bu nedenle aşağıda hangi malların edinilmiş mal hangilerinin kişisel mal sayıldığı incelenmiştir.

### 1. Eşlerin Edinilmiş Malları

Eşlerin edinilmiş mallarının düzenlendiği TMK m. 219 hükmüne göre:

*“Edinilmiş mal, her eşin bu mal rejiminin devamı süresince karşılığını vererek elde ettiği malvarlığı değerleridir.*

*Bir eşin edinilmiş malları özellikle şunlardır:*

- 1. Çalışmasının karşılığı olan edinimler,*
- 2. Sosyal güvenlik veya sosyal yardım kurumu ve kuruluşlarının veya personele yardım amacı ile kurulan sandık ve benzerlerinin yaptığı ödemeler,*
- 3. Çalışma gücünün kaybı nedeniyle ödenen tazminatlar,*
- 4. Kişisel malların gelirleri*
- 5. Edinilmiş malların yerine geçen değerler”.*

Türk Medeni Kanunu m. 219 hükmünün ilk fıkrasında edinilmiş mallardan ne anlaşılması gerektiği yönünde hukukî bir tanımlama yapılmakta ve söz konusu tanım çerçevesinde, herhangi bir malın edinilmiş mal sayılması için iki unsur aranmaktadır.

Söz konusu unsurlardan ilki, malın mal rejiminin devamı süresince yani edinilmiş mallara katılma rejiminin yürümeye başladığı günden sona erdiği ana kadar geçen süreç içinde edinilmiş olması gerekliliğidir<sup>9</sup>. Dikkat edilirse kanun koyucu yerinde olarak evlilik süresince

<sup>8</sup> Şeker (n 2) 41.

<sup>9</sup> Akıntürk ve Ateş Karaman (n 1) 156.

ifadesini kullanmamıştır. Çünkü eşler evlenirken diğer mal rejimlerinden birini de seçebileceğinden, edinilmiş mallara katılma rejiminin evlilik ile birlikte kurulmayabilme ihtimali mevcuttur<sup>10</sup>.

Madde metnine göre herhangi bir malın edinilmiş mal sınıfına sokulabilmesinde gerekli diğer unsur ise malın karşılığının verilerek elde edilmesidir. Buradaki karşılık ifadesi değişik şekillerde ortaya çıkabilmekle birlikte karşı edim anlamında kullanılmaktadır. Karşı edimin başlangıç noktasını ise emek oluşturmaktadır<sup>11</sup>. Dolayısıyla bu rejimde emeksiz edinilen mallar üzerinde diğer eşe herhangi bir hak sahipliği tanınmamaktadır. Nitekim katılma rejiminin temelini de eşlerin evlilik birliği devam ederken emek karşılığı bir mal edinme durumu olduğunda, bu malda kural olarak diğer eşinde bir katkısı olduğu düşüncesi oluşturmaktadır<sup>12</sup>.

Türk Medeni Kanunu m. 219 fıkra 1’de belirlenen unsurları taşımadığı halde bazı mal grupları kanun gereği edinilmiş mal sayılırken bazı mal grupları ise edinilmiş mal unsurlarını taşıdığı halde kanun gereği kişisel mal sayılmıştır. Örneğin kişisel malların gelirleri bir emek karşılığı kazanılmadığı halde TMK m. 219/4 uyarınca edinilmiş mal sayılırken edilmiş mallara katılma süresince bir emek karşılığı edinilmiş olsa da kişisel kullanıma yarayan eşya edinilmiş mal sayılmamıştır<sup>13</sup>.

Türk Medeni Kanunu m. 219 hükmünün ikinci fıkrasında edinilmiş mallara beş örnek sayılmıştır. Bu hükümde geçen “özellikle” ifadesinden, edinilmiş malların madde metninde yer alanlarla sınırlı olmadığını, hükümde sadece edinilmiş mallara örnekler verildiği anlaşılmaktadır. Dolayısıyla bu hükümle edinilmiş mallar sınırlı sayıda sayılmamıştır<sup>14</sup>.

#### **a. Çalışmanın Karşılığı Olan Edinimler**

Edinilmiş mal kavramının temelinde emek unsuru yatmaktadır. Diğer bir anlatımla, edinilmiş mallar emek karşılığı malvarlığına katılmış malvarlığı değerleridir. Bu husus kanunun lafzındaki “karşılığını vererek elde ettiği malvarlığı değerleridir” ifadesinden de açıkça anlaşılmaktadır.

<sup>10</sup> Ahmet M. Kılıçoğlu, *Aile Hukuku* (Turhan Kitabevi 2015) 338-339.

<sup>11</sup> Faruk Acar, *Aile Hukukumuzda Mal Rejimleri ve Eşin Yasal Miras Payı* (Seçkin Yayıncılık 2007) 44.

<sup>12</sup> Kılıçoğlu (n 10) 339; Akıntürk ve Ateş Karaman (n 1) 157.

<sup>13</sup> Zeytin (n 1) 119-120; Şükran Şıpka ve Ayça Özdoğan, *Eşler Arasındaki Malvarlığı Davaları* (2.Baskı, On İki Levha Yayıncılık 2017) 92.

<sup>14</sup> Öztan (n 1) 440; Kılıçoğlu (n 10) 339; Şeker (n 2) 43; Gençcan (n 1) 212.

Eşlerin karşılığını vererek elde ettikleri malvarlığının başında, eşlerin emeğinin yani çalışmasının karşılığı olan edinimler gelmektedir. Söz konusu edinimler, her bir eşin çalışması sonucu edindiği, mesela ücret veya maaşından ya da serbest meslek kazancından harcayarak sahip olduğu kazanımlardır<sup>15</sup>.

Çalışma karşılığı olan edimlere örnek olarak; maaş, ücret, kar, kâr payı, ikramiye, kıdem tazminatı, vekalet ücreti, transfer ücreti, aylık, haftalık, gündelik kıdem tazminatı, zirai kazanç, ikramiye, prim, bahşiş telif ücreti, vizite ücreti gösterilebilir<sup>16</sup>. Bu kazanımlar herhangi bir malvarlığı değeri olabileceği gibi, ücret (para) veya alacak hakkı gibi her türlü iktisap olabilmektedir<sup>17</sup>.

Çalışmanın karşılığı edimler, ilgili eşin mesleki bir faaliyetinin sonucu elde edilebileceği gibi meslek dışı faaliyeti sonucunda da elde edilebilir. Eşin mesleki faaliyeti, serbest meslek, kamu görevi, işçi işveren ilişkisine dayalı hizmet sözleşmesi, bedensel ya da düşünsel faaliyete (fikri ürünler) dayanabilir. Eşler asıl meslekleri dışında bir faaliyetleri karşılığı da edim kazanmış olabilir. Örneğin öğretmen olan biri yaz aylarında fındık gündeliğine giderek karşılığında ücret almışsa bu edinilmiş mal olarak nitelendirilecektir.

Eşler, bilgi, ödüllü resim, müzik, şiir veya bilimsel eser yarışması gibi emek, beceri ya da yetenek gerektiren bir yarışmaya katılmışsa kazanılan edimler edinilmiş mal sayılacaktır<sup>18</sup>. Ancak, şans oyunlarına katılan eşin kazandığı ödül noktası öğretide tartışmalı bir konudur. Bu konu aşağıda edinilmiş mallar yerine geçen değer (ikame değer ilkesi) başlığı altında tartışılmıştır.

### **b. Sosyal Güvenlik veya Sosyal Yardım Kurumu ve Kuruluşlarının veya Personele Yardım Amacı ile Kurulan Sandık ve Benzerlerinin Yaptığı Ödemeler**

Kanun koyucu TMK m. 219 f. 2 hükmü ile edinilmiş mallara katılma rejimi süresince yapılan sosyal güvenlik ödemelerini edinilmiş mal kapsamına dâhil etmiştir. Sosyal güvenlik ödemeleri olan emekli maaşı, emekli ikramiyesi, kıdem tazminatı, yaşlılık, engellilik, işsizlik ve ölüm tazminatı gibi ödemeler edinilmiş maldır<sup>19</sup>. Türk Medeni Kanunu m. 219 f. 2 hükmünün “sosyal güvenlik veya sosyal yardım kurumu ve kuruluşları ile personele yardım

<sup>15</sup> Akıntürk ve Ateş Karaman (n 1) 158.

<sup>16</sup> Gençcan (n 1) 217-218.

<sup>17</sup> Kılıçoğlu (n 10) 340; Öztan (n 1) 441.

<sup>18</sup> Gençcan (n 1) 213- 222.

<sup>19</sup> Öztan (n 1) 442.

amacı ile kurulan sandık ve benzerleri” ifadesinden ödeme yapan ilgili kuruluşların resmi devlet kuruluşu olması gerekmediği anlaşılmaktadır. Dolayısıyla özel sosyal güvenlik veya sosyal yardım kurumları tarafından yapılan ödemeler de ilgili madde kapsamına dâhildir<sup>20</sup>.

Nihai olarak sosyal güvenlik veya sosyal yardım kurumları tarafından yapılan ödemelerdeki amaç, kişinin sosyal yaşantısının devamını, geçimini ve barınmasını temin etmektir. Kanun koyucu tarafından bu amacın gerçekleştirilmesinin kuvvetlendirilmesi noktasında ise ayrıca TMK m. 228 f. 2 hükmü ihdas edilmiştir. Şöyle ki ilgili hükme göre, söz konusu kuruluşlar tarafından yapılan ödemelerin mal rejiminin sona erdiği tarihte hak sahibinin kalan yaşam süresine tekabül eden miktarı kişisel mal olarak kabul edilerek söz konusu miktar tazminat alacaklısı lehine korunmaktadır<sup>21</sup>.

### c. Çalışma Gücünün Kaybı Nedeniyle Ödenen Tazminatlar

Çalışma gücünün kaybı nedeniyle ödenen tazminatların temelinde Borçlar Kanunu’nun 54. maddesi anlamında işgücünün kaybının giderilmesi amacı yatmaktadır<sup>22</sup>. Dolayısıyla bu tür tazminatlarda, tazminat ödenen kişinin çalışarak para kazanması mümkünken, başına gelen bir olay neticesinde çalışma imkânından mahrum kalarak, para kazanmaktan kısmen veya tamamen yoksun kalması durumu söz konusudur<sup>23</sup>. Borçlar Kanunu m. 54’ün kapsamı sadece çalışma gücünün kaybından veya azalmasından doğan zarardan oluşmamaktadır. Şöyle ki ilgili madde kapsamına yapılan tedavi ve bakım masraflarının yanı sıra, ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan kayıplar da girmektedir. Ayrıca ilgili hüküm sadece haksız fiil neticesinde ortaya çıkan çalışma gücü kaybı tazminatını değil, sözleşmeye aykırılık oluşturan bir davranış neticesinde meydana gelen çalışma gücü kaybı tazminatını da içermektedir<sup>24</sup>. Örneğin, bir iş kazası veya meslek hastalığı nedeniyle çalışma gücünü kısmen veya tamamen kaybeden bir işçinin, gerekli önlemleri almamış kusurlu işverenden zararına karşılık alacağı tazminat da edinilmiş maldır. Ayrıca çalışma gücünün kaybı nedeniyle ödenecek tazminat açısından, tazminat sorumluluğunun mutlaka özel hukuktan kaynaklanması gerekmekte, tazminat sorumluluğunun kaynağı kamu hukuku karakterli de olabilmektedir. Mesela, rögar kapağı açık

<sup>20</sup> Kılıçoğlu (n 10) 342.

<sup>21</sup> Kılıçoğlu (n 10) 343; Öztan (n 1) 453.

<sup>22</sup> Mehmet Beşir Acabey, ‘Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Mal Grupları – İspat Kuralları ve Eşlerin Paylı Mülkiyeti Altındaki Mallara İlişkin Düzenlemeler’ (2007) 9(Özel Sayı) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 491, 507.

<sup>23</sup> Acar (n 11) 52; Kılıçoğlu (n 10) 344.

<sup>24</sup> Mustafa Dural, Tufan Ögüz ve Mustafa Alper Gümüş, *Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku* (10. Bası, 2015) 206; Acar (n 11) 52.

olan bir kanalizasyona düşerek elini kıran bir futbolcunun, hizmet kusuru bulunan belediyeden alacağı iş gücünün kaybı tazminat da edinilmiş maldır<sup>25</sup>.

Türk Medeni Kanunu m. 228 f. 2 hükmü kıyasen çalışma gücünün kaybı nedeniyle ödenen tazminatlar içinde uygulanmaktadır<sup>26</sup>. Dolayısıyla çalışma gücünün kaybı nedeniyle yapılan ödemenin edinilmiş mal kapsamında sayılması için edinilmiş mallara katılma rejiminin devam ettiği süre içinde nominal karşılığının bulunması gerekmektedir<sup>27</sup>.

#### **d. Kişisel Malların Gelirleri**

Kişisel malların gelirleri emek karşılığı edinilmediği için TMK m. 685 f.1'de yapılan edinilmiş mal tanımına uymadığından doktrince eleştirilmiş ve söz konusu tanımın bir istisnası olarak nitelendirilmiştir<sup>28</sup>. Kişisel malların gelirlerinin edinilmiş mal sayılması için ilgili mallardan sadece mal rejimi devamı süresince elde edilmeleri gerekmektedir. Kişisel malların doğal ve medenî ürünleri edinilmiş mal sayılacaktır. Doğal ürünlere örnek olarak TMK m. 685 kapsamında bitki ve hayvanlardan elde edilen yararlar verilebilirken; medenî ürünlere faizler hisse senedi temettüleri verilebilir<sup>29</sup>. Örneğin, kişisel mal olan bir daireden alınan kira geliri, kişisel mal olan banka hesabında bulunan paranın faizi edinilmiş mal sayılacaktır. Ayrıca kişisel malların gelirlerinin hesabında bunların net miktarları hesaplanmalıdır. Yani ödenen vergiler, amortismanlar malların gelirinden indirilmelidir<sup>30</sup>.

Kişisel malların gelirlerinin edinilmiş mal sayılması gerektiğini belirten TMK m. 221 f. 2 hükmü emredici bir hüküm değildir. Dolayısıyla taraflar kişisel malların gelirlerinin de kişisel mal olarak kalması yönünde anlaşma yapabileceklerdir<sup>31</sup>.

#### **e. Edinilmiş Malların Yerine Geçen Değerler (İkame İlkesi)**

Edinilmiş mallara katılma rejiminde belirli bir malvarlığı değeri, hangi malvarlığı değerinden karşılanmışsa o kesime dâhil sayılmaktadır. Dolayısıyla hangi malvarlığı grubuna girdiği fark etmeksizin malların başka bir mala veya değere dönüşmesi malvarlığının türünü etkilememektedir. Eşin edinilmiş malları yerine geçen değerler ikame ilkesi gereğince yine

<sup>25</sup> Acabey (n 22) 507-508.

<sup>26</sup> Acar (n 11) 53.

<sup>27</sup> Şıpka ve Özdoğan (n 13) 103.

<sup>28</sup> ibid 103.

<sup>29</sup> Öztan (n 1) 445; Kılıçoğlu (n 10) 344; Dural, Öğüz ve Gümüş (n 24) 206.

<sup>30</sup> Öztan (n 1) 445; Kılıçoğlu (n 10) 344.

<sup>31</sup> Öztan (n 1) 445; Kılıçoğlu (n 10) 346.

edinilmiş mal olarak nitelendirilecektir. Örneğin eşin edinilmiş mallara katılma rejimi süresince kazandığı maaşını biriktirerek satın aldığı bir arabanın pert olması neticesinde sigorta şirketi tarafından ödenecek sigorta tazminatı da edinilmiş mal sayılacaktır<sup>32</sup>. Bu durumda eşin kazandığı maaş, mal rejimi süresince ve emek karşılığı edinildiği için eşin edinilmiş malıdır. Bu maaşın biriktirilmesi karşılığında alınan araba yine ikame ilkesi gereğince yine edinilmiş malıdır. Aracın pert olması karşılığında aracın değerinin yerine geçen sigorta tazminatı, yine ikame ilkesi gereğince edinilmiş mal sayılacaktır. İkame ilkesinin söz konusu olabilmesi için aynı eşin mal varlığı değerleri arasında değişim olması gerekmektedir. İkame ilkesi eşler arasındaki mal varlığı değerleri değişiminde uygulanmaz<sup>33</sup>.

Emek beceri ya da yeteneğin değil sadece şans ve tesadüfün ön planda olduğu şans oyunlarında, kazanılan ikramiyelerin emek olmadığından edinilmiş mal olmadığı doktrindeki hakim görüştür<sup>34</sup>. Yargıtay 8. Hukuk Dairesi 2014 tarihinde verdiği bir kararla<sup>35</sup> İsviçre Federal Mahkemesinin bu konudaki kararlarıyla<sup>36</sup> uyumlu olarak milli piyangodan kazanılan ödülün edilmiş olduğuna karar vermiştir. Karar gerekçesinde de yine İsviçre Federal Mahkemesinin gerekçesine de uyumlu olarak piyango biletinin kişisel mal ile alındığı ispat edilemediğine göre, edinilmiş mal ile alınmış olan piyango biletinin karşılığı olan büyük ikramiye de ikame değer ilkesi gereğince edinilmiş mal olacaktır<sup>37</sup>. İsviçre Federal Mahkemesi ve Yargıtay 8. Hukuk Dairesinin görüşüne katılmaktayız.

#### **f. Diğer Edinilmiş Mallar**

Türk Medeni Kanunu m. 219 hükmünü incelediğimizde, madde metninde yer alan “özellikle” ifadesinden, edinilmiş malların madde metninde yer alanlarla sınırlı olmadığı, hükümde sadece edinilmiş mallara örnekler verildiği anlaşılmakta olduğu yukarıda açıklanmıştı. Dolayısıyla ilk başta edinilmiş malların doğal ve hukuki gelirleri, eşlere adının

<sup>32</sup> Dural, Öğüz ve Gümüş (n 24) 207; Öztan (n 1) 446.

<sup>33</sup> Zeytin (n 1) 145.

<sup>34</sup> Şans oyunlarının edinilmiş mal olup olmadığı tartışmaları için bkz. Selin Sert Sütçü, ‘Piyango Biletinin Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Tasfiyesinde Nasıl Değerlendirileceği Meselesi’ (2023) 6(1) Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 151, 153 vd.; Fatih Karamercan, *Katki – Değer Artış Payı & Katılma Alacağı Davaları* (8. Bası, Seçkin Yayıncılık 2023) 207 vd.; Zeytin (n 1) 195.

<sup>35</sup> Yargıtay 8 HD, E 2013/7361 K 2014/13668, 27.06.2014. Bkz. Legalbank, Erişim Tarihi: 07/09/2023.

<sup>36</sup> Fahri Erdem Kaşak, ‘İsviçre Federal Mahkemesi’nin Lotodan Kazanılan İkramiyenin Edinilmiş Mal Sayılacağına İlişkin 11.04.1995 Tarihli (BGE 121 III 201) Kararı’ (2014) 18(1) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 265, 268.

<sup>37</sup> Zeytin (n 1)165-166.

gaspı veya şeref ve haysiyetinin ihlâli veya ekonomik kişilik hakkının ihlâli nedeni ile ödenen maddi tazminatlarda edinilmiş mal sayılmaktadır<sup>38</sup>.

## 2. Eşlerin Kişisel Malları

Kanun koyucu edinilmiş mal kavramının aksine kişisel mal kavramının tanımını yapmamıştır. Kılıçoğlu, Kişisel malları, evlilik birliğine ait olmayıp, bizzat eşlerin şahsına ait olan, edinilmiş mallarda olduğu gibi eşlerin birlikte tasarruf yetkisine sahip olmadıkları ve rejimin tasfiyesinde de hesaba katılmayan mallar olarak tanımlamaktadır<sup>39</sup>.

TMK md 220 hükmü ile hangi malların kişisel mal sayılacağı belirtilmiştir. Bu hükümdeki eşlerin kişisel mallarına ilişkin olan sayma sınırlayıcı ve emredicidir. Ayrıca TMK m. 221 ile bu hükme iki istisna getirilerek, edinilmiş mal olması gereken bazı malvarlığı unsurlarının mal rejimi sözleşmesi ile kişisel mal olarak düzenlenebileceği hüküm altına alınmıştır. Bu istisnalara göre eşler mal rejimi sözleşmesi ile bir mesleğin icrası veya işletmenin faaliyeti sebebiyle doğan edinilmiş mallara dahil olması gereken mal varlığı değerinin kişisel mal olacağını ve kişisel malların gelirlerinin edinilmiş mal yerine kişisel mal olarak değerlendirilme olanağına sahiptir. Bu nedenle kişisel malları TMK sisteminde de olduğu gibi kanuna ve sözleşmeye göre kişisel mallar olarak incelenecektir.

### a. Kanuna göre Kişisel Mallar

Kanuna göre kişisel mallar TMK m. 220 hükmünde düzenlenmiştir; “Aşağıda sayılanlar kanun gereği kişisel maldır:

1. “Eşlerden yalnız birinin kişisel kullanımına yarayan eşya,
2. Mal rejiminin başlangıcında eşlerden birine ait bulunan veya bir eşin sonradan miras yoluyla ya da herhangi bir şekilde karşılıksız kazanma yoluyla elde ettiği malvarlığı değerleri,
3. Manevi tazminat alacakları,
4. Kişisel malların yerine geçen değerlerdir.”

Kanuna göre kişisel mal sayılan mallar sınırlı sayıda düzenlenmiştir ve eşlerin sözleşme ile aksine bir anlaşma yapmaları mümkün değildir.

<sup>38</sup> Acar (n 11) 62-63.

<sup>39</sup> Kılıçoğlu (n 10) 347.

### aa. Kişisel Kullanım Eşyası

Salt eşlerden birinin ihtiyaçlarına yönelik, gelir getirmeyen<sup>40</sup>, diğer eşin ve aile üyelerinin kullanımı dışındaki eşyalar kişisel malları oluşturmaktadır. Hangi eşyaların kişisel eşya olarak sayılacağına ölçü, malın kullanma yani özgülenme amacıdır. Bu kapsamda kişisel mallara örnek olarak kişinin yaşamını devam ettirebilmesi için zorunlu olan giysileri, süs eşyası, spor aletleri ve takılar gibi giyim ve özel kullanım eşyası verilebilir. Eşyanın kişisel eşya olarak kabul edilmesinde eşyanın finansmanındaki kaynak değil, bizzat eşyanın kullanım amacı esas alınır. Dolayısıyla edinilmiş mallardan finanse edilmiş bile olsa, yalnız eşlerin kişisel kullanımına yarayan eşyalar kişisel maldır<sup>41</sup>. Para kişisel kullanıma yarayan eşya olarak nitelendirilemez. Ayrıca kanun koyucu eşin mesleki faaliyetlerinde kullandığı eşyayı kişisel kullanıma yarayan eşya olarak kabul etmemiştir. Eşin yalnızca kişisel kullanımına yarayan eşyayı ailenin diğer fertleri de kullanıyorsa artık o eşya kişisel mal sayılmaz Ancak aile bireyleri dışındaki kişilerle eşyanın birlikte kullanılması on eşyanın kişisel mal sayılmasını engellemez. Kişisel kullanıma yarayan eşya taşınır veya taşınmaz olabilir. Yalnız kişisel kullanıma yarayan eşyanı ekonomik olarak değerli olması halinde edinim amacının kullanmak mı yoksa yatırım mı olduğu önem kazanacaktır. Örneğin edinilmiş mallara katılım rejimi süresince maaşından kendisine beş adet altın bilezik aldığı durumda bu bileziklerin kişisel kullanım mı yoksa yatırım amacı ile alınmasının ön planda olmasına göre niteliği belirlenecektir. Hem yatırım hem kişisel kullanıma yarayan eşyalar ise edinilmiş mal sayılacaktır. Her iki durumda da diğer mal grubunun denkleştirme alacağı doğacaktır. Edinilmiş maldan harçayarak kişisel kullanım için alınan mal kişisel olsa da bu kişisel malın satılıp yerine ailenin ortak kullanımı için bir mal alınması durumunda bu mal ikame değer ilkesinin bir istisnası olarak edinilmiş mal sayılacaktır<sup>42</sup>.

### bb. Mal Rejiminin Başlangıcında Eşlerden Birine Ait Bulunan veya Bir Eşin Sonradan Miras Yoluyla ya da Herhangi Bir Şekilde Karşılıksız Kazanma Yoluyla Elde Ettiği Malvarlığı Değerleri

Türk Medeni Kanunu m. 220 fıkra 2 üç farklı durumu bir arada düzenlemiştir: ilk olarak eşler arasında katılma rejiminin başlangıcından önceki mallar eşlerin kişisel malı olarak kabul edilmiştir. Örneğin eşlerden birinin evlenmeden önce var olan iki ev ve üç arabası, edinilmiş

<sup>40</sup> Acar (n 11) 70.

<sup>41</sup> Dural, Öğüz ve Gümüş (n 24) 208.

<sup>42</sup> Zeytin (n 1) 168.



mallara katılma rejiminin devamı sırasında da kişisel mal sayılacaktır. İkinci olarak eşlerden birinin miras yoluyla iktisap ettiği malvarlığı değerleri de kişisel maldır. Nihai olarak ise eşlerden birinin mal rejimi devam ederken bağışlama, define, ihraz ve kazandırıcı zamanaşımı yoluyla malın mülkiyetini kazanma gibi karşılıksız kazanma yoluyla elde ettiği malvarlığı değerleri de kişisel maldır<sup>43</sup>.

### cc. Manevi Tazminat Alacakları

Kişilik haklarının ihlali halinde meydana gelen maddi tazminat alacakları edinilmiş mal sayılırken, manevi tazminat alacakları eşlerin kişisel malı olarak sayılmıştır<sup>44</sup>. Kanun koyucu manevi tazminat alacaklarının kişinin duygu yaşamında yaşadığı sarsıntının karşılığı olması ve kişinin acı ve ızdırabını giderme amacı taşıması münasebetiyle, oldukça kişisel nitelikte olan bu tür tazminat alacaklarını kişisel mal olarak düzenlemiştir<sup>45</sup>. Sosyal ve özel sigorta kurumların ödediği manevi tazminat alacakları da kişisel mal olarak nitelendirilmelidir.

### dd. Kişisel Malların Yerine Geçen Değerler

Türk Medeni Kanunu m. 220 f. 4 hükmü edinilmiş mallarla ilgili TMK m. 219 f. 5 hükmü ile paralellik göstermektedir. İlgili fıkra gereği, eşlerden herhangi birinin kişisel malının yerine, başka bir değer geçmesi onu kişisel mal olmaktan çıkarmamaktadır. Dolayısıyla ikame değerde kişisel mal olacaktır. Örneğin, eşlerden birinin evlenmeden önce biriktirdiği para ile almış olduğu bilgisayar kişisel maldır<sup>46</sup>.

### b. Sözleşmesel Kişisel Mallar

Taraflara TMK m. 221 hükmü kişisel mallarını iki konu ile sınırlı olmak üzere sözleşmeyle düzenleme imkânı verilmiştir. Bu iki durum haricinde taraflar sözleşmeyle kişisel mal gruplarını değiştiremezler:

*“Eşler mal rejimi sözleşmesiyle, bir mesleğin icrası veya işletmenin faaliyeti sebebiyle doğan edinilmiş mallara dâhil olması gereken malvarlığı değerlerinin kişisel mal sayılacağını kabul edebilirler.*

*Eşler, mal rejimi sözleşmesiyle kişisel malların gelirlerinin edinilmiş mallara dâhil olmayacağını da kararlaştırabilirler.”*

<sup>43</sup> Öztan (n 1) 450-451.

<sup>44</sup> Zeytin (n 1) 173.

<sup>45</sup> Kılıçoğlu (n 10) 349.

<sup>46</sup> Öztan (n 1) 452.

Söz konusu düzenleme emredicidir ve eşler mal rejimi sözleşmesiyle bu iki tür edinilmiş malın kişisel mal sayılmasını kararlaştırabilir<sup>47</sup>.

Öncelikle eşler, mal rejimi sözleşmesiyle bir mesleğin icrası veya işletme faaliyeti için tahsis ettikleri edinilmiş mallarına dâhil malvarlığı değerlerini kişisel mal sayabilir. Yani ilgili hüküm gereği tarafların sözleşme yapabilmelerinin koşulu, kişisel mal haline getirilecek malvarlığı değerlerinin, mesleğin icrası veya işletmenin faaliyetiyle ilgili olması ve edinilmiş mal olmasıdır. Örnek olarak ise edinilmiş mal olmak şartıyla bir doktorun sahip olduğu muayenehane malzemeleri, bir avukatın kütüphanesi veya bir mimarın çizim malzemeleri verilebilir. Burada kanun koyucunun amacı, mal rejiminin ölüm veya boşanma nedeniyle son bulmasında, hak sahibi eşin mesleğini icrası veya işletmesinin faaliyeti için gerekli olan malvarlığının tasfiyeden zarar görmesini engellemektir<sup>48</sup>.

İkinci olarak ise, kişisel malların gelirleri asıl itibarıyla edinilmiş maldır. Lâkin taraflar anlaşarak kişisel malların gelirlerinin de kişisel mal olacağını kararlaştırabilirler. Gelirin tamamı veya bir kesimi dahi söz konusu anlaşmaya konu olabilir<sup>49</sup>.

## II. EDİNİLMİŞ MALLARA KATILMA REJİMİNDE İSPAT SORUNLARI VE İSPAT KARİNELERİ

### A. Genel Olarak

Özellikle yıllarca sürmüş olan uzun süreli evlilikler açısından, malların eşlerden kime ait olduğu ve bu malların dâhil olduğu mal grupları noktasında ispat zorlukları ortaya çıkabilmektedir. Şöyle ki söz konusu evliliklerde, eşlerin sahip oldukları malvarlıklarının hangi mal grubuna girdiği veya eşlerden hangisine ait olduğu noktasında delil bulabilmeleri bir yana malın hangi eşe ait olduğunu hatırlayamamaları bile olasılık dâhilindedir. Bahsi geçen ispat sorunları genellikle tasfiye aşamasında görülmekle birlikte, mal rejimi devam ederken de ispat sorunları ortaya çıkabilmektedir. Şöyle ki eşlerden birinin alacaklısının, eşin herhangi bir borcu dolayısıyla, evdeki haczedilebilir eşyalardan birini haczetmesi söz konusu olduğu durumda, haczedilecek eşyanın borçlu eşe mi, yoksa diğer eşe mi ait olduğu noktasında sorun çıkma ihtimali mevcuttur. Tüm bu ihtimallerin bertaraf edilmesi noktasında ise kanun koyucu,

<sup>47</sup> ibid 453.

<sup>48</sup> Kılıçoğlu (n 10) 353.

<sup>49</sup> Dural, Ögüz ve Gümüş (n 24) 210.

mallarının envanterinin yapılmasının yanı sıra, birtakım ispat kurallarını ve karinelerini hüküm altına almıştır<sup>50</sup>.

## B. Envanter

Edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesinin ilk aşamasını eşlerin malvarlıklarının neler olduğunun ve türlerinin belirlenmesi oluşturmaktadır. Ancak uzun süreli evlilikler açısından eşlerin malvarlıklarının kime ait olduğu veya hangi mal grubuna girdiğinin belirlenmesi noktasında zorluklar yaşanmaktadır. Özellikle tasfiye bir dava kapsamında yapılıyorsa, diğer eşin sahip olduğu malvarlığının ispatı hiç kolay olmayacaktır. Ayrıca söz konusu ispat güçlüğü edinilmiş mallara katılma rejiminin eşlere tanıdığı hakların gerektiği gibi kullanılması noktasında da engel teşkil edecektir. Mal rejiminin tasfiyesi başta olmak üzere, eşlerin malvarlıklarının içeriğine ilişkin uyuşmazlıklardaki ispat zorluğu gerçeği karşısında, kanun koyucu ispat kolaylığı sağlanması noktasında TMK m. 216'nın envantere ilişkin hükmü ihdas edilmiştir<sup>51</sup>. Envanter, eşlerin malvarlıklarının türünü ve değerini, borç ve alacaklarını belirlemede kolaylık sağlayan bir çizelgedir<sup>52</sup>. TMK m. 216 hükmüne göre;

*“Eşlerden her biri, diğerinden her zaman mallarının envanterinin resmi senetle yapılmasını isteyebilir.*

*Bu envanter, malların getirilmesinden başlayarak bir yıl içinde yapılmışsa, aksi ispatlanmış olmadıkça bu envanterin doğru olduğu kabul edilir.”*

Eşlere envanter yapılmasını isteme hakkı, mal rejimine ilişkin genel hükümler ile tanınmıştır. Dolayısıyla envanter yapılmasının istenmesi noktasında eşlerin hangi mal rejimine tabi olduklarının herhangi bir önemi bulunmamaktadır. Ancak envanter, mal ayrılığı rejiminde malların eşlerden hangisine ait olduğu noktasında ispat kolaylığı sağlayacakken, diğer mal rejimlerinde bu duruma ilave olarak malların hangi mal grubuna girdiğini de ispatlamış olacaktır<sup>53</sup>.

TMK m. 216'da eşlerin mallarının envanterinin resmi senetle yapılmasını isteme hakkı eşlerden her birine verilen bir haktır. Eşler dışında, eşlerden herhangi birinin alacaklılarına, eşlerin mallarının envanterinin resmi senetle yapılmasını isteme hakkı verilmemiştir. Aynı durum mirasçılar için de söz konusudur<sup>54</sup>. Envanterin tutulmasını talep, eşlerden biri için hak,

<sup>50</sup> Acabey (n 22) 526-527; Öztan (n 1) 415.

<sup>51</sup> Suat Sarı, *Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimi Olarak Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi* (Beşir Kitabevi 2007) 119.

<sup>52</sup> Gençcan (n 1) 226 vd.

<sup>53</sup> Sarı (n 51) 120; Acabey (n 22) 527.

<sup>54</sup> Sarı (n 51) 120.

diğer eş için yükümlülüktür<sup>55</sup>. Ayrıca envanter düzenlenmesini isteme hakkı kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardan değildir. Dolayısıyla ilgili hak iradi temsilci tarafından kullanılabilceği gibi, yasal temsilci de envanter düzenlenmesini isteyebilir. Buna karşılık envanter düzenleme hakkından feragat edilememesinin yanı sıra, bu hakkı ortadan kaldıran veya kullanılmasını zorlaştıran sözleşmelerde kesin hükümsüz olarak kabul edilmektedir<sup>56</sup>.

Eşler bilgi verme yükümlülüğü çerçevesinde birbirlerinden her zaman malların resmi envanterinin tutulması talebinde bulunabilirler. Envanter yapılmasının talep edildiği an itibariyle eşler arasında evliliğin devam ediyor olması gerekmektedir. Ancak envanterin hazırlanması bitmeden evliliğin son bulması envanterin hazırlanmasını etkilemeyecektir<sup>57</sup>. Envanter talep edilen eş, resmi envanter istemini yerine getirmezse, TMK m. 195 gereği hâkimin müdahalesi istenebilecektir. Diğer eşin katılımı olmadan envanter yapılmasını isteyen eşin tek başına noterde gerçekleştirdiği envanter açısından “doğruluk karinesine” dayanılamayacağından, aile mahkemesi hâkimi gerek gördüğü takdirde; notere envanter düzenlemesi için yetki verebilir veya envanteri bizzat düzenleyebilir. Aile mahkemesi hâkimi mesleki sırlar hariç olmak üzere üçüncü kişiyi de bu konuda bilgi ve belge sunması için yükümlü tutabilir<sup>58</sup>. Envanteri tutmaktan kaçınan eş aleyhine TMK m. 206/b.4 gereği, mal rejiminin mal ayrılığına dönüşümü de talep edilebilir<sup>59</sup>.

Envanter esas itibariyle bütün mal varlığı için istenmektedir. Dolayısıyla envanterin düzenlendiği an itibariyle eşlerin bütün malvarlığını kapsadığı, eşlerin envanterde düzenlenmeyen başkaca bir malının bulunmadığı kabul edilecektir. Envanter tutulmasıyla birlikte hangi malvarlığı değerlerinin hangi eşe ait olduğu veya hangi mal grubuna girdiği açıkça belli olacaktır<sup>60</sup>. Ancak taraflar isterlerse, envanterin belirli bir malvarlığı grubu için de tutulmasını isteyebilecektir<sup>61</sup>. Ayrıca envanterin konusu her iki eşin pozitif mal varlığıdır. Dolayısıyla eşlerin borçları envanter kapsamına dâhil değildir. Fakat envanterin, borçları da kapsamı konusunda eşlerin aralarında bir anlaşma yapmaları da mümkündür. Çünkü TMK

<sup>55</sup> Şükran Şıpka, *Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Uygulamaya İlişkin Sorunlar* (On İki Levha Yayıncılık 2011) 52-53; Sarı (n 51) 120.

<sup>56</sup> Sarı (n 51) 120.

<sup>57</sup> ibid 124.

<sup>58</sup> Gençcan (n 1) 227-229.

<sup>59</sup> Yaşar Şahin Anıl ve Yonca Taner, *Eşler Arasındaki Mal Rejimleri* (Legal Kitabevi 2011) 132; Şıpka (n 55) 52-53; Öztan (n 1) 416.

<sup>60</sup> Sarı (n 51) 121.

<sup>61</sup> Öztan (n 1) 416; Acabey (n 22) 527.

m. 216 eşlere mal rejimleri çerçevesinde yararlanabilecekleri bir hak tanımış olup, bunun dışında eşlerin düzenleme yapabilmelerinin önüne bir sınırlama getirmemiştir. Lâkin söz konusu envantere dâhil borçlar açısından TMK m. 216'da öngörülen hukuki sonuçlar doğmayacak, eşler sadece malvarlıklarında yer alan borçlar ve borçların miktarları konusunda anlaşma sağlamış olacaklar ve bu duruma ilişkin karşılıklı birbirine uygun irade beyanlarını içeren resmi bir senet söz konusu olacaktır<sup>62</sup>.

Türk Medeni Kanunu m. 216'da malların envanterinin resmi senetle yapılacağı belirtilmiş olmakla birlikte, envantere resmîyet kazandıracak olan makam belirtilmemiştir. 1512 sayılı Noterlik Kanunu m. 60 gereğince bu makam noterlerdir<sup>63</sup>. Noterler, düzenleme veya onaylama şeklinde envanteri<sup>64</sup> oluşturacaklardır. Düzenleme şeklinde olmayıp, yalnızca imzaların onanması yoluyla düzenlenen belgeler, resmi senet niteliğini haiz olmakla birlikte, anılan madde kapsamına girmezler ve bu maddede tanınan hukuki sonuçları doğurmazlar. Bununla birlikte söz konusu onaylama şeklinde düzenlenen belgeler, eşler arasında çıkacak anlaşmazlıklarda TMK m. 7 ve usûl hukuku hükümleri çerçevesinde resmi senet ve delil niteliğine sahip olacaklardır<sup>65</sup>.

Resmi senetle yapılan envanterin hukuki sonucu ise TMK m. 216 f. 2 de düzenlenmiştir. İlgili fıkra hükmü gereğince envanter malların getirilmesinden itibaren bir yıl içinde yapılmış ise, yapılan envanterin doğru olduğu kabul edilecektir. Ancak söz konusu karine adi bir karinedir. Dolayısıyla aksinin ispatı suretiyle ispat yükünü karşı tarafa geçirmek mümkündür<sup>66</sup>. Malların getirilmesinden başlayarak bir yıl içinde yapılmayan envanterler ise sadece TMK m. 7 bağlamında resmi senet hükmündedir<sup>67</sup>.

Zeytin, TMK m. 216/ 2 hükmünde geçen “aksi ispatlanmamış olmadıkça” ifadesini, envantere ilişkin hükmü adi karine haline getirdiği için eleştirmektedir. Bizim de katıldığımız bu görüşe göre envantere ilişkin hükümden söz konusu ifade çıkartılarak envantere ilişkin hükme kesin karine niteliği verilerek hüküm işlevli hale getirilmelidir. Aksi halde mevcut haliyle TMK m. 216 hükmü, TMK m. 6 ve m. 7 hükümlerinin tekrarı niteliğinde ve atıl bir

<sup>62</sup> Sarı (n 51) 121.

<sup>63</sup> Karşı görüş için bkz. Kılıçoğlu madde metninde resmi senetlerden söz edilip, resmi kararlardan söz edilmemesi dolayısıyla, envanterin mahkemeye başvurmak suretiyle düzenlenemeyeceği kanaatine sahiptir. Bkz. Kılıçoğlu (n 10) 335.

<sup>64</sup> Noterlerin görevi envanteri oluşturmaktır. Yani tarafların beyanlarını tutanağa geçirmek veya yazılı metnin altındaki imzaları onaylamaktır. Yoksa noterlerin envanterdeki beyanların doğruluğunu araştırma görevi bulunmamaktadır. Anıl ve Taner (n 59) 131.

<sup>65</sup> Sarı (n 51) 123.

<sup>66</sup> Ahmet M. Kılıçoğlu, *Katılı- Katılma Alacağı* (Turhan Kitabevi 2011) 84; Akıntürk ve Ateş Karaman (n 1) 154.

<sup>67</sup> Dural, Öğüz ve Gümüş (n 24) 203.

hüküm olacaktır. Dolayısıyla ilgili hüküm yalnızca olağanüstü mal rejimine geçişe haklı sebep olmanın ötesine geçemeyecektir<sup>68</sup>.

### C. İspat Kuralları ve Karineler

Türk Medeni Kanunu m. 222 hükmü yasal mal rejimi içinde yer alan mallar ve malvarlığı değerlerinin ispatı noktasında birtakım karinelere yer vermiştir. İlgili hükmün uygulanabilmesinin ön koşulu, mal rejiminin sona ermiş ve tasfiyenin başlamış olmasıdır<sup>69</sup>. Bu nedenle mal rejiminin devamı süresince bir eşin TMK m. 222 hükmüne dayanması mümkün değildir. İspat karineleri evlilik içi mal rejimi uyuşmazlıkları için değil mal rejiminin tasfiyesi halinde uygulanabilecektir. Eşler envanter tutulmasını isteyebilirler ancak bir iş adamı gibi her yıl envanter tutulmasını istemek zorunda değildirler<sup>70</sup>.

TMK m. 222 hükmü gereğince:

*“Belirli bir malın eşlerden birine ait olduğuna iddia eden kimse, iddiasını ispatla yükümlüdür.*

*Eşlerden hangisine ait olduğu ispat edilemeyen mallar onların paylı mülkiyetinde sayılır. Bir eşin bütün malları, aksi ispat edilinceye kadar edinilmiş mal kabul edilir.”*

TMK m. 222 hükmünün ilk fıkrası ile ispat yüküne ilişkin aidiyet karinesi, ikinci fıkrasında paylı mülkiyet karinesi ve son fıkrasında ise edinilmiş mal karinesi düzenlenmiştir. Hükmün son kısmında aksi ispat edilinceye kadar ifadesi yer aldığından bu karineler aksi ispat edilebilen adi karine niteliğindedir.

#### 1. Aidiyet Karinesi – Mülkiyet Hak Sahipliğinin İspati (TMK m. 222/1)

Bir kimsenin iddia veya savunmasında haklı olması, davasının olumlu şekilde sonuçlanması için yeterli olmamaktadır. İspat edilemeyen iddia veya savunma, sonuca etki etmemektedir. Bu nedenle herhangi bir davada önce hangi tarafın hangi hususu ispat etmesi gerektiğinin tespiti davanın kaderini tayin edecektir. Bu hususa ise ispat yükü denilmektedir<sup>71</sup>.

<sup>68</sup> Zeytin (n 1) 441.

<sup>69</sup> Gümüş (n 1) 274; Öztan (n 1) 455; Şıpka ve Özdoğan (n 13) 421.

<sup>70</sup> Daniel Steck ve Roland Frankhauser, Scheidung Band I: ZGB und Band II: Anhänge FamKomm, 4. Auflg, 2022, ZGB Art 200 Rn 1.

<sup>71</sup> M. Kemal Oğuzman ve Nami Barlas, *Medenî Hukuk* (21. Bası, Vedat Kitapçılık 2015) 327; İspat yüküne dair ayrıntılı bilgi için bkz. Baki Kuru, *Hukuk Muhakemeleri Usûlü*, C. II (6. Baskı, Demir Yayıncılık 2001) 1972-2006; Saim Üstündağ, *Medenî Yargılama Hukuku* (7. Bası, Filiz Kitabevi 2000) 613-623; Bilge Umar, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi* (Yetkin Yayınları 2014) 574-588; İlhan E. Postacıoğlu ve Sümer Altay, *Medenî Usûl Hukuku Dersleri* (7. Bası, Vedat Kitapçılık 2015) 570-595; H. Yavuz Alangoya, M. Kâmil Yıldırım ve

Başka bir deyişle, ispat yükü, iddia ve savunmaya dayanak gösterilen ve mahkemenin karar vermesinde etkili olacak olgulardan hangisinin kim tarafından ispat edileceği hususudur<sup>72</sup>.

İspat yükünün dağılımına ilişkin genel kural TMK m. 6'da ihdas edilmiştir. İlgili hükme göre; “*Kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, taraflardan her biri, hakkını dayandırdığı olguların varlığını ispatla yükümlüdür. Hukuk Muhakemeleri Kanunu da m. 190 ile bu kuralı daha açık bir ifadeyle “İspat yükü, kanunda özel bir düzenleme bulunmadıkça, iddia edilen vakiya bağlanan hukuki sonuçtan kendi lehine hak çıkaran tarafa aittir.”* şeklinde tekrarlayarak vurgulamaktadır. Dolayısıyla ispat yükü açısından bir vakiayı kimin ileri sürdüğü değil, kimin bundan lehine bir hak çıkardığı önemlidir<sup>73</sup>. Genel olarak ise, davacının ileri sürdüğü talebini dayandırdığı olguları, davalının ise savunmasını dayandırdığı olguları ispatlayacağı söylenebilir<sup>74</sup>.

Edinilmiş mallara katılım rejiminde ispat yükü TMK m. 222 f. 1'de<sup>75</sup> ile düzenlenmiştir. Belirli bir malın kendisine ait olduğunu iddia eden eş bu iddiasını ispat etmekle yükümlüdür. İlgili hüküm HMK m. 190'de yer alan ispat yüküne ilişkin genel ispat kuralının tekrarı görünümündedir<sup>76</sup>. Bu hüküm TMK m. 6 hükmü ile getirilen herkesin hakkını dayandırdığı olguların varlığını ispatla yükümlü bulunması genel kuralının özel bir görünüm şeklini oluşturmakta ve herhangi bir farklılık içermemektedir<sup>77</sup>.

Uyumaz'a göre TMK m. 222 f. 1 hükmü ile HMK m. 190 her zaman örtüşmemekte ve birtakım farklılıklar arz etmektedir; TMK m. 222 f. 1'de ispat yükü, iddia edilen vakiya bağlanan hukuki sonuçtan kendi lehine hak çıkarsın veya çıkarmasın, belirli bir malın eşlerden birine ait olduğunu iddia eden kimse üzerinedir. Fakat HMK m. 190'a göre ispat yükü, iddia

---

Nevhis Deren Yıldırım, *Medenî Usûl Hukuku Esasları* (7. Baskı, Beta Yayınevi 2009) 309-316; Necip Bilge ve Ergun Önen, *Medenî Yargılama Hukuku Dersleri* (3. Baskı, Sevinç Matbaası 1978) 498-510; Ergun Önen, *Medenî Yargılama Hukuku* (Ankara Üniversitesi Hukuk Fak. Yayını 1979) 202-206; Necip Bilge, *Medenî Yargılama Hukuku Dersleri* (2. Basım, Sevinç Matbaası 1967) 440-450; Necmeddin M. Berkin, *Medenî Usûl Hukuku Esasları* (Hamle Matbaası 1969) 171-173; Sabri Şakir Ansay, *Hukuk Yargılama Usulleri* (7. Baskı, Ankara Üniversitesi Yayınevi 1960) 253-257; İlhan E. Postacıoğlu, *Medenî Usûl Hukuku Dersleri* (6. Bası, Sulhi Garan Matbaası 1975) 533-553; Timuçin Muşul, *Medenî Usûl Hukuku* (3. Baskı, Adalet Yayınevi 2012) 320-326.

<sup>72</sup> Mustafa Dural ve Suat Sarı, *Türk Özel Hukuku Cilt I Temel Kavramlar ve Medenî Kanununun Başlangıç Hükümleri* (Filiz Kitabevi 2015) 263.

<sup>73</sup> Hakan Pekcanitez, Oğuz Atalay ve Muhammet Özkes, *Medenî Usûl Hukuku* (14. Bası, Yetkin Yayınları 2013) 670.

<sup>74</sup> Dural ve Sarı (n 72) 263.

<sup>75</sup> Öztan (n 1) 456.

<sup>76</sup> Özdamar, Toker, Kayış, Yağcıoğlu ve Akgün Toker (n 1) 61.

<sup>77</sup> Zeytin (n 1) 106; Sarı (n 51) 115.

edilen vakiya bağlanan hukuki sonuçtan kendi lehine hak çıkararak tarafa aittir. Dolayısıyla belirli bir malın eşlerden birine ait olduğunu iddia eden bir kişi, her zaman iddiasına bağlı hukuki sonuçtan kendi lehine hak çıkararak kişi olmayabilir. Nihayetinde HMK m. 190 da yer alan “kanunda özel bir düzenleme bulunmadıkça” ifadesi gereği, edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesinde ispat yükü, TMK m. 222 f. 1 hükmüne göre belirlenecektir<sup>78</sup>.

Malların mülkiyetinin ya da alacakların hangi eşe ait olduğu tartışmalı ise, o malın kendisine ait olduğunu iddia eden eş iddiasını ispatlamakla yükümlü olacaktır. Örneğin bir ev eşyasının mesela bir dikiş makinesinin kendisine ait olduğunu iddia eden kadın, buna dair faturayı, satış fişini ibraz ederek veya tanık dinleterek iddiasını ispat edebilir<sup>79</sup>. Hüküm geniş yorumlanmalı ve eşin her türlü mal varlığına karşılık gelmelidir; menkul ve gayrimenkul mülkiyeti, alacak hakları, Arazi ve binalarda sınırlı ayni haklar, gayri maddi mülkiyet haklarına uygulanmalıdır<sup>80</sup>. Bu hüküm hem eşler arasındaki ilişkilerde hem de onların üçüncü şahıslarla olan ilişkilerinde uygulanmaktadır<sup>81</sup>.

Belli bir malın eşlerden birine ait olduğunu iddia eden ve dolayısıyla da ispat yükünü taşıyan kişi, kanunda genel hükümler içinde düzenlenen ispat kurallarından ve karinelere yararlanabilir<sup>82</sup>. Söz gelimi, herhangi bir taşınmaz üzerinde mülkiyet veya sınırlı aynî hak sahipliği tapu sicili esas alınarak belirlenebilecektir. Veyahut herhangi bir taşınır eşya üzerindeki mülkiyet ve sınırlı aynî hak sahipliğinin varlığı TMK m. 985 vd. maddelerden yararlanılarak ortaya koyulabilir<sup>83</sup>. Ancak taşınırlar açısından zilyetliğin hak karinesi oluşturması noktasında, evlilik birliğinin taşıdığı özellikler göz önünde bulundurulmalıdır<sup>84</sup>.

<sup>78</sup> Murat Uyumaz, ‘Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Tasfiyesinde İspat ve Envanter’ (2017) XXI(3-4) EÜHFD 123, 139.

<sup>79</sup> Acabey (n 22) 528.

<sup>80</sup> Nuspliger Isabelle in OFK - Orell Füssli Kommentar, (Hrsg Jolanta Kren Kostkiewicz, Stephan Wolf, Marc Amstutz ve Roland Frankhauser), 4 Auflg, 2021, ZGB Art 200 Rz 2.

<sup>81</sup> Şıpka ve Özdoğan, 422.

<sup>82</sup> Acar (n 11) 38-39; Gümüş (n 1) 275; Sarı (n 51) 118.” ...*ispat yükü hayatın olağan akışına aykırı durumu iddia eden ya da savunmada bulunan kimseye düşer. Olağan olan ziynet eşyalarının kadın eşin himayesinde bulunmasıdır. Bunun aksini iddia eden kadın eş iddiasını ispatla mükelleftir. Ziynet eşyası davasında dava konusu altınların varlığı ve bu altınların kadın eşte olmadığı şüpheye yer vermeyecek şekilde ispatlanmalıdır.*” Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E 2017/2-1904 K 2020/190, 20.02.2020. Bkz. www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 28/09/2023.

<sup>83</sup> Örneğin, eşlerden birinin alacaklısı olan ve icra takibi yapan üçüncü kişi, eğer borçlu eş, mülkiyeti tartışmalı taşınır malın zilyedi ise TMK m. 985 hükmüne dayanabilir. Bkz. Acabey (n 22) 529.

<sup>84</sup> Sarı (n 51) 118.



Şöyle ki taşınır eşyalarda birlikte zilyetlik<sup>85</sup> paylı mülkiyet için, tek başına zilyetlik<sup>86</sup> ise, bir eşin zilyedi olduğu eşya üzerinde malik olduğu yönünde bir karine teşkil etse de eşler aynı konutta birlikte yaşadıkları sürece zilyetlik eşlerden hiçbiri lehine bir mülkiyet karinesi oluşturmaz. Dolayısıyla eşlerin ev eşyaları üzerindeki zilyetliği bir paylı mülkiyet karinesi doğurmayacağı gibi, eşlerin ortak yaşamın sona erdiği hallerde ortak konuttaki ev eşyaları üzerindeki tek başına zilyetlikleri de yine tek bir şahıs mülkiyeti lehine karine oluşturmamaktadır. Aynı şekilde hayatta olan eşin ölen eşin malvarlığı unsurları üzerindeki tek başına zilyetliği, mevcut zilyetliğin ölüm dolayısıyla kurulması hasebiyle bir mülkiyet karinesine sebep vermez. Lâkin istisnai olarak aidiyeti noktasında tartışmaların bulunduğu ve bir eş tarafından diğerine devredilmemiş kişisel eşyalar bakımından zilyetlik mülkiyete karine teşkil edebilir<sup>87</sup>. Buna karşılık eşlerden birinin tek başına zilyet olduğu mesleki veya ticari malvarlığı değerleri yönünden TMK m. 985 hükmü uygulama alanı bulacaktır<sup>88</sup>. Zilyetlik dışında diğer doğal karineler de ispat kolaylığı sağlamaktadır. Örneğin golf oynamayı eşlerden sadece birinin bildiği anlaşılıyorsa, doğal olarak golf sopası ve toplarının o eşe ait olduğu noktasında karine oluşmaktadır<sup>89</sup>.

Malların mülkiyetinin hangi eşe ait olduğu veya hangi mal grubuna girdiği noktasındaki ihtilâfların yanı sıra, bir malvarlığı değerinin belli bir zamanda malvarlığında mevcut olup olmadığı hususu da ihtilâf konusu olabilmektedir. Özellikle edinilmiş bir malın rejimin sona erdiği hallerde, eşin malvarlığında yer alıp almadığı ispat konusu olabilmektedir. Kural olarak ise, rejim sona erdiğinde, sadece eşlerin malvarlığında bulunan mallar tasfiyede hesaba katılarak paylaşımına tabi olur. Edinilmiş mallara eklenecek değerler ise bu durumun istisnasını oluşturmaktadır. Dolayısıyla edinilmiş bir malın malvarlığında bulunmama ile birlikte eklenecek değerlere dâhil olduğunu iddia eden taraf ispat yükünü üzerine almış olacaktır<sup>90</sup>.

Nihai olarak, eşlerin borçları noktasında da aynı ispat yükünün geçerli olup olmadığı hususu söz konusu madde hükmünden anlaşılammaktadır. Ancak bu noktada TMK m. 6 hükmünden ve evlilik birliğinde eşlerin birlikte temsil yetkisinden doğan müteselsil

<sup>85</sup> Birden fazla kişinin aynı anda ve aynı yetkilerle bir eşyaya zilyet olmalarıdır. Bkz. Mehmet Ayan, *Eşya Hukuku I Zilyetlik ve Tapu Sicili* (11. Baskı, Mimoza Yayınevi 2014) 60.

<sup>86</sup> Eşyaya zilyet olan kişinin, zilyetlikten doğan yetkileri tek başına kullanabildiği, eşya üzerinde sadece tek bir kişinin zilyet olması halidir. ibid 60.

<sup>87</sup> Gümüş (n 1) 275.

<sup>88</sup> Gümüş (n 1) 276; Şıpka ve Özdoğan (n 13) 422.

<sup>89</sup> Acar (n 11) 40.

<sup>90</sup> Acabey (n 22) 529.

sorumluluklarına ilişkin TMK m. 188 vd. hükümlerinden faydalanılabilir<sup>91</sup>. Ayrıca TMK m. 230 f. 2 gereği edinilmiş mallara ilişkin borç karinesinin kabul edilmiş olması, kanaatimizce aynı ispat yükünün geçerli olduğunun somut bir görünümüdür. Nitekim TMK m. 222 f. 1 hükmünün eşlerin borçları açısından kıyasen uygulanabileceği de düşünülebilir.

## 2. Paylı Mülkiyet Karinesi (TMK m. 222/2)

Edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesi kapsamında eşlerin malvarlıklarının belirlenmesinin bir bölümünü, eşlerin ortak kullanımındaki ev eşyaları başta olmak üzere, eşlere ait bulunduğu belli malvarlığı değerlerine eşlerden hangisinin sahip olduğunun tespit edilmesi teşkil etmektedir. Eşlerden hiçbirinin kendisinin malik olduğunu ispatlayamaması halinde, belirtilen malvarlığı üzerinde hak sahipliğinin nasıl şekilleneceği hususu cevaplandırılması gerekli bir soru olarak ortaya çıkmaktadır<sup>92</sup>.

İlgili sorunun cevabına TMK m. 221 f. 1 hükmünü tamamlayan TMK m. 222 f. 2’de yer verilmiştir. Söz konusu hükme göre, eşlerden hangisine ait olduğu ispat edilemeyen malların eşlerin paylı mülkiyetinde<sup>93</sup> olduğu kabul edilecektir<sup>94</sup>. Söz konusu hükmün uygulanabilirliği noktasında söz konusu malın eşlerden<sup>95</sup> hangisine ait olduğunun ispat edilememesi zorunlu bir unsurdur. Başka bir ifadeyle paylı mülkiyet ilişkisinin doğması eşlerden birinin bir malın ferdi mülkiyetinde olduğunu ispat edemediği durumlar için söz konusudur. Yani malın eşlerden birine ait olduğu durumlarda TMK m. 222 f. 2 hükmü uygulanmaz<sup>96</sup>. Ayrıca bu karine sadece malların mülkiyetine ilişkin olduğundan borçlar için uygulanmaz<sup>97</sup>.

<sup>91</sup> Şıpka (n 55) 123; HMK m. 190 hükmünün uygulanacağına dair. Bkz. Uyumaz (n 78) 140.

<sup>92</sup> Sarı (n 51) s. 126.

<sup>93</sup> TMK m. 688’de paylı mülkiyet, “Birden çok kimsenin maddi olarak bölünmüş olmayan bir şeyin tamamına belli paylarla malik olmaları” şeklinde tanımlanmıştır. Dolayısıyla, eğer birden fazla kişi bir eşyanın tamamına paylı olarak, bu malı maddi olarak paylaşmaksızın malik iseler, paylı mülkiyet söz konusu olmaktadır. Malın maddi olarak paylaşılmasından kasıt olarak ise, ortak mal taşınır bir mal ise bunun fiziki olarak parçalanarak malikler arasında paylaşılması; taşınmaz ise, bu taşınmazın parsellere ayrılarak, her parselin ayrı bir taşınmaz haline getirilerek tapuya ayrı ayrı paydaşlar adına tescili suretiyle paylaşımı ifade edilmektedir. Bkz. Şeref Ertaş, *Eşya Hukuku* (10. Baskı, Barış Yayınları Fakülteler Kitabevi 2012) 226; Paylı mülkiyet konusunda daha ayrıntılı bilgi için bkz. M. Kemal Oğuzman, Özer Seliçi ve Saibe Oktay Özdemir, *Eşya Hukuku* (15. Bası, 2012) 307-345.

<sup>94</sup> Bu hükmün amacı kime ait olduğu tartışmalı olan malvarlığı değerinin mülkiyet rejimini belirlemek, çözüme kavuşturmadır. Bkz. Acar (n 11) 37.

<sup>95</sup> İlgili hüküm sadece eşlere yönelik bir hüküm olmayıp, üçüncü kişiler içinde uygulama alanına sahiptir. Bkz. Elif Sonsuzoğlu, *Medenî Kanunda Mal Rejimi Düzenlemeleri ve Vergi Hukukundaki Etkileri* (Legal Yayıncılık 2006) 25.

<sup>96</sup> Kılıçoğlu (n 10) 354.

<sup>97</sup> Şıpka ve Özdoğan (n 13) 423.

Paylı mülkiyet karinesi resmi kayıtlara tabi olmayan taşınır mallar için söz konusu olacaktır. Özellikle ev eşyaları üzerinde sık görülmesinin yanı sıra, nama yazılı hisse senetleri dışındaki alacak haklarında da paylı mülkiyet söz konusu olmaktadır<sup>98</sup>. Dolayısıyla taşınmazlar üzerindeki hak sahipliğinin tapu sicili vasıtasıyla belirlenmesi, taşınmazlar bakımından TMK m. 222 f. 2'nin uygulanmasını engellemektedir<sup>99</sup>.

TMK m. 222 f. 2 hükmündeki “onların paylı mülkiyetinde sayılır” ifadesi ile kanun koyucu her bir eşin ilgili maldaki payının ne olduğunu ifade etmemiştir. Ancak burada TMK m. 688 f. 2'de yer alan “Başka türlü belirlenmedikçe, paylar eşit sayılır.” hükmü uygulama alanı bulacaktır<sup>100</sup>. Örneğin, eşlerin her ikisinin de antika merakı dolayısıyla antika saatlerin ya da eşlerin ortak banka hesabındaki paranın kime ait olduğunun ispatlanamadığı hallerde, eşler yarı yarıya malik sayılacaktır<sup>101</sup>. Ayrıca eşlerin müşterek mülkiyetinde sayılacak malvarlıkları, edinilmiş mal olabileceği gibi kişisel mal da olabilir. Paylı mülkiyet karinesi sadece mülkiyete ilişkin olup, borçları kapsamamaktadır<sup>102</sup>. Nihayetinde, paylı mülkiyet karinesi<sup>103</sup> kesin olmayıp<sup>104</sup>, diğer eşin o mal üzerinde hiç zilyetliği olmadığı ya da bir eşin tek başına zilyet olduğunun ispatı gibi durumlarda bu karine çürütülebilecek, dolayısıyla ihtilâf konusu malın paylı mülkiyet değil, kendi mülkiyetinde olduğu kanıtlanmış olacaktır<sup>105</sup>.

<sup>98</sup> Şıpka (n 55) 124; Öztan (n 1) 457.

<sup>99</sup> Sarı (n 51) 126.

<sup>100</sup> Kılıçoğlu (n 10) 354; Özdamar, Toker, Kayış, Yağcıoğlu ve Akgün Toker (n 1) 64.

<sup>101</sup> Şıpka (n 55) 124; Sarı (n 51) 126.

<sup>102</sup> Şıpka (n 55) 124-125; Öztan (n 1) 457.

<sup>103</sup> Doktrinindeki bir görüşe göre TMK m. 222 f. 2 de düzenlenen durum karine değil varsayımdır. Bkz. Gümüş (n 1) 276; Varsayım, belirli bir olaya kanunen doğrudan bağlanan sonuçtur. Yani kanun varsayımda bir olaya doğrudan bir sonuç bağlamakta ve bu sonuç diğer bir olay için de aynen kabul edilmektedir. Ancak karine de belirli bir (a) vakıasından belirli olmayan bir (b) vakıasının kabulü söz konusudur. Ayrıca karine de birinci vakıa bilinmekte, ikinci vakıa bilinmemekte iken, varsayımda her iki vakıa da bilinmektedir. Bkz. Hakan Pekcanitez, Muhammet Özkes, Mine Akkan ve Hülya Taş Korkmaz, *Medenî Usûl Hukuku*, C. II (On İki Levha Yayıncılık 2017) 1668; Süha Tanrıver, *Medenî Usûl Hukuku*, C. I (3. Bası, Yetkin Yayınları 2020) 801-802; Murat Atalı, İbrahim Ermenek ve Ersin Erdoğan, *Medenî Usûl Hukuku* (Yetkin Yayınları 2018) 473, Ali Cem Budak ve Varol Karaaslan, *Medenî Usûl Hukuku* (Adalet Yayınevi 2017) 222.

<sup>104</sup> Özdamar, Toker, Kayış, Yağcıoğlu ve Akgün Toker (n 1) 61; Aksi yönde bkz. Fatma Tülay Karakaş, ‘Karine Kavramı, Kanuni Karineler ve Varsayımlar’ (2013) 62 (3) AÜHFD 729, 751; Çünkü TMK m. 222 f. 2 hükmü, TMK m. 222 f. 1 ile birlikte değerlendirilmelidir. Şöyle ki bir kimse bir malın eşlerden birine ait olduğunu iddia eder fakat bu iddiasını ispatlayamazsa, kanun koyucu o malın eşlerin paylı mülkiyetinde olduğunu kabul etmektedir. Dolayısıyla kanun koyucu tarafından aksini ispat faaliyetinin yapılamamasına sonuç bağlanmakta ve bağlanan bu sonucun aksi de ispat edilememektedir. Bkz. Karakaş (n 104) 751; Aynı yönde bkz. Uyumaz (n 78) 155.

<sup>105</sup> Anıl ve Taner (n 59) 134-135; Öztan (n 1) 457.

### 3. Edinilmiş Mal Karinesi (TMK m. 222/3)

TMK m. 222 f. 3 gereği, belli bir malın eşlerden hangisine ait olduğu değil de hangi mal grubuna girdiği tartışmalı ise, aksi ispat edilene kadar söz konusu mal edinilmiş mal sayılmaktadır<sup>106</sup>. Dolayısıyla burada malın mülkiyetinin aidiyeti noktasında tartışma bulunmamakta, eşlerden birinin malik olduğu kanıtlanmış durumdadır. Buradaki tartışma konusu söz konusu malın eşin kişisel mi yoksa edinilmiş malı mı olduğu noktasındadır. Bu farklılığın önemi ise şu şekilde ortaya çıkmaktadır. Eğer ki mal kişisel mal ise tasfiyede paylaşım dışı kalacak ve diğer eşin bu mal açısından herhangi bir talep hakkı olmayacaktır. Lâkin mal edinilmiş mal ise, tasfiyede katılma alacağı hesaplanırken bu mal da dikkate alınacaktır<sup>107</sup>.

Mevcut malların statüleri belirlenirken önce ve peşinen bütün malların edinilmiş mal olduğu kabul edilmektedir<sup>108</sup>. Dolayısıyla bunun aksini iddia eden taraf, söz konusu malvarlığının edinilmiş değil, kişisel mal olduğunu ispat etmek zorundadır<sup>109</sup>. İspatla yükümlü eş, bu malın TMK m. 220 kapsamında veya TMK m. 221'e göre edinilmiş mal olmasına rağmen, bunun kişisel mal sayılması gerektiği hususunda mal rejimi sözleşmesi yaptıklarını kanıtlayabilir. Karinenin aksinin ispatı noktasında herhangi bir delil sınırlaması bulunmamaktadır. Dolayısıyla yemin delili de dâhil olmakla birlikte taraflar her türlü ispat aracını kullanabilir<sup>110</sup>. TMK m. 222 f. 3 hükmü, eşlerin pasif malvarlığı değerleri bakımından değil aktif malvarlığı değerleri noktasında uygulama alanı bulan bir hükümdür<sup>111</sup>. Öte yandan

<sup>106</sup> Doktrinde, bilinen bir vakia ile bilinmeyen bir vakıanın varlığına ulaşılması durumu olmamasından hareketle, TMK m. 223 f. 3 hükmünün teknik anlamda bir karine olmadığı ifade edilmiştir. Nitekim kanun koyucu bir eşin bütün mallarının edinilmiş mal olduğunun kabulünün yanı sıra aksinin ispatını da mümkün kılmıştır. Dolayısıyla TMK m. 222 f. 3 hükmünde bahsi geçen durum sözde karinedir. Bkz. Uyumaz (n 78) 157; TMK m. 222 f. 3 hükmünün karine değil varsayım olduğuna dair. Bkz. Gümüş (n 1) 277. Ancak söz konusu düşünceye varsayımların aksinin ispatının mümkün olmaması fakat TMK m. 222 f. 3 hükmünün aksinin ispatının mümkün olmasından hareketle katılmıyoruz. Aynı yönde bkz. Uyumaz (n 78) 157; Özdamar, Toker, Kayış, Yağcıoğlu ve Akgün Toker (n 1) 61.

<sup>107</sup> Acabey (n 22) 529; Öztan (n 1) 457.

<sup>108</sup> Bir eşin bütün malları, aksi ispat edilinceye kadar edinilmiş mal kabul edilir. Ölene ait payın, edinilmiş mal kabul edileceğine ilişkin yasal karinenin aksi kanıtlanamadığına göre... Yargıtay 2 HD, E 2008/10102 K 2009/16381, 01.10.2009; Aynı yönde Yargıtay 8 HD, E 2010/529 K 2010/3086, 08.06.2010. Bkz. Legalbank, Erişim Tarihi: 07/09/2023.

<sup>109</sup> Taşınmaz davalı tarafından edinildiği tarih itibarıyla edinilmiş mal niteliğinde olup aksinin davalı tarafça kanıtlanması gerekir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E 2017/8-1613 K 2019/419, 09.04.2019. Bkz. www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 28/09/2023

<sup>110</sup> Kılıçoğlu (n 10) 355; Şıpka (n 55) 125-126; Sonsuzoğlu (n 95) 25; Anıl ve Taner (n 59) 115; Şıpka ve Özdoğan (n 13) 409-425.

<sup>111</sup> Uyumaz (n 78) 158; Gümüş (n 1) 275.

ilgili hüküm üçüncü kişilerin katılma alacağına yönelik olarak yaptıkları icra takibi haricinde, sadece eşler arasında uygulanma niteliğini haizdir<sup>112</sup>.

Eşler arasında usulüne uygun tutulmuş bir envanter bulunuyorsa, envantere kişisel mal olarak kayıt altına alınan malların kişisel mal olduğunu ispat etmeye gerek yoktur. Bu durumda envantere yazan malın aslında edinilmiş mal olduğunu iddia eden bu iddiasını ispat etmekle yükümlü tutulacak başka bir ifade ile ispat yükü ters çevrilmiş olacaktır<sup>113</sup>. Aynı şekilde eşler aralarında imzaladıkları geçerli mal rejimi sözleşmesi ile aslında edinilmiş mal olması gereken malların kişisel mal olmasını kararlaştırmışlarsa bu malların da artık kişisel mal olduğunu ispat yükümlülüğü yoktur<sup>114</sup>.

## SONUÇ

Eşlerin sahip oldukları malvarlığı değerlerinin, eşlerden hangisine ait olduğu önemi haiz bir unsurdur. Edinilmiş malların tasfiyesi sırasında eşler öncelikle kendi kişisel mallarını alacaklar ve daha sonra da her eşin edinilmiş malının yarısı diğer eşe verilecektir. Ancak özellikle yıllarca sürmüş olan uzun süreli evlilikler bakımından, malların hangi eşe ait olduğu ve bu malların dâhil olduğu mal grupları noktasında ispat zorlukları yaşanabilmektedir. Nitekim bahsi geçen evliliklerde, eşlerin sahip oldukları malvarlıklarının hangi mal grubuna girdiği veya eşlerden hangisine ait olduğunu hatırlayamamaları da kuvvetli bir ihtimaldir. Kanun koyucu eşlerin malvarlıklarının içeriğine ilişkin söz konusu uyuşmazlıklardaki ispat zorluğu gerçeği karşısında, ispat kolaylığı sağlanması noktasında TMK m. 216 hükmünü ihdas etmiş, ayrıca TMK m. 222 hükmünde birtakım ispat karinelerine yer vermiştir.

TMK m. 216 hükmüne göre, eşlerden her biri diğerinden mallarının envanterinin resmi senetle yapılmasını isteyebilecektir. Ayrıca söz konusu envanterin malların getirilmesinden itibaren bir yıl içinde yapılması durumunda, aksi ispatlanmadıkça doğru olduğu yönünde de bir karine vardır. Envanter, eşlerin malvarlıklarının türünü ve değerini, borç ve alacaklarını belirlemede kolaylık sağlayan bir çizelgedir. Dolayısıyla yapılan envanter, malların eşlerden hangisine ait olduğu noktasında ispat kolaylığı sağlamanın yanı sıra malların hangi mal grubuna girdiğini de ispatlamış olacaktır.

<sup>112</sup> Gümüş (n 1) 274, Sonsuzoğlu (n 95) 25-26.

<sup>113</sup> Heinz Hausheer, Ruth Reusser and Thomas Geiser, Allgemeine Vorschriften, Art. 181-195a ZGB; Der ordentliche Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung, Art. 196-220 ZGB Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Familienrecht, Das Eherecht, Das Güterrecht der Ehegatten, BK - Berner Kommentar Band/Nr. II/1/3/1, 1992, ZGB Art 200 Rn 45.

<sup>114</sup> Şıpka ve Özdoğan (n 13) 425.

TMK m. 222 hükmü ile de yasal mal rejimi içinde yer alan mallar ve malvarlığı değerlerinin ispatı noktasında birtakım karinelere yer verilmiştir. İlgili maddenin ilk fıkrasında ispat yükü düzenlenmiştir. İspat yükü, iddia ve savunmaya dayanak gösterilen ve mahkemenin karar vermesinde etkili olacak olgulardan hangisinin kim tarafından ispat edileceği hususudur. TMK m. 222 f. 1 hükmü, TMK m. 6 ile getirilen herkesin hakkını dayandırdığı olguların varlığını ispatla yükümlü bulunması genel kuralının özel bir görünüm şeklini oluşturmakta ve herhangi bir farklılık içermemektedir. Yine HMK m. 190 da düzenlenen ispat yükü ile de paralellik arz etmektedir. Yani kanun koyucu ispat yükünü üç farklı maddede ele almasına rağmen, söz konusu maddeler arasında herhangi bir farklılık bulunmamakta, nihai olarak ispat yükü iddia edilen olgudan kendi lehine hak çıkararak tarafa ait olmaktadır.

Eşlerin ortak kullanımındaki ev eşyaları başta olmak üzere, eşlere ait bulunduğu belli malvarlığı değerlerine, eşlerden hangisinin sahip olduğunun tespit edilmesi rejimin tasfiyesinde önem arz eden bir husustur. Bu durumu dikkate alan kanun koyucu, TMK m. 222 f. 2 hükmü ile eşlerden hangisine ait olduğu ispat edilemeyen malların eşlerin paylı mülkiyetinde sayılacağını hüküm altına almıştır. Dolayısıyla eşlerden hiçbirinin kendisinin malik olduğunu ispatlayamaması halinde, belirtilen malvarlığı üzerinde hak sahipliği paylı mülkiyet hükümleri çerçevesinde şekillenecektir.

Nihayetinde, belirli bir malın eşlerden hangisine ait olduğu değil de hangi mal grubuna girdiği tartışmalı ise TMK m. 222 f. 3 hükmü uygulama alanı bulacaktır. Anılan hükme göre bir eşin bütün malları aksi ispatlanıncaya kadar edinilmiş mal olarak kabul edilecektir. Aksini iddia eden taraf ise, her türlü delil ile malın edinilmiş değil, kişisel mal olduğunu ispatlayabilecektir. Kanun'un ispat kolaylığı sağlaması açısından kabul ettiği bu karinelerin hepsi aksi ispat edilebilen adi karinelere dir. Envanter tutulmasına ilişkin hüküm de aynı doğrultuda adi karine özelliği taşımaktadır. Envanter tutulmasına ilişkin hükmün işlevsel hale getirilmesinin, en azından kaynak İsviçre Medeni Kanunu'nda olduğu gibi adi karine yerine kesin karine haline getirilmesi ispata ilişkin sorunların çözümünde kolaylık sağlayacağı sonucuna varılmıştır.

## KAYNAKÇA

Acabey MB, 'Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Mal Grupları - İspat Kuralları ve Eşlerin Paylı Mülkiyeti Altındaki Mallara İlişkin Düzenlemeler' (2007) 9(Özel Sayı) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 491-534.

Acar F, *Aile Hukukumuzda Mal Rejimleri ve Eşin Yasal Miras Payı* (Seçkin Yayıncılık 2007).

Acar F, *Aile Hukukumuzda Aile Konutu, Mal Rejimleri ve Eşin Yasal Miras Payı* (Seçkin Yayıncılık 2021).

Akıntürk T ve Ateş Karaman D, *Türk Medenî Hukuku Aile Hukuku*, C. II (Beta Basım Yayım 2012).

Alangoya HY, Yıldırım MK ve Deren Yıldırım N, *Medenî Usûl Hukuku Esasları* (Beta Yayınevi 2009).

Anıl YŞ ve Taner Y, *Eşler Arasındaki Mal Rejimleri* (Legal Kitabevi 2011).

Ansay SŞ, *Hukuk Yargılama Usulleri* (Ankara Üniversitesi Yayınevi 1960).

Atalı M, Ermenek İ ve Erdoğan E, *Medenî Usûl Hukuku* (Yetkin Yayınları 2018).

Ayan M, *Eşya Hukuku I Zilyetlik ve Tapu Sicili* (Mimoza Yayınevi 2014).

Berkin NM, *Medenî Usûl Hukuku Esasları* (Hamle Matbaası 1969).

Bilge N, *Medenî Yargılama Hukuku Dersleri* (Sevinç Matbaası 1967).

Bilge N ve Önen E, *Medenî Yargılama Hukuku Dersleri* (Sevinç Matbaası 1978).

Budak AC ve Karaaslan V, *Medenî Usûl Hukuku* (Adalet Yayınevi 2017).

Dural M ve Sarı S, *Türk Özel Hukuku Cilt I Temel Kavramlar ve Medenî Kanununun Başlangıç Hükümleri* (Filiz Kitabevi 2015).

Dural M, Öğüz T ve Gümüş MA, *Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku* (2015)

Erdem M ve Makaracı Başak A, *Aile Hukuku* (Seçkin Yayıncılık 2022).

Ertaş Ş, 'Edinilmiş Mal Rejiminin Tasfiyesi, Mirasın Paylaşılması, Tenkis Hakkı' (2013) 71(1) İÜHF 1365-1367.

Ertaş Ş, *Eşya Hukuku* (Barış Yayınları Fakülteler Kitabevi 2012).

GENÇCAN ÖU, *Mal Rejimleri* (Yetkin Yayınları 2017).

Gümüş MA, *Evliliğin Genel Hükümleri ve Mal Rejimleri* (Vedat Kitapçılık 2008).

Hatemi H, *Aile Hukuku* (On İki Levha Yayıncılık 2021).

Hausheer H, Reusser R ve Geiser T, Allgemeine Vorschriften, Art. 181-195a ZGB; Der ordentliche Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung, Art. 196-220 ZGB Schweizerisches

Zivilgesetzbuch, Das Familienrecht, Das Eherecht, Das Güterrecht der Ehegatten, BK - Berner Kommentar Band/Nr. II/1/3/1, 1992.

Karakaş FT, ‘Karine Kavramı, Kanuni Karineler ve Varsayımlar’ (2013) 62 (3) AÜHFD 729-759.

Karamercan F, *Katki – Değer Artış Payı & Katılma Alacağı Davaları* (Seçkin Yayıncılık 2023).

Kaşak FE, ‘İsviçre Federal Mahkemesi’nin Lotodan Kazanılan İkramiyenin Edinilmiş Mal Sayılacağına İlişkin 11.04.1995 Tarihli (BGE 121 III 201) Kararı’ (2014) 18(1) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 265-268.

Kuru B, *Hukuk Muhakemeleri Usûlü*, C. II, (Demir Yayıncılık 2001).

Kılıçoğlu AM, *Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi* (Turhan Kitabevi 2002). (Kılıçoğlu-Rejim).

Kılıçoğlu AM, *Katki- Katılma Alacağı* (Turhan Kitabevi 2011). (Kılıçoğlu- Katkı)

Kılıçoğlu AM, *Aile Hukuku* (Turhan Kitabevi 2015).

Muşul T, *Medenî Usûl Hukuku* (Adalet Yayınevi 2012).

Nuspliger Isabelle in OFK - Orell Füssli Kommentar, (Hrsg Jolanta Kren Kostkiewicz, Stephan Wolf, Marc Amstutz, Roland Frankhauser), 4 Auflg, (2021).

Oğuzman MK ve Barlas N, *Medenî Hukuk* (Vedat Kitapçılık 2015).

Oğuzman MK, Seliçi Ö ve Oktay Özdemir S, *Eşya Hukuku* (2012).

Önen E, *Medenî Yargılama Hukuku* (Ankara Üniversitesi Hukuk Fak. Yayını 1979).

Özdamar D, Toker AG, Kayış F, Yağcıoğlu B ve Akgün Toker A, *Yasal Mal Rejimi (Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi) ve Tasfiyesi* (Seçkin Yayıncılık 2022).

Öztan B, *Aile Hukuku* (Turhan Kitabevi 2015).

Pekcanitez H, Özekes M, Akkan M ve Taş Korkmaz H, *Medenî Usûl Hukuku*, C. II (On İki Levha Yayıncılık 2017).

Pekcanitez H, Atalay O ve Özekes M, *Medenî Usûl Hukuku* (Yetkin Yayınları 2013).

Postacıoğlu İE, *Medenî Usûl Hukuku Dersleri* (Sulhi Garan Matbaası 1975).



Postacıoğlu İE ve Altay S, *Medenî Usûl Hukuku Dersleri* (Vedat Kitapçılık 2015).

Sarı S, *Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimi Olarak Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi* (Beşir Kitabevi 2007).

Sert Sütçü S, 'Piyango Biletinin Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Tasfiyesinde Nasıl Değerlendirileceği Meselesi' (2023) 6(1) Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakóltesi Dergisi 151-159.

Sonsuzoğlu E, *Medenî Kanunda Mal Rejimi Düzenlemeleri ve Vergi Hukukundaki Etkileri* (Legal Yayıncılık 2006).

Steck D ve Frankhauser R, *Scheidung Band I: ZGB und Band II: Anhänge FamKomm, 4. Auflg.* (2022).

Şeker M, *Bilimsel Çalışmalar ve Güncel Yargı Kararlarıyla Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Bağlantılı Konular* (On İki Levha Yayıncılık 2022).

Şıpka Ş, *Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Uygulamaya İlişkin Sorunlar* (On İki Levha Yayıncılık 2011).

Şıpka Ş ve Özdoğan A, *Eşler Arasındaki Malvarlığı Davaları* (On İki Levha Yayıncılık 2017).

Tanrıver S, *Medenî Usûl Hukuku, C. I.* (Yetkin Yayınları 2020).

Umar B, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi* (Yetkin Yayınları 2014).

Uyumaz M, 'Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Tasfiyesinde İspat ve Envanter' (2017) XXI(3-4) EÜHFD 123-170.

Üstündağ S, *Medenî Yargılama Hukuku* (Filiz Kitabevi 2000).

Yardımcı Çınar Y, *Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Terekenin Tasfiyesi ve Sağ Kalan Eşin Talepleri* (Seçkin Yayıncılık 2022).

Zeytin Z, *Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Tasfiyesi* (Seçkin Yayıncılık 2021).

# Borçlunun İradesi Dışında Bir Üçüncü Kişinin Borcu İfa Edip Edemeyeceği Meselesine İlişkin Bir Değerlendirme<sup>\*,\*\*</sup>

*An Analysis on the Question of Whether a Third Party Could Perform an Obligation Without Debtor's Will*

Arş. Gör. Dr. Gizem ZURNACI<sup>\*\*\*</sup>

## Öz

Kavram olarak üçüncü kişinin ifası, borçlu olmayan bir kimsenin bir borcu kendi adına ve başkasına ait borcu ifa kastıyla yerine getirmesini ifade eder. Alacaklı ifa menfaatini elde ettiği sürece, alacaklıyı borcun konusu edimle kimin tatmin ettiği bir önem taşımaz; borçlu dışındaki bir üçüncü kişi de borcu ifa edebilir. Üçüncü kişinin başkasına ait bir borcu yerine getirebilmesi için borçlunun iradesinin aranıp aranmayacağı meselesine ilişkin olarak karşılaştırmalı hukukta farklı çözümlerin benimsendiği görülmektedir. Kanun koyucunun konuya ilişkin olarak açık bir hüküm öngörmediği Türk hukuku açısından karşılaştırmalı hukuk ışığında varılması gereken çözüm, üçüncü kişinin başkasına ait bir borcu ifa edebilmesi için kural olarak borçlunun iradesinin bir önem taşımadığı yönünde olmalıdır. Bu bağlamda borçlu üçüncü kişinin ifasına karşı çıkmış olsa bile, alacaklı tarafından kabul edilmiş olan bir üçüncü kişinin ifası geçerli olarak hüküm ve sonuçlarını doğurabilecektir. Diğer yandan üçüncü kişinin borçlunun iradesi ile hareket eden bir kimse olmaması alacaklının üçüncü kişi tarafından kendisine sunulan gereği gibi ifa teklifini reddetmesi için de tek başına yeterli bir sebep teşkil etmez. Ancak alacaklı borçlunun üçüncü kişinin ifasına karşı çıktığından önceden haberdar ise veya borçlu ile alacağın devrini yasaklayan bir anlaşma yapmış ise ya da para borcu dışında bir borç söz konusu ise ve üçüncü kişi alacaklının böyle bir borcun üçüncü kişi tarafından kötü ifa edilmesi sonucunda uğrayabilecek olduğu zarar için teminat vermemişse, alacaklı üçüncü kişinin ifa teklifini alacaklı temerrüdüne düşmeden reddedebilmelidir.

## Anahtar Kelimeler

İfa, Üçüncü kişi, Borç, Sona erme, Borçlunun iradesi.

## Abstract

Performance of an obligation by a third party (namely, the third-party performance), as a legal concept, means that a person other than the debtor fulfils an obligation in her own name and with the intention of performing a specific debt belongs to another. As long as the creditor gets what she is entitled from her debtor, it does not

\* Hakemli Araştırma Makalesi / **Makale Geliş Tarihi:** 17.10.2023 – **Makale Kabul Tarihi:** 26.10.2023.

\*\* Bu çalışma, Yeditepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Doktora Programı kapsamında hazırlanan “Üçüncü Kişinin İfası” adlı doktora tezinden üretilmiştir.

\*\*\* Trabzon Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı, gizemzurnaci@trabzon.edu.tr, ORCID: 0000-0003-2326-2049.

matter who satisfies the creditor with the subject matter of the obligation; the debt could also be performed by a third party other than the debtor.

In comparative law, different solutions have been adopted on the question whether a third party could perform another's obligation without her will. From comparative law perspective, the solution to be adopted in Turkish law, where the legislator has avoided to bring an explicit provision in the Code, should be that third party could perform an obligation irrespective of debtor's will. Even a third party performance as far as it has been accepted by the creditor is legally effective. On the other hand, the fact that third party is not acting with the debtor's will is not itself a sufficient ground for creditor to reject the third party's offer to perform. However in those situations where the creditor being offered performance by a third party knows that the debtor objected to the third party performance or debtor and creditor concluded an agreement which prohibits assignment of claims or in the case of non-monetary debts, if the third party does not provide a security for the prospective damages which could arise as a result of defective third party performance, creditor could be able to reject third party's offer without facing the risks of delay of creditor.

### Keywords

Performance, Third party, Obligation, Discharge, Debtor's will.

## GİRİŞ

İfa, bir borcun yerine getirilmesini ifade eder. Her borcun olağan sona erme nedeni, o borcun ifa edilmesidir<sup>1</sup>. Bir borç ilişkisinde borcu ifa etmekle yükümlü olan kişi, borçlu; borcun ifa edilmesini talep etme yetkisine sahip kişi ise alacaklıdır. Alacaklı borç ilişkisinin nispiyeti ilkesi uyarınca ifayı yalnızca borç ilişkisinin diğer tarafı olan borçludan talep edebilir<sup>2</sup>. Keza hayatın olağan akışına uygun olan durum da ifanın borçlu tarafından gerçekleştirilmesidir<sup>3</sup>. Ancak alacaklı ifa menfaatini elde ettiği sürece, borcun bizzat borçlu tarafından ifa edilmesi zorunlu değildir (TBK m. 83). Bu kapsamda borçlu dışındaki kişilerin de ifayı yerine getirmesi mümkündür.

<sup>1</sup> Fikret Eren, *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, (27. Baskı, Yetkin Yayınları 2022) 1030; Rona Serozan, *İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı: Borçlar Hukuku Genel Bölüm, C. III* (7. Baskı, Filiz Kitabevi 2016) 6.

<sup>2</sup> Necip Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme, Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı: Borçlar Hukuku Genel Bölüm, C. I* (7. Baskı, Filiz Kitabevi 2017) 15.

<sup>3</sup> Feyzi Necmeddin Feyzioğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt II* (2. Baskı, İstanbul Üniversitesi Yayınları 1977) 82.

Üçüncü kişinin ifası kavram olarak birisi dar, diğeri geniş anlamda olmak üzere iki şekilde kullanılmaktadır<sup>4</sup>. Geniş anlamda üçüncü kişinin ifası borçlu dışındaki kimselerin ifada rol aldığı bütün hâlleri kapsamına alır. Bu bağlamda ifa yardımcılarını aracılığıyla ifanın gerçekleştirildiği hâller de üçüncü kişinin ifası olarak nitelendirilir. Bu çalışmada ele alacağımız dar anlamda üçüncü kişinin ifası ise üçüncü kişinin bir başkasının borcunu alacaklıya karşı ifa yardımcısı sıfatıyla değil; kendi adına yerine getirdiği hâlleri ifade eder.

Üçüncü kişinin ifası, gerek Roma gerekse Pandekt hukukunda mevcut olup, günümüzün modern hukuk sistemlerinde de sıkça uygulama alanı bulan bir kurumdur. Borçlunun iradesi dışında hareket eden bir üçüncü kişinin borçluya ait bir borcu ifa edip edemeyeceği üçüncü kişinin ifasına ilişkin çözüme kavuşturulması gereken en önemli hukukî meselelerden birini oluşturmaktadır. Zira Türk hukuku açısından bakıldığında üçüncü kişinin ifasının başlıca hukukî dayanağını oluşturan düzenlemede (TBK m. 83) kanun koyucunun sadece borçlunun şahsen ifayla zorunlu olmadığını düzenlemekle yetindiği; bunun dışındaki birçok hususun çözümünü ise doktrine ve yargı kararlarına bıraktığı görülmektedir.

Konuya ilişkin olarak doktrindeki hâkim görüş<sup>5</sup>, üçüncü kişinin kural olarak başkasına ait bir borcu ifa edebileceği, bunun için borçlunun iradesinin aranmayacağı ve alacaklının üçüncü kişinin ifasını kabul etmek zorunda olduğu; ancak borçlunun da karşı çıkması hâlinde üçüncü kişinin ifa teklifini reddedebileceği yönündedir. Alacaklı ile borçlunun üçüncü kişinin ifasını önlemeye yönelik ortak iradesinin üçüncü kişinin ifa yetkisini bertaraf edebileceği kuralının istisnasını ise üçüncü kişinin rehinden kurtarma hakkına sahip olduğu durumlar oluşturmaktadır. Fakat kanunda üçüncü kişinin ifa yetkisinin kapsamına ilişkin açık bir düzenleme bulunmayışı karşısında doktrinde kabul edilen bu çözümün en isabetli çözüm olup olmadığı özel olarak irdelenmesi gereken bir mesele olarak karşımıza çıkmaktadır.

Bu çalışmada karşılaştırmalı hukukta bir üçüncü kişinin hangi kapsamda başkasına ait bir borcu ifa yetkisine sahip olduğuna ilişkin tespitlerimizi ortaya koyduktan sonra meseleyi Türk hukuku bakımından ele alacak ve borçlunun iradesi dışında hareket eden bir üçüncü kişinin

<sup>4</sup> Joachim Gernhuber, *Die Erfüllung und ihre Surrogate sowie das Erlöschen der Schuldverhältnisse aus anderen Gründen* (2. Auflage, Mohr Siebeck 1994) 430; Christina Wolf, *Drittleistung und Leistungsmittlung* (Duncker&Humblot 1995) 15.

<sup>5</sup> Eren (n 1) 1053 vd.; Feyzioğlu (n 3) 85; Mustafa Alper Gümüş, *Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri* (Yetkin Yayınları 2021) 680 vd.; Halûk Nami Nomer, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (19. Baskı, Beta 2023) 341; M. Kemal Oğuzman ve M. Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I* (20. Baskı, Vedat Kitapçılık 2022) 263; Serozan (n 1) 26 vd.; Selâhattin Sulhi Tekinay, Sermet Akman, Halûk Burcuoğlu ve Atilla Altop, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (7. Baskı, Filiz Kitabevi 1993) 769; Kenan Tunçomağ, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler I. Cilt* (5. Baskı, Sermet Matbaası 1972) 725.

hangi hallerde borçluya ait bir borcu ifa yetkisine sahip olduğuna ilişkin olarak değerlendirmede bulunacağız.

## I. KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA ÜÇÜNCÜ KİŞİNİN İFASININ ELE ALINIŞ TARZI

Roma hukukundan günümüze ulaşan borç kavramı, borçluyu alacaklıya karşı bir edimi yerine getirmekle yükümlü kılan bir hukuki ilişkiyi ifade eder<sup>6</sup>. Bir borç yerine getirilmediğinde borçlunun alacaklıya karşı sorumluluğu meydana gelir. Modern hukuklarda bu sorumluluk, borcunu yerine getirmeyen borçlunun malvarlığına alacaklının el atabilmesini ve alacağını bu malvarlığından elde edebilecek olmasını ifade etmektedir. Roma hukukunun ilk devirlerinde ise malvarlığı ile sorumluluğun aksine, alacaklının, borca uygun davranmayan borçlunun şahsına el koymasına imkân tanıyan kişi ile sorumluluk esası kabul edilmekteydi<sup>7</sup>. Alacaklının hakimiyeti altında olan borçlu (sorumlu kişi) bu durumdan tek başına kurtulamayacağı için borçlunun bir aile üyesi, arkadaşı veya herhangi bir üçüncü kişi devreye girerdi ve bu kimselerin alacaklıya ödediği fidye sayesinde borçlu, alacaklının hâkimiyetinden kurtulmuş olurdu<sup>8</sup>.

Roma hukukunun ilerleyen dönemlerinde ise, alacaklının borçlunun şahsı üzerinde hâkimiyet kurmasına izin veren anlayış zamanla terk edilmişti<sup>9</sup>. Dolayısıyla borçlunun alacaklının hâkimiyetinden kurtulabilmesi için üçüncü kişilere duyulan ihtiyaç artık ortadan kalkmıştı. Fakat eski dönemlerdeki katı sorumluluk anlayışını yumuşatmak için üçüncü kişinin müdahalesine imkân tanınmış olması, Roma hukukunun sonraki dönemlerinde üçüncü kişinin

<sup>6</sup> Paul Koschaker ve Kudret Ayiter, *Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Ana Hatları* (İzmir Dokuz Eylül Üniversitesi Matbaası 1993) 183 vd.; Türkân Rado, *Roma Hukuku Dersleri Borçlar Hukuku* (Fakülteler Matbaası 1980) 5 vd.; Ziya Umur, *Roma Hukuku Ders Notları* (3. Baskı, Beta 2010) 293 vd.; Reinhard Zimmermann, *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition* (Oxford University Press 1996) 1.

<sup>7</sup> Kocayusufpaşaoğlu (n 2) 29; Koschaker ve Ayiter (n 6) 183; Rado (n 6) 22.

<sup>8</sup> Karl-Heinz Below, 'Die Erfüllung der Obligation durch einen Dritten' in H. M. Pawlowski, Wiese Günther (eds), *Festschrift für Konrad Duden zum 70. Geburtstag* (C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung 1977) 90; Koschaker ve Ayiter (n 6) 283; Max Kaser, *Das Römische Privatrecht, Erster Abschnitt, Das Altrömische, Das Vorklassische und Klassische Recht* (2. Auflage, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung 1971) 172; Sonja Meier, 'Performance of an Obligation by a Third Party' in Andrew Burrows, David Johnston, Reinhard Zimmermann (eds), *Judge and Jurist: Essays in Memory of Lord Rodger of Earlsferry* (Oxford University Press 2013) 622; Sonja Meier, 'Die Leistung durch Dritte in historisch-vergleichender Perspektive' (2015) *Zeitschrift für die gesamte Privatrechtswissenschaft* 103, 105 ff.; Zimmermann (n 6) 3.

<sup>9</sup> Rado (n 6) 22 vd.

borçlanılan edimi yerine getirerek borcu ifa edebileceği prensibinin kabulüne zemin hazırlamıştır<sup>10</sup>.

Buna karşılık üçüncü kişinin başkasına ait bir borcu borçlunun iradesi hilafına ifa edip edemeyeceğine dair Klasik Dönem kaynaklarında *Gaius*'a ve *Labeo*'ya ait olduğu ifade edilen farklı görüşler benimsenmiştir<sup>11</sup>. Fakat sonuçta borçlunun iradesini göz önünde bulundurmeyen görüş hakimiyet kazanmıştır. Borçlunun iradesi dışında ve hatta iradesi hilafına üçüncü kişinin ifasına imkân tanınmasının gerçek sebebi olarak borcu ifa etmeyen borçlu aleyhine getirilmiş olan sert icra prosedürleri gösterilmiştir<sup>12</sup>. Zira Klasik Dönem ve Post-Klasik Dönem'de artık borçlunun şahsına olmasa da bütün malvarlığına el koyulabilmekteydi. Dolayısıyla üçüncü kişinin ifası ile bu sert icra prosedürünün önlenmesi sadece borçlunun menfaatine değil, genel menfaate de uygun düşmekte idi<sup>13</sup>. Alacaklının üçüncü kişinin ifası sayesinde alacağına kavuşacak olması yönünde bir menfaatinin bulunmasına ise bu dönemde ayrıca bir önem atfedilmediği anlaşılmaktadır<sup>14</sup>.

Üçüncü kişinin ifasında borçlunun iradesini aramayan, hatta borçlunun iradesi hilafına borcun sona ermesine imkân tanıyan Roma hukuku prensibi, 19. yüzyılda Pandekt hukukçuları tarafından da benimsenmiştir<sup>15</sup>. Yalnız Roma hukukundan farklı olarak, bazı Pandekt hukukçuları üçüncü kişinin ifasının borçlunun iradesi olmaksızın hüküm doğurabilmesini, borçlunun borçtan kurtulma menfaatinin değil; alacaklının ifaya kavuşmaya yönelik menfaatinin esas olarak açıklamıştır<sup>16</sup>. Buna göre alacaklı borcun konusu ile tatmin edildiği sürece edim bizzat borçlu tarafından yerine getirilmek zorunda olmayıp, bir üçüncü kişi de bu sonucu

<sup>10</sup> Kaser (n 8) 636; Meier, *Leistung durch Dritte* (n 8) 105 ff.

<sup>11</sup> Christian Emunds, *Solvendo quisque pro alio liberat eum, Studien zur befreienden Drittleistung im klassischen römischen Recht* (Duncker&Humblot 2007) 337 ff.; Iole Fagnoli, 'Drittleistung und Pflichterfüllung: auch gegen den Willen des schuldners? – oder- Rechtsgeschichte als Hilfsmittel der Gesetzesauslegung' (2010) 146 *Zeitschrift des Bernische Juristenvereins* 177, 188 ff.; Meier, *Performance* (n 8) 622; Meier, *Leistung durch Dritte* (n 8) 106.

<sup>12</sup> Emunds (n 11) 442 ff.; Christiana Wollschläger, *Die Geschäftsführung ohne Auftrag: Theorie und Rechtsprechung* (Duncker&Humblot 1976) 79.

<sup>13</sup> Meier, *Leistung durch Dritte* (n 8) 106.

<sup>14</sup> Bu tespit için bkz. Emunds (n 11) 443.

<sup>15</sup> Alois Brinz, *Lehrbuch der Pandekten, Band II, 1. Abteilung* (2. Auflage, Verlag von Andreas Deichert 1879) 448; Julius Albert Gruchot, *Die Lehre von der Zahlung der Geldschuld nach heutigem deutschen Rechte* (Verlag von Franz Vahlen 1871) 18; Wilhelm Hertz, 'Die Zahlung einer fremden Schuld' (Dissertation, Friedrich-Franz-Universität 1894) 10, 15 vd.; Paul Oertmann, 'Die Zahlung fremder Schulden' (1894) 82 (3) 367, 374, 391; Carl Friedr. Ferdinand Sintenis, *Das Practische Gemeine Civilrecht, II. Band* (3. Auflage, Verlag von Bernhard Tauchnitz 1868) 411; Bernhard Windscheid and Theodor Kipp, *Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. 2* (9. Auflage, Scientia Verlag Aalen 1906) 424 ff.

<sup>16</sup> Hertz (n 15) 10 ff.; Oertmann (n 15) 391; Windscheid and Kipp (n 15) 416 ff., 424.

sağlayabilir. Üçüncü kişinin ifasında alacaklının iradesi, özellikle alacaklının üçüncü kişinin ifasını kabul etmek zorunda olup olmadığı meselesi de Pandekt hukukçuları tarafından özel olarak ele alınmış ve bu konuda farklı görüşler ileri sürülmüştür<sup>17</sup>.

Modern hukuk sistemlerine baktığımızda ise, üçüncü kişinin ifası meselesine ilişkin olarak Kıta Avrupası hukuk sistemi ile Anglo-Amerikan hukuk sisteminin bazı temel meselelerde birbirinden farklı çözümler kabul ettikleri görülmektedir. Şöyle ki;

Anglo-Amerikan hukuk sisteminde üçüncü kişilerin borçlunun iradesi olmaksızın borçluyu borcundan kurtarabilmesine imkân tanıyan bir genel prensip kabul edilmemiştir. Geleneksel olarak kabul edilen anlayış, ifada hukuken korunan bir menfaati olmaksızın hareket eden üçüncü kişinin ifasının, borçlunun iradesi olmadıkça borcu sona erdiremeyeceği yönündedir<sup>18</sup>. Bunun temelinde yatan sebebi, bir üçüncü kişinin kendisini borçluya yeni bir alacaklı olarak dayatmasına dair duyulan çekince oluşturmaktadır. Zira üçüncü kişinin ifasına izin verildiğinde, kural olarak üçüncü kişi borçluya karşı yöneltebileceği bir rücu hakkı elde etmiş olmaktadır. Bazı İngiliz hukukçular bu yaklaşımın daha serbest hâle getirilmesi gerektiğini ileri sürse de, en azından mevcut sistemde hâlâ borçlunun iradesi dışında gerçekleşen üçüncü kişinin ifasına çekimsiz yaklaşılmaktadır<sup>19</sup>. Fakat her hâlükârda Anglo-Amerikan hukuk sisteminde alacaklının borçlunun iradesi dışında hareket eden bir üçüncü kişinin sunduğu ifayı kabul etmek zorunda olmadığı kabul edilmektedir<sup>20</sup>.

Kıta Avrupası hukuk sisteminde ise borçlunun iradesinin ne yönde olduğuna bakılmaksızın üçüncü kişinin ifasına imkân tanındığı görülmektedir. Bununla birlikte

<sup>17</sup> Konuya ilişkin çeşitli görüşler için bkz. Gruchot (n 15) 24 ff.; Meier, *Performance* (n 8) 623 ff.; Oertmann (n 14) 413 ff.

<sup>18</sup> Klaus von Bartels, 'Zum Rückgriff nach eigennütziger Zahlung auf fremde Schuld' (2014) 78 *Rabels Zeitschrift für Ausländisches und Internationales Privatrecht* 479, 486; Peter Birks, *An Introduction to the Law of Restitution* (Clarendon Press 1989) 189 ff.; Daniel Friedmann and Nili Cohen, 'Payment of Another's Debt' in Ernst von Caemmerer, Peter Schlechtriem (eds), *International Encyclopedia of Comparative Law, Restitution/Unjust Enrichment and Negotiorum Gestio, Vol X* (Mohr Siebeck 2007) 5; Meier, *Leistung durch Dritte* (n 8) 105; Charles Mitchell, *The Law of Subrogation* (Clarendon Press 1994) 22; Simon Whittaker, 'Performance of another's obligation: French and English law contrasted' in David Johnston, Reinhard Zimmermann (eds), *Unjustified Enrichment, Key Issues in Comparative Perspective* (Cambridge University Press 2002) 446.

<sup>19</sup> Bkz. Andrew Burrows, *The Law of Restitution* (3. Edition, Oxford University Press 2011) 460 ff.; Friedmann and Cohen (n 18) 4; Graham Virgo, *The Principles of the Law of Restitution* (3. Edition, Oxford University Press 2015) 224 ff.

<sup>20</sup> Friedmann and Cohen (n 18) 7; J. Gold, 'Accord and Satisfaction by a Stranger' (1941) 19 (3) *The Canadian Bar Review* 165, 209; E. I. King, 'Accord and Satisfaction by a Third Person' (1950), 15 (2) *Missouri Law Review* 115, 116, 128 ff.; Meier, *Performance* (n 8) 629.

alacaklının üçüncü kişi tarafından kendisine sunulan ifayı kabul etmek zorunda olup olmadığına ilişkin olarak bu hukuk sistemine dâhil ülke hukuklarında farklı yaklaşımlar benimsendiği görülmektedir<sup>21</sup>. Örneğin; Avusturya hukukunda alacaklının borçlunun iradesi ile hareket eden üçüncü kişinin ifasını kabul etmek zorunda olduğu; borçlunun iradesi dışında hareket eden bir üçüncü kişi tarafından sunulan ifayı ise reddedebileceği kabul edilmektedir<sup>22</sup>. Alman hukukunda ise alacaklıya sadece borçlunun iradesi hilafına hareket eden bir üçüncü kişinin sunduğu ifayı reddetme yetkisi tanınmaktadır<sup>23</sup>. Dolayısıyla Kıta Avrupası hukuk sistemine dahil iki ülke hukuku arasında borçlunun üçüncü kişinin ifasına ilişkin irade durumunun belirsiz olduğu hâllerde, ki özellikle üçüncü kişi borçlunun bilgisi dışında hareket ettiğinde durum böyledir, bir üçüncü kişinin ifasının alacaklı tarafından kabul edilmek zorunda olup olmadığına dair farklılık bulunmamaktadır: Avusturya hukukunda üçüncü kişi borçlunun iradesi ile hareket ettiğini ispatlayamazsa, üçüncü kişinin ifası borçlunun iradesi hilafına olmasa bile, alacaklı bu ifayı reddedebilecek iken; Alman hukukunda borçlunun irade durumu belirsiz olduğunda yine de alacaklı üçüncü kişinin sunduğu ifayı kabul etmek zorundadır, şayet ifayı reddetmek istiyorsa borçlunun bu ifaya karşı çıktığını ortaya koymak durumundadır.

İsviçre hukukunda ise üçüncü kişinin ifasına ilişkin temel düzenlemeyi borçların ifasını düzenleyen hükümlerin başında yer alan Art. 68 OR (TBK m. 83) oluşturmaktadır. Bu hüküm uyarınca borcun bizzat borçlu tarafından ifa edilmesinde alacaklının menfaati yoksa, borçlu borcunu şahsen ifa etmekle yükümlü değildir. Bu bakımdan anılan hüküm doktrinde ifayı kimin gerçekleştirebileceğini, hangi ölçüde borçlu yerine üçüncü kişinin ifasına izin verilebileceği meselesini ele alan bir hüküm olarak değerlendirilmektedir<sup>24</sup>.

Art. 68 OR esas itibarıyla şahsen ifa gerektirmeyen edimlerde, borçlunun ifayı gerçekleştirmek üzere yardımcılarına ve temsilcilere başvurabilmesinin dayanağı olarak

<sup>21</sup> Meier, *Performance* (n 8) 623 ff.

<sup>22</sup> Heinrich Mayrhofer, *System des österreichischen allgemeinen Privatrechts, 2. Buch, Das Recht der Schuldverhältnisse, 1. Abteilung, Allgemeine Lehren* (3. Auflage, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung 1986) 563.

<sup>23</sup> Wolfgang Fikentscher and Andreas Heinemann, *Schuldrecht Allgemeiner und Besonderer Teil* (12. Auflage, De Gruyter 2022) 179.

<sup>24</sup> Eugen Bucher, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht* (2. Auflage, Schulthess 1988) 295; Alfred Koller, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil: Handbuch des allgemeinen Schuldrechts* (4. Auflage, Stämpfli Verlag 2017) 632 ff.; Marius Schraner, *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch (Zürcher Kommentar), Band V: Obligationenrecht, Teilband V/1e: Die Erfüllung der Obligationen, Art. 68-96 OR* (3. Auflage, Schulthess 2000) Art. 68, N. 2; Rolf H. Weber, *Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Das Obligationenrecht, Band VI, 1. Abteilung, Allgemeine Bestimmungen, 4. Teilband: Die Erfüllung der Obligation, Art. 68-96 OR* (2. Auflage, Stämpfli Verlag 2005) Art. 68, N. 4.



görülmektedir<sup>25</sup>. Bu bağlamda borcun ifa edilebilmesi için borçluyu şahsen ifa ile yükümlü tutmayan kanun koyucunun borçluya bir ayrıcalık tanıdığı ve bu sayede borçlunun yardımcı kişilere başvurarak iş yükünü paylaşırabilecek olmasının iş bölümüne dayanan modern toplumsal yaşamın bir gereği olduğu ifade edilmektedir<sup>26</sup>.

Fakat Art. 68 OR bağlamında borçlunun başvurabileceği kimseler, ifa yardımcısı veya temsilcilerle sınırlı değildir. Şöyle ki, bir yandan Art. 110/II OR (TBK m. 127, b. 2)'da borçlunun alacaklıya yapacağı tek taraflı bildirimle borcu ifa eden üçüncü kişinin alacaklıya halef olabileceği öngörülmekte; diğer yandan Art. 175 OR (TBK m. 195)'da borçlunun üçüncü kişilerle kendisine ait bir borcun ifasının üstlenilmesine ilişkin anlaşma yapmasına imkân tanınmaktadır. Her iki hâlde de borcu ifa eden üçüncü kişiler, borçlunun iradesi ile ifaya girişmekle birlikte kendi adına hareket etmekte olup yardımcı kişi veya temsilci sıfatını taşımazlar.

Art. 110/I OR (TBK m. 127, b. 1) hükmünde ayrıca başkasının borcu için rehnedilen bir şey üzerinde mülkiyet veya sınırlı bir ayni hakkı bulunan üçüncü kişi, borcu ifa ederek şeyi rehinden kurtardığı takdirde ona kanuni halefiyet hakkı tanınmaktadır. Art. 827 ZGB (TMK m. 884)'de ise borçtan şahsen sorumlu olmayan rehinli taşınmaz malikinin, borçluya ait koşullar içinde borcu ödeyerek taşınmazın üzerindeki ipoteğin kaldırılmasını isteyebileceği ve alacağını, borcu ödeyen malike geçeceği hükmü bulunmaktadır. Bu hâllerde, kanun koyucu borçlunun iradesini aramaksızın, ifada haklı bir menfaati olduğu düşüncesiyle üçüncü kişilere, başkasına ait borcu ifa etme hakkı tanımaktadır.

Dolayısıyla borçlunun iradesi ile hareket eden üçüncü kişiler ile kanunda özel olarak kendisine başkasına ait borcu ifa etme ayrıcalığı tanınan üçüncü kişiler Art. 68 OR bağlamında borcu ifa edebilecek üçüncü kişilerin kapsamına girer. Buna karşılık rehinden kurtarma hakkı olmadığı gibi, borçlunun iradesi olmaksızın hareket eden üçüncü kişilerin borcu ifa edip edemeyeceğine dair kanun hükümlerinde açıklık bulunmamaktadır<sup>27</sup>.

1881 tarihli eski İsviçre Borçlar Kanunu'nun 1869 tarihli ilk tasarısı ise borçlunun iradesi dışında üçüncü kişinin ifasına imkân veren bir düzenleme (§ 133 E-OR) içermekteydi. Fakat

<sup>25</sup> Bruno von Büren, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil* (Schultess 1964) 451 ff.; Weber (n 24) Art. 68, N. 5.

<sup>26</sup> Weber (n 24) Art. 68, N. 5.

<sup>27</sup> Weber (n 24) Art. 68, N. 6.

bu düzenlemeyi içeren ikinci fıkra Ocak 1878'de yasalaşmadan tasarıdan kaldırılmıştır<sup>28</sup>. Ne var ki kanun koyucunun bu düzenlemeden bilinçli şekilde vazgeçip vazgeçmediğinin açık olmadığı ifade edilmektedir<sup>29</sup>. Bununla birlikte İsviçre doktrin ve içtihatlarında kanunun yürürlüğe girdiği tarihten bu yana, borçlunun iradesine bakılmaksızın üçüncü kişinin borcu ifa edebileceği hususunda herhangi bir tereddüt bulunmamaktadır. Yalnızca alacaklının hangi durumlarda üçüncü kişinin sunduğu ifayı reddedebileceğine dair farklı görüşler ileri sürülmüştür. Günümüze bakıldığında ise, içtihatlarda ve doktrinde ağırlıklı olarak Alman hukukunda kabul edilen çözümün benimsendiği görülmektedir. Bu bağlamda alacaklının kural olarak üçüncü kişinin ifasını kabul etmek zorunda olduğu; ancak borçlunun itirazı varsa bu ifayı reddedebileceği ifade edilmektedir<sup>30</sup>.

## II. BORÇLUNUN İRADESİ DIŞINDA HAREKET EDEN ÜÇÜNCÜ KİŞİNİN İFA YETKİSİNİN KAPSAM VE SINIRLARININ DEĞERLENDİRİLMESİ

Üçüncü kişinin ifası borçlunun alacaklısına karşı borcundan kurtulması sonucuna yol açar<sup>31</sup> ve bu sayede borcunu ifa etmemesi hâlinde borçlunun karşılaşılabileceği olumsuz sonuçlar önlenmiş olur<sup>32</sup>. Borçluya sağladığı bu fayda göz önünde bulundurulduğunda, borçlunun iradesi dışında gerçekleşmiş olsa dahi üçüncü kişinin ifasının, esas itibarıyla borçlunun menfaatlerine hizmet ettiği söylenebilir<sup>33</sup>. Özellikle üçüncü kişinin borçluya ulaşmasının imkân dâhilinde olmadığı veya borçlunun içerisinde bulunduğu durum gereği kendisine ait bir borcun üçüncü kişi tarafından yerine getirilmesine yönelik iradesinin öğrenilemediği hâllerde, borçlunun borcu ifa etmemesi hâlinde karşılaşılabileceği ceza koşulu, temerrüt faizi, icra tehdidi gibi olumsuz sonuçların bu ifa sayesinde önlenmesi borçlunun menfaati ile çoğu kez örtüşecektir. Bu nedenledir ki, üçüncü kişinin ifası tarihsel bağlamda borçlu yararına vekâletsiz işgörmenin tipik bir örneği olarak ele alınmaktadır<sup>34</sup>.

Bununla birlikte üçüncü kişinin gerçekleştirdiği ifa borçlunun menfaatleri ile her zaman örtüşmez. Zira üçüncü kişinin ifası sonucunda borçlu alacaklıya karşı borçtan kurtulmuş olsa bile, kural olarak bu sefer de üçüncü kişiye karşı borçtan kurtulmasının karşılığında rücu

<sup>28</sup> Koller (n 24) 638 ff.

<sup>29</sup> Fagnoli (n 11) 187.

<sup>30</sup> Claire Huguenin, *Obligationenrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil* (3. Auflage, Schultess 2019) 214; Schraner (n 24) Art. 68, N. 50; Weber (n 24) Art. 68, N. 53.

<sup>31</sup> Schraner (n 24) Art. 68, N. 44; Weber (n 24) Art. 68, N. 50.

<sup>32</sup> Weber (n 24) Art. 68, N. 50.

<sup>33</sup> Krş. Fikentscher and Heinemann (n 23) 179.

<sup>34</sup> Wollschläger (n 12) 76.

borçlusu konumuna geçecektir. Hatta üçüncü kişinin ifası bazen borçlunun malvarlığında arzu etmediği birtakım olumsuz sonuçlara da yol açabilir<sup>35</sup>. Borçlunun alacaklıya karşı takasa elverişli bir alacağının bulunduğu ve alacaklıya olan borcunu bu alacak ile takas etmek suretiyle sona erdirmek istediği hâller buna örnektir. Bu bağlamda özellikle üçüncü kişinin borçlunun iradesi hilafına gerçekleştireceği ifanın da sorunlu olduğu ifade edilmektedir<sup>36</sup>. Her ne kadar borçlunun üçüncü kişinin ifasına muhalefet etmesi ile istisnaen karşılaşılabileceği ifade edilmişse de<sup>37</sup>, borçlunun alacaklı ile arasındaki borç ilişkisine üçüncü kişinin müdahalesini istememesinin çeşitli sebepleri bulunabilir<sup>38</sup>. Örneğin; borçlu bir başkası tarafından borçtan kurtarılmayı onur meselesi yapabilir<sup>39</sup> veyahut üçüncü kişinin borcu ifa ettikten sonra rücu alacaklısı olarak karşısına çıkmasını engellemek isteyebilir<sup>40</sup>.

Her ne kadar üçüncü kişinin ifası Roma hukukunda borçlunun menfaati açısından desteklenmesi gereken bir hukuki müessese olarak ele alınmışsa da üçüncü kişinin ifasında borçlunun iradesinin aranmamasını haklı kılabilecek tarihsel sebepler (eski dönemlerde borçlunun şahsına el koyulması, sonraki dönemlerde borçlu aleyhine külli takip başlatılabilmesi gibi) günümüzde geçerliliğini yitirmiştir. Günümüzde borçlunun iradesi hilafına olsa dahi üçüncü kişinin ifasına imkân tanınmasının gerekçesini, alacaklının ister borçlu ister üçüncü kişi tarafından olsun, edime kavuşturulma menfaatini üstün tutmak teşkil etmektedir<sup>41</sup>. Üçüncü kişinin sunduğu ifa alacaklı tarafından kabul edildiğinde, borçlunun iradesinin bulunmaması gerekçesiyle ifayı geçersiz kılmanın getireceği pratik zorluklar da (alacaklının üçüncü kişiye edimi iade edecek olması; hâlihazırda üçüncü kişiden edimi elde etmiş olan alacaklının borçludan ifaya yönelik talepte bulunma motivasyonunun bulunmaması gibi) bu sonucu haklı kılar. Borçlunun kendi ifa planı doğrultusunda ifayı gerçekleştirmek istemesi; üçüncü kişinin daha sonra kendisine yönelteceği rücu talebi ile karşı karşıya bırakılmak istememesi ya da üçüncü kişinin ifasının malvarlığında meydana getirebileceği etkiler de kural olarak dikkate alınmaz<sup>42</sup>.

<sup>35</sup> Gernhuber (n 4) 453.

<sup>36</sup> Emunds (n 11) 433.

<sup>37</sup> Emunds (n 11) 357; Feyzioğlu (n 3) 87.

<sup>38</sup> Schraner (n 24) Art. 68, N. 44; von Büren (n 25) 452; Weber (n 24) Art. 68, N. 50.

<sup>39</sup> Serozan (n 1) 27; Weber (n 24) Art. 68, N. 50.

<sup>40</sup> Schraner (n 24) Art. 68, N. 44; von Büren (n 25) 452; Weber (n 24) Art. 68, N. 50.

<sup>41</sup> Krş. Huguenin (n 30) 214; Schraner (n 24) Art. 68, N. 47; von Büren (n 25) 453; Weber (n 24) Art. 68, N. 50-51; Wollschläger (n 12) 79.

<sup>42</sup> Gernhuber (n 4) 452.

Bununla birlikte, üçüncü kişinin ifasını engelleyemeyen ve bunun sonucunda kendi iradesi dışında borcunu ifa eden üçüncü kişiye karşı rücu ilişkisi kapsamında borç altına giren borçlu, tıpkı alacağın devrinde olduğu gibi, üçüncü kişi karşısında, alacaklı karşısında olduğundan daha kötü bir duruma da getirilmemelidir. Alacağın devrinde borçlunun korunması için getirilmiş hükümler kıyasen borçlunun iradesi dışında borcu ifa eden üçüncü kişinin sebepsiz zenginleşmeye dayalı olarak borçluya rücu ettiği hâllerde de uygulanmalıdır<sup>43</sup>.

Borçlunun iradesi dışında hareket eden bir üçüncü kişinin ifa yetkisi kapsamında ortaya çıkan bir diğer önemli mesele, alacaklının üçüncü kişi tarafından kendisine sunulan ifayı kabul etmek zorunda olup olmadığı, bu ifayı hangi hâllerde alacaklı temerrüdüne düşmeksizin reddedebileceğine ilişkindir.

Kanaatimizce borçlunun irade durumuna ilişkin özel bir araştırmaya gidilmeksizin, borçlunun borcundan kurtulmaya yönelik bir menfaatinin bulunduğu varsayımından hareket edilmeli ve kural olarak üçüncü kişinin ifasını kabul etmek istemeyen alacaklı karşısında borçlunun menfaati üstün tutulmalıdır. Borçlunun kişisel özelliklerinin önem taşımadığı edimlerde ifayı kimin gerçekleştirdiğine bakılmaksızın alacağını elde edebilecek iken alacaklının üçüncü kişinin ifasını reddedici tutumu da zaten haklı görülemez.

Bununla birlikte, üçüncü kişinin ifa girişiminden haberdar olan borçlunun, alacaklıya yönelteceği bir itirazla bu ifaya karşı çıktığını bildirmesi hâlinde, artık borçlunun menfaatine ilişkin kabul edilen varsayımın geçerliliğini yitireceği kabul edilmelidir. Böylece alacaklı, üçüncü kişinin ifasını reddedebilmek için haklı bir sebep elde etmiş olur. Alacaklı ile borçlunun üçüncü kişinin ifasına birlikte karşı çıkması, başkasına ait bir borcu ifa etmek bakımından bir hak değil; sadece bir yetkiyi haiz olan üçüncü kişinin ifa yetkisini ortadan kaldırmalıdır. Bu çözüm tarzı, borç ilişkisi üzerinde bu ilişkinin tarafları olan alacaklı ile borçlunun hâkimiyetine üstünlük tanınması gerektiği düşüncesi ile de örtüşür.

Alacaklı ile borçlu arasında alacağın devrini yasaklayan bir anlaşmanın varlığı hâlinde de alacaklı, üçüncü kişinin ifasını, kendisi için olumsuz sonuçlara yol açmayacak şekilde reddedebilmelidir.

Üçüncü kişinin kendisine sunduğu ifayı kabul etmesi alacaklı açısından borçluya karşı borca aykırılık nedeniyle tazminat sorumluluğuna yol açabilir. Zira istisnai olsa da bazı

<sup>43</sup> Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Gizem Zurnacı, 'Üçüncü Kişinin İfası' (Doktora Tezi, Yeditepe Üniversitesi 2023) 335 vd.

hâllerde, borçlunun ifanın kabulü veya hazırlık fiillerinin yerine getirilmesine yönelik bir hakkı söz konusu olabilir<sup>44</sup>. Bu hâllerde de alacaklı üçüncü kişinin ifasını kabulden kaçınabilmelidir.

Kanaatimizce alacaklının üçüncü kişinin ifasını kabul etmek zorunda olduğuna ilişkin prensibe para borcu dışındaki borçlar bakımından bir istisna daha getirilmesi gerekir. Çünkü para borçlarının dışındaki borçlarda alacaklının üçüncü kişinin kötü ifası yüzünden zarara uğrama tehlikesi bulunmaktadır. Alacaklı, borçlunun iradesi dışında hareket eden bir üçüncü kişinin kötü ifası veya üçüncü kişinin ifayı gerçekleştirdiği esnada alacaklının bütünlük menfaatini ihlal etmesi hâlinde kural olarak borçlunun sorumluluğuna başvuramaz. Bu açıdan para borçları dışındaki borçlarda üçüncü kişinin ifası alacaklıyı borçlu karşısında olduğundan daha olumsuz bir konuma getirebilir. Bu nedenle başkasına ait bir borcu ifa etmek isteyen üçüncü kişinin alacaklıyı ifayı kabule zorlayabilmesi için bu yönde bir talebi varsa alacaklıya, ifa yüzünden uğrayabileceği zararı karşılamak için bir teminat vermesi gerekir. Zira alacaklı bir yandan üçüncü kişinin ifasını kabul etmek zorunda bırakılıp diğer yandan bu ifanın yaratacağı olumsuz sonuçlarla baş başa bırakılamaz. Ancak üçüncü kişi borçlunun iradesi ile hareket eden bir kimse ise, bu durumda alacaklı ifayı kabul etmek zorundadır. Bu bakımdan para borçları dışındaki borçlarda borçlunun üçüncü kişinin ifasına yönelik irade göstermiş olması, alacaklının üçüncü kişinin ifasını kabul etmek zorunda olması bakımından önem taşımaktadır. Borçlunun iradesinin üçüncü kişinin ifasının gerçekleşmesine yönelik olduğunu ispat edecek olan taraf, üçüncü kişi olmalıdır. Fakat alacaklının konumundaki objektif bir kişinin borçlunun ifaya yönelik iradesini anlayabilecek durumda olduğunu söyleyebildiğimiz ölçüde, alacaklı açık bir iradenin varlığında ısrarcı olamaz. Şayet iradenin varlığı somut olayın özelliklerinden çıkarılabiliyorsa, mesela üçüncü kişi borçlunun borçlandığı bir parça borcunun ifasını teklif etmişse veya ifanın gerçekleşme tarzına ilişkin olarak kararlaştırılan esaslardan haberdarsa, borçlunun ifaya yönelik iradesinin bulunduğu sonucuna varılabilir.

## SONUÇ

Roma hukukunun tarihsel temelini teşkil ettiği Kıta Avrupası ile Anglo-Amerikan hukuk sistemine dâhil ülkelerde üçüncü kişinin ifasına genel itibarıyla imkân tanınmaktadır. Ancak üçüncü kişinin ifa yetkisinin sınırları, özellikle üçüncü kişinin başkasına ait bir borcu yerine getirebilmesi için borçlunun iradesinin aranıp aranmayacağı ve alacaklının üçüncü kişinin

<sup>44</sup> Bkz. Uwe Hüffer, *Leistungsstörungen durch Gläubigerhandeln* (Duncker&Humblot 1976) 252; Demian Stauber, *Die Rechtsfolgen des Gläubigerverzugs* (Stämpfli Verlag 2009), 74 ff.

ifasını kabul etmek zorunda olup olmadığı meselelerine ilişkin olarak hukuk sistemlerinin farklı çözümler kabul ettiği görülmektedir.

Her iki hukuk sisteminde başkasının borcu için rehin verilen şey üzerinde hak sahibi olan kimselere kendisine ait olmayan bir borcu ifa etme hakkı tanımaktadır. Zira bir alacağın rehinle teminat altına alındığı hâllerde, alacaklı muaccel alacağı için rehlin paraya çevrilmesi yoluna başvurabilir. Bu kapsamda rehin konusu şey üzerinde mülkiyet veya sınırlı bir ayni hakkı olan üçüncü kişiler, alacaklı ile borçlu ortaklaşa hareket etseler bile ifa hakkından mahrum bırakılamaz; borçlu karşı çıkmış olsa da alacaklı kendisine sunulan ifayı kabul edebilir, hatta alacaklı temerrüdüne düşmemek için ifayı kabul etmek zorundadır.

Hukuk düzeninin öngördüğü şekilde ifada haklı bir menfaati olmayan üçüncü kişilerin ifası bakımından ise borçlunun iradesinin aranıp aranmayacağı noktasında hukuk sistemleri arasında farklılıkların bulunduğu görülmektedir. Bu bağlamda Anglo-Amerikan hukuk sisteminden farklı olarak Kıta Avrupası hukuk sistemine dâhil ülke hukuklarında üçüncü kişinin ifası açısından prensip borçlunun iradesinin aranmayacağı yönündedir. Fakat üçüncü kişinin ifasını, borçlunun iradesine tabi tutmayan (Almanya ve Avusturya gibi) ülke hukukları açısından, borçlunun iradesi dışında hareket eden bir üçüncü kişinin ifasının alacaklı tarafından kabul edilmek zorunda olup olmadığına ilişkin farklı yaklaşımlar benimsenmiştir.

Türk hukuku açısından kanaatimizce benimsenmesi gereken çözüm, üçüncü kişinin başkasına ait bir borcu ifa edebilmesi için kural olarak borçlunun iradesinin bir önem taşımadığı yönünde olmalıdır. Bu bağlamda borçlu üçüncü kişinin ifasına karşı çıkmış olsa bile, alacaklı tarafından kabul edilmiş olan bir üçüncü kişinin ifası geçerli olarak hüküm ve sonuçlarını doğurabilecektir. Diğer yandan üçüncü kişinin borçlunun iradesi ile hareket eden bir kimse olmaması alacaklının üçüncü kişi tarafından kendisine sunulan gereği gibi ifa teklifini reddetmesi için de tek başına yeterli bir sebep teşkil etmez. Ancak alacaklı borçlunun üçüncü kişinin ifasına karşı çıktığından önceden haberdar ise veya borçlu ile alacağın devrini yasaklayan bir anlaşma yapmış ise ya da para borcu dışında bir borç söz konusu ise ve üçüncü kişi alacaklının böyle bir borcun üçüncü kişi tarafından ifa edilmesi sonucunda uğrayabilecek olduğu zarar için teminat vermemişse, alacaklı üçüncü kişinin ifa teklifini alacaklı temerrüdüne düşmeden reddedebilmelidir.

## KAYNAKÇA

Below KH, 'Die Erfüllung der Obligation durch einen Dritten' in H. M. Pawlowski, Wiese Günther (eds), *Festschrift für Konrad Duden zum 70. Geburtstag* (C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung 1977).

Birks P, *An Introduction to the Law of Restitution* (Clarendon Press 1989).

Brinz A, *Lehrbuch der Pandekten, Band II, 1. Abteilung* (2. Auflage, Verlag von Andreas Deichert 1879).

Bucher E, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht* (2. Auflage, Schultess 1988).

Burrows A, *The Law of Restitution* (3. Edition, Oxford University Press 2011).

Emunds C, *Solvendo quisque pro alio liberat eum, Studien zur befreienden Drittleistung im klassischen römischen Recht* (Duncker&Humblot 2007).

Eren F, *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (27. Baskı, Yetkin Yayınları 2022).

Fagnoli I, 'Drittleistung und Pflichterfüllung: auch gegen den Willen des schuldners? – oder- Rechtsgeschichte als Hilfsmittel der Gesetzesauslegung' (2010) 146 Zeitschrift des Bernische Juristenvereins, 177-193.

Feyzioğlu FN, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt II* (2. Baskı, İstanbul Üniversitesi Yayınları 1977).

Fikentscher W and Heinemann A, *Schuldrecht Allgemeiner und Besonderer Teil* (12. Auflage, De Gruyter 2022)

Friedmann D and Cohen N, 'Payment of Another's Debt' in Ernst von Caemmerer, Peter Schlechtriem (eds), *International Encyclopedia of Comparative Law, Restitution/Unjust Enrichment and Negotiorum Gestio, Vol X* (Mohr Siebeck 2007), 3-80.

Gernhuber J, *Die Erfüllung und ihre Surrogate sowie das Erlöschen der Schuldverhältnisse aus anderen Gründen* (2. Auflage, Mohr Siebeck 1994).

Gold J, 'Accord and Satisfaction by a Stranger' (1941) 19 (3) The Canadian Bar Review, 165-209.

Gruchot JA, *Die Lehre von der Zahlung der Geldschuld nach heutigem deutschen Rechte* (Verlag von Franz Vahlen 1871).

Gümüş MA, *Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri* (Yetkin Yayınları 2021).

Hertz W, 'Die Zahlung einer fremden Schuld' (Dissertation, Friedrich-Franz-Universität 1894).

Huguenin C, *Obligationenrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil* (3. Auflage, Schultess 2019).

Hüffer U, *Leistungsstörungen durch Gläubigerhandeln* (Duncker&Humblot 1976).

Kaser M, *Das Römische Privatrecht, Erster Abschnitt, Das Altrömische, Das Vorklassische und Klassische Recht* (2. Auflage, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung 1971).

King EI, 'Accord and Satisfaction by a Third Person' (1950), 15 (2) Missouri Law Review, 115-137.

Kocayusufpaşaoğlu N, *Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme, Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı: Borçlar Hukuku Genel Bölüm, C. I* (7. Baskı, Filiz Kitabevi 2017).

Koller A, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil: Handbuch des allgemeinen Schuldrechts* (4. Auflage, Stämpfli Verlag 2017).

Koschaker P ve Ayiter K, *Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Ana Hatları* (İzmir Dokuz Eylül Üniversitesi Matbaası 1993).

Mayrhofer H, *System des österreichischen allgemeinen Privatrechts, 2. Buch, Das Recht der Schuldverhältnisse, 1. Abteilung, Allgemeine Lehren* (3. Auflage, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung 1986).

Meier S, 'Performance of an Obligation by a Third Party' in Andrew Burrows, David Johnston, Reinhard Zimmermann (eds), *Judge and Jurist: Essays in Memory of Lord Rodger of Earlsferry* (Oxford University Press 2013), 619-636.

Meier S, 'Die Leistung durch Dritte in historisch-vergleichender Perspektive' (2015) Zeitschrift für die gesamte Privatrechtswissenschaft, 103-122.

Mitchell C, *The Law of Subrogation* (Clarendon Press 1994).



Nomer HN, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (19. Baskı, Beta 2023).

Oertmann P, 'Die Zahlung fremder Schulden' (1894) 82 (3), 367-515.

Oğuzman MK ve Öz MT, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I* (20. Baskı, Vedat Kitapçılık 2022).

Rado T, *Roma Hukuku Dersleri Borçlar Hukuku* (Fakülteler Matbaası 1980).

Schraner M, *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch (Zürcher Kommentar), Band. V: Obligationenrecht, Teilband V/1e: Die Erfüllung der Obligationen, Art. 68-96 OR* (3. Auflage, Schulthess 2000).

Serozan R, *İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme (Kocayusufoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı: Borçlar Hukuku Genel Bölüm, C. III* (7. Baskı, Filiz Kitabevi 2016).

Sintenis CFF, *Das Practische Gemeine Civilrecht, II. Band* (3. Auflage, Verlag von Bernhard Tauchnitz 1868).

Stauber D, *Die Rechtsfolgen des Gläubigerverzugs* (Stämpfli Verlag 2009).

Tekinay SS, Akman S, Burcuoğlu H ve Altop A, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (7. Baskı, Filiz Kitabevi 1993).

Tunçomağ K, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler I. Cilt* (5. Baskı, Sermet Matbaası 1972).

Umur Z, *Roma Hukuku Ders Notları* (3. Baskı, Beta 2010).

Virgo G, *The Principles of the Law of Restitution* (3. Edition, Oxford University Press 2015).

von Bartels K, 'Zum Rückgriff nach eigennütziger Zahlung auf fremde Schuld' (2014) 78 *Rabels Zeitschrift für Ausländisches und Internationales Privatrecht*, 479-507.

von Büren B, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil* (Schulthess 1964).

Weber RH, *Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Das Obligationenrecht, Band VI, 1. Abteilung, Allgemeine Bestimmungen, 4. Teilband: Die Erfüllung der Obligation, Art. 68-96 OR* (2. Auflage, Stämpfli Verlag 2005).

Whittaker S, 'Performance of another's obligation: French and English law contrasted' in David Johnston, Reinhard Zimmermann (eds), *Unjustified Enrichment, Key Issues in Comparative Perspective* (Cambridge University Press 2002).

Windscheid B and Kipp T, *Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. 2* (9. Auflage, Scientia Verlag Aalen 1906).

Wolf C, *Drittleistung und Leistungsmittlung* (Duncker&Humblot 1995).

Wollschläger C, *Die Geschäftsführung ohne Auftrag: Theorie und Rechtsprechung* (Duncker&Humblot 1976).

Zimmermann R, *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition* (Oxford University Press 1996).

Zurnacı G, 'Üçüncü Kişinin İfası' (Doktora Tezi, Yeditepe Üniversitesi 2023).

# Hırsızlık Suçunda Malın Bulunduğu Yerden Alınması\*

*Taking Goods from Their Place in the Crime of the Theft*

Arş. Gör. Uğur AŞKIN\*\*

Dr. Öğr. Üyesi Korhan YEĞRİM\*\*\*

## Öz

Hırsızlık suçu, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun ikinci kitabının 'Malvarlığına Karşı Suçlar' başlıklı onuncu bölümünde yer alan 141 ila 147'nci maddeleri arasında düzenlenmiştir. Kişinin, zilyedinin rızası olmaksızın başkasına ait taşınır bir malı, kendisine veya başkasına yarar sağlamak amacıyla bulunduğu yerden almasıyla hırsızlık suçu oluşur. Hırsızlık suçunda tipikliğin maddi unsuru olan malı bulunduğu yerden alma fiilinin gerçekleştiği zamanın tespit edilmesi, suçun teşebbüs aşamasında kalması ya da tamamlanması açısından önem arz eder. Bu itibarla hırsızlık suçunda 'almak' fiilinin ne zaman gerçekleştiğine ilişkin doktrinde altı farklı görüş ileri sürülmüştür.

İlk olarak elkoyma görüşüne göre, hırsızın malı almak amacıyla onun üzerine elini koyması ile alma fiili gerçekleşir. Fail, elini koyarak mal üzerinde hakimiyet sağladığı için alma fiili oluşur. Basit hareket görüşüne göre, hırsızlık suçunda failin malı bulunduğu yerden kaldırması ile alma fiili tamamlanır. Üçüncü görüş olan ayırma görüşüne göre, failin malı bulunduğu yerden aldıktan sonra ulaştırmayı hedeflediği yere götürmesi halinde alma fiili gerçekleşir. Sahip olma görüşüne göre, failin taşınabilir malı zilyedinin egemenlik alanından çıkardıktan sonra kendi nüfuz ve egemenlik alanına geçirmesi ile almak fiili tamamlanır. Mülkiyet teorisine göre, hak sahibi kişiyi kalıcı olarak dışlamak için "mal sahibi gibi davranmak" amacıyla mülkiyete benzer fiili bir güç ilişkisinin üstlenilmesiyle alma fiili oluşur. Son olarak maddi değer teorisine göre, hak sahibi kişinin zilyetliğine kalıcı olarak son verilmekle birlikte, failin malı kendi mülkiyetine dahil etme niyetiyle ekonomik değerine göre edinmesi halinde alma fiili gerçekleşir.

Yargıtay kararlarında hırsızlık suçunun tamamlanmasına ilişkin kriter; failin, zilyedinin rızası dışında taşınır malı bulunduğu yerden alması durumunda kesintisiz bir takibin bulunmaması ve kısa süreliğine dahi olsa failin söz konusu mal üzerinde fiili hakimiyetini tesis etmiş olmasıdır. Kanaatimizce, hırsızlık suçunun tamamlanma anı, mal üzerinde fiili tasarruf imkanının serbestçe kullanılabilirdiği andır.

\* Hakemli Araştırma Makalesi / **Makale Geliş Tarihi:** 15.08.2023 – **Makale Kabul Tarihi:** 26.10.2023.

\*\* İnönü Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, ugur.askin@inonu.edu.tr, ORCID: 0000-0002-3842-8745.

\*\* İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, korhan.yegrim@inonu.edu.tr, ORCID: 0000-0002-3231-0068.

### **Anahtar Kelimeler**

Hırsızlık, zilyet, taşınır mal, almak, fiili hakimiyet.

### **Abstract**

The crime of theft is regulated between Articles 141 and 147 in the tenth section titled 'Crimes Against Property' of the second book of the Turkish Penal Code No. 5237. The crime of theft occurs when a person takes a movable property belonging to another person without the consent of the possessor, with the intention of benefiting himself or someone else. Determining the time when the act of taking the property from its place, which is the material element of typicality in the theft offence, takes place, is important in terms of whether the offence remains in the attempt stage or is completed. In this respect, six different opinions have been put forward in the doctrine regarding when the act of 'taking' occurs in the offence of theft.

Firstly, according to the seizure view, the act of taking occurs when the thief puts his hand on the goods in order to take them. Since the perpetrator has control over the goods by placing his hand, the act of taking occurs. According to the simple act view, the act of taking is completed when the perpetrator removes the goods from the place where they are located. According to the third opinion, the separation opinion, the act of taking occurs when the perpetrator takes the goods from the place where they are located and takes them to the place where they are intended to be delivered. Finally, according to the view of possession, the act of taking is completed when the perpetrator removes the movable property from the sovereignty of the possessor and transfers it to his own sphere of influence and sovereignty. According to the ownership theory, the act of taking occurs when a de facto power relationship similar to ownership is assumed in order to "act as the owner" in order to permanently exclude the rightful owner. According to the material value theory, which is the last opinion, the act of taking occurs when the perpetrator acquires the property according to its economic value with the intention of including it in his own property, although the possession of the rightful owner is permanently terminated.

In the decisions of the Court of Cassation, the criterion for the completion of the offence of theft is the absence of an uninterrupted pursuit in the event that the perpetrator steals a movable property from the victim, and that the perpetrator has established actual control over the property in question, even for a short period of time. In our opinion, the moment of completion of the offence of theft is the moment when the actual possession of the goods can be freely used.

### **Keywords**

Theft, possession, movable property, taking, actual possession.

## **GİRİŞ**

Malvarlığı ve mülkiyet hakkı, Anayasal normlarla korumaya layık görülen temel insan haklarından. Nitekim Anayasamızın mülkiyet hakkı başlıklı 35'inci maddesine göre "*herkes, mülkiyet ve miras haklarına*" sahiptir. Bu haklar ancak kamu yararı amacıyla ve kanunla sınırlandırılabilir. Aynı şekilde İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin 17'nci maddesi ile herkesin tek başına ya da başkalarıyla ortaklık içinde mülkiyet hakkına sahip olduğu

düzenlenmiştir. Ayrıca Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 1 No’lu Ek Protokolün 1’inci maddesi ile her gerçek ve tüzel kişinin mal ve mülk dokunulmazlığına saygı gösterilmesini isteme hakkının bulunduğu ifade edilmiştir<sup>1</sup>.

Hırsızlık suçu, mülga 765 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda İkinci Kitabın “*Mal Aleyhine Cürümler*” başlıklı onuncu babının birinci faslında yer alan 491’inci madde de düzenlenmişti. Bu suç, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda ise ikinci kitabın “*Kişilere Karşı Suçlar*” başlıklı ikinci kısmının “*Malvarlığına Karşı Suçlar*” başlıklı onuncu bölümünde düzenlenmiştir.

Hırsızlık suçunda tipikliğin maddi unsurlarından olan “malın bulunduğu yerden alınması” fiilinin gerçekleştiği zamanın tespit edilmesi, suçun teşebbüs aşamasında kalması ya da tamamlanması açısından önem arz eder. Bu itibarla hırsızlık suçunda alma fiilinin ne zaman gerçekleşeceğini belirlemek gerekir. Bu konuda doktrinde dört farklı görüş ileri sürülmüştür.

Çalışmamızda öncelikle hırsızlık suçu ve malvarlığına karşı suçlar hakkında genel bilgilere yer verilecek, daha sonra “hırsızlık suçunda malın bulunduğu yerden alınması” fiili incelenecektir. Özellikle doktrindeki görüşler ele alınarak, konuya ilişkin Yargıtay kararları değerlendirilecektir. Ayrıca hırsızlık suçunun kesintisiz bir suç olup olmadığı incelenerek, suçun tamamlanma ve sona erme aşamasının gerçekleştiği zamana ilişkin açıklamalara yer verilecektir.

## I. GENEL AÇIKLAMALAR

Hırsızlık suçu, TCK’nın 141 ila 147’nci maddeleri arasında düzenlenmiştir. Gerçekten TCK’nın 141’inci maddesinde hırsızlık suçunun temel haline, 142’nci ve 143’üncü maddelerinde cezayı artırıcı nitelikli haline yer verilmiştir. Kanun’un 144 ila 146’ncı maddelerinde suçun daha az cezayı gerektiren nitelikli halleri ihdas edilmiştir. Son olarak Kanun’un 147’nci maddesinde ise hırsızlık suçunda zorunluluk hali düzenlenmiştir.

Hırsızlık suçunda korunan hukuki değer zilyetlik ve mülkiyet hakkıdır. Malın bulunduğu yerden alınması fiili ile bir başka kişiye ait fiili hakimiyet ihlal edilmektedir. Bu durum zilyetliğin ihlali anlamına gelmektedir<sup>2</sup>. Bu suçun kişilere karşı suçlar kısmı altında düzenlenmesinin en önemli sebebi, malvarlığına ilişkin hakların bireyin ayrılmaz bir parçası

<sup>1</sup> Madde metni için bkz. <<https://www.anayasa.gov.tr/media/3605/aihskapsamindamulkiyethakki.pdf>,> Erişim Tarihi 25 Eylül 2023.

<sup>2</sup> Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem ve R. Murat Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku* (Seçkin Yayıncılık 2021) 738; Veli Özer Özbek, Koray Doğan ve Pınar Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (Seçkin Yayıncılık 2020) 623.

olmasıdır<sup>3</sup>. Ayrıca hırsızlıktaki alma fiilinin icrasıyla mala karşı değil kişilerin malvarlığına yönelik haksız eylem gerçekleştirilir. Dolayısıyla o malı elinde bulunduran şahsa yönelik bir hukuka aykırılık (kişiye yönelik saldırı) da ortaya çıkmaktadır<sup>4</sup>. Bu sebeple kanun koyucu hırsızlık suçunu kişilere karşı suçlar içerisinde düzenlemiştir<sup>5</sup>.

Hırsızlık suçunun konusunu “başkasına ait taşınır bir mal” oluşturur<sup>6</sup>. Hırsızlık suçunda tipikliğin maddi unsurlarından olan “almak” fiili malın taşınabilir olmasını gerektirir<sup>7</sup>. Örneğin, dalından alınan meyveler, topraktan çıkarılan madenler ve taşınmazlardan ayrılan eşyalar taşınır mal olarak kabul edilir<sup>8</sup>. Bu itibarla taşınmazlar hırsızlık suçunun konusunu oluşturmaz<sup>9</sup>. Hırsızlık suçunun konusunu oluşturan malın ekonomik bir değere sahip olması gerekmez. Bu itibarla ekonomik değere sahip olmayan duygusal ya da manevi değeri bulunan şeyler de mal kavramı içerisinde değerlendirilir<sup>10</sup>.

Hırsızlık suçunun faili, suçun konusunu oluşturan taşınır mal üzerinde fiili hakimiyeti bulunan kişinin haricinde herhangi bir kişi olabilir. Bu suçun mağduru ise fiili hakimiyetinde

<sup>3</sup> Mahmut Koca ve İlhan Üzülmez, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (Adalet Yayınevi 2020) s. 599; Osman Yaşar, Hasan Tahsin Gökcan ve Mustafa Artuç, *Yorumlu- Uygulamalı Türk Ceza Kanunu* (Genişletilmiş ve Güncellenmiş 2. Baskı, Adalet Yayınevi 2014) 4469.

<sup>4</sup> Tezcan, Erdem ve Önok (n 3) 736.

<sup>5</sup> Erdal Noyan, *Hırsızlık ve Yağma Suçları* (Adalet Yayınevi 2007) 39.

<sup>6</sup> 765 sayılı mülga TCK’da hırsızlık suçu için taşınabilir kavramı kullanılmış iken, 5237 sayılı TCK’da hırsızlık suçu bakımından taşınır mal kavramı kullanılmıştır. Bu kavramlar eş anlamlı değildir. Taşınabilir mal, bazı hallerde taşınması mümkün olmamakla birlikte, taşınmaz malın özüne zarar verilmeksizin ondan ayrılabilen ve bu suretle taşınır duruma gelen mal şeklinde ifade edilmektedir. Taşınır mal ise, özü itibarıyla taşınabilme özelliği bulunan malı ifade etmek için kullanılan bir hukuki kavramdır. Bkz. Mustafa Özen, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (Adalet Yayınevi 2021) 716; Örneğin, bir binanın duvarındaki değerli çinilerin, çatısındaki kiremitlerin sökülüp alınması, bir bahçedeki ağaçların kesilerek götürülmesi, tarladaki toprağın alınması ve ekili mahsulün sökülüp götürülmesi hallerinde hırsızlık suçu oluşmaktadır. Bkz. Koca ve Üzülmez (n 4) 613; Tezcan, Erdem ve Önok (n 3) 744; İcra İflas Hukukunda gemi, özel hukukta bir bahçedeki ağaç taşınmaz mal olarak nitelendirilirken ceza hukukunda gerek geminin bulunduğu yerden alınması gerekse de tarladaki ağacın sökülme suretiyle başka bir yere götürülmesi halinde hırsızlık suçu oluşur. Bkz. Yaşar, Gökcan ve Artuç (n 4) 4480; Örneğin, bir tarla üzerinde kurulmuş olan seranın sökülüp götürülmesi ceza hukukunda taşınır mal kavramına dahildir. Bkz. Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 3) 614; M. Emin Artuk, Ahmet Gökcan, M. Emin Alşahin ve Kerim Çakır, *Ceza Hukuku Özel Hükümler* (16. Baskı, Adalet Yayınevi 2022) 573.

<sup>7</sup> Yener Ünver, *Malvarlığına Karşı Suçlar ve Ekonomik Suçluluk* (Seçkin Yayınevi 2009) 18; Koca ve Üzülmez (n 4) 605.

<sup>8</sup> Zeki Hafizoğulları ve Muharrem Özen, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar* (US-A Yayıncılık 2016) 333.

<sup>9</sup> Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 3) 611; Nur Centel, Hamide Zafer ve Özlem Çakmut, *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar* (Beta Basım Yayıncılık 2007) 285; Koca ve Üzülmez (n 4) 613; Gökhan Taneri, *Hırsızlık ve Hırsızlık Suçlarında İspat ve Sübut* (Legal Yayınevi 2015) 99; Yener Ünver, *Kamu ve Özel Hukuk Açısından Mülkiyet Hukuku* (Seçkin Yayıncılık 2020) 50.

<sup>10</sup> Yaşar, Gökcan ve Artuç (n 4) 4478.

bulunan malı alınan kişidir. Dolayısıyla suçun mağduru malın maliki olabileceği gibi zilyedi de olabilir<sup>11</sup>.

Hırsızlık suçu yalnızca kasten işlenebilir. Suçun taksirli hali kanunda açıkça düzenlenmediği için taksirle hırsızlık suçunun işlenebilmesi mümkün değildir. Ayrıca hırsızlık suçunda saik unsur olarak aranmaktadır. Nitekim malın bulunduğu yerden “yarar sağlama” saikiyle alınması gerekir<sup>12</sup>.

## II. HIRSIZLIK SUÇUNDA MALIN BULUNDUĞU YERDEN ALINMASI

### A. Mal Kavramı

Hırsızlık suçunda “malın bulunduğu yerden alınması” fiilinde öncelikle mal kavramının açıklanması gerekir. TDK’ye göre mal kavramı; “*bir kimsenin veya tüzel kişinin mülkiyeti altında bulunan, taşınır ya da taşınmaz varlıkların bütünü*” olarak ifade edilmiştir<sup>13</sup>. Diğer bir tanıma göre ise “*mal*”, günlük hayatta insanların birbirleriyle olan ilişkilerinde ihtiyaçlarının giderilmesini sağlamada kullanılan, dış dünyada maddi bir nesnesi bulunan, üzerinde hakimiyet kurulabilen, yaşayan insan dışındaki her tür taşınır eşya olarak nitelendirilir<sup>14</sup>.

Özel hukukta “*mal*” kavramının “*maddi bir mevcudiyet*”, “*hakimiyete elverişlilik*”, “*kişilik dışı olma*” ve “*iktisadi değer*” olmak üzere dört unsuru bulunur<sup>15</sup>. Ceza hukukunda ise “*mal*” kavramı, ekonomik değeri önemli olmaksızın maddi bir mevcudiyeti olan bütün şeyler olarak tanımlanır<sup>16</sup>. Bireyin dışında her şey “*mal*” olarak nitelendirilir<sup>17</sup>. Hırsızlık suçunda mal kavramı fiziki bir yapıyı haiz ve taşınabilir olmalıdır. Mevcudiyeti bulunmayan nesnelere alınma imkanı olmadığı için hırsızlığa konu olmaz<sup>18</sup>.

Hırsızlık suçuna konu malın ekonomik bir değer taşıması hususunda doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bir görüşe göre, malın ekonomik bir değere sahip olması gerekir. Ekonomik değeri olmayan ya da çok az olan mallar (ihtiyacı karşılayacak miktarda olmadığı

<sup>11</sup> Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 3) 627; Tezcan, Erdem ve Önok (n 3) 739; Yaşar, Gökcan ve Artuç (n 4) 4476.

<sup>12</sup> Yaşar, Gökcan ve Artuç (n 4) 4477; Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 3) 656.

<sup>13</sup> Şükrü Haluk Akalın, *TDK Türkçe Sözlük* (Türk Dil Kurumu 2019) 1614.

<sup>14</sup> Centel, Zafer ve Çakmut (n 4) 285.

<sup>15</sup> Mehmet Ayan, *Eşya Hukuku I* (Adalet Yayınevi 2016) 40.

<sup>16</sup> Ünver, *Malvarlığına Karşı Suçlar ve Ekonomik Suçluluk* (n 4) 19; Medeni hukukta mal kavramı, “*insanların ihtiyaçlarını gideren ve bu sebeple de insanlarca yararlı sayılan şeyler*” olarak tanımlanır. Bkz. Jale G. Akipek ve Turgut Akıntürk, *Eşya Hukuku* (Beta Basım Yayıncılık 2010) 25.

<sup>17</sup> Doğan Soyaşlan, *Ceza Hukuku Özel Hükümler* (Yetkin Yayınları 2010) 353.

<sup>18</sup> Wolfgang Joecks und Christian Jäger, *Strafgesetzbuch Studienkommentar* (13. Auflage, C.H. Beck 2021) § 242 kn. 9.

sürece) hırsızlık suçuna konu olamaz<sup>19</sup>. Örneğin, iki adet üzüm tanesi, birkaç adet toplu iğneden ibaret eşya hırsızlık suçunun konusunu oluşturmaz<sup>20</sup>. Buna karşın ikramiye kazanmış şans oyunu kuponları hukuki sonuç doğurmaları sebebiyle hırsızlık suçuna konu teşkil eder<sup>21</sup>. Ayrıca hamiline yazılı senetler, kaydi para gibi işlem gördüğünden hırsızlık suçuna konu olabilirken; emre muharrer senetler, üzerinde ismi yazılı olan kişi haricinde bir başka kişi tarafından kullanılabilmesi mümkün olmadığından maddi bir değer ifade etmezler ve hırsızlık suçunun konusu oluşturmazlar<sup>22</sup>. Bu görüşün bir sonucu olarak malın ekonomik değerinin oldukça az olması durumunda da hırsızlık suçu oluşur. Fakat bu halde faile, malın değerinin az olmasına ilişkin TCK m. 145 uygulanarak hiç ceza verilmeyeceği gibi cezada indirim de gidilebilir<sup>23</sup>.

Diğer bir görüşe göre, ekonomik değeri dikkate alınmaksızın maddi mevcudiyete sahip bütün nesnelere hırsızlık suçunun konusunu oluşturur<sup>24</sup>. Bu itibarla özel hukukta ekonomik değeri olan ve paraya dönüştürülebilen her şey malvarlığı olarak nitelendirilirken; ceza hukukunda ekonomik değeri olmayan şeyler de malvarlığı kapsamında değerlendirilir. Örneğin, bir saç parçası, sevilen bir kişiden alınan mektup gibi parasal değere dönüştürülemeyen şeyler de hırsızlık suçunun konusunu oluşturur<sup>25</sup>. Benzer şekilde çek yaprağı ekonomik açıdan değersiz olmasına rağmen hırsızlık suçuna konu teşkil edebilir<sup>26</sup>. Yine nüfus cüzdanı, ehliyet, ruhsat, bankamatik kartı, araç plakası gibi ekonomik değeri bulunmayan malların çalınması da hırsızlık suçunu oluşturur<sup>27</sup>. Nitekim TCK m. 145'te hırsızlık suçunda malın değerinin az olması cezada indirim yapılmasını gerektiren bir sebep olarak yer almaktadır. Bu düzenleme, ekonomik değeri olmayan şeylerin de hırsızlık suçunda mal olarak kabul edileceğini açıkça ortaya koymaktadır<sup>28</sup>.

<sup>19</sup> Centel, Zafer ve Çakmut (n 4) 285-286; Koca ve Üzülmaz (n 4) (2022) 682.

<sup>20</sup> Hafizoğulları ve Özen (n 4) 334; Taneri (n 4) 99.

<sup>21</sup> Gökhan Taneri ve Gani Kamışlı, *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar* (Seçkin Yayıncılık 2018) 775.

<sup>22</sup> Taneri ve Kamışlı (n 6) 771.

<sup>23</sup> Yaşar, Gökcan ve Artuç (n 4) 4478; “*Sanığın katılana ait kümeden 1 adet horoz çalmaktan ibaret eylemi nedeni ile horozun değeri tespit edilerek sanık hakkında 5237 Sayılı TCK'nun 145. maddesinin uygulanıp uygulanmayacağına değerlendirilmesi gerektiğinin gözetilmemesi bozmayı gerektirmiştir*”. Yargıtay 17 CD, E 2019/2588 K 2019/12579, 16/10/2019.

<sup>24</sup> Koca ve Üzülmaz (n 4) 612; Tezcan, Erdem ve Önok (n 3) 740; Ünver, *Malvarlığına Karşı Suçlar ve Ekonomik Suçluluk* (n 4) 19.

<sup>25</sup> Soyaslan (n 5) 353; Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 3) 611.

<sup>26</sup> Tezcan, Erdem ve Önok (n 3) 740.

<sup>27</sup> Taneri ve Kamışlı (n 6) 771.

<sup>28</sup> Özen (n 4) 713; Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 3) 611.



Alman Ceza Hukuku'nda da hırsızlık suçunun konusu olan eşyanın ekonomik değerinin bulunmasının gerekli olmadığı kabul edilir<sup>29</sup>.

Yargıtay, hırsızlık suçunun konusu oluşturan malın ekonomik bir değere sahip olması gerektiğini ifade etmektedir. Nitekim Yargıtay bir kararında; “*imha edilmesi gereken ve ekonomik değeri bulunmayan hayvan etinin hırsızlık suçunun konusu olamayacağı ancak kusurunun gizlenerek satılması halinde dolandırıcılık suçunun oluşacağı, eylemin bu aşamada ise yalnızca TCK'nın 186. maddesinde düzenlenen bozulmuş veya değiştirilmiş gıda ticareti suçunu oluşturacağı gözetilmeden hırsızlık suçundan beraati yerine yazılı şekilde mahkumiyetine karar verilmesi...*” şeklindeki ifadeler ile malın ekonomik değerinin bulunmaması halinde hırsızlık suçunun oluşmayacağı sonucuna ulaşmıştır<sup>30</sup>. Bir malın ekonomik değerinin az olmasını, fiilin haksızlık içeriği olarak cezalandırmaya layık olmaması şeklinde anlamak gerekmektedir<sup>31</sup>.

Kanaatimizce, bir malın hırsızlık suçunun konusunu oluşturabilmesi için ekonomik anlamda ölçülebilir değere sahip olması gerekmez. Hırsızlık suçu için malın parasal değerinin dikkate alınması halinde, değersiz olan bir şeyin zamanla değerlenmiş olması ihtimalinde fiilin işlendiği anda mal değersiz olduğu için failin eylemi cezasız kalacaktır. Örneğin, ünlü bir kişiye ait kahkülünden kesilmiş saç parçası, ünlü bir kişinin defalarca kullanmış olduğu sakızlar veya bir şarkıcının soğuk algınlığı sırasında kullanmış olduğu peçete türündeki şeyler, ekonomik açıdan değerlerine bakılmaksızın hırsızlık suçunun konusunu oluşturmaktadır.

Yaşayan sahipli hayvanlar, hırsızlık suçuna konu olabilir<sup>32</sup>. Aynı şekilde kesilmiş hayvanlar, avlanmış av hayvanı ya da balık hırsızlık suçuna konu teşkil edebilir<sup>33</sup>. Buna karşılık yaşayan ya da ölmüş sahipsiz hayvanlar hırsızlık suçu bakımından mal olarak kabul edilmez<sup>34</sup>. Denizlerde, göllerde ya da ormanlarda avlanmak hırsızlık suçunu oluşturmaz. Buna karşılık

<sup>29</sup> Thomas Fischer, *Strafgesetzbuch, Beck'sche Kurz-Kommentare* (60. Auflage C.H. Beck 2013) § 242, kn. 3a; Helmut Satzger, Bertram Schmitt und Gunter Widmaier, *Strafgesetzbuch Kommentar* (Heymann 2009) § 242, kn. 6; Urs Kindhauser, Ulfrid Neumann und Ullrich Paeffgen, *Strafgesetzbuch Nomos Kommentar*, (Nomos 2010) § 242, kn. 11.

<sup>30</sup> Yargıtay 13 CD, E 2017/4762 K 2018/13553, 09.10.2018.

<sup>31</sup> Koca ve Üzülmüş (n 4) (2022) 684.

<sup>32</sup> Centel, Zafer ve Çakmut (n 4) 287; Yaşar, Gökcan ve Artuç (n 4) 4479; Soyaslan (n 5) 354; Fidan Balcı ve Seyithan Öztürk, *Hırsızlık, Karşılıksız Yararlanma ve Yağma Suçları* (Adalet Yayınevi 2017) 4; “*Katıllanlara ait küçükbaş hayvanların, açık alanda otlatılan iken çalınması şeklindeki eylemlerin, açık yerde bulunan hayvan hırsızlığı kapsamında olduğu...*”. Yargıtay 13 CD, E 2019/8430 K 2020/731, 14.01.2020.

<sup>33</sup> Hüseyin Eker, *Açıklamalı-İçtihatlı Hırsızlık Suçları* (Adalet Yayınevi 2014) 15.

<sup>34</sup> Ünver, *Kamu ve Özel Hukuk Açısından Mülkiyet Hukuku* (n 4) 50; Özen (n 4) 714.

bahsedilen bu yerler bir imtiyaz sözleşmesi ile bir kişiye tahsis edilmiş ise bu mekânlardan avlanmak hırsızlık suçunu oluşturur<sup>35</sup>.

Bir talep, hizmet ya da hak hırsızlık suçunun konusunu oluşturan taşınır mal kavramı içerisinde değerlendirilemez<sup>36</sup>. Bu itibarla bir kişinin, başka bir kişiden duymuş olduğu şiiirleri not etmek ve kendi ismiyle yayımlamak şeklinde gerçekleşen fiili, hırsızlık suçunu değil Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda yer alan ilgili suç ya da suçları oluşturur<sup>37</sup>. Zira fikri haklar hırsızlık suçu kapsamında korunmaz<sup>38</sup>.

Yaşayan insan bedeni de mal varlığına dahil değildir<sup>39</sup>. Ancak saç, diş, protez diş, kalp pili, peruk, kan gibi vücuttan ayrılıp birer maddeye dönüşen parçalar, mal kavramına dahil edilir<sup>40</sup>. Bu kapsamda “*mağdurun kardeşine vermek üzere alınmış olan böbreğinin başkası tarafından faydalanmak amacıyla alınması halinde*” hırsızlık suçu oluşur<sup>41</sup>. Buna karşılık bir görüşe göre, kişinin uyku esnasında saçının kesilerek alınması hırsızlık suçunu değil yaralama suçunu oluşturmaktadır<sup>42</sup>. Kanaatimizce, bu halde failin fiili yarar sağlama amacıyla gerçekleştirdiğinin tespiti halinde hırsızlık suçu, aksi halde kasten yaralama suçu oluşur.

Yaşamayan insan vücudu (ceset) mülkiyete konu edilebilen bir mal olarak kabul edilemez<sup>43</sup>. Doktrinde bir görüşe göre, yaşamı sona ermiş insan vücudu mal olarak kabul edilebilir. Ancak ceset üzerinde bir başkasının mülkiyeti ya da zilyetliği mümkün olamayacağı için hırsızlık suçunun konusunu oluşturmaz<sup>44</sup>. İnsan cesedi anatomik incelemeler için gömülmemesine karar verilirse ya da mumyalanırsa, üzerinde hakimiyet kurulabilen mülkiyete elverişli bir mal olarak nitelendirilebilir<sup>45</sup>.

<sup>35</sup> Sinan Esen, *Malvarlığına Karşı Suçlar, Belgelerde Sahtecilik ve Bilişim Alanında Suçlar* (Adalet Yayınevi 2007) 9.

<sup>36</sup> Ünver, *Malvarlığına Karşı Suçlar ve Ekonomik Suçluluk* (n 4) 19; Centel, Zafer ve Çakmut (n 4) 285.

<sup>37</sup> Tezcan, Erdem ve Önok (n 3) 740.

<sup>38</sup> Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 3) 612; Centel, Zafer ve Çakmut (n 4) 286.

<sup>39</sup> Satzger, Schmitt und Widmaier (n 7) § 242, kn. 9; Kindhauser, Neumann und Paeffgen (n 7) § 242, kn. 12.

<sup>40</sup> Tezcan, Erdem ve Önok (n 3) 742; Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 3) 613; Soyaslan (n 5) 354; Ünver, *Malvarlığına Karşı Suçlar ve Ekonomik Suçluluk* (n 4) 19; Satzger, Schmitt und Widmaier (n 7) § 242, kn. 8.

<sup>41</sup> Mustafa Artuç, *Kişilere karşı suçlar* (Adalet Yayınevi 2008) 35.

<sup>42</sup> Yaşar, Gökcan ve Artuç (n 4) 4479.

<sup>43</sup> Fischer (n 7) § 242, kn. 8.

<sup>44</sup> Koca ve Üzülmöz (n 4) 610.

<sup>45</sup> Satzger, Schmitt und Widmaier (n 7) § 242, kn. 9; Fischer (n 7) § 242, kn. 8; Koca ve Üzülmöz (n 4) 610.

Ölü bir kimsenin ceset ya da kemiklerinin tamamının veya bir kısmının bulunduğu yerden alınması hırsızlık suçunu oluşturmaz<sup>46</sup>. Bu tür fiiller, kişinin hatırasına hakaret suçunu oluşturur (TCK m. 130/2). Ölmüş insan bedeni üzerinden hukuka aykırı şekilde organ ve doku alınması ise organ ve doku ticareti suçu kapsamındadır (TCK m. 91/2)<sup>47</sup>. Cesetle beraber gömülmüş olan eşya hakkında hırsızlık suçunun işlenmesi mümkündür<sup>48</sup>. Ancak definenin alınması fiili hırsızlık suçunun konusunu oluşturmaz<sup>49</sup>. Bu tür fiiller 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanun'un "İzinsiz Araştırma, kazı ve sondaj yapanlar" başlıklı 74'üncü maddesinin ikinci fıkrasındaki suçu oluşturur<sup>50</sup>.

Bankamatik kartlarının hırsızlık suçunun konusunu oluşturup oluşturulmamasına ilişkin doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bir görüşe göre, banka ve kredi kartları da mal kavramına dahil olmalı ve bu kartların çalınması halinde hırsızlık suçunun işlendiği kabul edilmelidir<sup>51</sup>. Diğer bir görüşe göre, bankamatik kartı sadece bankamatikte bulunan paraya erişmek için bir anahtar görevi görmektedir. Bunlar bağlı oldukları hesabın ekonomik değerine karşılık gelmemektedir. Ayrıca bankamatik kartı, bankamatikten para çekmek için kullanılmakta ve arkasında manyetik depolanmış bilgiler barındırmaktadır. Bu bilgiler veri niteliğini haizdir. Veri ise hırsızlık suçunun konusunu oluşturamaz. Bu sebeple ATM kartı hırsızlık suçunun konusu bakımından elverişli nitelikte değildir<sup>52</sup>. Bu görüşün sonucu olarak, bulunduğu yerden alınan banka ve kredi kartını kullanmak ya da kullandırtmak suretiyle kendisine veya başkasına menfaat temin edilmesi hırsızlık suçunu değil, TCK m. 245/1'de düzenlenen banka veya kredi kartlarının kötüye kullanılması suçunu oluşturur<sup>53</sup>.

<sup>46</sup> Yaşar, Gökcan ve Artuç (n 4) 4479.

<sup>47</sup> Özen (n 4) 714.

<sup>48</sup> Necati Meran, *Hırsızlık, Yağma, Karşılıksız Yararlanma ve Malvarlığına Karşı Suçlar* (Adalet Yayınevi 2013) 21.

<sup>49</sup> Türk Medeni Kanunu'nun 772'nci maddesinde define kavramı tanımlanmaktadır. Bu maddeye göre; "Bulunmalarından çok zaman önce gömülmüş veya saklanmış olduğu ve duruma göre artık malikinin bulunmadığı kesin olarak anlaşılan değerli şeyler, define sayılır". Türk Medeni Kanunu, Kanun Numarası: 4721, Kabul Tarihi: 22.11.2001, RG 08.12.2001/24607.

<sup>50</sup> 2863 sayılı Kanun m. 74/2'ye göre; "İzinsiz olarak define araştıranlar, üç aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Ancak, bu fiillerin yurt dışına kültür varlıklarını kaçırma amacıyla veya kültür varlıklarının korunmasında görevli kişiler tarafından işlenmesi hâlinde, verilecek ceza iki katına kadar artırılır". Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu, Kanun Numarası: 2863, Kabul Tarihi: 21/7/1983, RG 23/7/1983 / 18113.

<sup>51</sup> Yaşar, Gökcan ve Artuç (n 4) 4480.

<sup>52</sup> Tezcan, Erdem ve Önok (n 3) 742 vd.

<sup>53</sup> Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 3) 613; Hırsızlık suçunun nitelikli hallerinden birisi de bilişim sistemlerinin kullanılması suretiyle işlenmesidir (TCK m.142/2-e). Fail, mağdura ait internet hesabından kendi hesabına para aktarması halinde malın bulunduğu yerden alma fiili gerçekleşmez. Zira veri, hırsızlığın konusunu oluşturmamaktadır. Bu halde bilişim alanında suçlar bölümünde yer alan "Sistemi engelleme, bozma, verileri

Yargıtay'ın, ATM kartlarının hırsızlık suçunun konusunu oluşturup oluşturulmasına ilişkin farklı yönde kararları bulunmaktadır. Nitekim Yüksek Mahkemenin bir kararında; “Sanıkların ATM'den işlem yapmak isteyen mağdur ...'a yardım edeceklerinden bahisle kredi kartını alıp işlem yaptıktan sonra para olmadığını söyleyerek mağdurun kartı yerine başka bir kart vermeleri eyleminin TCK.nun 141/1. maddesinde düzenlenen hırsızlık suçunu oluşturduğu gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması...”<sup>54</sup>. Diğer bir kararında ise; “Askerlik görevini yapmakta olan sanık hakkında, kendisi gibi asker olan mağdurun içinde 100-TL ve banka kartları bulunan cüzdanını koğuştan çalması ve ertesi gün askeri birlik içinde bulunan ATM den para çekmesi şeklinde gerçekleşen eylemleri nedeniyle TCK'nın 245/1. maddesi kapsamında banka kartının kötüye kullanılması suçundan suç duyurusunda bulunulup dava açılmasının sağlanması, yargılama yapılması ve sonucuna göre karar verilmesi gerekirken açılmış bir dava bulunmadığı halde TCK'nın141/1 maddesi kapsamındaki hırsızlık suçundan mahkumiyet kararı verilmesi bozmayı gerektirmiştir”<sup>55</sup>.

Kanaatimizce, banka veya kredi kartlarının sahibinin rızası dışında alınması halinde hırsızlık suçu değil, TCK m. 245/1'de düzenlenen banka veya kredi kartlarının kötüye kullanılması suçu oluşur. Zira suçun konusunun banka veya kredi kartı olması özel olarak TCK m. 245'te cezalandırılmaktadır. Fakat bu suçta, sahibinin rızası dışında kartların alınmasına rağmen, kullanılmaması veya kullandırılmaması sebebiyle yarar sağlanamaz ise suça teşebbüs söz konusu olur.

Hırsızlık suçunda zilyetlik, üzerinde fiili hakimiyet kurulabilecek eşya üzerinde olur. Örneğin, park, yol veya meydan üzerinde bireylerin özel hâkimiyet kurmaları mümkün değildir<sup>56</sup>. Bu sebeple bunlar üzerinde zilyetlik tesis edilmesi mümkün değildir. Ayrıca uyuşturucu veya uyarıcı maddelerin (esrar, eroin vb.) bir başkasından çalınması halinde, bu maddeler özel hukukta mülkiyete konu edilemeyeceğinden ceza hukukunda da hırsızlık suçunun konusunu oluşturmaz<sup>57</sup>. Buna karşın bir kişinin parasını kumarda kaybetmesi ve diğer kişi tarafından bu paranın kazanılması durumunda, kazanan kişiden rıza hilafına paranın geri

---

*yok etme veya değiştirme” madde başlıklı TCK m.244/4'teki suç oluşur. Bkz. Tezcan, Erdem ve Önok (n 3) 770; Diğer bir görüşe göre, bu durumda hem nitelikli hırsızlık suçu hem de TCK m. 244/4 hükmünde yer alan suç oluşmaktadır. Asli norm-tali norm ilişkisinden dolayı fail nitelikli hırsızlıktan sorumlu tutulmalıdır. Bkz. Koca ve Üzülmüş (n 4) 650.*

<sup>54</sup> Yargıtay 8 CD, E 2017/4520 K 2017/4723, 28/04/2017.

<sup>55</sup> Yargıtay 13 CD, E 2020/7212 K 2020/11651, 18.11.2020.

<sup>56</sup> M. Kemal Oğuzman, Özer Seliçi, Saibe Oktay-Özdemir, *Zilyetlik- Tapu Sicili, Taşınmaz Ve Taşınır Mülkiyeti, Kat Mülkiyeti, Sınırlı Ayni Haklar* (Filiz Kitabevi 2013) 61.

<sup>57</sup> Yaşar, Gökcan ve Artuç (n 4) 4479.

alınması hırsızlık suçunu oluşturur. Zira kumarda kaybedilen paranın zilyetliği karşı tarafa geçmiştir<sup>58</sup>.

Sahibinin rızası olmaksızın abonelikte yararlanan elektrik enerjisi, su ve doğalgazın kullanılması hırsızlık suçunu oluşturmaz. Bu tür fiiller TCK m. 163'te düzenlenen karşılıksız yararlanma suçu kapsamındadır<sup>59</sup>. Aynı şekilde başka bir kişinin telefon hattına girilmesiyle konuşma bedelinin abone sahibine yansıtılması veya şifreli yayın yapan televizyon yayınlarının çeşitli yöntemlerle abone olunmaksızın kullanılması hırsızlık suçunu değil karşılıksız yararlanma suçunu oluşturur<sup>60</sup>.

Genetik enerjinin hırsızlık suçuna konu edilmesine ilişkin doktrinde farklı görüşleri ileri sürülmektedir. Doktrinde bir görüşe göre, insan veya hayvan embriyosu hırsızlık suçunun konusunu oluşturur. Örneğin, bir hayvan çiftliğine sahibinin rızası olmaksızın başka kişiye ait hayvanı getirterek dölleme yapılması hırsızlık suçunu oluşturur<sup>61</sup>. Diğer bir görüşe göre, insan embriyosu hırsızlık suçuna konu edilemez<sup>62</sup>. Kanaatimizce, vücuttan ayrılmış insan veya hayvan embriyosunun rıza dışında alınması hırsızlık suçunu oluşturur. Zira vücuttan ayrılıp birer maddeye dönüşen parçalar, mal kavramı kapsamındadır.

Bilgisayarda kayıtlı programlar, veriler veya bilgiler taşınır mal olmadığı için hırsızlık suçunun konusunu oluşturmaz. Bu tür verilerin bozulması, yok edilmesi, değiştirilmesi veya erişilmez kılınması halinde "sistemi engelleme, bozma, verileri yok etme veya değiştirme" başlıklı TCK m. 244/2'deki suç oluşur<sup>63</sup>.

Hırsızlık suçunun bilişim sistemlerini kullanmak suretiyle işlenmesi cezanın ağırlaştırılması gerektiren nitelikli bir hal olarak düzenlenmiştir (TCK madde 142/2-e). Hırsızlık suçu, suçun konusunu oluşturan taşınabilir bir malın bulunduğu yerden alınmasıyla oluşur. Bilişim sistemlerine veya sistem içerisindeki verilere müdahale etmek yoluyla taşınır bir malın bulunduğu yerden alınması fiilen mümkün gözükmemektedir. Dolayısıyla bilişim

<sup>58</sup> Noyan (n 4) 34.

<sup>59</sup> Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 3) 613; Koca ve Üzülmüş (n 4) 516; Balcı ve Öztürk (n 7) 5; Doğal veya suni buharlar hırsızlık suçunu değil, karşılıksız yararlanma suçunu oluşturur. Bkz. Artuç, Kişilere karşı suçlar (n 8) 36.

<sup>60</sup> Centel, Zafer ve Çakmut (n 4) 286.

<sup>61</sup> Soyaslan (n 5) 366.

<sup>62</sup> Satzger, Schmitt und Widmaier (n 7) § 242, kn. 9.

<sup>63</sup> Tezcan, Erdem ve Önok (n 3) (2023), s. 1045; İsa Başbüyük, 'Hırsızlık ve Dolandırıcılık Suçlarının Bilişim Sistemlerinin Araç Olarak Kullanılması Suretiyle İşlenmesi' (2010) 5 (14) Ceza Hukuku Dergisi 151, 156; Tezcan, Erdem ve Önok (n 3) 1182.

sistemlerine veya verilere müdahale etmek suretiyle haksız bir menfaat elde edilmesi durumunda daha çok dolandırıcılık veya haksız yarar sağlama gündeme gelebilir ancak hırsızlık suçunun oluşması çoğu durumda mümkün gözükmemesi nedeniyle TCK madde 142/2 e uygulama alanı oldukça sınırlıdır<sup>64</sup>.

Konunun yokluğu halinde, hırsızlık suçunun işlenip işlenemeyeceğine ilişkin olarak doktrinde farklı görüşleri ileri sürülmektedir. Bir görüşe göre, bu hususta mutlak ve nisbi elverişsizlik ayrımı yapılmalıdır<sup>65</sup>. Somut olayda mutlak elverişsizlik halinde işlenemez suç söz konusu olur. Nisbi elverişsizlik halinde ise fail, hırsızlık suçuna teşebbüsten sorumlu tutulmalıdır.

Diğer bir görüşe göre, suçun konusunun yokluğu halinde işlenemez suç gerçekleşir<sup>66</sup>. Bu durumda mutlak ve nisbi elverişsizliğin uygulanması suç teorisinin prensipleri ile bağdaşmamaktadır. Bu itibarla failin hırsızlık amacıyla mağdurun boş cebine elini atması veya içi boş olan kilitli kasayı açması hallerinde işlenemez suç söz konusu olur. Nihayetinde bu tür olaylarda hırsızlık suçuna teşebbüsten cezai sorumluluğa gidilemez.

Yargıtay ise nispi elverişsizlik halinde hırsızlık suçuna teşebbüsün gerçekleşeceğine karar vermektedir. Nitekim Yüksek Mahkeme'nin bir kararında; "*sanık ...'in diğer sanık ... ile birlikte suç tarihinde saat 12.00-12.30'dan sonra gündüz vakti, müşteki ...'in evine bir kez girerek para veya ziynet eşyası gibi değerli eşya aradığı ancak bulamadıkları için evden bir şey almadan çıktıkları olayda teşebbüs hükümlerinin uygulanmaması bozmayı gerektirmiştir...*" şeklinde ifadelerle nisbi elverişsizlik sebebiyle hırsızlık suçuna teşebbüsün gerçekleştiği sonucuna ulaşmıştır<sup>67</sup>.

Kanaatimizce, suçun konusunun yokluğu hallerinde mutlak ve nispi elverişsizlik ayrımı yapılmalıdır. Somut olayda mutlak elverişsizlik halinde işlenmez suçun varlığı kabul edilmelidir. Ancak nispi elverişsizliğin bulunduğu hallerde hırsızlık suçuna teşebbüsten ceza sorumluluğu belirlenmelidir. Zira nisbi elverişsizlik hallerinde fail, işlemeyi kastettiği hırsızlık suçuna elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da elinde olmayan nedenlerle tamamlayamamaktadır. Bu tür hallerde hırsızlık suçunun konusunu oluşturan taşınır mal, bulunması gereken yerde bulunmamaktadır. Böylelikle malın bulunması gereken yerde

<sup>64</sup> Tezcan, Erdem ve Önok (n 3) 769.

<sup>65</sup> Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır, *Ceza Hukuku Özel Hükümler* (n 4) 579.

<sup>66</sup> Koca ve Üzülmez (n 4) 666.

<sup>67</sup> Yargıtay 2 CD, E 2019/12722 K 2020/3004, 19/02/2020.

olmaması, failin elinde olmayan sebepleri oluşturarak teşebbüsten sorumlu olmasını gerektirir. Örneğin, failin, cüzdanı almak amacıyla mağdurun sağ cebine elini atmasına rağmen cüzdanın sol cebinde olması veya aslında boş olan başkasına ait kasanın içinde para olduğunu düşünerek açması hallerinde hırsızlık suçuna teşebbüs oluşur.

### **B. Hırsızlık Suçunda Fiil: Malın Bulunduğu Yerden Alınması**

Ceza hukuku bakımından fiil, kişinin isteği ve iradesi doğrultusunda belirli bir amaçla gerçekleştirilen, dış dünyada etki doğuran iradi veya ihmali insan davranışıdır<sup>68</sup>. Bu unsur tüm suçlarda aranan temel bir niteliktir.

Hırsızlık suçunu oluşturan fiil, başkasına ait taşınır bir malın bulunduğu yerden alınmasıdır (TCK m.141)<sup>69</sup>. Almak kelimesi; “suça konu malı bulunduğu yerden ayırmak, failin yalnızca mala dokunması değil onu kavrayarak bulunduğu yerle olan ilişkisini kesmek” anlamına gelir. Ceza hukuku anlamında tipik davranış olarak almak fiili, bir başka kişiye ait zilyetliğin ortadan kaldırılması ve yenisinin kurulmasıdır<sup>70</sup>. Kanuni tanımında geçen “bulunduğu yer” ibaresi ile ifade edilmek istenen ise malın konulduğu mekan, malik ya da zilyedin nüfuz ve egemenlik sahasıdır<sup>71</sup>.

Hırsızlık suçunu oluşturan almak fiili, cebir ve şiddet ile gerçekleşmemelidir. Aksi halde hırsızlık suçu değil, yağma suçu oluşur<sup>72</sup>. Bu kapsamda failin, hırsızlık suçuna konu taşınır malı almaya çalışırken fark edilmesi üzerine mağdurun tepkisiyle karşılaşması veya aldığı taşınır mal ile birlikte kaçmak için mağdurla kavga etmesi halinde hırsızlığa değil, yağma suçuna teşebbüs söz konusudur<sup>73</sup>.

Hırsızlık suçunu oluşturan malın bulunduğu yerden alınması fiilinin gerçekleştiği zamanın tespit edilmesi, suçun teşebbüs aşamasında kalması ya da tamamlanması açısından

<sup>68</sup> M. Emin Artuk, Ahmet Gökçen, M. Emin Alşahin ve Kerim Çakır, *Ceza Hukuku Genel Hükmeler* (19. Baskı, Adalet Yayınevi 2021) 304.

<sup>69</sup> Tezcan, Erdem ve Önok (n 3) 752; Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 3) 611; Koca ve Üzülmöz (n 4) 618.

<sup>70</sup> Ünver, *Malvarlığına Karşı Suçlar ve Ekonomik Suçluluk* (n 4) 22.

<sup>71</sup> Yaşar, Gökcan ve Artuç (n 4) 4485; Sulhi Dönmezer, *Kişilere ve Mala Karşı Cürümler* (Beta Basım Yayıncılık 2004) 347.

<sup>72</sup> “Olay tarihinde parkta birlikte oturmakta olan katılan ve tanıdığı yanına giderek katılandan cep telefonunu istediği, katılanın vermeyeceğini söylemesi üzerine cep telefonunun kendisine teslim edilmesini sağlamak amacıyla belinden çıkardığı ekme bıçağını katılana göstererek yeniden telefonu istediği, katılanın kendisine doğrultulan bıçağın etkisiyle madde bağımlısı olduğunu da bildiği sanıktan korkup telefonunu vermesi şeklinde gerçekleşen eylemin yağma suçunu oluşturduğu gözetilmeden, sanığın tüm aşamalarda değişen ve tutarlı olmayan beyanlarına itibar edilerek yazılı şekilde hırsızlık suçundan cezalandırılmasına karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir”. Yargıtay CGK, E 2017/13-1012 K 2020/271, 09/06/2020.

<sup>73</sup> Yargıtay 22 CD, E 2015/12478 K 2016/4169, 22.03.2016.

önem arz eder. Bu itibarla hırsızlık suçunda “alma” fiilinin gerçekleşme anına ilişkin doktrinde farklı görüşler ileri sürülmektedir<sup>74</sup>.

Elkoyma teorisi olarak adlandırılan ve artık savunucusu kalmayan görüşe göre, hırsızın malı almak amacıyla onun üzerine elini koyması ile alma fiili gerçekleşir<sup>75</sup>. Fail esasen eşyaya elkoymak suretiyle mal üzerinde hakimiyetini tesis ettiği için alma fiili gerçekleşmiştir<sup>76</sup>. Bu görüş, suçun tamamlanma alanını oldukça genişletecek olması ve suça teşebbüsü neredeyse imkansız hale getirdiği gerekçeleriyle eleştirilmiştir<sup>77</sup>.

Basit hareket teorisine göre, failin malı bulunduğu yerden kaldırması ile alma fiili tamamlanır<sup>78</sup>. Bu görüş kabul edildiğinde failin malı başka bir yere götürmesine gerek duyulmaksızın, malın bulunduğu yerle irtibatının kesilmesi halinde hırsızlık suçu oluşur<sup>79</sup>.

Maddi değer teorisine göre, hak sahibi kişinin zilyetliğine kalıcı olarak son verilmekle birlikte, failin malı kendi mülküne dahil etme niyetiyle ekonomik değerine göre edinmesi halinde alma fiili gerçekleşir<sup>80</sup>.

Ayırma teorisine göre, malın bulunduğu yerden alınması suretiyle hedeflenen yere götürülmesi halinde alma fiili gerçekleşir<sup>81</sup>. Burada alma fiilinin gerçekleşmesi için failin, mağdurun zilyetliğini sona erdirmiş olması ya da failin yeni bir zilyetlik tesis etmiş olması gerekli değildir<sup>82</sup>. Esas olan malın, hedeflenen yere götürülmesidir. Bu görüşün savunduğu teori doktrinde taşıma teorisi olarak da isimlendirilir<sup>83</sup>.

Mülkiyet teorisine göre, hak sahibi kişiyi kalıcı olarak dışlamak için "mal sahibi gibi davranmak" amacıyla mülkiyete benzer fiili bir güç ilişkisinin üstlenilmesiyle alma fiili oluşur<sup>84</sup>.

<sup>74</sup> Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır, *Ceza Hukuku Özel Hükümler* (n 4) 566.

<sup>75</sup> Koca ve Üzülmöz (n 4) 619; Tezcan, Erdem ve Önok (n 3) 753.

<sup>76</sup> Centel, Zafer ve Çakmut (n 4) 290.

<sup>77</sup> Yaşar, Gökçen ve Artuç (n 4) 4484.

<sup>78</sup> Dönmezer (n 13) 347; Tezcan, Erdem ve Önok (n 3) 753; Koca ve Üzülmöz (n 4) 619; Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır, *Ceza Hukuku Özel Hükümler* (n 4) 566.

<sup>79</sup> Yaşar, Gökçen ve Artuç (n 4) 4484.

<sup>80</sup> Joecks und Jäger (n 5) § 242 kn. 31.

<sup>81</sup> Dönmezer (n 13) 347; Koca ve Üzülmöz (n 4) 619; Tezcan, Erdem ve Önok (n 3) 753.

<sup>82</sup> Yaşar, Gökçen ve Artuç (n 4) 4484.

<sup>83</sup> Koca ve Üzülmöz (n 4) 620.

<sup>84</sup> Joecks und Jäger (n 5) § 242 kn. 31.



Sahip olma (egemenlik alanı) teorisine göre, zilyedinin egemenlik alanında bulunan taşınabilir malı, failin bu alandan çıkartmak suretiyle kendi nüfuz ve egemenlik alanına geçirmesi halinde alma fiili gerçekleşir<sup>85</sup>. Burada failin, taşınır malı mağdurun egemenlik sahasından çıkararak kendisinin veya üçüncü bir kişinin egemenlik sahasına dahil etmesi gerekir. Bu suretle mal üzerinde serbest şekilde tasarruf edebilme imkanını kendisine veya üçüncü kişiye aktarmaktadır<sup>86</sup>. Örneğin, fail çaldığı eşyaları evde koruma altına alıyorsa, evine ulaşmaya kadar hırsızlık suçuna teşebbüs söz konusu olur<sup>87</sup>. Egemenliğin tesis edilip edilmediğinin her somut olayda değerlendirilmesi gerekir<sup>88</sup>.

Mülga 765 sayılı TCK ile mer'i 5237 sayılı TCK için hırsızlık suçunda almak fiilinin belirlenmesi hususunda genel kabul edilen görüş sahip olma teorisidir. Bu hususu kanun koyucu TCK m. 141'in gerekçesinde; "*almak fiilinden maksat, suçun konusunu oluşturan mal üzerinde mağdurun zilyetliğine son verilmesi, mağdurun suç konusu eşya üzerinde zilyetlikten doğan tasarruf haklarını kullanmasının olanaksız hale gelmesidir. Bu tasarruf olanağı ortadan kaldırılınca suç da tamamlanır*" şeklinde açıklamaktadır<sup>89</sup>. Burada mağdurun tasarruf imkanının ortadan kalkması ve failin zilyetliği kurması eş zamanlı gerçekleşmektedir<sup>90</sup>.

Kanaatimizce, hırsızlık suçunda malın bulunduğu yerden alınması fiilinin belirlenmesinde, başkasının fiili hakimiyetinde bulunan malın o kişinin zilyetliğine son verilerek yeni bir zilyetlik tesis edilmesinden ibaret olduğunu savunun sahip olma görüşü esas alınmalıdır. Nitekim kanun koyucu TCK m. 141'in gerekçesinde alma fiilinin gerçekleşmesi için mağdurun zilyetliğine son verilmesini aramaktadır. Bu durum failin, malı kendi nüfuz ve egemenlik alanına geçirmesiyle gerçekleşir. Aksi halde mal üzerinde failin zilyetlik kurmasından bahsedilemez. Örneğin, gündelik yaşamda hurda niyetine evin bahçesine konulmuş eşyaların alınması halinde de hırsızlık suçu işlenmiş kabul edilir. Zira mal halen

<sup>85</sup> Centel, Zafer ve Çakmut (n 4) 290; Dönmezer (n 13) 347; Koca ve Üzülmöz (n 4) 620; "*Ekiplerin seyir halinde görevlerini ifa ettikleri sırada, şikayetçinin ikametinin kapısı önünde ellerinde suça konu uydu alıcısı ve dvd oynatıcısı bulunan sanıklar ve yine kapı önünde içinde 52 metre elektrik kablosu ve 10 adet iskele kelepçesi bulunan bir çuval gördükleri ve sanıkların çaldıkları suça konu eşyaları henüz hakimiyet alanlarına geçiremeden yakalandıklarının anlaşılması karşısında; eylemlerinin teşebbüs aşamasında kaldığı gözetilerek sanıklar hakkında 5237 Sayılı TCK'nın 35/2.. maddesinin uygulanması gerektiği halde yazılı şekilde tamamlanmış suçtan hüküm kurularak fazla ceza tayini isabetsizdir*" (Yargıtay 2 CD, E 2016/14208 K 2019/1620, 31.01.2019).

<sup>86</sup> Yaşar, Gökcan ve Artuç (n 4) 4485; Özen (n 4) 726.

<sup>87</sup> Ahmet Caner Yenidünya, *Yargıtay Kararları Işığında Hırsızlık Suçu (m. 141-147)* (Adalet Yayınevi 2013) 13.

<sup>88</sup> Remzi Gündüz, *Türk Ceza Kanunu'nda Malvarlığına Karşı Suçlar* (Bilge Yayınevi 2012) 32.

<sup>89</sup> <<https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss664m.htm>> Erişim Tarihi 02 Temmuz 2021.

<sup>90</sup> Tezcan, Erdem ve Önok (n 3) 754.

sahibinin egemenlik sahası içerisinde sayılmaktadır. Nihayetinde hırsızlık suçunun gerçekleşebilmesi için failin, mal üzerinde yeni bir egemenlik tesis etmiş olması gerekir. Örneğin, A çantayı almaya çalışırken B olayın farkına varmıştır. Bu durumda B, A'dan çantasını geri almış ise A bu durumda çantanın zilyeti olamamıştır<sup>91</sup>. Bu sebeple hırsızlık suçu oluşmamıştır.

Hırsızlık suçunun ihmali hareketle işlenip işlenemeyeceği doktrinde tartışmalıdır. Doktrinde söz konusu suçun ihmali hareketle işlenebilmesi konusunda farklı görüşler ileri sürülmektedir. Bir görüşe göre, hırsızlık suçunda alma fiili icrai veya ihmali hareketle gerçekleşebilir<sup>92</sup>. Örneğin, başkasına ait bisikletin sahibinin rızası olmaksızın bulunduğu yerden alınması şeklindeki icrai hareketle işlenebileceği gibi, başkasına ait sürüden geldiği bilinen koyunların diğer bir çobanın sürüsüne karışmasına rağmen iade edilmemesi şeklindeki ihmali hareketlerle de işlenebilir. Fakat burada failin başkasının sürüsündeki koyunları gürültü çıkartarak korkutması ve kendi sürüsüne yönlendirmesi halinde hırsızlık suçunun icrai hareketle gerçekleştiğinin kabulü gerekir<sup>93</sup>. Benzer şekilde borçlunun, alacaklının alacağını istemeyi unuttuğunu bilerek borcunu ödememesi halinde hırsızlık suçunun ihmali hareket ile gerçekleştiği kabul edilebilir<sup>94</sup>.

Diğer bir görüşe göre, hırsızlık suçu yalnızca icrai hareketler ile işlenebilir. Zira başkasına ait mal üzerindeki zilyetliğin sonlandırılması ve yeni bir zilyetlik ihdas edilmesi, ihmali hareketler ile gerçekleştirilemez<sup>95</sup>. Ayrıca ihmal suretiyle icra suçlarının cezalandırılabilmesi için kanunda açıkça düzenlenmesi gerekir. Aksi halde bu durum kanunda açıkça ihmali hareketle işlenebileceği düzenlenmeyen suçlar açısından sorun oluşturmaktadır. Bu sebeple suçların ihmali hareketle işlenebileceğine ilişkin Kanun'un genel hükümleri içerisinde düzenleme yapılması gerekir. Nitekim Alman Ceza Kanunu'nun "İhmal Suretiyle Suç İşleme"

<sup>91</sup> Taneri ve Kamışlı (n 6) 785.

<sup>92</sup> Hafizoğulları ve Özen (n 4) 333; Koca ve Üzülmez (n 4) 631.

<sup>93</sup> Yenidünya (n 15) 14.

<sup>94</sup> Özen (n 4) 726.

<sup>95</sup> Tezcan, Erdem ve Önok (n 3) 752; Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır, *Ceza Hukuku Özel Hükümler* (n 4) 566.

başlıklı 13'üncü maddesi<sup>96</sup> bu niteliktedir. Bu itibarla kanunda açık bir düzenleme bulunmadığı için hırsızlık suçunun ihmali hareketle işlenebilmesi mümkün değildir<sup>97</sup>.

Kanaatimizce, hırsızlık suçunun icrai veya ihmali hareketle gerçekleştirilebilmesi mümkündür. İhmal suretiyle icra suçlarında failin belirli bir yükümlülük altında olması gerektiği için, bu yükümlülük ihlalinin kanunda açıkça suç olarak düzenlenmesi gerekir. Ancak saf ihmali suçlarda, bu tür bir yükümlülük ihlali aranmamaktadır. Bu sebeple suç teşkil eden fiillerin niteliğine uygun düştüğü ölçüde ihmali hareketle de gerçekleştirilebilmesi mümkündür. Nihayetinde yukarıda verilen başkasına ait koyunların, failin sürüsüne karışması örneğinde olduğu gibi hırsızlık suçunun ihmali hareketle işlenebilmesi mümkündür. Ancak burada failin, malın sahibini bilmesine ilişkin ayırım yapılması gerekir. Başkasına ait olan taşınır malın sahibi bilinmeksizin bulunması veya elde edilmesi halinde TCK m. 160'taki "kaybolmuş veya hata sonucu ele geçmiş eşya üzerinde tasarruf" suçu oluşur. Buna karşın sahibi bilinen malın bulunması veya elde edilmesi halinde hırsızlık suçunun oluştuğunun kabulü gerekir. Burada fail, sahibini bildiği malı sahibine geri vermemek suretiyle ihmali fiille hırsızlık suçunu işlemektedir.

Yargıtay'ın konuya ilişkin birçok kararı düşüncemizi doğrular niteliktedir. Nitekim Yüksek Mahkeme'nin bir kararına göre; "*Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 10.06.1997 gün ve 132/151 sayılı kararında da açıklandığı üzere; "öngörülen suçun oluşabilmesi için mal sahibinin, malın nerede olduğunu bilmemesi, o şeyin mal sahibinin tasarruf alanı dışına çıkmış yani tasarruf imkanının kalmamış bulunması, en önemli unsur ise suç işleyen mal edindiği şeyin yitirilmiş mallardan olduğu inancını taşıması gerektiği ve sahibi bilinen malın kaybolmuş mallardan sayılamayacağını..." belirtilmesi ve somut olayda; şikayetçinin cafede masanın üzerine koyduğu cep telefonunu almayı unutarak başka masaya geçtiği, cafede çalışan sanığın şikayetçinin almayı unuttuğu cep telefonunu alarak olay yerinden ayrıldığı, şikayetçinin kısa süre içerisinde telefonunun olmadığını fark ettiği gözetildiğinde sanığın şikayetçinin cep telefonunun ona ait olduğunu bildiğinin veya çok kısa bir araştırma ile cep telefonunun sahibini bulabilecek durumda olduğunun anlaşılması karşısında; sanığın eylemi TCK'nın 142/1-b*

<sup>96</sup> Alman Ceza Kanunu'nun 13'üncü maddesine göre; "*Bir suçun unsuru olan neticeyi önleyemeyen bir kişi, ancak neticenin gerçekleşmemesinden hukuken sorumlu olması ve bu sorumluluğun yerine getirilmemesinin yasal suçun bir fiil ile gerçekleştirilmesine tekabül etmesi halinde bu yasa uyarınca kovuşturmaya tabi tutulabilir*". Kanun metni için bkz. <[https://www.gesetze-im-internet.de/stgb/\\_13.html](https://www.gesetze-im-internet.de/stgb/_13.html)> Erişim Tarihi 26 Eylül 2023.

<sup>97</sup> Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 3) 164.

*maddesinde belirtilen hırsızlık suçunu oluşturduğu halde; yerinde olmayan gerekçe ile yazılı şekilde aynı Yasa'nın 160. maddesi ile uygulama yapılması bozmayı gerektirmiştir*<sup>98</sup>.

Yenilmek veya içilmek suretiyle tüketilebilen gıdalarda zilyetin rızası hilafına malın alınıp yenilmesi ya da içilmesi ile alma fiili gerçekleşir<sup>99</sup>. Örneğin, başkasının bahçesindeki elmaların sahibinin rızası dışında yenilmesi halinde alma fiili oluşur. Aynı durum kendi hayvanlarına, başka bir kişinin arazisinde bulunan ürünlerin yedirilmesi halinde de geçerlidir<sup>100</sup>.

### C. Suçun Tamamlanma Anı ve Teşebbüse İlişkin Tartışmalar

Hırsızlık suçunun konusu taşınır malın, failin egemenlik alanına kısa bir süreliğine dahi geçmiş olması halinde suç oluşur. Sonrasında failin hırsızlık konusu mal ile birlikte yakalanması suçun tamamlanmasını engellemez. Fakat failin malı bulunduğu yerden aldıktan sonra kesintisiz takip edilerek yakalanması halinde hırsızlık suçuna teşebbüs söz konusudur. Bu ihtimalde kesintisiz takip sebebiyle malın failin egemenlik alanına kısa bir süreliğine dahi geçmesinden bahsedilemez. Dolayısıyla alma fiiline ilişkin icra hareketleri tamamlanmadığı için hırsızlık suçuna teşebbüs oluşur<sup>101</sup>.

Yargıtay kararlarında hırsızlık suçunun tamamlanmasına ilişkin kriterler; kesintisiz bir takibin bulunmaması ve kısa bir süreliğine dahi olsa failin mal üzerinde fiili hakimiyetinin tesis edilmiş olmasıdır. Nitekim Yüksek Mahkeme bir kararında; “*gelen ihbar üzerine kolluk kuvvetlerinin olay yerine intikal ettiği, sanığın aracın yanında gördükleri, sanığın hızla olay yerinden kaçtığı fakat kesintisiz takip sonucu yakalandığı ve sanığın araçtan çaldığı teybin araca 10 metre mesafede bulunan parktaki bir ağacın dibinde bulunduğu anlaşılması karşısında; sanığın eyleminin teşebbüs aşamasında kaldığı gözetilmeyerek yazılı şekilde karar verilmesi*” şeklindeki ifadeler ile alma fiilini sahip olma teorisi kapsamında değerlendirmiştir<sup>102</sup>. Bu itibarla fail, kesintisiz takip sonucu malı egemenlik alanına geçiremediği için hırsızlık suçunun teşebbüs aşamasında kaldığına karar verilmiştir.

<sup>98</sup> Yargıtay 2. CD, E 2015/5678 K, 2017/8958, 27.09.2017; Benzer yönde kararlar için bkz. Yargıtay 6 CD, E 2020/6611 K 2021/9791, 26.05.2021; Yargıtay 6 CD, E 2020/8479 K 2021/8428, 28.04.2021, <<https://karararama.yargitay.gov.tr/>> Erişim Tarihi 23 Eylül 2023.

<sup>99</sup> Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır, *Ceza Hukuku Özel Hükümler* (n 4) 569.

<sup>100</sup> Yenedünya (n 16) 16.

<sup>101</sup> Koca ve Üzülmez (n 4) 631.

<sup>102</sup> Yargıtay 2 CD, E 2020/22762 K 2020/11638, 02.11.2020.

Kanaatimizce, elektronik sistemler, uydu sistemleri veya insansız hava araçları (drone) ile kesintisiz takibin yapılabilmesi mümkündür. Bu araçların izlenim alanından çıkmadan, fail aralıksız takip edilerek yakalanırsa suçun teşebbüs aşamasında kaldığının kabulü gerekir. Ancak izleme esnasında takibin kesintiye uğraması halinde hırsızlık suçu tamamlanır.

Hırsızlık suçunda neticenin bir unsur olarak aranmasına ilişkin doktrinde farklı görüşler ileri sürülmektedir. Bir görüşe göre, hırsızlık suçu sırf hareket suçu olduğu için fiilin işlenmesinden sonra ayrıca bir neticenin gerçekleşmesi gerekmez. Bu kapsamda başkasına ait taşınır bir malın faydalanmak amacıyla alınması halinde hırsızlık suçu oluşur<sup>103</sup>.

Diğer bir görüşe göre, kanunun neticeyi göstermediği suçlarda netice harekete bitişik olup mekan ve zaman olarak hareketten ayrılmaz niteliktedir. Bu suçlarda hareketin yapılması ile tipiklik gerçekleşmiş olur. Bu suçlarda esasen netice vardır, fakat harekete bitişik olan netice hareketin yapılmasıyla gerçekleşir. Bu bağlamda hırsızlık suçunda failin alma hareketi ile suç da işlenmiş olur<sup>104</sup>.

Kanaatimizce, hırsızlık suçu sırf hareket suçu niteliğindedir. Bu sebeple başkasına ait taşınır malı zilyedinin rızası olmaksızın yarar sağlamak maksadıyla bulunduğu yerden alınması halinde hırsızlık suçu oluşur. Burada malın alınmasından sonra beklenen yararın sağlanamaması suçun oluşumunu etkilemez. Zira hırsızlık suçunda yarar sağlama amacı suçun saik unsuru olup, netice olarak değerlendirilemez. Bu sebeple hırsızlık suçunda malın yarar sağlamak amacıyla alınması yeterli olup, somut olayda beklenen yararların ortaya çıkması gerekmez.

Hırsızlık suçunun sıvı veya gaz halindeki enerji hakkında işlenmesi mütemadi suç niteliğindedir<sup>105</sup>. Örneğin, petrol veya doğal gaz boru hattından ya da uçak yakıtlarına ait depodan gerçekleştirilen fiiller kesintisiz şekilde işlenmektedir<sup>106</sup>. 765 sayılı mülga TCK m. 493/son hükmünde yer alan; “*hırsızlık suçunun sıvı veya gaz halindeki yakıtları nakleden boru hattında veya bunların depolarında işlenmesi halinde, yakıt boru hatlarının delinmiş veya tahrip edilmemiş olması halinde fiilin tamamlanmış sayılacağı*” düzenlenmekteydi. Bu hüküm

<sup>103</sup> Akbulut, Berrin, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Adalet Yayınevi 2020) 354; Mahmut Koca ve İlhan Üzülmez, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Adalet Yayınevi 2022) 129; Tezcan, Erdem ve Önok (n 3) 752; Artuk, Gökcen, Alşahin ve Çakır, *Ceza Hukuku Özel Hükümler* (n 4) 578; Koca ve Üzülmez, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (n 19) 129.

<sup>104</sup> Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 3) 611.

<sup>105</sup> Özen (n 4) 726.

<sup>106</sup> Koca ve Üzülmez (n 4) 655.

5237 sayılı TCK'da yer almamaktadır. Dolayısıyla sıvı ya da gaz halindeki enerjiyi nakleden boru hatların delinmiş veya tahrip edilmiş olmasına rağmen, enerjinin alınmamış olması halinde hırsızlık suçuna teşebbüs söz konusu olur<sup>107</sup>.

Hırsızlık suçunu oluşturan alma fiilinin tamamlanması için başkasına ait taşınır bir malın bulunduğu yerden alınması veya yerinin değiştirilmesiyle hırsızlık suçu işlenmiş olmaz<sup>108</sup>. Aksi halde malın bulunduğu yerden alınması ile suç tamamlanır. Örneğin, failin duvar saatini çalmak amacıyla konuta girmesi halinde salonda bulunan duvar saatini alması ile hırsızlık suçu tamamlanmış olur. Aynı şekilde evde yardımcı hizmetlerde çalışan bir kimsenin, müsait zamanda kendi evine götürmek amacıyla çalıştığı evdeki bilezikleri evin köşesinde bir yere bırakması halinde suç tamamlanır<sup>109</sup>. Bu kapsamda hırsızlık suçunun tamamlanması o şeye zilyet olmakla gerçekleşir. Buradaki zilyetlik, hırsızlık suçunun konusunu oluşturan taşınır malda serbest şekilde tasarrufta bulunabilme yetkisine haiz olmayı gerektirir. Örneğin, fail, bir markette bulunan malı bulunduğu yerden almasına rağmen henüz market dışına çıkaramadan yakalanmış ise, hırsızlık suçuna teşebbüs söz konusudur<sup>110</sup>. Aynı şekilde malın bulunduğu yerden alınarak uzaklaştırılmasına rağmen, sahibinin karşıdan gelerek malın götürülmesine engel olması halinde, mal üzerinde egemenlik kurulamadığı için hırsızlık suçuna teşebbüs söz konusudur<sup>111</sup>.

Zilyedinin rızası olmaksızın malın bulunduğu yerden alınmasıyla hırsızlık suçunun tamamlandığı kabul edilirse, teşebbüs aşamasında kalan suçun tamamlanmış suç gibi cezalandırılması hali ortaya çıkar<sup>112</sup>. Bu itibarla TCK m. 141'de hırsızlık suçunun oluşabilmesi için "malın bulunduğu yerden alınarak mağdurun tasarruf alanından çıkartılması" şeklindeki bir şartın aranması isabetli olur. Ayrıca hırsızlık suçunun tamamlanma anının yalnızca malın bulunduğu yerden alınması olarak kabul edildiğinde, gönüllü vazgeçme hükümlerinin uygulanma alanı da oldukça daralacaktır<sup>113</sup>.

<sup>107</sup> Yaşar, Gökcan ve Artuç (n 4) 4498.

<sup>108</sup> Hafizoğulları ve Özen (n 4) 337.

<sup>109</sup> Soyaslan (n 5) 369; Koca ve Üzülmöz (n 4) 620; Gündüz (n 15) s. 32.

<sup>110</sup> Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 3) 652; Özen (n 4) 725.

<sup>111</sup> Meran (n 9) 26.

<sup>112</sup> Soyaslan (n 5) 369.

<sup>113</sup> Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 3) 652.

Hırsızlık suçunda alma fiilinin gerçekleşmesi için failin, taşınır mal üzerinde fiili tasarruf gücünü tesis etmesi yeterlidir. Burada kurulan fiili hakimiyetin kuvvetlendirilmesi veya garanti altına alınmasına gerek duyulmamalıdır<sup>114</sup>.

Hırsızlık suçunda alma fiilinin icra hareketlerine başlanmakla birlikte, elde olmayan sebeplerle mal üzerinde fiili hakimiyetin kurulamadığı hallerde suça teşebbüs oluşur. Örneğin, hırsızlık suçunu işlemeyi düşünen failin sokak üzerinde park halinde bulunan otomobilin etrafını elindeki bir aletle gezmesi hazırlık hareketi iken, caddede bulunan otomobilin kapısının kurcalanması icra hareketi niteliğindedir<sup>115</sup>. Aynı şekilde konuttan yapılan bir hırsızlıkta mağdurun uyanması sebebiyle failin eşyayı bırakıp kaçması halinde hırsızlık suçuna teşebbüs söz konusudur<sup>116</sup>.

Yargıtay'ın bir kararına göre, hırsızlık yapma amacıyla bir bina içerisine girilmesine rağmen ortak alan içerisinde herhangi bir malın alınmasına ilişkin fiil gerçekleştirilmemişse, yalnızca konut dokunulmazlığının ihlali suçu oluşur<sup>117</sup>. Burada failin hareketleri hırsızlık suçuna hazırlık hareketi niteliğindedir. Buna karşın bir tezgahların masanın altına kumaş sakladığını gören patronun müdahale etmesi veya maymuncuğun kırılması sebebiyle kapının açılmaması hallerinde hırsızlık suçuna teşebbüs söz konusu olur<sup>118</sup>.

Malın bulunduğu yerden alındığının düşünülmesine rağmen, alınan şeyin içinde malın bulunmaması halinde hırsızlık suçu teşebbüs aşamasında kalır. Burada malın bulunduğu yerden

<sup>114</sup> Koca ve Üzülmüş (n 4) 633.

<sup>115</sup> “Sanıkların kilitli bulunan binanın giriş kapısını ellerinde bulunan bir cisim ile açarak içeriye girdikleri, sanıkların binaya girdiğini gören tanık ...'in polise haber vermesi üzerine olay yerine gelen polislerce henüz bir daireye yönelmeden veya daire kapılarının önünde ya da bodrum katında bulunan katılanlara ait fazlalık eşyaların ve benzeri herhangi bir taşınır malı da çalmaya teşebbüs etmeden yakalandıkları bu sebeple de, konut dokunulmazlığını bozma suçunu işlediklerinde bir kuşku bulunmamaktadır. Ancak; hırsızlık suçlarında fiil unsurunun başkasına ait taşınır bir malı bulunduğu yerden almak” olduğundan ve 'Yeni TCK'nın Sistemi'ne esas alınan “doğrudan doğruya icraya başlama” ölçütüne göre de sanıkların gerçekleştirdiği hareketler henüz icra hareketi niteliğine ulaşmadığından, hırsızlığa teşebbüs suçundan sanıkların unsur yokluğu nedeniyle beraati yerine mahkûmiyetlerine karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir”. Yargıtay 13 CD, E 2018/15286 K 2019/10583, 19.06.2019.

<sup>116</sup> Koca ve Üzülmüş (n 4) 664.

<sup>117</sup> Yargıtay 13 CD, E 2018/15286 K 2019/10583, 19/06/2019.

<sup>118</sup> Soyaslan (n 5) 369; Gani Kamışlı, Yargıtay Kararları Çerçevesinde Hırsızlık Suçu (Seçkin Yayıncılık 2017) 233.

alınması fiilinin gerçekleştirilmesinde eksiklik söz konusudur<sup>119</sup>. Örneğin, çalınan para kasasının boş olması halinde hırsızlık suçuna teşebbüs söz konusu olur.

Failin düşündüğü miktardan daha çoğuna veya azına ilişkin hırsızlık yapması suçun teşebbüs aşamasında kalmasını gerektirmeyip, tamamlanmış hırsızlık suçu oluşur. Bu durum TCK m. 61 kapsamında cezanın belirlenmesinde dikkate alınır. Örneğin, 5000 TL alma amacıyla bir başkasının konutuna giren failin, kasada bulunan 1000 TL tutarındaki parayı alarak çıkması halinde tamamlanmış hırsızlık suçu söz konusudur<sup>120</sup>. Benzer şekilde çalınan otomobilde fail tarafından bilinmeyen bir motor arızasının bulunması halinde de tamamlanmış hırsızlık suçu oluşur<sup>121</sup>. Ayrıca mağdurun mevduat hesabında bulunan paranın bir başka hesaba aktarılması ile hırsızlık suçu tamamlanır. Bu paranın aktarılan hesaptan çekilip çekilmemesi suçun oluşmasını etkilemez<sup>122</sup>.

Malın bulunduğu yerden alınması anında yarar sağlama saikinın bulunması yeterlidir. Sonrasında beklenen faydanın sağlanamamış olması, hırsızlık suçunun tamamlanmasını etkilemez. Örneğin, kendi aracına takma amacıyla başkasına ait bir otomobildeki teybin çalınmasına rağmen, sistem özellikleri itibariyle uymaması halinde de tamamlanmış hırsızlık suçu oluşur.

Kesintisiz takip kesintiye uğramadığı sürece hırsızlığa teşebbüs olanaklıdır. Nitekim Yargıtay'ın bir kararına göre, hırsızlık suçunda taşınır malın alındığı andan itibaren kesintisiz takibin varlığı halinde, malın bulunduğu yerden ne kadar uzaklaştırıldığına önemi olmaksızın

<sup>119</sup> Martin Böse, 'Alman Ceza Kanunu § 242'de Düzenlenen Hırsızlık Suçunda Malın Bulunduğu Yerden Alınmasının ve Mal Edinmenin Konusu Hakkında Hata, (Çev. Serkan Meraklı)' (2014) 16 (Özel Sayı) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan) 3621, 3623.

<sup>120</sup> Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 3) 653.

<sup>121</sup> Böse, 'Alman Ceza Kanunu § 242'de Düzenlenen Hırsızlık Suçunda Malın Bulunduğu Yerden Alınmasının ve Mal Edinmenin Konusu Hakkında Hata' (n 21) 3628.

<sup>122</sup> Yargıtay 2 CD, E 2017/30140 K 2017/2151, 23.02.2017.



suç teşebbüs aşamasında kalmaktadır<sup>123</sup>. Elbette kesintisiz takibin, kesintiye uğraması halinde hırsızlık suçu tamamlanır<sup>124</sup>.

Kesintisiz takibin varlığına rağmen failin mal üzerinde fiili hakimiyet kurduğu tespit edilirse, suçun tamamlandığının kabulü gerekir. Bu ihtimalde malın güvence altına alınmasının veya kullanabilecek bir yere götürülmesinin önemi bulunmamaktadır. Zira kesintisiz takibe rağmen failin, malı tüketmesi, bir başkasına vermesi ya da bir yere atması hallerinde fiili hakimiyet gerçekleşir<sup>125</sup>. Nitekim Yargıtay kararlarında kesintisiz takibe rağmen bahsedilen hallerde fiili hakimiyet kurulduğu için suçun tamamlandığı ifade edilmektedir<sup>126</sup>. Ayrıca kesintisiz takip olmamasına rağmen malın güvence altına alınmaması halinde de suç tamamlanır<sup>127</sup>.

Hırsızlık suçunda gönüllü vazgeçme hükümlerinin uygulanabilmesi mümkündür<sup>128</sup>. Aynı şekilde hırsızlık kastıyla bir eve girilmesine rağmen, gerçekleştirilen fiilden utanılarak hiç bir şey almadan evden çıkılması halinde de gönüllü vazgeçme hükümleri uygulanır<sup>129</sup>. Buna karşın

<sup>123</sup> “Suça konu orman emvalini kendisine ait araçla taşıyan sanığın; saat 00:30 sıralarında olağan yol denetimi yapmakta olan Orman Muhafaza Memurlarınca rastlantı sonucu görülerek yaklaşık 5 km. devam eden izleme sonucu tomrukları boşaltıp aracıda terk ederek kaçtığına anlaşıldığı karşısında, suça konu tomrukların bulunduğu yerden yüklenmesinden hemen sonra başlayan kesintisiz izlemenin bulunmadığı, bu nedenle suçun tamamlandığı gözetilmeden, tam kalkışma aşamasında kaldığından söz edilerek 765 sayılı TCY’nın 62.maddesiyle uygulama yapılması, bozmayı gerektirmiştir”. Yargıtay 6 CD, E 2004/4871 K 2006/9437, 09/10/2006.

<sup>124</sup> “Tanık Hüsnü Şeker’in ihbarı üzerine polis ekiplerinin, sanıkları olay yerinden ayrıldıktan sonra seyir halinde iken yakaladıklarının anlaşılması karşısında, takipte kesinti olması nedeniyle suçun tamamlandığı gözetilmeden teşebbüs aşamasında kaldığı kabul edilerek sanıklar hakkında eksik cezaya hükmolunması bozmayı gerektirmiştir”. Yargıtay 2 CD, E 2013/13368 K 2013/407, 17.01.2013.

<sup>125</sup> Koca ve Üzülmüş (n 4) 665.

<sup>126</sup> “Sanığın mağdura ait kamyonun deposundan mazot çalmaya çalışırken, suça konu yakıtın bir kısmının da yere dökülmesi sebebiyle mağdurun tasarruf olanağının kaybolması sonucu eylemin tamamlandığının anlaşılması karşısında, eylemin teşebbüs aşamasında kaldığı belirtilerek 5237 sayılı TCK’nın 35. maddesi uygulanmak suretiyle sanık hakkında eksik ceza tayini bozmayı gerektirmiştir”. Yargıtay 2 CD, E 2014/29160 K 2016/12592, 19.09.2016.

<sup>127</sup> “Sanığın kesintisiz takip olmaksızın yakalandığı ve üzerinde ele geçen mağdurlara ait ayakkabıların çaldığı yerini göstermek suretiyle soruşturma aşamasında iadeyi sağlamış olduğunun anlaşılması karşısında, koşulları oluşmadığı halde hakkında TCK’nın 35. maddesi uygulanarak eksik cezalara hükmedilmesi bozmayı gerektirmiştir”. Yargıtay 13 CD, E 2019/9512 K 2020/110, 07.01.2020.

<sup>128</sup> “Sanığın mağdura ait büfenin kepenginin asma kilidini ve camını kırdıktan sonra pişman olup bir şey almadan ayrıldığı biçimindeki savunması ve suçun yapısı, davranışlarını tamamlamasını engelleyen dış nedenin söz konusu olmaması karşısında...”. Yargıtay 6 CD, E 2004-722 K 2006/1709, 23/02/2006.

<sup>129</sup> “Şantiyenin içerisinde bulunan 3 adet rulo halinde olan 4 kablo parçasını araca yükleyen sanıkların 300 metre kadar gittikten sonra şantiye alanından çıkmadan herhangi bir engelle karşılaşmadan önce pişmanlık duyarak eylemlerinden vazgeçerek aracı durdurdukları ve kabloları araçtan inerek oldukları yere bıraktıkları gerekçesiyle 5237 sayılı TCK’nın 36. maddesi uyarınca sanıklar hakkında ceza verilmesine yer olmadığına karar verilmesi gerektiğine...”. Yargıtay 17 CD, E 2016/4561 K 2018/6840, 07.05.2018.

otomobilin camını kırarak cüzdanı almaya çalışan kişi, polislerin geldiğini fark ederek cüzdanı almadan olay yerinden uzaklaşmış ise hırsızlık suçuna teşebbüs söz konusudur. Zira gönüllü vazgeçme hükümlerinin uygulanabilmesi için failin, kendi isteği doğrultusunda suçun icra hareketlerini tamamlamaması veya neticenin gerçekleşmesini önlemesi gerekir.

## SONUÇ

Hırsızlık suçunu oluşturan fiil, başkasına ait taşınır bir malın bulunduğu yerden alınmasıdır. TCK m. 141’de “malın bulunduğu yerden alınması” fiili tanımlanmamıştır. Bu sebeple hırsızlık suçunda malın bulunduğu yerden alınması kavramından ne anlaşılması gerektiğine ilişkin doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüştür.

Esasen bir kimsenin ya da tüzel kişinin mülkiyetinde bulunan, taşınır ya da taşınmaz varlıkların bütünü mal olarak nitelenmesine rağmen hırsızlık suçunda yalnızca taşınır niteliği haiz şeyler mal olarak nitelendirilir. Bir malın hırsızlık suçunun konusunu teşkil etmesi için ekonomik olarak ölçülebilir olması gerekmez. Hırsızlık suçu için malın parasal değerinin bulunması koşul olarak aranmamalıdır. Aksi halde değersiz olan bir şeyin zamanla değerlendirilmesi karşısında, bu mala yönelik fiil işleyen kimseler cezai yaptırıma uğramayacaktır.

Elkoyma teorisi olarak adlandırılan ve artık savunucusu kalmayan görüşe göre, hırsızın malı almak amacıyla onun üzerine elini koyması ile alma fiili gerçekleşir. Fail esasen eşyaya elkoymak suretiyle mal üzerinde hakimiyetini tesis ettiği için alma fiili gerçekleşmiştir. Bu görüş, suçun tamamlanma alanını oldukça genişletecek olması ve suça teşebbüsü neredeyse imkansız hale getirdiği gerekçeleriyle eleştirilmiştir.

Basit hareket teorisine göre, failin malı bulunduğu yerden kaldırması ile alma fiili tamamlanır. Bu görüş kabul edildiğinde failin malı başka bir yere götürmesine gerek duyulmaksızın, malın bulunduğu yerle irtibatının kesilmesi halinde hırsızlık suçu oluşur.

Maddi değer teorisine göre, hak sahibi kişinin zilyetliğine kalıcı olarak son verilmekle birlikte, failin malı kendi mülküne dahil etme niyetiyle ekonomik değerine göre edinmesi halinde alma fiili gerçekleşir.

Mülkiyet teorisine göre, hak sahibi kişiyi kalıcı olarak dışlamak için "mal sahibi gibi davranmak" amacıyla mülkiyete benzer fiili bir güç ilişkisinin üstlenilmesiyle alma fiili oluşur.

Ayırma teorisine göre, malın bulunduğu yerden alınması suretiyle hedeflenen yere götürülmesi halinde alma fiili gerçekleşir. Burada alma fiilinin gerçekleşmesi için failin,

mağdurun zilyetliğini sona erdirmiş olması ya da failin yeni bir zilyetlik tesis etmiş olması gerekli değildir. Esas olan malın, hedeflenen yere götürülmesidir.

Sahip olma (egemenlik alanı) teorisine göre, zilyetinin egemenlik alanında bulunan taşınabilir malı, failin bu alandan çıkartmak suretiyle kendi nüfuz ve egemenlik alanına geçirmesi halinde alma fiili gerçekleşir. Bu suretle mal üzerinde serbest şekilde tasarruf edebilme imkanını kendisine veya üçüncü kişiye aktarmaktadır. Egemenliğin tesis edilip edilmediğinin her somut olayda değerlendirilmesi gerekir.

Kanaatimizce, hırsızlık suçunda malın bulunduğu yerden alınması fiilinin belirlenmesinde, başkasının fiili hakimiyetinde bulunan malın o kişinin zilyetliğine son verilerek yeni bir zilyetlik tesis edilmesinden ibaret olduğunu savunan sahip olma görüşü esas alınmalıdır. Nitekim kanun koyucu TCK m. 141'in gerekçesinde alma fiilinin gerçekleşmesi için mağdurun zilyetliğine son verilmesini aramaktadır. Bu durum failin, malı kendi nüfuz ve egemenlik alanına geçirmesiyle gerçekleşir.

#### **KAYNAKÇA**

Akalın ŞE, *TDK Türkçe Sözlük* (Türk Dil Kurumu 2019).

Akbulut B, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Adalet Yayınevi 2020).

Akipek JG ve Akıntürk T, *Eşya Hukuku* (Beta Basım Yayıncılık 2010).

Artuç M, *Kişilere karşı suçlar* (Adalet Yayınevi 2008).

Artuk ME, Gökçen A, Alşahin ME ve Çakır K, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (16. Baskı, Adalet Yayınevi 2022).

Artuk ME, Gökçen A, Alşahin ME ve Çakır K, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (19. Baskı, Adalet Yayınevi 2021).

Ayan M, *Eşya Hukuku I* (Adalet Yayınevi 2016).

Balcı F ve Öztürk S, *Hırsızlık, Karşılıksız Yararlanma ve Yağma Suçları* (Adalet Yayınevi 2017).

Başbüyük İ, 'Hırsızlık ve Dolandırıcılık Suçlarının Bilişim Sistemlerinin Araç Olarak Kullanılması Suretiyle İşlenmesi' (2010) 5 (14) Ceza Hukuku Dergisi 151, 151-192.

Böse M, 'Alman Ceza Kanunu § 242'de Düzenlenen Hırsızlık Suçunda Malın Bulunduğu Yerden Alınmasının ve Mal Edinmenin Konusu Hakkında Hata, (Çev. Serkan Meraklı)' (2014)

16 (Özel Sayı) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan) 3621, 3621-3636.

Centel N, Zafer H ve Çakmut Ö, *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar* (Beta Basım Yayıncılık 2007).

Dönmezer S, *Kişilere ve Mala Karşı Cürümler* (Beta Basım Yayıncılık 2004).

Eker H, *Açıklamalı-İçtihatlı Hırsızlık Suçları* (Adalet Yayınevi 2014).

Esen S, *Malvarlığına Karşı Suçlar, Belgelerde Sahtecilik ve Bilişim Alanında Suçlar* (Adalet Yayınevi 2007).

Fischer T, *Strafgesetzbuch, Beck'sche Kurz-Kommentare* (60. Auflage C.H. Beck 2013).

Gündüz R, *Türk Ceza Kanunu'nda Malvarlığına Karşı Suçlar* (Bilge Yayınevi 2012).

Hafizoğulları Z ve Özen M, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar* (US-A Yayıncılık 2016).

Joecks W, Jäger C, *Strafgesetzbuch Studienkommentar* (13. Auflage, C.H. Beck 2021).

Kamışlı G, *Yargıtay Kararları Çerçevesinde Hırsızlık Suçu* (Seçkin Yayıncılık 2017).

Kindhauser U, Neumann U und Paeffgen U, *Strafgesetzbuch Nomos Kommentar* (Nomos 2010).

Koca M ve Üzülmüş İ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Adalet Yayınevi 2022).

Koca M ve Üzülmüş İ, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (Adalet Yayınevi 2020).

Meran N, *Hırsızlık, Yağma, Karşılıksız Yararlanma ve Malvarlığına Karşı Suçlar* (Adalet Yayınevi 2013).

Noyan E, *Hırsızlık ve Yağma Suçları* (Adalet Yayınevi 2007).

Oğuzman MK, Seliçi Ö ve Oktay Özdemir S, *Zilyetlik- Tapu Sicili, Taşınmaz ve Taşınır Mülkiyeti, Kat Mülkiyeti, Sınırlı Ayni Haklar* (Filiz Kitabevi 2013).

Özbek VÖ, Doğan K ve Bacaksız P, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (Seçkin Yayıncılık 2020).

Özen M, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (Adalet Yayınevi 2021).

Satzger H, Schmitt B und Widmaier G, *Strafgesetzbuch Kommentar* (Heymann 2009).

- Soyaslan D, *Ceza Hukuku Özel Hükümler* (Yetkin Yayınları 2010).
- Taneri G, *Hırsızlık ve Hırsızlık Suçlarında İspat ve Sübut* (Legal Yayınevi 2015).
- Taneri G ve Kamışlı, Gani, *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar* (Seçkin Yayıncılık 2018).
- Tezcan D, Erdem MR ve Önok, RM, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku* (Seçkin Yayıncılık 2021).
- Ünver Y, *Kamu ve Özel Hukuk Açısından Mülkiyet Hukuku* (Seçkin Yayıncılık 2020).
- Ünver Y, *Malvarlığına Karşı Suçlar ve Ekonomik Suçluluk*, (Seçkin Yayınevi 2009).
- Yaşar O, Gökcan HT ve Artuç M, *Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu* (Genişletilmiş ve Güncellenmiş 2. Baskı, Adalet Yayınevi 2014).
- Yenidünya AC, *Yargıtay Kararları Işığında Hırsızlık Suçu* (m. 141-147) (Adalet Yayınevi 2013).

# Karşılaştırmalı Bir İnceleme: Roma Statüsü ve Türk Ceza Kanunu Çerçevesinde Soykırım Suçu<sup>\*,\*\*</sup>

*A Comparative Study: Genocide Crime within the Framework of the Rome Statute and the Turkish Penal Code*

Arş. Gör. Salih ÖZKAN<sup>\*\*\*</sup>

## Öz

Soykırım kavramı ilk kez kullanıldığından bugüne dek güncelliğini yitirmemiştir. İnsanlık, 21. yüzyılda dahi soykırım fiilleri ile karşı karşıya kalmaktadır. Bu fiillerin işlenmesi aynı zamanda uluslararası toplumun da adalet duygusunu zedelemeye devam etmektedir. Soykırım her ne kadar eski kökenlere sahip olsa da özellikle ikinci dünya savaşında yaşanan ve çoğunlukla Yahudi kökenli insanlara karşı gerçekleştirilen başta öldürme olmak üzere birtakım hukuki ihlallerle dünya kamuoyunun gündemine oturmuş ve bu fiillerin cezalandırılması ve tekrar gündeme gelmemesi için önlem alma yönünde bir bilinç oluşmuştur.

Yaşanan gelişmeler soykırım fiillerinin cezalandırılması ve evrensel adaletin tesisi amacıyla uluslararası yargı mercilerinin kurulmasının önünü açmıştır. İkinci Dünya Savaşı sonrası uluslararası yargı makamlarının kurulmasıyla başlayan bu süreç, kurulan mahkemelerin özellikle geçici (ad hoc) olması sebebiyle eleştirilere maruz kalmış, bu durum ise devletleri çözüm arayışına itmiştir. 1998 yılında Roma'da yapılan bir uluslararası konferansla devamlı çalışacak bir ceza mahkemesinin kurulması kabul edilmiştir. Mahkemenin temel dayanağı olan Roma Statüsü, yalnız soykırım değil aynı zamanda diğer uluslararası suçların tipikliğini tanımlayarak önemli bir hukuki sorunu da çözüme kavuşturmuştur.

Türkiye Uluslararası Ceza Mahkemesini kuran Roma Statüsü'ne dair iç hukuktaki düzenleme yükümlülüğünü yerine getirirse de henüz Statüye taraf olmamıştır. Çalışmada Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin (UCM) temelini oluşturan Roma Statüsü'nün 6. ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 76. maddesinde düzenlenen soykırım suçu karşılaştırılarak incelenmiştir. Sonuç olarak her iki hukuki metinde yer alan düzenlemeler, büyük ölçüde örtüşse de cezalandırmaya etki edecek birtakım farklılıkların bulunduğu sonucuna da ulaşılmıştır.

## Anahtar Kelimeler

Soykırım, Uluslararası Ceza Mahkemesi, Roma Statüsü, Türk Ceza Kanunu, İnsanlığa Karşı Suç

\* Hakemli Araştırma Makalesi / **Makale Geliş Tarihi:** 24.08.2023 – **Makale Kabul Tarihi:** 11.10.2023.

\*\* Bu çalışma, 04.05.2018 tarihinde Alanya Alaaddin Keykubat Üniversitesi'nde yapılan 4. Uluslararası Hukuk Konferansı'nda tebliğ edilmiştir.

\*\*\* Trabzon Üniversitesi, Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, salih.ozkan@trabzon.edu.tr, ORCID No: 0000-0002-4984-9422.

## Abstract

The enduring relevance of the idea of genocide has persisted since its initial conceptualization. In contemporary times, the global community continues to grapple with the grave issue of genocide. Simultaneously, these actions persist in undermining the perception of justice throughout the global community. Genocide, a historical phenomenon with notable instances during the Second World War, particularly targeting individuals of Jewish descent, has engendered enduring global concern over various legal transgressions, predominantly including acts of homicide. There has been an increasing recognition of the imperative to implement measures aimed at penalising these actions and mitigating their likelihood of reoccurrence. Recent developments have paved the way for the establishment of international judicial bodies with the aim of prosecuting genocide acts and establishing universal justice. Beginning with the establishment of international judicial bodies after the Second World War, this process has faced criticism due to the temporary (ad hoc) nature of these courts. This circumstance has prompted states to search for solutions. In 1998, through an international conference held in Rome, the creation of a permanent criminal court that would operate continuously was approved. The Rome Statute, which forms the foundational basis of this court, not only addresses genocide but also defines the characteristics of other international crimes, thereby resolving a significant legal issue.

Although Turkey is not a signatory to the Rome Statute, it has effectively adhered to its domestic legal framework pertaining to the requirements outlined in the statute that founded the International Criminal Court. This research investigates and contrasts the Rome Statute, which serves as the foundation of the International Criminal Court (ICC), with Article 76 of the Turkish Criminal Code, which addresses the crime of genocide. As a result, it has been concluded that although the regulations present in both legal texts largely overlap, there are certain differences that could affect the punishment.

## Keywords

Genocide, International Criminal Court, Rome Statute, Turkish Criminal Code, Crimes Against Humanity

## GİRİŞ

Soykırım kavramına bakıldığında ise bu kavramın ilk kez Polonyalı hukukçu *Raphael Lemkin* tarafından Yunancada “*ırk, kabile*” anlamına gelen “*genos*” kelimesi ile Latince “öldürmek” anlamına gelen “*caedere (cide)*” kavramlarının bir araya getirilmesi ile ortaya atıldığı görülmektedir.<sup>1</sup> Daha sonra bu kavramdan hareketle uluslararası hukukta düzenlenen

---

<sup>1</sup> Raphael Lemkin, *Axis Rule in Occupied Europe: Laws of Occupation - Analysis of Government - Proposals for Redress* (The Lawbook Exchange, Ltd, 2005) 79.

birtakım sözleşmelerde soykırım, uluslararası topluma karşı bir suç olarak lanse edilmiş ve kurulan uluslararası mahkemelerde temel suçlardan birini oluşturarak yargılamalar yapılmıştır.<sup>2</sup>

Her ne kadar insanlığa karşı suç işleme olgusu modern çağda ortaya çıksa da kökü daha eskilere dayanmaktadır. İnsanlığa karşı suç işleme fikri Cicero'nun tiranları, 'herkesin ortak düşmanı' (*communis hostis omnium*) tanımlamasıyla MÖ. 1. yüzyıla kadar götürülmektedir. Sonraları bu tanım imparator Nero'yu 'insanlığın düşmanı' (*hostis humani generis*) olarak tanımlanmasında ya da Katolik ayinlerinde şeytani tanımlamakta dahi kullanılmıştır. Orta çağa gelindiğinde *hostis humani generis* terimi yavaş yavaş bir suç kategorisine dönüşerek hukukun alanına da girmeye başlamıştır.<sup>3</sup> Günümüzde artık tarihsel olarak korsanlarla ilişkilendirilen insanlığın düşmanı<sup>4</sup> '*hostis humani generis*'in çekirdek uluslararası suçlar olan soykırım dahil insanlığa karşı suç, savaş suçu ve saldırı suçlarının faillerini nitelendirmede kullanılmaktadır.<sup>5</sup>

Temel olarak İkinci Dünya Savaşında yaşanan ve çoğunlukla Yahudi kökenli kişilere karşı gerçekleştirilen öldürme başta olmak üzere birtakım suç teşkil eden hukuki ihlaller dünya kamuoyunun gündemine oturmuş ve bu fiillerin cezalandırılması ve tekrar gündeme gelmemesi için önlem alma yönünde evrensel bir bilinç oluşmuştur. Sadece 1950 ila 1990 yılları arasında 17 kez soykırım suçu gerçekleştirilmiş ve bir milyonun üzerinde insan hayatını kaybetmiştir.

<sup>2</sup> “Soykırımın gerek ulusal hukuk sistemlerinde gerekse de uluslararası hukukta suç olarak kabulü sürecinde başlangıç noktası, İkinci Dünya Savaşı'nda Almanya'nın işgal planlarını hayata geçirmesi ve bunu yaparken de işgal ettikleri bölgelerde ve kendi ülkesinde Yahudi ve diğer azınlıklara karşı işlediği fiillerden dolayı cezalandırılması gereğinin dile getirilmesidir. Ancak bu kronolojik süreçte yukarıda Lemkin'in tanımladığı “soykırım” kavramı yerine, savaş suçları ve insanlığa karşı işlenen suçlar kavramlarına rastlıyoruz. Tüm bu sürecin soykırımın ulusal ve uluslararası hukuk anlamında suç olarak kabulünde bir hazırlık dönemi olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.” (Aktaran: Timuçin Köprülü ‘Uluslararası ve Ulusal Ceza Hukukunda Soykırım Suçu’ (Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2008) 22 vd.

<sup>3</sup> Ben Kiernan, ‘Is 'Genocide' an Anachronistic Concept for the Study of Early Modern Mass Killing?’ (2014) 99(3) *History*, 530, 535; M. Cherif Bassiouni, *Crimes Against Humanity- Historical Evolution and Contemporary Application* (Cambridge University Press 2011) 44.

<sup>4</sup> İnsanlığın hukuku var olduğu için bu hukuku ihlal edenler insanlığın düşmanı olarak cezalandırılır. Her ne kadar doğrudan insanlığın düşmanı kavramını kullanmamış olsalar da Grotius, de Vattel gibi 18. yüzyıl uluslararası hukuk öncülerinin de benzer kavramları daha çok ulusların hukukunun ihlal edenlere yönelik kullandığı görülebilir, bkz. Bassiouni, *Crimes Against Humanity*, (n 3) 92 dn.24; Ayrıca bkz. Peter Judson Richards, ‘Hugo Grotius, Hosti Humani Generis, and the Natural Law in Time of War’ (2007) 2 (3) *Liberty UL Rev*, 881.

<sup>5</sup> Markus Dubber and Tatjana Hörnle, *Criminal law: A Comparative Approach* (Oxford University Press 2014) 153; Bassiouni *Crimes Against Humanity* (n 3) 44.



Bu duruma verilebilecek en açık örnek 1994'te Ruanda'da gerçekleştirilen fiillerdir. Sadece üç aylık bir süreçte Ruanda'da yaşanan 800,000 *Tutsi* soykırımında hayatını kaybetmiştir.<sup>6</sup>

Soykırımlar nedeniyle zedelenen adalet inancının tesisi maksadıyla çeşitli uluslararası adalet mercilerinin kurulması fikri oluşmuştur.<sup>7</sup> Özellikle İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra kurulan Nürnberg Askeri Ceza Mahkemesi ve Tokyo Uluslararası Uzak Doğu Mahkemesi ile BM Güvenlik Konseyi kararlarıyla kurulan Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi, Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemeleri bu mercilere örnektir. Ancak bir taraftan bu mahkemelerin bir kısmının geçici (*ad hoc*) mahkemeler olması, diğer taraftan ise mahkeme heyetinde askeri hakimlerin yer alması nedeniyle birçok eleştiriye maruz kalmıştır.<sup>8</sup> Bu eleştirilerden yola çıkılarak adaleti daha iyi sağlayacağı inancıyla devamlı çalışacak bir ceza mahkemesinin kurulması 1998 yılında Roma'da yapılan bir uluslararası konferans neticesinde kabul edilmiştir.<sup>9</sup> Ağustos 2003 itibarıyla 137 devlet tarafından imzalanan ve bunlardan 123'ünün taraf olduğu Statü<sup>10</sup> 1 Temmuz 2002'de yürürlüğe girmiş böylelikle uluslararası alanda bulunan büyük eksiklik bir ölçüde giderilmiştir. Mahkemeyi kuran statü yine mahkemenin hangi suçlar bakımından yetkili olduğunu belirtmiş ve soykırım suçu da yetkili olduğu suçlar arasında sayılmıştır.

Türkiye bakımından ise soykırım suçu ilk kez 9 Aralık 1948 tarihinde gündeme gelmiştir. Paris'te toplanan Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 9 Aralık 1948 tarihli 260 A (III) sayılı kararı ile uygun görülerek imzaya Soykırım Suçunun Önlenmesine ve Cezalandırılmasına Dair Sözleşme, 23 Mart 1950'de kabul edilerek yürürlüğe girmiştir.<sup>11</sup> Ancak Türkiye, sözleşmeden kaynaklanan soykırımı iç hukukta suç olarak düzenleme yükümlülüğünü 1 Haziran 2005 tarihine kadar yerine getirmemiş, suçun ancak 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun yürürlüğe

<sup>6</sup> Talitha Gray, 'To Keep You is No Gain, To Kill You is No Loss-Securing Justice Through The International Criminal Court' (2003) 20(3) Arizona Journal of International and Comparative Law 646, 646.

<sup>7</sup> Uluslararası Ceza Mahkemesi'ne giden tarihsel süreç hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. R. Murat Önok, *Tarihi Perspektifiyle Uluslararası Ceza Divanı* (Turhan Kitabevi 2003) 22 vd.

<sup>8</sup> Eleştiriler için bkz. Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem ve Murat Önok, *Uluslararası Ceza Hukuku*, (6. Baskı, Seçkin Yayınevi 2021) 289 vd.

<sup>9</sup> United Nations Document Nr. A/CONF.183/9, <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N98/281/44/IMG/N9828144.pdf?OpenElement>>, Accessed: 26.12.2022.

<sup>10</sup> '10. Rome Statute of the International Criminal Court' (United Nations Treaty Collection) [https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=XVIII-10&chapter=18&clang=\\_en](https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XVIII-10&chapter=18&clang=_en) accessed 31 August 2023.

<sup>11</sup> Millî, Irkî, Dinî, Kütleleri Kısmen veya Tamamen İmha Suçunun 'Genocide' Önlenmesi ve Cezalandırılması Hakkındaki Sözleşmeye Türkiye Cumhuriyeti'nin de Katılmasının Onanmasına Dair Kanun, Kanun Numarası: 5630, 23.03.1950, RG 29.03.1950/7469.

girmesi ile düzenlenmiştir.<sup>12</sup> Her ne kadar bu sözleşme bakımından Türkiye yükümlülüğünü yerine getirirse de da henüz Uluslararası Ceza Mahkemesi'ni kuran Roma Statüsü'ne taraf değildir. Buna karşın iç hukukta Roma Statüsü'ne taraf olmanın getireceği yükümlülükleri karşılayan düzenlemelere yer verilmiştir. Bu kapsamda Anayasanın 38. maddesine bir fıkra eklenmiş ve Uluslararası Ceza Divanına taraf olmanın gerektirdiği yükümlülükler, vatandaşın iadesinin tek istisnası olarak kabul edilmiştir. Yine sonradan çıkarılan kanunlarda da iade ile ilgili hükümlerde bu yönde düzenlemeler getirilmiştir.<sup>13</sup>

Bu çalışmanın kapsamını bu mahkemelerden biri olan Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin (UCM) dayanağını oluşturan Roma Statüsü'nün 6. maddesinde ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 76. maddesinde düzenlenen soykırım suçu oluşturmaktadır. Suçun unsurları ve nitelik arz eden yönleri karşılaştırmalı olarak ele alınacaktır.

## I. HUKUKİ DÜZENLEMELER

Çalışmanın konusunu oluşturan hukuki düzenlemelerden ilki Roma Statüsü'nün 6. maddesinde yer almaktadır. Madde metni şöyledir:

*“Bu tüzüğün amaçları bakımından “soykırım”, ulusal, etnik, irki ya da dini bir grubu kısmen veya tamamen yok etmek amacıyla gerçekleştirilen aşağıdaki eylemleri kapsamaktadır:*

- (a) grup üyelerini öldürmek;*
- (b) grup üyelerine ciddi bedensel ya da ussal zarar vermek;*
- (c) fiziksel olarak kısmen ya da tamamen yok olmasını doğuracak koşullarda grubu ağır yaşam koşullarına maruz bırakmak;*
- (d) grup içinde doğumları önlemeye yönelik tedbirler koymak;*
- (e) grup içindeki çocukları zorla bir başka yere nakletmek.”<sup>14</sup>*

Bu düzenleme dışında Statü, soykırım suçuna ilişkin madde 25/3-e bendinde soykırım suçuyla ilgili olarak doğrudan veya dolaylı olarak diğerlerini soykırıma kışkırtma halinde kişilerin cezai sorumluluk taşıdığı ve cezalandırabileceği hüküm altına alınmıştır.

<sup>12</sup> Mahmut Koca, ‘Türk Ceza Kanununda Soykırım Suçu’ (2010) 4(1) Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 2, 2.

<sup>13</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. Burak Boz, *Teslim (İade-Geri Verme)* (Adalet Yayınevi 2022) 186 vd.

<sup>14</sup> Çeviri için bkz. ‘Uluslararası Ceza Mahkemesi Roma Tüzüğü’ <[http://www.ceidizleme.org/ekutuphaneresim/dosya/459\\_1.pdf](http://www.ceidizleme.org/ekutuphaneresim/dosya/459_1.pdf)> Erişim Tarihi: 29.8.2023

Statünün 33. maddesinde ise Mahkeme'nin yargı yetkisine giren bir suçun, bir hükümet, askeri veya sivil bir üst makam emrine uyan bir şahıs tarafından işlenmiş olmasının; şahsın hükümet veya söz konusu üst makamın emirlerine uyması kanuni bir zorunluluk ise, şahsın emrin kanunsuz olduğunu bilmemesi halinde ve emrin açıkça kanunsuz olmaması hali dışında şahsı cezai sorumluluktan kurtaramayacağını hüküm altına aldıktan sonra maddenin amaçları bakımından soykırım veya insanlığa karşı suç emirlerinin kanunsuzluğunun açıkça bilindiğinin kabul edildiği düzenlenmiştir.

Türk hukukuna bakıldığında ise soykırım suçunun TCK'nın 76. maddesinde düzenlendiği görülmektedir. TCK m. 76 şöyledir:

*“(1) Bir planın icrası suretiyle, milli, etnik, ırki veya dini bir grubun tamamen veya kısmen yok edilmesi maksadıyla, bu grupların üyelerine karşı aşağıdaki fiillerden birinin işlenmesi, soykırım suçunu oluşturur:*

- a) Kasten öldürme.*
- b) Kişilerin bedensel veya ruhsal bütünlüklerine ağır zarar verme.*
- c) Grubun, tamamen veya kısmen yok edilmesi sonucunu doğuracak koşullarda yaşamaya zorlanması.*
- d) Grup içinde doğumlara engel olmaya yönelik tedbirlerin alınması.*
- e) Gruba ait çocukların bir başka gruba zorla nakledilmesi.*

*(2) Soykırım suçu failine ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası verilir. Ancak, soykırım kapsamında işlenen kasten öldürme ve kasten yaralama suçları açısından, belirlenen mağdur sayısına gerçekte içtima hükümleri uygulanır.*

*(3) Bu suçlardan dolayı tüzel kişiler hakkında da güvenlik tedbirine hükmolunur.*

*(4) Bu suçlardan dolayı zamanaşımı işlemez.”*

Bu hüküm dışında soykırım suçuna ilişkin diğer birtakım özel düzenlemelerin getirilmiş olduğunu da söylemek mümkündür. İlk olarak 6706 sayılı Cezaî Konularda Uluslararası Adli İş Birliği Kanunu'nun 11. maddesinin 2. fıkrasının 2. cümlesinde soykırım suçunun siyasi suç

olarak kabul edilemeyeceği dolayısıyla da iade talebinde soykırım iddiası nedeniyle siyasi suç gerekçesi bir ret sebebi teşkil etmeyecektir.<sup>15</sup>

Bir başka düzenleme ise 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun'un 14. maddesinin 6. fıkrasında yer almaktadır. Ölüden organ ve doku alma koşulu ve cesetlerin bilimsel araştırma için muhafazası başlığı altında düzenlenen bu hükme göre tıp eğitimi için gerekli olan kadavranın yurt içinden yeteri kadar temin edilememesi hâlinde, kadavra veya kadavra parçası, soykırım ve insanlığa karşı işlenmiş suçlar yoluyla ölmüş kimselerden temin edilmemiş olması kaydı ile yurt dışından temin edilebilir. 6514 sayılı kanunun 42. maddesi ile sonradan eklenen bu hüküm mecliste yapılan kanun görüşmeleri sırasında, kanun tasarisının ilk metninde bulunmamasına rağmen sonradan tasarıya eklenerek kabul edilmiştir. Hükümün gerekçesinde kanun koyucu tıp fakültelerinde eğitim için kadavranın bir ihtiyaç olduğunu ve fakat kadavra temininin de insan hakları ihlallerine “çanak tutmayacak” şekilde olması gerektiği ifade edilmiştir.<sup>16</sup> Bu noktada ilk akla gelecek olan eğitim hakkı olsa da esasen konu anayasa tarafından da korunan bilim ve sanat özgürlüğüne dairdir. Kanun hükmü açıkça bilim ve sanat özgürlüğünü sınırlandırmakta olup bu durum da bilim ve sanat özgürlüğünün sınırlarını tartışmaya açmaktadır. Kanun koyucunun ileri sürdüğü gerekçeden yola çıkarak amacının uluslararası alanda insan haklarının korunması olduğu düşünülse bile bunu bir neden sonuç ilişkisi içerisinde izah etmek pek mümkün görünmemektedir. Zira soykırım ya da diğer insanlığa karşı suçların işlenmesi ile burada ölen kişilerin bedenlerinin bilim amaçlı kullanılması arasında bir bağlantıdan bahsetmek zor olacaktır. Kanun koyucunun “çanak tutmak” olarak bahsettiği bu bağlantı, suçların işlenmesinden dolayı olarak fayda edilmesini ifade etse de etik tartışmaların konusunu oluşturacaktır. Nitekim anayasal bir hak olan bilim ve sanat özgürlüğünün sınırlandırılmasında hukuki ve bilimsel olmak üzere iki sınırdan bahsetmek gerekir. Doktrinde bilim özgürlüğünün

<sup>15</sup> Siyasi suçlar sırf siyasi ve nispi siyasi suç olarak ikiye ayrılmakta olup; mutlak siyasi suç doğrudan devletin siyasi varlığına, düzenine karşı işlenen olarak değerlendirilmekte olup buna karşılık nispi siyasi suçlar esasen adi suç olmakla birlikte siyasi bir saikle işlenmektedir. (Bkz. Tahir Taner, Ceza Hukuku Umumi Kısım (Ahmet Sait Matbaası 1949) 114-116). Siyasi suç tanımının belirsiz olması, siyasi suçlara istisna getirilmesini, devlet başkanına suikast, terör ve uluslararası hukuka karşı fiillerin kapsam dışına çıkarılmasına neden olmuştur, ayrıntılı bilgi için bkz. a.g.e. 121 vd; Boz (n 13) 170 vd.; Coşkun Necmi Savaş, ‘Suçluların Geri Verilmesi’ (Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi 2013).

<sup>16</sup> Gerekçede bu durum tam olarak şu şekilde ifade edilmiştir: “Tıp fakültelerinde eğitim için kadavra bir ihtiyaçtır. Yapılacak düzenleme yerindedir. Ancak kadavra temininin insan hakları ihlallerine çanak tutacak şekilde olması öngörülmüştür.” Bkz. Türkiye Büyük Millet Meclisi Tutanak Dergisi, (24. Dönem Cilt 68 2.1.2014) < <https://www5.tbmm.gov.tr/tutanak/donem24/yil4/bas/b042m.htm> > Erişim Tarihi 29 Ağustos 2023.

sınırlandırılmasında temel ilkenin bilimin sadece kendi kural ve eleştirilerine tabi olduğundan bahsedilmiştir. Buna göre ancak belirli niteliğe sahip bir araştırma bilimsel tanım içerisinde değerlendirilebilir ve bu tanım dışına çıkanlar bilim niteliğini kaybederek bilim özgürlüğünden yararlanamaz. Yine bu değerlendirme de bilimsel otoritelerce gerçekleştirilir. Bu noktada bir diğer sınırlandırma, doktrinde de tartışılan, bu özgürlüğün ancak insan yaşamına yönelmesi olası tehditlere mahal vermeyecek şekilde kullanılmasıdır.<sup>17</sup> Söz konusu kadavralar olduğunda bu sınırlar çerçevesinde hareket edildiği kabul edilebilir. Hukuki sınırlara gelindiğinde ise ilk olarak hakkın düzenlendiği anayasa hükmü gündeme gelir. Buna göre sınırlandırma yine ancak anayasanın ilgili maddesinde belirtilen sebeplere dayanarak ve kanunla düzenlenmesi halinde hukuka uygundur. Anayasa'nın bu temel hakka getirdiği ilk sınır m. 27/2'de belirttiği üzere hakkın kapsamında olan yayma hakkının, anayasanın ilk üç maddesini değiştirmek amacıyla kullanılmasıdır. Diğer bir sınır ise m. 27/3'te yer almakta ve yabancı yayınların ülkeye girmesi ve dağıtımının kanunla düzenlenmesine ilişkindir.<sup>18</sup> Bu iki durum dışında 1982 Anayasası'nda bilim ve sanat özgürlüğünü sınırlayabilecek başka hiçbir sınırlama bulunmamaktadır. Netice itibarıyla ilgili hükmün anayasaya uygunluğu ciddi bir tartışma konusu olacaktır.

Soykırım suçuna ilişkin 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu da birtakım hükümler getirmiştir. Buna göre soykırım suçu, madde 248'e göre kaçağın Cumhuriyet savcısına başvurmasını veya duruşmaya gelmesini sağlamak amacıyla Türkiye'de bulunan mallarına, hak ve alacaklarına el konulabilecek veya gerektiğinde idaresi için kayyım atanabilecek suçlardan birini oluşturmaktadır. Yine madde 100'e göre soykırım suçu bir tutuklama nedeni sayılabilecek hallerden birini oluşturmaktadır. Keza madde 128'e göre taşınmazlara, hak ve alacaklara el konulabilecek suçlardan birini oluşturur.

## II. SOYKIRIM SUÇU

Soykırım suçunun TCK'daki düzenlemesi, Statüdeki düzenleme ile büyük ölçüde örtüşmekle beraber bazı noktalarda farklılaşmalar ortaya çıkmaktadır.<sup>19</sup> Her iki düzenlemedeki suç tipleri karşılaştırılırken bu farklılıklara değinilecektir.

<sup>17</sup> Nihat Bulut, 'Bilim Özgürlüğü: İçeriği ve Sınırlandırılması Sorunu' (2005) 9(1-2) Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi 23, 32.

<sup>18</sup> A.g.e 35 vd.

<sup>19</sup> Verda Neslihan Akün, 'Uluslararası Hukukta ve Türk Hukuku'nda Soykırım (JENOSİD) Suçu' (2011) 24(1-2) Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni 53, 70.

### A. Suçla Korunan Hukuki Değer

Soykırım suçu yapısı gereği tek bir hukuki değeri değil birçok hukuki değeri korumaktadır.<sup>20</sup> Suçun seçimlik hareketlerinin çeşitliliği korunan hukuki değerlerin de birden çok olması sonucunu doğurmuştur.

Hem Statüde hem de TCK'da genel olarak soykırım suçuyla insan onuru, yaşam hakkı, vücut dokunulmazlığı, seyahat özgürlüğü, cinsel dokunulmazlık korunmaktadır.<sup>21</sup> Ayrıca doktrinde bu suçla korunan bir başka hukuki değer de bir grubun fiziksel varlığı, yani bir grup olarak var olma hakkı korunmaktadır. Diğer hukuki değerlerin üzerinde esas olarak bu hukuki değer korunduğu söylenebilir.<sup>22</sup>

Bu suçun uluslararası suçların bir alt kategorisini oluşturmasından ötürü uluslararası toplumun da korunduğu söylenebilir. Zira uluslararası topluma karşı suçlar kategorisinin TCK'da ve uluslararası mahkeme sözleşmelerinde yer almasıyla uluslararası kamu düzeni de ceza hukukuyla korunan hukuki değer olarak ortaya çıkmıştır.<sup>23</sup> Uluslararası toplumun da korunması fikrinin ceza hukukunun bireyin korunmasının doğal bir sonucu olarak ortaya çıktığı söylenebilir. Ceza hukukunun ödevi hukuki değerleri korumaktır. Bunu da ceza hukuku normları vasıtasıyla yerine getirir. Ceza hukuku normlarının dayanağını, insanların toplum halinde birlikte yaşamaları bakımından vazgeçilmez olan ve bu nedenle de devletin kamusal ceza vasıtasıyla cebri gücünü kullanarak korunması gereken yaşamsal değerler hakkındaki pozitif değer yargıları oluşturur. Bu asli yaşamsal değerler bireyin hayatı, vücut bütünlüğü,

<sup>20</sup> Köksal Bayraktar, 'Soykırım Suçu' iç Köksal Bayraktar (ed) *Av. Dr. Şükrü Alpaslan Armağanı* (İstanbul Barosu 2007); Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem ve Murat Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, (20. Baskı, Seçkin Yayınevi 2022) 61; Olgun Değirmenci, 'Uluslararası Ceza Mahkemelerinin Kararları Işığında Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Soykırım Suçu (TCK m. 76)' (2007) (70) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 50, 77.

<sup>21</sup> Karş. Tezcan, Erdem ve Önok, *Ceza Özel Hukuku* (n 20) 61.

<sup>22</sup> Sinan Kocaoğlu, 'Uluslararası Ceza Hukuku ve 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Bağlamında Soykırım Suçu' (2005) 50 Ankara Barosu Dergisi, 50, 149; Koca (n 12) 9; Tezcan, Erdem ve Önok, *Ceza Özel Hukuku* (n 20) *Ceza Özel Hukuku* (n 20) 61.

<sup>23</sup> Aksi yönde görüş için bkz. "Gerçekten, bazı suçların evrensel olarak kovuşturulabilir olması (CK m. 13/1, a), Uluslararası Ceza Divanı'na taraf olmanın getirdiği yükümlülükler (Ay m. 38/11), eğer suçları tasnifte kriter, suçla ihlal edilen ve ceza ile korunan hukuki değer veya menfaat ise, bazı suçların "uluslararası suçlar" olarak tasnifi mümkün olmaz. Çünkü bu adla kategorize edilen suçlara baktığımızda, bu suçların ihlal ettiği hukuki değer veya menfaatin, uluslararası toplumun bir değeri veya menfaati olmayıp, çok veya gayri muayyen sayıda kişilerin, salt kişiye ait değerleri veya menfaatleri olduğu görülmektedir. Gerçekten bu suçların, "kişilere karşı suçlar" bakımından tek farkı, bunları oluşturan fiillerin belli bir saik ile belli gruplara veya topluluklara karşı işlenmiş olmalarıdır." (Zeki Hafizoğulları ve Devrim Güngör, 'Türk Ceza Hukukunda Suçların Tasnifi' (2007) 0 (69), Türkiye Barolar Birliği Dergisi 21, 29-30.)

malvarlığından trafik güvenliği, anayasal düzene ve ulusal güvenliğe nihayetinde ise etnik veya kültürel azınlığın imha edilmesi veya insan onuruna aykırı muameleye tabi tutulmasına karşı korunması ve uluslararası barışa kadar geniş bir yelpazeye uzanır. Birey için bir yaşamsal değer hukuk düzeninin koruma alanına alınmasıyla bu değer toplumsal değer niteliğini kazanır.<sup>24</sup>

## B. Suçun Maddi Unsurları

### 1. Fail

Soykırım suçu özgü bir suç olmadığı için faili herhangi bir kimse olabilir. Yine devlet bağlantısının bulunması bu suç bakımından çoğunlukla gündeme gelse de bu bağlantı zorunlu bir unsur değildir.<sup>25</sup> Doktrinde failin belli bir grubun mensubu olması gerektiği ileri sürülmüş bu grubun askeri, polis, para-militer birlikler, gerilla grubu veya terör örgütü olabileceği söylenmiştir.<sup>26</sup> Ancak failin mutlaka belirli bir gruba mensup olması mağdur unsurunun aksine bu suçta zorunlu değildir.<sup>27</sup> Ayrıca Soykırım Sözleşmesinin 4. maddesinde de “soykırım suçunu veya üçüncü maddede gösterilen fiillerden birini işleyenler, anayasaya göre yetkili yöneticiler veya kamu görevlileri veya özel kişiler de olsa cezalandırılır” denilerek failin herkes olabileceğine işaret edilmiştir.

Roma Statüsü'nün yargı yetkisi uyarınca sadece gerçek kişiler yargılabileceği, Türk hukukunda ise tüzel kişilerin fail olması kabul edilmeyip tüzel kişiler bünyesinde suç işlenmesi durumunda güvenlik tedbirlerine hükmedileceği göz önünde bulundurulduğunda suçun failinin

---

<sup>24</sup> Hans-Heinrich Jescheck ve Thomas Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil* (5. Baskı, Duncker & Humblot 1996) 7; bu noktada değinilmesi gereken uluslararası hukukun dönüşümünde anahtar bir kavram olduğu düşünülen uluslararası topluluk kavramıdır. Buna göre devletler, birbirleri arasında karşılıklı hak ve yükümlülükler olduğunu bilen ve ilişki içinde olan bir topluluk fikri ile birbirlerine yakınlaşır ve neticede uluslararası hukuk tarafından düzenlenen bir sosyal birlik oluştururlar. Uluslararası topluluk düşüncesi *Grotius'a* kadar uzanmakta olup sonraları Wolff (yazarın *civitas maxima* olarak nitelendirdiği) ve de Vattel tarafından pozitif hukuk çerçevesinde tekrar ele alınmıştır, bkz. Hakkı Hakan Erkiner, 'Uluslararası Topluluk Kavramı' (2010) 16(1-2) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 39, 40 ve 55; ayrıca bkz. Jacob Ter Meulen, *Der Gedanke der Internationalen Organisation in seiner Entwicklung 1300-1800*, (Haag Martinus Nijhoff 1917) 47 vd.; Gerhard O. W. Mueller, 'International Criminal Law: Civitas Maxima--An Overview' (1983) 15(1) Case W Res J Int'l L 1; Nicholas Greenwood Onuf, 'Civitas Maxima: Wolff, Vattel, and the Fate of Republicanism' *American Journal of International Law* (1994) 88(2); M. Cherif Bassiouni, 'Perspectives on International Criminal Justice' *Virginia Journal of International Law* (2009) 50(2) 289.

<sup>25</sup> Değirmenci (n 20) 79; Tezcan, Erdem ve Önok, *Ceza Özel Hukuku* (n 20) 61.

<sup>26</sup> Değirmenci (n 20) 79.

<sup>27</sup> Aynı yönde bkz. Bayraktar (n 20) 275; Tezcan, Erdem ve Önok, *Ceza Özel Hukuku* (n 20) 62.

sadece gerçek kişiler olduğu sonucuna varılmalıdır. Tüm bu açıklamalardan yola çıkarak devletin failliğinin mümkün olmadığını söylemek gerekir. Her ne kadar soykırım niteliğindeki fiiller tarihsel süreçte devlet organlarının bir icrası ya da ihmali sonucunda ortaya çıktığı görülse de<sup>28</sup> hem Statü hem de TCK bakımından devletin failliğinden söz etmek mümkün değildir.

## 2. Mağdur

Doktrinde suçun mağduru olarak ikili bir ayırım yapılmış olup uluslararası toplumun suçun geniş anlamda mağdurunu oluşturduğu soykırım suçuna bizatihi maruz kalan milli, etnik, ırki ya da dini grup mensubunun ise dar anlamda mağduru oluşturduğu kabul edilmektedir.<sup>29</sup>

Soykırım suçu gerek Statü gerekse de TCK'da mağdur bakımından özgü suç olarak kabul edilmektedir.<sup>30</sup> Zira soykırım suçunun mağduru belirli bir grubun mensubu olmalıdır. Bu grup bir milli, etnik, ırki ya da dini grup olmalıdır. Grubun niteliğinin ne olacağı hem Statü hem de TCK da belirlenmiştir. Dolayısıyla milli, etnik, ırki ya da dini grup dışındaki örneğin eşcinsel gruplar, özürülülerin soykırım niteliğindeki eylemlere maruz kalması halinde soykırım suçu oluşmayacaktır.<sup>31</sup>

Grup tartışması bakımından özellikle Roma Statüsü özelinde gündeme gelen bir tartışma ise siyasi gruplardır. Siyasi grupların soykırım suçunun mağduru olamayacağını söylemek gerekir. Zira bu gruplara mensubiyet “*grup üyelerince reddi kabil olmayan, doğum ile kendiliğinden, gayri iradilik ve süreklilik*”<sup>32</sup> arz etmesidir.<sup>33</sup> Ancak getirilen bu kıstas Statü ve kanun metninde yer alan dini grup bakımından sorun arz etmektedir. Nitekim dini bir gruba aidiyet reddi kabul edilebilen, her ne kadar doğum ile kendiliğinden oluşsa da ileride bir seçim yapma imkânı bulunan ve her zaman sürekli olamayabilen bir aidiyettir. Dolayısıyla hangi nitelikteki grupların soykırım suçunun konusunu oluşturacağı belirlenirken Kanunda ve Statüde açıkça yazan gruplara bağlı kalınması gerekmektedir.<sup>34</sup>

<sup>28</sup> Köprülü (n 2) 72.

<sup>29</sup> Koca (n 12) 10.

<sup>30</sup> ibid 10; Tezcan, Erdem ve Önok, *Ceza Özel Hukuku (n 20)* 62;

<sup>31</sup> Tezcan, Erdem ve Önok, *Ceza Özel Hukuku (n 20)* 62.

<sup>32</sup> Akün (n 19) 57; aynı yönde Tezcan, Erdem ve Önok, *Ceza Özel Hukuku (n 20)* 62.

<sup>33</sup> The Prosecutor v Jean Paul Akayesu ICTR-96-4-T, T. Ch. I, 2 September 1998, prg. 511.

<sup>34</sup> Siyasal ve sosyal grupların da düzenlenmesi gereği hakkında bkz. Tezcan, Erdem ve Önok, *Ceza Özel Hukuku (n 20)* 62; eleştiriler için ayrıca bkz. Faruk Turinay, 'Soykırım Suçunun Mağduru Olarak Azınlıklar' (2014) 9(24) *Ceza Hukuku Dergisi* 271, 281 vd.; Aksi yönde bkz. Akün (n 19) 57.



Grup unsuru bakımından negatif ve pozitif tanımlama ayrımı yapılmaktadır. Mağdurun belirli bir gruba mensup olması nedeniyle hedef alınması suçun oluşması için zorunludur. Dolayısıyla ortada belirli bir grup olmalıdır (pozitif tanımlama). Ancak mağdur belirli bir gruba mensup olmadığı için hedef alınmışsa soykırım suçu oluşmaz (negatif tanımlama)<sup>35</sup>. Ancak aksi yönde uygulamalar da bulunmaktadır. Uluslararası Adalet Divanı Bosna Hersek v Sırbistan-Karadağ davasında negatif tanımlamanın soykırım suçu için geçerli bir kıstas olduğuna hükmetmiştir.<sup>36</sup> Karara konu olayda mahkeme sözleşme kapsamında korunan gruplardan birini sırf bu özelliğinden ötürü yok etme kastının varlığına önem vermiş, bu nedenle negatif tanımlamanın grubun tespitinde göz önünde bulundurulmayacağını kabul etmiştir.<sup>37</sup>

Hem Statü hem de kanun, grupların millî, etnik, ırkî veya dinî özelliklere sahip olmasını hüküm altına almıştır. Statü ile kanun arasında nitelendirme bakımından, bir kavramsal farklılık bulunmaktadır. Kanun “*millî*” yerine Statü ulusal (*national*) kavramını kullanmışsa da kavramlar eş anlamlı olduğu için bu noktada her iki düzenlemenin de örtüştüğünü söylemek gerekir. Suçun unsuru kapsamında millî (*ulusal*) gruptan, aynı vatandaşlığa, ortak tarih, kültür, dil, örf ve âdet gibi ortak değerlere sahip kişiler anlamak gerekir.

Etnik gruplar tarihsel süreçte ortaya çıkan ve belli bir kültürel geleneğe ve yaşam tarzına sahip, aynı dili konuşan gruplardır. Etnik grubun aynı ırka mensup olması da şart değildir.<sup>38</sup>

Irki gruplarda etnik gruplardan farklı olarak aynı soydan gelmek aranır. Irkî gruplarda grup üyeleri aynı genetik yapıya sahip sosyal gruplardır.<sup>39</sup>

Son olarak dini gruplar ise aynı inanca sahip, aynı rehberine inanan, ortak manevi fikirlere sahip veya aynı ibadet şeklini icra eden kişilerin oluşturduğu gruplardır.<sup>40</sup> Bu grup bakımından dinin, inanış itibarıyla semavi dinlerden olması zorunlu değildir. Son olarak ise herhangi bir dine inanmayan ateistlerin bir dini grup olduğu da söylenemez.<sup>41</sup>

---

<sup>35</sup> Robert Cryer, Hakan Friman, Darryl Robinson and Elizabeth Wilmschurst, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure* (Cambridge University Press, 2007) 173; Kocaoğlu (n 22) 147; Tezcan, Erdem ve Önok, *Ceza Özel Hukuku* (n 20) 64.

<sup>36</sup> Bosnia and Herzegovina v Serbia and Montenegro, ICJ 26 February 2007, prg.191.

<sup>37</sup> Kararın eleştirisi için bkz. Koca (n 12) 19-20.

<sup>38</sup> ibid 11; Tezcan, Erdem ve Önok, *Ceza Özel Hukuku* (n 20) 64.

<sup>39</sup> Koca (n 12) 11; Tezcan, Erdem ve Önok, *Ceza Özel Hukuku* (n 20) 65.

<sup>40</sup> Koca (n 12) 11.

<sup>41</sup> Koca (n 12) 11; Tezcan, Erdem ve Önok, *Ceza Özel Hukuku* (n 20) 65.

### 3. Fiil

Soykırım suçu seçimlik hareketlerle işlenebilen bir suçtur. Dolayısıyla bu hareketlerden birinin ya da birkaçının gerçekleştirilmesiyle suç tamamlanır. Bu hareketler icrai şekilde gerçekleştirilebileceği gibi ihmali olarak da gerçekleştirilebilir. Ruanda UCM de bu suçun ihmali surette gerçekleştirilebileceğini ileri sürmüştür.<sup>42</sup> Roma Statüsü'nün 25. maddesinin 3. fıkrasına bakıldığında prensip olarak soykırım suçunun ihmali suretiyle işlenebileceği kabul edilmektedir.<sup>43</sup>

TCK suçların ihmali suretiyle icraen gerçekleştirilebileceğine dair genel hükümlerde bir düzenleme getirmemiş ancak özel hükümlerde sadece üç suçta, yani kasten öldürme, kasten yaralama ve işkence suçlarında bu suçların ihmali suretiyle icraen gerçekleştirilebileceğini özel olarak düzenlemiştir. Bu durum ise sayılan suçlar dışında kalanların ki buna soykırım suçu da dahildir, ihmali suretiyle işlenip işlenemeyeceği tartışmasını beraberinde getirmektedir. Zira soykırım suçunun düzenlenmesinde hiçbir şekilde ihmali şekline atıf yapılmamıştır. Esasen kanundan kaynaklı olarak insanların öldürülmesini önleme yükümlülüğü bulunan bir yetkilinin neticenin meydana gelmesini önlememesi halinde ihmali suretiyle soykırım suçundan sorumluluğu tartışılabilir. Doktrinde soykırım suçunun ihmali bir hareketle gerçekleştirilebileceğini kabul edenler olsa da TCK'nın ihmali suçları düzenleme biçimi ve kanunilik ilkesi göz önüne alındığında soykırım suçuna uygulayabilmek kolay görünmemektedir.<sup>44</sup> Soykırım kapsamında ölüm tehdidi altında bulunan insanları koruma yükümlülüğünü yerine getirmeyerek ihmali hareket eden yetkilinin soykırım suçundan sorumluluğu gündeme gelme bile TCK m. 83'te yer alan kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi suçundan sorumluluğu devam edecektir. Esasen kanun koyucunun genel hükümlere getireceği bir hükümlerle suçların ihmali suretiyle icraen gerçekleştirilmesini çözüme kavuşturabilecektir.

Soykırım suçunda eylemin gerçekleştiriliş şekli bakımından TCK ve Statü ayrılmaktadır. Buna göre TCK'da Statüden farklı olarak soykırım fiillerinin bir planın icrası suretiyle

<sup>42</sup> Ayrıntılı olarak bkz. William A. Shabas, *Genocide in International Law-The Crime of Crimes* (Cambridge University Press 2009) 177 vd.

<sup>43</sup> Boris Burghardt, 'Die Vorgesetztenverantwortlichkeit nach Völkerstrafrecht und deutschem Recht (§ 4 VStGB)' (2010) 5(11) Zeitschrift für internationale Strafrechtsdogmatik 695, 699.

<sup>44</sup> Koca bu suçun ihmali suretiyle icraen gerçekleştirilebileceğini kabul etmektedir, bkz. Koca (n 12) 13; Tezcan Erdem ve Önok ise hareketlerin ihmali gerçekleştirilebileceğini kabul etmekle birlikte soykırım suçundan sorumluluğa sıcak bakmamaktadır, bkz. Tezcan, Erdem ve Önok *Ceza Özel Hukuku* (n 20) 67.

gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Doktrinde 1948 tarihli Birleşmiş Milletler Soykırım Sözleşmesi ve diğer uluslararası ceza mahkemesi statülerinde soykırım suçunun oluşması için bir planın varlığı şartının aranmaması nedeniyle, plansız ve ani bir kararla da bu suçun işlenebileceği ileri sürülmüştür. Bu gerekçeyle TCK'daki bir planın icrası suretiyle gerçekleştirilme unsurunun suçun kapsamını daralttığı bu nedenle de bu unsurun sadece failin yok etme saikini ortaya koyan önemli bir delil olarak kabul edilmesi gerektiği savunulmuştur.<sup>45</sup> Ancak suçun normatif bir unsuru olan bir planın icrası suretiyle işlenmesi suçun gerçekleşmesi için olmazsa olmaz (*sine qua non*) olarak kabul etmek gerekir. Bilhassa öldürme fiilleri bakımından bu unsur büyük önem kazanmaktadır.<sup>46</sup>

İlk olarak ulusal, etnik, ırki ya da dini bir grubu kısmen veya tamamen yok etmek amacıyla gerçekleştirilen öldürme hareketi soykırım suçunu oluşturmaktadır. Bu hareket soykırım söz konusu olduğunda ilk akla gelen olma özelliğini taşımaktadır.

Statünün soykırım suçu kapsamında değerlendirdiği bir başka eylem ise kişilerin vücut ve akıl bütünlüğüne ciddi zarar vermektir. Kasten yaralama suçundan farklı olarak her türlü kasten yaralama fiili değil, kasten yaralamanın netice sebebiyle ağırlaşmış halleri bu kapsamda kabul edilecektir. Dolayısıyla TCK m. 87'de yer alan ve benzeri bazı neticelere yönelik eylemler bu kapsamda kabul edilebilir. Örneğin duyuların veya organların işlevinde zayıflama veya kayıp, yaşamı tehlikeye düşürecek ölçüde yaralama ya da ağır hastalıklara, mağdurun bitkisel hayata girmesine neden olma gibi fiiller bu kapsamda değerlendirilebilir.<sup>47</sup> Ruanda UCM ciddi bedensel zarar kavramının açık olduğunu, ancak iç ve dış organlara ve duyulara verilen hasarı veya kaybı sağlığı ciddi derecede bozan zarar olarak kabul etmektedir.<sup>48</sup> Her ne kadar doktrinde Roma Statüsü'ne göre ırza geçme fiilinin bu hareket kapsamında olduğu ileri sürülse de<sup>49</sup> bunlardan ancak vücut ve akıl bütünlüğüne ciddi zarar verecek orandaki fiillerin kabul edilmesi gerekmektedir.<sup>50</sup>

<sup>45</sup> Akün (n 19) 66; Değirmenci (n 20) 97; Kocaoğlu (n 22) 164.

<sup>46</sup> Koca (n 12) 17-18; Tezcan, Erdem ve Önok, *Ceza Özel Hukuku* (n 20) 69-70.

<sup>47</sup> Tezcan, Erdem ve Önok, *Ceza Özel Hukuku* (n 20) 65-66.

<sup>48</sup> The Prosecutor v Jean Paul Akayesu, Judgement, ICTR-96-4-T, T. Ch. I, 2 September 1998, prg. 109.

<sup>49</sup> Tezcan, Erdem ve Önok, *Ceza Özel Hukuku* (n 20) 66; Akün (n 19) 61.

<sup>50</sup> Karş. The Prosecutor v Jean Paul Akayesu, Judgement, ICTR-96-4-T, T. Ch. I, 2 September 1998, prg. 109; ayrıca bkz. Catharine A. MacKinnon, 'The ICTR's Legacy on Sexual Violence' (2008) 14 New Eng J Int'l & Comp L 211; Catharine A. MacKinnon, 'Defining Rape Internationally: A Comment on Akayesu' (2006) 44 Colum J Transnat'l L 940.

Soykırım suçunun bir diğer seçimlik hareketi ise grubu fiziksel olarak kısmen ya da tamamen yok olma sonucunu doğuracak ağır yaşam koşullarına maruz bırakmaktır. Grubun yaşamını devam ettirmek için gerekli zorunlu ihtiyaçlardan mahrum bırakarak grubun yavaş yavaş yok olmasını sağlamaktır. Örneğin açlığa mahkûm etme, temel beslenme olanaklarını ortadan kaldırma, grup üyelerini toplama kamplarına hapsedme gibi eylemler bu hareket kapsamında değerlendirilir.<sup>51</sup> Uluslararası Ceza Mahkemesi suçun bu şeklinin yaşamı sürdürebilmek için zorunlu kaynaklardan kasten mahrum bırakma yahut evlerinden çıkartılma şeklinde olabileceğini belirtmiştir.<sup>52</sup> Burada akla sürgün niteliğindeki eylemler gelebilmektedir. Sürgün ancak ağır şartlar altında icra edilir ve grubun yok olmasına elverişli ve sistematik olarak gerçekleştirilirse soykırım suçunu oluşturabilir.<sup>53</sup>

Grup içinde doğumları önlemeye yönelik tedbirler koymak hareketi ise bir grubun uzun vadede yok olmasını sağlamak için tedbirler almayı ifade eder. Biyolojik soykırım olarak da nitelendirilen bu eylemin üç grup altında incelendiği görülmektedir. Bireylerin kısırlaştırılması

<sup>51</sup> Değirmenci (n 20) 91; Koca (n 12) 11; Tezcan, Erdem ve Önok, *Ceza Özel Hukuku (n 20)* 66.

<sup>52</sup> Preparatory Commission for the ICC, 'Finalised Draft Text of the Elements of Crimes' (*United Nations Digital Library* 6 July 2000), <<https://digitallibrary.un.org/record/418867>> accessed 23.8.23; Bu noktada değinilmesi gereken bir başka husus ise İsrail'in Filistin topraklarında gerçekleştirdiği eylemlerdir. Mahkeme, Filistin'in 2 Ocak 2015'te Roma Statüsü'ne taraf olmasıyla, 16 Ocak 2015'te İsrail tarafından işlendiği iddia edilen suçlarla ilgili ön inceleme açılması kararı aldığı bildirmiştir. 20 Aralık 2019 tarihine geldiğinde savcılık Roma Statüsü uyarınca bir soruşturma açma için gerekli olan tüm hukuki kriterlerin karşılandığı sonucuna varsa da yargı yetkisi konusunu açıklığa kavuşturmak için 1 numaralı Dairenden karar talep etmiştir. 5 Şubat 2021'de verilen kararda Filistin'in Statüye taraf bir devlet olduğu ve kendi kaderini tayin hakkına sahip olduğu, burada işlenen suçlarda mahkemenin yargılama yetkisi olduğuna karar vermiştir. Karar üzerine 3 Mart 2021 tarihinde savcılık Filistin Devleti'ndeki Durum'un soruşturmasının açıldığını duyurmuştur. bkz. Situation in the State of Palestine, ICC-01/18 (International Criminal Court, Pre-Trial Chamber I, 5 February 2021); 'Background' (International Criminal Court) ICC-01/18, <<https://www.icc-cpi.int/palestine>> accessed 31 August 2023. Kuşkusuz soruşturmanın konusunu oluşturacak fiillerden birini de Filistinlilerin evlerini terk etmek zorunda bırakılması ve evlerine dönüşlerinin engellenmesi olacaktır. Ancak doktrinde bu fiilin soykırım suçu yerine Statünün 7. maddesinde düzenlenen insanlığa karşı suç kapsamında değerlendiren yazarlar bulunmaktadır, ayrıntılı olarak bkz. John Quigley, 'Prohibition of Palestine Arab Return to Israel as a Crime Against Humanity', (2023) 34(1) Criminal Law Forum 1, 7vd.

<sup>53</sup> Koca (n 12) 15; Doktrinde bu unsur kapsamında 1915 yılında çıkarılan Tehcir Kanunu gereğince Ermenilerin uzak yerlere göç ettirilmesinin Türkiye'nin Statüye taraf olması halinde birtakım sorunlar çıkarmasının muhtemel olduğu ancak gerek Roma Statüsü m. 11/1 ve gerekse de m. 24/1. uyarınca mahkemenin yargı yetkisinin zaman bakımından sınırlanarak, geçmişe yürütülemeyeceği kabul edilmiştir, bkz. Uğur Bayılıoğlu, 'Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Türkiye' (2007) 56(1) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 51, 91; ayrıca bkz. Ümmühan Elçin Ertuğrul, 'Uluslararası Hukukta Soykırım Suçu ve 1915 Ermeni Olayları' iç Alaeddin Yalçınkaya (ed), Ermeni Soykırım İddiaları ve Uluslararası Hukuk (Astana Yayınları 2016) 377 vd.; maddi hukuk açısından yaklaşıldığında da yine Ermeni Tehciri'nin suçun unsurlarını taşıdığı söylemek zordur, ayrıntılı olarak bkz. Mehmet Takımsu, 'Ermeni İddialarının Soykırım Hukuku Açısından Değerlendirilmesi' (Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi 2008).

ve/veya çocuk düşürme şeklinde gerçekleştirilen zorunlu doğum kontrolü ve son olarak kadın ve erkeklerin birbirlerinden ayrı tutulması ve evliliğin engellenmesidir.<sup>54</sup> Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi (YUCM) ve Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi (RUCM) çeşitli kararlarında, sistematik olarak uygulanan cinsel saldırılar nedeniyle yaşanan travmalar ve bu travmalar neticesinde kadınların hamile kalması durumuna bağlı olarak grubun bireylerinin üreme arzularını yitirmeleri de bu eylem kapsamında görülmüştür.<sup>55</sup>

Bir başka biyolojik soykırım olarak nitelendirilen fiil ise grup içindeki çocukları zorla bir başka yere nakletmektir. Burada bir ya da birden fazla çocuğun başka yere nakledilmesi yeterli olarak kabul edilmektedir. Bu eylem bakımından da amaç grubun yok edilmesidir. Elbette bu eylem bakımından suç ancak on sekiz yaşından küçük kişilere karşı işlenebilir.<sup>56</sup> Burada failin, mağdurun 18 yaşından küçük olduğunu bilmesi şart olup<sup>57</sup> şayet yaş konusunda hataya düşmüşse bu durumda TCK 30/1'e göre kastı ortadan kalkar.<sup>58</sup>

#### 4. Maddi Konu

Suçun konusu hakkında tüm unsurlar bakımından ortak bir nitelik olarak millî, ırkî, etnik veya dinî bir gruba mensup olma söylenebilir. Kasten öldürmede, kişilerin bedensel veya ruhsal bütünlüklerine ağır zarar verme, grubun, tamamen veya kısmen yok edilmesi sonucunu doğuracak koşullarda yaşamaya zorlama, grup içinde doğumlara engel olmaya yönelik tedbirler alma fiilleri bakımından millî, ırkî, etnik veya dinî bir gruba mensup olan kişilerin fiziksel varlığı oluşturmaktadır. Gruba ait çocukların bir başka gruba zorla nakledilmesinde ise çocukların fiziki varlığının suçun konusunu oluşturmaktadır.

#### 5. Suçun Manevi Unsuru

Soykırım suçunun taksirle işlenmesi mümkün değildir. Suç ancak kasten işlenebilir olup seçimlik hareketlerin milli, etnik, ırki veya dini bir grubun üyelerine karşı işlenmesi gerekir.

---

<sup>54</sup> ibid 15.

<sup>55</sup> Cryer, Friman, Robinson and Wilmshurst, (n 35) 176; Tezcan, Erdem ve Önok, *Ceza Özel Hukuku (n 20)* 67; Değirmenci (n 20) 92.

<sup>56</sup> Preparatory Commission for the ICC, 'Finalised Draft Text of the Elements of Crimes' (*United Nations Digital Library* 6 July 2000), < <https://digitallibrary.un.org/record/418867>> accessed 23.8.23.

<sup>57</sup> ibid.

<sup>58</sup> Tezcan, Erdem ve Önok, *Ceza Özel Hukuku (n 20)* 67, dn. 86.

Ancak, soykırım suçu bakımından özel kast unsuru söz konusudur. Zira fail “bir grubu tamamen veya kısmen yok etmek amacıyla” hareketlerini gerçekleştirmelidir.<sup>59</sup>

Bilhassa insanlığa karşı suç ile soykırım suçunu birbirinden ayıran en önemli unsur maksat (amaç) unsurudur. Soykırım suçunda failin maksadı, sadece bir gruba mensup kişileri öldürmek değil, aynı zamanda bu fiiliyle o grubu kısmen veya tamamen yok etmek, yani o grubun gelecek kuşaklarının da varlığını ortadan kaldırmaktır.<sup>60</sup>

Ruanda UCM bir kararında maksadın belirlenmesi bakımından faillerden kastlarının belirlenmesi için onlardan açık bir beyan elde etmenin zor olabileceğini kabul ederek kastın belirlenmesi için failin olay zamanındaki davranışları ve bu durum ile ilgili diğer bilgi, belge ve deliller ile kastın ortaya konabileceğini söylemiştir. Buna göre örneğin; grubun fiziksel şiddete veya bununla birlikte malvarlıklarına yönelik şiddete maruz kalması, saldıran grubun, hedef gruba yönelik aşağılayıcı konuşmaları, kullanılan silahlar, mağdurların vücutlarına verilen fiziksel zararın türü ve derecesi, plan, öldürmelerin sistematik yeri ve görünümü kasta yönelik birer delil olarak kabul edilebilir.<sup>61</sup>

TCK bakımından soykırım suçunun seçimlik hareketleri belirli bir plan doğrultusunda gerçekleştirilmelidir. Soykırımı üst düzeyde planlayan ve yöneten kişilerin grubu yok etme saikiyle hareket etmeleri aranmakta olup planı uygulayan ve suçun icrasına katılan diğer kişilerin bu planı genel hatlarıyla bilmesi yeterlidir. Fiilleri icra eden diğer failerin bu planın genelini ve yöntemlerini tüm ayrıntıları ile bilmesi gerekmemektedir.<sup>62</sup>

Negatif tanımlama yani bir grup dışındakilere herkese yönelik müdahaleler bakımından doktrinde hatalı bir tespitin yapıldığı ve sorunun tipikliğin maddi unsuru ile kast arasındaki ilişkinin belirlenememesinden kaynaklandığı ileri sürülmüştür. Buna göre objektif olarak belirli

<sup>59</sup> Cryer, Friman, Robinson and Wilmschurst, (n 35) 179; Akün (n 19) 59; Tezcan, Erdem ve Önok, *Ceza Özel Hukuku* (n 20) 71; Değirmenci (n 20) 94; Kocaoğlu (n 22) 158; The Prosecutor v Jean Paul Akayesu, Judgement, ICTR-96-4-T, T. Ch. I, 2 September 1998, prg. 497; The Prosecutor v Clement Kayishema and Obed Ruzindana, ICTR-95-1-T, T. Ch. II, 21 May 1999, prg. 99.

<sup>60</sup> Akün (n 19) 60; Koca (n 12) 18; The Prosecutor v Jean Paul Akayesu, Judgement, ICTR-96-4-T, T. Ch. I, 2 September 1998, prg. 519.

<sup>61</sup> The Prosecutor v Jean De Dieu Kamuhanda, Judgement, ICTR-99-54A-A, 19 September 2005, prg. 626; Fatih Halil Kaplan, ‘Ruanda ve Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemeleri Kararlarında Soykırım Suçu’ (2003) 0 (3) Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, 106, 124; yine Ruanda UCM’nin kastın belirlenmesine yönelik benzer yönde kararları bulunmaktadır: The Prosecutor v Jean Paul Akayesu, Judgement, ICTR-96-4-T, T. Ch. I, 2 September 1998; The Prosecutor v Clement Kayishema and Obed Ruzindana, ICTR-95-1-T, T. Ch. II, 21 May 1999.

<sup>62</sup> Tezcan, Erdem ve Önok, *Ceza Özel Hukuku* (n 20) s. 72.

bir gruba karşı fiil işlense de failin bilgisi negatif tanımlama etrafında şekillenmiştir. Failin bilgisi kastının oluşması bakımından yeterli olup bu negatif tanımlama çerçevesinde oluşan grup tanımının tüm özelliklerinin bilinmesi gerekmemektedir. Bu grubu ortadan kaldırmak amacıyla hareket eden failin maksat unsurunun da gerçekleştiği dolayısıyla maddi ve manevi unsurun tamamlandığı görülmektedir.<sup>63</sup>

### C. Hukuka Aykırılık

Suçun niteliği gereği herhangi bir hukuka uygunluk sebebinin gerçekleşmesi mümkün değildir.<sup>64</sup> Roma Statüsü 31. maddesinde hukuka uygunluk nedeni olarak meşru müdafaa değinilmişse de soykırım suçu bakımından bu hükümlerin uygulama alanı bulması söz konusu olamayacaktır.

Hukuka uygunluk bakımından değinilmesi gereken başka bir husus ise kanun hükmünü yerine getirme kapsamında yürürlükte olan kanunlara uygun olarak gerçekleştirilen her hareketin haklı olup olmadığıdır. Bir devlet politikası olarak uygulanan soykırımın kanuni ve hatta anayasal dayanakların olması o mevzuata uygun bir şekilde soykırım gerçekleştiren kişilerin eylemlerini haklı kabul etmek için yeterli olacak mıdır? Kanuni haksızlık olarak tanımlanabilecek bu sorun üzerine ilk kez bir makalesinde<sup>65</sup> değinen *Radbruch*, hukuki pozitivizmin yansıması olan kanun kanundur prensibinin sınırları olması gerektiğinden bahsederek kanunlar ile de haksızlık yapılabileceğini ve bu tür kanunların kanunüstü hukukla bağdaşmayabileceğini ileri sürmüştür.<sup>66</sup> Kendi ismiyle anılan *Radbruch Formülü* de bu şekilde ortaya çıkmış olup buna göre kanun ile adalet arasında bir çelişki görünüyor ve bu çelişki dayanılmaz ölçüde adaletsiz veya adaletin temeli olan eşitliği kasıtlı olarak göz ardı ediyorsa haksız olarak değerlendirilir ve uygulanmaz.<sup>67</sup> İleri sürülen bu düşünce daha sonraları İkinci Dünya Savaşı bitiminde gerçekleştirilen yargılamalarda, sanıkların fiillerini gerçekleştirdiği sırada geçerli olan Nasyonal Sosyalist kanun ve düzenlemelere uygun hareket ettikleri bu sebeple de kanuna uygun olduğu savunmalarına karşı kullanılmıştır.<sup>68</sup> Daha yakın zamanlarda

<sup>63</sup> Koca (n 12) 20.

<sup>64</sup> Kocaoğlu (n 22) 149, Koca (n 12) 22; Tezcan, Erdem ve Önok, *Ceza Özel Hukuku (n 20)* 73; Değirmenci (n 20) 102; Bayraktar (n 20) 281.

<sup>65</sup> Gustav Radbruch, 'Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht' (1946) 1(5) *Süddeutsche Juristen-Zeitung* 105.

<sup>66</sup> *İbid.* 105.

<sup>67</sup> *İbid.* 107.

<sup>68</sup> Örneğin bir tabur komutanının asker kaçağını vurarak öldürmesi şeklinde gerçekleşen bir olayda, sanık Heinrich Himmler tarafından verilen ve silahlı tüm birimlere kaçakların uyarı olmaksızın vurulabilmesi yetkisi

Doğu Almanya'nın (DDR) çöküşünden sonra duvar muhafızları olarak adlandırılan sınır güvenlik birimlerinin batıya kaçmaya çalışan Almanlara yönelik gerçekleştirdikleri öldürmeler ile ilgili yapılan yargılamalarda formül gündeme gelmiştir.<sup>69</sup> Ancak bu formüle karşı literatürde birtakım eleştiriler de getirilmemiş değildir.<sup>70</sup> Dikkate değer eleştirilerden biri, DDR Sınır Kanunu'nun ilgili hükmünün dayanılmaz adaletsizlik kriterini aştığı ve *DDR'de* gençliklerinden beri etki altında kalan sınır muhafızlarının cezai sorumluluğunun tartışmalı olduğu ve bu kişilerin cezasızlığına yol açabilecek bir haksızlık yanılığının söz konusu olabileceğidir.<sup>71</sup> TCK'da da düzenlenmiş bulunan bu kurum, failin haksızlık teşkil eden konunun tümüyle bilincinde olmasına rağmen eylemine hukukun izin vermediğini bildiği hallerde söz konusu olur.<sup>72</sup> TCK bu durumu m. 30/4'te işlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, cezalandırılmaz diyerek ifade etmiştir. Bu kurumun sınır muhafızlarına uygulanıp uygulanamayacağı yargılamalarda da gündeme gelmiştir. Federal Adalet Mahkemesi (BGH) muhafızların eylemlerini gerçekleştirirken bir izin normu bulunduğu konusunda yanılığının olduğu ve haksızlık bilinci olmaksızın hareket ettiklerini kabul etse de kurumun ikinci şartı olan kaçınılmazlığın bulunmadığına hükmetmiştir. Zira mahkeme, insan yaşamının korunan en üst değer olduğunu ayrıca sınır muhafızlarına eğitimleri sırasında insanlıkla bağdaşmayan emirlere uymak zorunluluğunda bulunmadıklarının öğretildiğine dikkat çekmiştir.<sup>73</sup> Sonuç olarak bir devletin kanunlarla soykırıma cevaz vermesi o kanunların, gerçekleştirilen eylemlere bir meşruiyet zemini oluşturmayacağını kabul etmek gerekir. Bu kanuna dayanarak hareket eden failerin haksızlık yanılığı içinde hareket ettiklerini kabul etmek özellikle günümüz şartlarında değerlendirildiğinde zor görünmektedir.

---

veren Afet Emri düzenlemelerine dayanarak yaptığının hukuka uygun olduğunu ileri sürmüş, mahkeme ise kanun ya da tüzük şeklinde olsa bile böyle bir düzenlemenin hukuken bağlayıcılığının olmadığına hükmetmiştir. Mahkemeye göre kanun genel olarak uluslararası hukukun veya doğal hukukun kabul görmüş evrensel kurallarına veya pozitif hukukun adaletle çeliştiği bir noktada sınırlanır veya pozitif hukukun adaletle çelişmesi o kadar dayanılmaz bir düzeye ulaşır ki kanun "yanlış bir hukuk" olarak adlandırılan adaletin önünde geri adım atar. Eğer pozitif hukuk kuralları belirlenirken eşitlik ilkesi tamamen göz ardı edilirse, o zaman kanun hukuk doğasını kaybeder ve hiçbir şekilde hukuk olmaz, bkz. BGH, 3 ZR 168/50, 12.07.1951.

<sup>69</sup> BVerfG, 2 BvR 1851/94, 24.10.1996; BGH, 5 StR 370/92 (LG Berlin), 03.11.1992.

<sup>70</sup> Ayrıntılı olarak bkz. Ragıp Barış Erman, 'Yanılmanın Ceza Sorumluluğuna Etkisi' (Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi 2006).

<sup>71</sup> Robert Alexy, *Mauerschützen: zum Verhältnis von Recht, Moral und Strafbarkeit* (1993 Vandenhoeck & Ruprecht) 36 vd.

<sup>72</sup> Claus Roxin, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (3. Baskı C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung 1993) 793

<sup>73</sup> BGH, 5 StR 370/92 (LG Berlin), 03.11.1992; Eleştiriler için bkz. Erman (n 72) 269 vd.



#### D. Kusurluluk

Statünün 33. maddesinde bir suçun, bir hükümet, askeri veya sivil üst makamın emrine uyan fail tarafından işlenmiş olmasının bazı durumlarda, failin cezai sorumluluğunu ortadan kaldıracığı düzenlenmiştir. Buna göre failin hükümet veya söz konusu üst makamın emirlerine uyması kanuni bir zorunluluk ise failin, emrin hukuka aykırı olduğunu bilmemesi halinde ve emrin açıkça hukuka aykırı olmaması halinde failin cezai sorumluluğunun ortadan kalkacağı belirlenmiştir.<sup>74</sup>

Hukukumuz bakımından bir değerlendirme yapıldığında ise Anayasa madde 137'nin 2. fıkrası uyarınca konusu suç teşkil eden emrin hiçbir suretle yerine getirilmeyeceği, yerine getiren kimsenin sorumluluktan kurtulamayacağı açıkça düzenlenmiş aynı durum TCK'nın 24. maddesinin 3. fıkrasında da vurgulanmıştır. Buna göre soykırım saikiyle belirli kişilerin öldürülmesini emreden amirin emrini yerine getiren astın sorumluluktan kurtulamayacağını ve fakat astın sorumluluğunun, amirinin soykırım saikini bilmesi halinde soykırım suçundan olacağını, bilmemesi halinde ise kasten öldürmeden tutulması gerektiğini söylemek gerekir.<sup>75</sup>

Yine zorunluluk hali<sup>76</sup> de bu suç kapsamında değerlendirilmesi gereken bir kurum olarak karşımıza çıkmaktadır. Zorunluluk halinin uluslararası ceza hukukunda kapsamlı olarak tartışıldığı kararlardan biri de *Erdemovic* kararıdır.<sup>77</sup> İnsanlığa karşı işlenen suçlar ve savaş suçlarından yargılanan sanık, iddianameye konu eylemleri yapmak zorunda olduğunu ve eğer

<sup>74</sup> Roma Statüsü m. 33: 1. Mahkeme'nin yargı yetkisine giren bir suçun, bir hükümet veya askeri veya sivil bir üst makam emrine uyan bir şahıs tarafından işlenmiş olması, aşağıdaki haller dışında, şahsı cezai sorumluluktan kurtaramaz:

- (a) şahsın hükümet veya söz konusu üst makamın emirlerine uyması kanuni bir zorunluluk ise;
- (b) şahsın emrin kanunsuz olduğunu bilmemesi halinde; ve
- (c) emrin açıkça kanunsuz olmaması halinde.

2. Bu maddenin amaçları bakımından, soykırım veya insanlığa karşı suç emirlerinin kanunsuzluğunun açıkça bilindiği kabul edilir, bkz. 'Uluslararası Ceza Mahkemesi Roma Tüzüğü'; ayrıca bkz. Sibel Safi, 'Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü'nün 31. ve 33. Maddelerinin İnsan Hakları Bağlamında Analizi', (2019) 24(41) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 263 vd. 257-292.

<sup>75</sup> Tezcan, Erdem ve Önok, Ceza Özel Hukuku (n 20), 75.

<sup>76</sup> Zorunluluk hali hem bir hukuka uygunluk nedeni hem de kusurluluğu kaldıran bir mazeret sebebi olarak karşımıza çıkmaktadır. Ancak soykırım suçu açısından özellikle geçmiş yargılamalar değerlendirildiğinde sanıkların savunması daha çok verilen emrin yerine getirilmemesi halinde kendilerinin de öldürüleceğinden hareketle iki eşit hukuki değer çatışması söz konusu olduğu için konu mazeret sebebi olan zorunluluk hali kapsamında değerlendirilecektir, ayrıntılı olarak bkz. Zeynel T. Kangal, *Ceza Hukukunda Zorunluluk Hali*, (2010 Seçkin Yayıncılık) 27 vd.

<sup>77</sup> Köprülü (n 2)

emirleri yerine getirmemesi halinde diğer kurbanlar gibi öldürüleceğini ileri sürmüştür.<sup>78</sup> Mahkemenin dava dairesi ise cebir ve/veya zorunluluk haline ilişkin mahkemenin çalışma esas ve usullerini belirleyen statüde herhangi bir düzenleme olmamasına rağmen bu savunmayı değerlendirmeye almıştır.<sup>79</sup> Daire uluslararası ceza yargılamalarına atıfla bu kurumların, öncelikle kanıtlanmış olması şartıyla, uygulanabilmesinin sıkı koşullara tabi olduğu, ancak bu kurumların objektif ve subjektif unsurlarının var olması halinde ceza sorumluluğunu kaldırabileceğine hükmetmiştir.<sup>80</sup> Bununla birlikte daire sanığın kişisel olarak karıştığı ve yeterince kanıtlanırsa hafifletici nedenlerin sağlanmasına neden olabilecek eylemleri konusunda sanığın söylediklerini destekleyecek herhangi bir tanıklık, değerlendirme veya başka herhangi bir unsur sunulmadığını belirterek zorunluluk halinin oluşmadığına hükmetmiştir.<sup>81</sup>

Sanığın temyiz talebi üzerine toplanan temyiz dairesi zorunluluk halinin uygulanmasını kabul etmemiştir.<sup>82</sup> Daire farklı ülkelerin hukuklarına atıfta bulunarak Kıta Avrupası hukuk sistemi ile Anglo Sakson hukuk sisteminin zorunluluk hali bakımından birbirinden farklı olduğunu, Kıta Avrupası sisteminin masum kişilerin zorunluluk halinde öldürülmesini genel olarak cezayı engelleyen bir sebep olarak kabul ettiğine bununla birlikte Anglo Sakson sisteminde aksinin söz olduğunu ifade etmiştir. Keza mahkeme birtakım ülkelerin sistemlerine atıfta bulunarak zorunluluk halinde sanığın verdiği zarar ile maruz kaldığı tehlike arasında oran arandığına da dikkat çekmiştir.<sup>83</sup> Daire bu sistemlerin bağdaştırılmasının mümkün olmadığını belirterek meselenin Uluslararası Mahkeme'nin kurulduğu özel bağlamı, yargı yetkisi altında bulunan suç türlerini ve Uluslararası Mahkeme'nin yetkisinin Statü'de "uluslararası insancıl hukukun ciddi ihlalleri ile ilgili" olarak ifade edildiği gerçeğini ön planda tutarak çözüleceğine hükmetmiştir.<sup>84</sup> Temyiz dairesi, mahkemenin otomatik silahlar kullanarak 1200 erkek ve çocuğun soğukkanlıca öldürülmesini konu alan davada olduğu gibi çok ciddi suçları yargıladığını, zayıf ve savunmasız bireylerin yaşamları ve güvenliklerinin tehlikede olduğu

<sup>78</sup> The Prosecutor v Erdemovic, ICYT-IT-96-22-T, Appeals Chamber Judgement, 07 October 1997, prg 4 and 8.

<sup>79</sup> The Prosecutor v Erdemovic, ICYT-IT-96-22-T, Trial Chamber Judgement, 29 November 1996, prg 16 and 19.

<sup>80</sup> The Prosecutor v Erdemovic, ICYT-IT-96-22-T, Trial Chamber Judgement, 29 November 1996, prg 19.

<sup>81</sup> The Prosecutor v Erdemovic, ICYT-IT-96-22-T, Trial Chamber Judgement, 29 November 1996, prg 91.

<sup>82</sup> The Prosecutor v Erdemovic, ICYT-IT-96-22-T, Appeals Chamber Judgement, 07 October 1997, prg 90.

<sup>83</sup> The Prosecutor v Erdemovic, ICYT-IT-96-22-T, Appeals Chamber Judgement, 07 October 1997, prg 59-68.

<sup>84</sup> The Prosecutor v Erdemovic, ICYT-IT-96-22-T, Appeals Chamber Judgement, 07 October 1997, prg 72.

böyle bir durumda uluslararası insancıl hukukun yegane amacının bu insanlara karşı işlenen suçların cezalandırılmak ve böyle suçların gelecekte işlenmesini caydırmak olduğunu ifade etmiştir. Daireye göre ulusal hukukun dahi masum kişilerin öldürülmesi durumunda zorunluluk halini tanımadığı noktada uluslararası ceza hukukunda bu kurumun geçerliliğini tanınması beklenmemelidir.<sup>85</sup> Temyiz dairesinin gerekçelerinden anlaşılmaktadır ki daire Anglo Sakson hukuk sistemini temel alarak dava dairesinden de katı bir şekilde zorunluluk halinin mahkemenin yetkisine giren suçlarda kendine yer bulamayacaktır. Dolayısıyla katı kurallara tabi olsa ve yine kanıtlanırsa da zorunluluk hali bir ceza sorumluluğunu kaldıran neden olarak görülmemiştir.<sup>86</sup>

### E. Teşebbüs

Grubun tamamen veya kısmen yok edilmesi sonucunu doğuracak koşullarda yaşamaya zorlanması hareketinde bu eylemin elverişli biçimde gerçekleştirilmesi ile suç tamamlanır.<sup>87</sup> Yine grup içinde doğumlara engel olmaya yönelik tedbirlerin alınması hareketi bakımından da grup içinde doğumlara engel olmaya yönelik tedbirlerin alınması yeterli olup, failin amacına ulaşması gerekmemektedir.<sup>88</sup> Bu eylemlerin gerçekleştirilmiş olması ile soykırım suçu tamamlanır. Düşük bir ihtimal olmakla birlikte bu eylemler bakımından kural olarak teşebbüs ancak icra hareketleri bölünebilir ise mümkündür.<sup>89</sup> Örneğin soykırım suçunun hareketlerinden biri olan gruba ait çocukları başka bir gruba zorla nakletmek, grup üyelerine ciddi bedensel veya zihinsel zarar vermek açısından suçun tamamlanması için bu neticelerin gerçekleşmesi arandığı için teşebbüsün mümkün olduğu kabul edilebilir.<sup>90</sup>

### F. İştirak

Soykırım suçuna iştirak bakımından herhangi bir özellik söz konusu değildir. Dolayısıyla hem azmettirme hem de yardım etme bu suç bakımından mümkündür. Statünün 25. maddesinin 3. fıkrası da bunu mümkün kılmaktadır.

<sup>85</sup> The Prosecutor v Erdemovic, ICYT-IT-96-22-T, Appeals Chamber Judgement, 07 October 1997, prg 75.

<sup>86</sup> Temyiz dairesinin zorunluluk hali savunmasını reddetmesinin temelde hukuki olmadığı ve ayrıntılı inceleme için bkz. Köprülü (n 2).

<sup>87</sup> Koca (n 12) 14.

<sup>88</sup> ibid 15.

<sup>89</sup> Bu eylemlerin salt hareket suçu olmalarından ötürü teşebbüsün mümkün olmadığı hakkında bkz. Tezcan, Erdem ve Önok, *Ceza Özel Hukuku* (n 20) 74.

<sup>90</sup> Tezcan, Erdem ve Önok, *Uluslararası Ceza Hukuku* (n 8) 563.

Statü bakımından soykırım suçuna doğrudan veya dolaylı olarak başkalarını kışkırtma ayrıca düzenlenmiştir. TCK'nın böyle bağımsız bir suç tipine yer vermemesi ile Statü arasında büyük bir fark meydana getirmektedir. Zira azmettirmede belirli bir kimse ya da grup söz konusu iken tahrikte belirsiz kimselere yani kamuya yönelik bir suç işleme fikri uyandırma amacı söz konusudur. Azmettirme bakımından esas fiilin icrasına başlamış olma şartıyla fiil cezalandırılabilir olacaktır. Ancak bağımsız soykırımı tahrik bakımından esas fiilin icra hareketlerine başlanmamış olsa dahi failin sorumluluğu gündeme gelecektir.<sup>91</sup> TCK bakımından bu tür fiiller şartları mevcutsa m. 214'te yer alan "suç işlemeye tahrik" suçu çerçevesinde değerlendirilebilir.

TCK m. 78'de, soykırım ve insanlığa karşı suç işlemek için örgüt kurmak veya bu amaçla kurulmuş bir örgütü yönetmek veya böyle bir örgüte üye olarak katılmak, soykırım ve insanlığa karşı suçlardan bağımsız olarak ayrıca cezalandırılmaktadır. Esasen kanunun suç saydığı fiilleri işlemek amacıyla örgüt kurmak, örgütü yönetmek veya üye olmak TCK m. 220 uyarınca cezalandırılmaktadır. Ancak 78. madde özel hüküm teşkil etmekte olup bu suçun örgüt çerçevesinde işlenmesi halinde 220. maddeye göre daha ağır cezalandırılmaktadır.<sup>92</sup> Doktrinde örgüt tanımına m. 78'de yer verilmesi de örgütün tanımı ve unsurları için genel hüküm olan TCK m. 220'den yararlanılabileceği kabul edilmiştir.<sup>93</sup> Ancak tanım ve unsurlar dışında kalan örneğin suçun işlenmesine katılmasalar bile yöneticilerin her iki suçtan da sorumlu olacağını düzenleyen TCK 220/5 gibi hükümlerinin kanunilik ilkesi gereğince uygulanması mümkün olmayıp bunun için özel düzenleme yapılması gerektiği ifade edilmiştir.<sup>94</sup>

Konuya terör örgütleri açısından yaklaşıldığında ise soykırım suçunun 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nda sayılan terör suçları ile terör amacıyla işlenen suçlar arasında yer almadığı görülmektedir. Bu nedenle soykırım suçunun her ne kadar terör örgütü faaliyeti kapsamında işlense de kanunilik ilkesi gereği değerlendirme yalnız TCK m. 78 uyarınca yapılacaktır.<sup>95</sup>

<sup>91</sup> ibid 70.

<sup>92</sup> Ayrıntılı olarak bkz. ibid 84-85; Koca (n 12) 23-24.

<sup>93</sup> Tezcan, Erdem ve Önok, *Ceza Özel Hukuku* (n 20) 89; Köksal Bayraktar, Vesile Sonay Evik ve Gülşah Kurt, *Özel Ceza Hukuku Cilt I - Uluslararası Suçlar* (2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık 2017) 93-94.

<sup>94</sup> Bayraktar, Sonay Evik ve Kurt, (n 71) 93-94.

<sup>95</sup> Soykırım ve insanlığa karşı suçları işlemek maksadıyla örgütlenme suçu Terörle Mücadele Kanunu'nun 7. maddesinde yer alan terör amaçlı örgütlenme suçundan farklı olup terör amaçlı örgütlenme kanununun ilk maddesinde belirtilen amaçlarla (Anayasa'da belirtilen Cumhuriyetin niteliklerini, siyasî, hukukî, sosyal, laik, ekonomik düzeni değiştirmek, Devlet'in ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmak, Türk Devleti'nin

Suçun devlet hiyerarşisi içinde gerçekleştirilmiş olması doğrudan bir örgütün varlığını kabul için yeterli değildir. Zira bir örgütün kabulü için en az üç kişinin kanunun suç saydığı fiilleri işlemek için bir araya gelmeleri, aralarında gevşek veya sık bir hiyerarşik yapılanma bulunması ve araç ve gereç bakımından amaçlanan suçları işlemeye elverişli olması gerekmektedir.<sup>96</sup> Örgüt üyelerinin tek başına devlet hiyerarşisi içinde bulunması örgüt anlamında bir hiyerarşik ilişkinin varsayılmasını gerektirmeyecektir.

TCK m. 78'e denk gelen bir madde de Statüde yer almaktadır. Statünün 25/3-d maddesinde yer alan komplo kurma suçu ile ortak bir amaçla hareket eden bir grup şahıs tarafından soykırım suçunun işlenmesi veya işlenmesine teşebbüs edilmesine herhangi bir şekilde katkıda bulunması halinde faillerin cezalandırılacağı hüküm altına alınmıştır. Komplonun iştiraktan farkı, komplonun cezalandırılması için tasarlanan suçun gerçekleştirilmesi zorunlu değildir.<sup>97</sup> Yani teşebbüs aşamasında kalması dahi gerekmez.

### G. İctima

Suç seçimlik hareketli bir suç olduğu için bu hareketlerden sadece birinin gerçekleştirilmesi suçun oluşması için yeterli olup bu hareketlerden biri ya da birkaçı aynı anda gerçekleştirildiğinde de tek suç oluşacaktır. Zira tipte belirtilen hareketler birbirinden bağımsız olarak gösterilmiş ve bu hareketlerin yalnızca birinin gerçekleştirilmesiyle suç tamamlanmış kabul edilmektedir. Bu yönüyle suç tek hareketli bir suç olup suçun oluşması için birden fazla hareketin yapılması şartı aranmamıştır.

TCK m. 78'de, soykırım ve insanlığa karşı suç işlemek için örgüt kurmak veya bu amaçla kurulmuş bir örgütü yönetmek veya böyle bir örgüte üye olarak katılmak ayrı bir suç olarak getirilmiş olup bu nedenle örneğin soykırım suçunu işlemek amacıyla örgüt yönetilmiş ise ayrıca bu fiilden de cezaya hükmolunacaktır.

TCK, Statüden farklı olarak özel bir içtima hükmü getirmiştir. Madde 76/2'nin ikinci cümlesine göre soykırım kapsamında gerçekleştirilen kasten öldürme ve kasten yaralama suçları gerçek içtima çerçevesinde değerlendirilecek ve mağdur sayısınınca suçun oluştuğu kabul

---

ve Cumhuriyet'in varlığını tehlikeye düşürmek, Devlet otoritesini zaafa uğratmak veya yıkmak veya ele geçirmek, temel hak ve hürriyetleri yok etmek, Devlet'in iç ve dış güvenliğini, kamu düzenini veya genel sağlığı bozmak) ve cebir, şiddet kullanılarak, baskı, korkutma, yıldırma, sindirme veya tehdit yöntemleriyle gerçekleştirilmesi gerekir, bkz. ibid 97-98.

<sup>96</sup> İbid 94-95; Tezcan, Erdem ve Önok, *Ceza Özel Hukuku (n 20)* 89.

<sup>97</sup> Tezcan, Erdem ve Önok, *Ceza Özel Hukuku (n 20)* 74.

edilecektir.<sup>98</sup> Oysa Statüye göre soykırım çerçevesinde işlenen ve suçun maddi unsuru kapsamında kalan hareketler zaten suç tipi kapsamında değerlendirildiği için içtima söz konusu olmayacaktır.<sup>99</sup>

## H. Yaptırım

Türk hukukunda TCK m. 76/3'e göre soykırım suçunun tüzel kişilik bünyesinde işlenmesi halinde bu tüzel kişilik hakkında güvenlik tedbirine hükmedileceği hüküm altına alınmıştır.<sup>100</sup> Bu hüküm bakımından her ne kadar devlet bir kamu tüzel kişiliği olsa da hakkında güvenlik tedbirine hükmolunamaz. Zira güvenlik tedbirlerinin sadece özel hukuk tüzel kişileri hakkında uygulanması mümkün olduğundan yine devletin cezaî sorumluluğuna gitmek mümkün değildir.<sup>101</sup>

Soykırım suçunda hem TCK (m. 76/son) hem de Statü (m. 29) bakımından zamanaşımı istisnası getirilmiştir. Zamanaşımı istisnasına göre bu suç bakımından hem ceza hem de dava zamanaşımı işlemeyecektir.

## SONUÇ

Soykırım suçunun koruduğu hukuki değerlerin niteliğinin evrensel olması ve hukukumuzda girişi uluslararası bir sözleşmeyle gerçekleştiği içindir ki Roma Statüsü ile TCK'da yer alan düzenlemenin büyük ölçüde örtüştüğü görülmektedir. Suçun koruduğu hukuki değer, suçun konusu, manevi unsur ve fail noktasında bir ayrışmanın olmadığı tespit edilmiştir. Mağdur bakımından ise ulusal yerine milli kavramının kullanılması gibi bir farklılığa neden olmayacak lafzi tercih dışında mağdur tanımının örtüştüğü görülebilir.

Suçun hareketleri bakımından ise ilk ayırımın bu noktada çıktığı görülmektedir. Hareketin gerçekleştirilme şekli olarak ihmal ve icra ayırımı yapılması suç teşkil eden filler bakımından önem arz etmektedir. Bu durum Roma Statüsü'ndeki düzenlemede açıkça ifade edilmemiştir. Uygulamada BM Güvenlik Konseyi kararıyla kurulan Ruanda UCM tarafından suçun ihmal suretiyle işlenebileceği kabul edilmiş olup doktrinde ise Statüye göre ihmal suretiyle soykırım suçunun işlenmesinin mümkün olduğu ileri sürülmektedir. TCK ise ihmal suretiyle icraen

<sup>98</sup> Koca (n 12) 23.

<sup>99</sup> Tezcan, Erdem ve Önok, *Uluslararası Ceza Hukuku* (n 8) 565.

<sup>100</sup> Karş. Değirmenci (n 20) 79-80.

<sup>101</sup> Ancak diğer birtakım mahkemelerde devlet sorumluluğuna gidilebilmektedir. Örneğin Uluslararası Adalet Divanı soykırım suçu nedeniyle devletlerin üzerine düşen yükümlülükleri yerine getirmemesi durumunda sorumlu tutabilmektedir.

gerçekleştirilebilen suçları sınırlı olarak saymış ve soykırım suçunu bunun kapsamı dışında bırakmıştır. Yine TCK soykırım fiillerinin bir planın icrası suretiyle gerçekleştirilmesini tipikliğin bir unsuru olarak kabul ederek bu yönüyle Statüden farklılaşmıştır.

Hukuka aykırılık unsuru bakımından ise Roma Statüsü'nün 31/1-c maddesi ile meşru müdafaa düzenlemesi getirmiş olması yine Statünün TCK'dan ayrılan bir yönünü teşkil etmektedir. Ancak teorik olarak böyle bir düzenleme getirilse de bu düzenlemenin pratik bir yanının bulunmadığını kabul etmek gerekir.

Zorunluluk hali bakımından her ne kadar uluslararası ceza uygulamasında zorunluluk halinin uygulama alanı bulamayacağına dair kararlar olsa da somut olayda zorunluluk halinin değerlendirme dışı bırakılması mümkün değildir. Bu nedenle gerek Statü gerekse de TCK bakımından yapılacak bir değerlendirmede özellikle kusurluluğu ortadan kaldıran bir mazeret sebebi olarak zorunluluk hali somut olaylarda hukuki olarak değerlendirilmesi gereken bir kurum olarak karşımıza çıkmaktadır. Yine amirin emrini ifa bakımından hem Statü hem de TCK açık düzenlemeye sahip olup bu konudaki hükümler uygulama alanı bulabilecektir.

Suçun özel görünüş şekillerinden teşebbüste TCK bakımından bir farklılaşma olmasa da iştirake ilişkin Statünün soykırım suçuna doğrudan veya dolaylı olarak başkalarını kışkırtmayı özel suç tipi altında düzenlemesi bir ayrışmayı beraberinde getirmektedir. Bu durum ise yukarıda açıklandığı üzere suçun sübutu ile ilgili büyük farklar ortaya koymaktadır. Yine içtimada TCK, Statüden farklı olarak madde 76/2 ile soykırım kapsamında gerçekleştirilen kasten öldürme ve kasten yaralama suçlarında gerçek içtimain uygulanmasını ve mağdur sayısınınca suçun oluştuğunu hüküm altına almıştır.

## KAYNAKÇA

Akün VN, 'Uluslararası Hukukta ve Türk Hukuku'nda Soykırım (JENOSİD) Suçu' (2011) 24(1-2) Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, 53-70.

Alexy R, *Mauerschützen: zum Verhältnis von Recht, Moral und Strafbarkeit* (1993 Vandenhoeck & Ruprecht).

Bassiouni MC, *Crimes Against Humanity- Historical Evolution and Contemporary Application* (Cambridge University Press 2011).

Bassiouni MC, 'Perspectives on International Criminal Justice' Virginia Journal of International Law (2009) 50(2) 269-323.

Bayıllıoğlu U, ‘Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Türkiye’ (2007) 56(1) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 51-121.

Bayraktar K, ‘Soykırım Suçu’ iç Köksal Bayraktar (ed) *Av. Dr. Şükrü Alpaslan Armağanı* (İstanbul Barosu 2007).

Bayraktar K, Sonay Evik V ve Kurt G, *Özel Ceza Hukuku Cilt I- Uluslararası Suçlar* (2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık 2017).

Boz B, *Teslim (İade-Geri Verme)* (Adalet Yayınevi 2022).

Bulut N, ‘Bilim Özgürlüğü: İçeriğı ve Sınırlandırılması Sorunu’ (2005) 9(1-2) Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi 23-39.

Burghardt B, ‘Die Vorgesetztenverantwortlichkeit nach Völkerstrafrecht und deutschem Recht (§ 4 VStGB)’ (2010) 5(11) Zeitschrift für internationale Strafrechtsdogmatik 695, 711.

Cryer R, Friman H, Robinson D and Wilmschurst E, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure* (Cambridge University Press, 2007).

Değirmenci O ‘Uluslararası Ceza Mahkemelerinin Kararları Işığında Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Soykırım Suçu (TCK m. 76)’ (2007) 0 (70) Türkiye Barolar Birliğı Dergisi, 50-111.

Markus Dubber and Tatjana Hörnle, *Criminal Law: A Comparative Approach* (Oxford University Press 2014).

Erkiner HH, ‘Uluslararası Topluluk Kavramı’ (2010) 16(1-2) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 39-75.

Erman RB, ‘Yanılgmanın Ceza Sorumluluğuna Etkisi’ (Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi 2006).

Ertuğrul ÜE, ‘Uluslararası Hukukta Soykırım Suçu ve 1915 Ermeni Olayları’ iç Alaeddin Yalçinkaya (ed), *Ermeni Soykırım İddiaları ve Uluslararası Hukuk* (Astana Yayınları 2016).

Gray T, ‘To Keep You is No Gain, To Kill You is No Loss-Securing Justice Through The International Criminal Court’ (2003) 20(3) Arizona Journal of International and Comparative Law 645, 688.

Hafizoğulları Z ve Güngör D, ‘Türk Ceza Hukukunda Suçların Tasnifi’ (2007) 0 (69), Türkiye Barolar Birliğı Dergisi, 21-50.



Jescheck HH ve Weigend T, *Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil* (5. Baskı, Duncker & Humblot 1996).

Kangal ZT, *Ceza Hukukunda Zorunluluk Hali*, (2010 Seçkin Yayıncılık).

Kaplan FH, 'Ruanda ve Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemeleri Kararlarında Soykırım Suçu' (2003) 0 (3) Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, 106-129.

Kiernan B, 'Is 'Genocide' an Anachronistic Concept for the Study of Early Modern Mass Killing?'' (2014) 99(3) History, 530-548.

Koca M, 'Türk Ceza Kanununda Soykırım Suçu' (2010) 4(1) Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, 1-27.

Kocaoğlu S, 'Uluslararası Ceza Hukuku ve 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Bağlamında Soykırım Suçu' (2005) 50 Ankara Barosu Dergisi, 50-157.

Köprülü T 'Uluslararası ve Ulusal Ceza Hukukunda Soykırım Suçu' (Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi 2008).

Lemkin R, *Axis Rule in Occupied Europe: Laws of Occupation- Analysis of Government - Proposals for Redress* (The Lawbook Exchange, Ltd, 2005).

MacKinnon CA, 'Defining Rape Internationally: A Comment on Akayesu' (2006) 44 Colum J Transnat'l L, 940-958.

MacKinnon CA, 'The ICTR's Legacy on Sexual Violence' (2008) 14 New Eng J Int'l & Comp L, 211-220.

Meulen JT, *Der Gedanke der Internationalen Organisation in seiner Entwicklung 1300-1800*, (Haag Martinus Nijhoff 1917)

Mueller GOW, 'International Criminal Law: Civitas Maxima--An Overview' (1983) 15(1) Case W Res J Int'l L 1, 1-7.

Onuf NG, 'Civitas Maxima: Wolff, Vattel, and the Fate of Republicanism' American Journal of International Law (1994) 88(2), 280-303.

Önok RM, *Tarihi Perspektifyle Uluslararası Ceza Divanı* (Turhan Kitabevi 2003).

Radbruch G, 'Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht' (1946) 1(5) Süddeutsche Juristen-Zeitung 105-108.

Richards PJ, 'Hugo Grotius, Hosti Humani Generis, and the Natural Law in Time of War' (2007) 2 (3) Liberty UL Rev, 881-908.

Safi S, 'Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü'nün 31. ve 33. Maddelerinin İnsan Hakları Bağlamında Analizi', (2019) 24(41) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 257-292.

Roxin C, Strafrecht Allgemeiner Teil (3. Baskı C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung 1993).

Savaş CN, 'Suçluların Geri Verilmesi' (Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi 2013).

Shabas WA, *Genocide in International Law-The Crime of Crimes* (Cambridge University Press 2009).

Quigley j, 'Prohibition of Palestine Arab Return to Israel as a Crime Against Humanity', (2023) 34(1) Criminal Law Forum,1-41.

Takımsu M, 'Ermeni İddialarının Soykırım Hukuku Açısından Değerlendirilmesi' (Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi 2008).

Taner T, Ceza Hukuku Umumi Kısım (Ahmet Sait Matbaası 1949).

Tezcan D, Erdem MR ve Önok M, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, (20. Baskı, Seçkin Yayınevi 2022).

Tezcan D, Erdem MR ve Önok M, *Uluslararası Ceza Hukuku*, (6. Baskı, Seçkin Yayınevi 2021).

Turinay F, 'Soykırım Suçunun Mağduru Olarak Azınlıklar' (2014) 9(24) Ceza Hukuku Dergisi 271-287.

### **Diğer Kaynaklar**

'10. Rome Statute of the International Criminal Court' (United Nations Treaty Collection) [https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=XVIII-10&chapter=18&clang=\\_en](https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XVIII-10&chapter=18&clang=_en) accessed 31 August 2023.

'Background' (International Criminal Court) ICC-01/18, <<https://www.icc-cpi.int/palestine>> accessed 31 August 2023.

Bosnia And Herzegovina v Serbia and Montenegro, ICJ 26 February 2007, prg.191.

BGH, 3 ZR 168/50, 12.07.1951.

BVerfG, 2 BvR 1851/94, 24.10.1996.

BGH, 5 StR 370/92 (LG Berlin), 03.11.1992.

Millî, İrkî, Dinî, Kütleleri Kısmen veya Tamamen İmha Suçunun ‘Génocide’ Önlenmesi ve Cezalandırılması Hakkındaki Sözleşmeye Türkiye Cumhuriyeti’nin de Katılmasının Onanmasına Dair Kanun, Kanun Numarası: 5630, 23.03.1950, RG 29.03.1950/7469.

Preparatory Commission for the ICC, ‘Finalised Draft Text of the Elements of Crimes’ (*United Nations Digital Library* 6 July 2000), < <https://digitallibrary.un.org/record/418867>> accessed 23.8.23.

Situation in the State of Palestine, ICC-01/18 (International Criminal Court, Pre-Trial Chamber I, 5 February 2021)

The Prosecutor v Clement Kayishema and Obed Ruzindana, ICTR-95-1-T, T. Ch. II, 21 May 1999.

The Prosecutor v Erdemovic, ICYT-IT-96-22-T, Appeals Chamber Judgement, 07 October 1997.

The Prosecutor v Erdemovic, ICYT-IT-96-22-T, Trial Chamber Judgement, 29 November 1996.

The Prosecutor v Jean De Dieu, Kamuhanda, Judgement, ICTR-99-54A-A, 19 September 2005.

The Prosecutor v Jean Paul Akayesu, ICTR-96-4-T, T. Ch. I, 2 September 1998.

The Prosecutor v Jean Paul Akayesu, Judgement, ICTR-96-4-T, T. Ch. I, 2 September 1998.

The Prosecutor v Jean Paul Akayesu, Judgement, ICTR-96-4-T, T. Ch. I, 2 September 1998.

Türkiye Büyük Millet Meclisi Tutanak Dergisi, (24. Dönem Cilt 68 2.1.2014) <<https://www5.tbmm.gov.tr/tutanak/donem24/yil4/bas/b042m.htm>> Erişim Tarihi 29 Ağustos 2023.

‘Uluslararası Ceza Mahkemesi Roma Tüzüğü’ <[http://www.ceidizleme.org/ekutuphaneresim/dosya/459\\_1.pdf](http://www.ceidizleme.org/ekutuphaneresim/dosya/459_1.pdf)> Erişim Tarihi: 29.8.2023

United Nations Document Nr. A/CONF.183/9, <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N98/281/44/IMG/N9828144.pdf?OpenElement>>, Accessed: 26.12.2022.

# Kişisel Verilerin İşlenmesinde “Doğru ve Gerektiğinde Güncel Olma” İlkesi ve Kişisel Verileri Koruma Kurulunun 2023/78 Sayılı Kararı\*

*The Principle of “Accuracy and, When Necessary, up to Date” in the Processing of Personal Data and the Decision Numbered 2023/78 of the Personal Data Protection Board*

**Emir Efe EGEMEN\*\***

## Öz

6698 sayılı Kanun’a göre kişisel veriler, kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgiyi ifade etmektedir. Kişisel veriler, bireylerin özel hayatlarına ilişkin birçok bilgiyi içermektedir. Kişisel verilerin korunması hakkı, özel hayatın gizliliğinin korunması hakkıyla yakından ilişkilidir. Nitekim kişisel verilerin korunması hakkı, Anayasa’nın 20’nci maddesinde özel hayatın gizliliğinin korunmasıyla bir arada düzenlenmiştir. Kişisel verilerin korunması, veri toplayan ile verisi toplanan kişi arasında hassas bir denge gerektirmektedir. Kişisel verilerin işlenmesi, bu verilerin elde edilmesi ve devamında bu veriler üzerinde çeşitli işlemler gerçekleştirilmesini ifade etmektedir. Bu işlemler gerçekleştirilirken, uyulması zorunlu olan bazı ilkeler mevcuttur. Kişisel verilerin işlenmesinde uyulması gereken ilkeler, 6698 sayılı Kanun’un 4’üncü maddesinde, kanun koyucu tarafından sıralanmıştır. Bu ilkelerden birisi, “doğru ve gerektiğinde güncel olma” ilkesidir. Buna göre kişisel verilerin doğru ve güncel olarak işlenmesi gerekmektedir. O halde, kişiler hakkında işlenen kişisel veriler, yanlış ve eski olmamalıdır. Yani kişisel veriler hem doğru olarak işlenmeli hem de bu verilerde değişiklik olduğunda, gerekli güncelleme işlemi gerçekleştirilmelidir. Kişisel Verileri Koruma Kurulunun 2023/78 sayılı kararı, kişisel verilerin işlenmesinde “doğru ve gerektiğinde güncel olma” ilkesine önemli bir örnek oluşturmaktadır. Çalışmamızda Kişisel Verileri Koruma Kurulu tarafından verilen 2023/78 sayılı karar, kişisel verilerin işlenmesinde “doğru ve gerektiğinde güncel olma” ilkesi çerçevesinde incelenecektir.

## Anahtar Kelimeler

Kişisel Veriler, Kişisel Verilerin Korunması Hakkı, Kişisel Verilerin İşlenmesi, Kişisel Verileri Koruma Kanunu, Kişisel Verileri Koruma Kurulu.

## Abstract

According to Law No. 6698, personal data refers to any information relating to an identified or identifiable natural person. Personal data includes a lot of information about the private lives of individuals. The right to the protection of personal data is closely related to the right to the protection of the privacy of private life. As a matter of fact, the right to protection of personal data is regulated together with the protection of the right to privacy in

\* Hakemli Araştırma Makalesi / **Makale Geliş Tarihi:** 17.08.2023 – **Makale Kabul Tarihi:** 11.10.2023.

\*\* Kamu Hukuku Doktora Öğrencisi, Türk-Alman Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, lawlexius@gmail.com, ORCID: 0000-0002-1310-9713.

Article 20 of the Constitution. The protection of personal data requires a delicate balance between the data collector and the person whose data is collected. Processing personal data means obtaining these data and subsequently performing various operations on this data. While performing these operations, there are some principles that must be followed. The principles to be followed in the processing of personal data are listed by the legislator in Article 4 of Law No. 6698. One of these principles is the principle of “accuracy and, when necessary, up to date”. According to this, personal data must be processed accurately and up to date. Therefore, the personal data processed about individuals should not be inaccurate and outdated. In other words, personal data should be processed correctly and when there is a change in this data, the necessary update process should be performed. The Decision Numbered 2023/78 of the Personal Data Protection Board is a significant example of the principle of “accuracy and, when necessary, up to date” in the processing of personal data. In our study, the decision numbered 2023/78 issued by the Personal Data Protection Board will be examined within the framework of the principle of “accuracy and, when necessary, up to date” in the processing of personal data.

### Keywords

Personal Data, Right to Protection of Personal Data, Processing of Personal Data, Personal Data Protection Law, Personal Data Protection Board.

## GİRİŞ

Gerek mevzuatta ve gerekse doktrinde genel kabul gören tanıma göre; kişisel veriler, “kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgi”yi, ifade etmektedir. Kişisel veriler, bireyleri tanımlayan, onların belirlenmesini doğrudan veya dolaylı olarak sağlayan bilgilerdir. Kişisel veriler, kişilere ait birtakım bilgilerden meydana gelmektedir. Bu bilgilerin özelliği ise kişiyi belirleyebilir kılıyor olmasıdır. Kişilerin özel hayatlarına dair bilgiler de içeren bu veriler, özel hayatın gizliliği ve mahremiyet üst çatısı anlamında hukuken korunmaktadır. Örneğin, bir müşterinin alışveriş kapsamında bir mağaza nezdindeki bilgileri veya bir hastanın muayene kapsamında bir hastanede tutulan verileri, hukukî ve teknik anlamda koruma altında olmalıdır.

Kişisel verilerin korunması hakkı (KVK hakkı) anayasal ve yasal boyutta güvence altına alınmıştır. KVK hakkının anayasal düzlemde güvence altına alınması, kronolojik olarak daha erken gerçekleşmiştir.

5982 sayılı Kanun’un<sup>1</sup> 2’nci maddesiyle, KVK hakkı, 2010 yılında Anayasa’nın<sup>2</sup> “Özel hayatın gizliliği” kenar başlıklı 20’nci maddesine 3’üncü fıkra olarak eklenmiştir.

<sup>1</sup> Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun, Kanun Numarası: 5982, Kabul Tarihi: 07.05.2010, RG 13.05.2010/27580.

<sup>2</sup> Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, Kanun Numarası: 2709, Kabul Tarihi: 18.10.1982, RG 09.11.1982/17863 (Mükerrer).

Anılan fıkraya göre “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.”

Yukarıdaki temel düzenlemeyle herkesin KVK hakkı olduğu açıkça tanınmış ve kabul edilmiştir. Ayrıca KVK hakkının bilgilendirilme, erişim, düzeltme ve silinmesi talebi ve öğrenme gibi farklı hususları da kapsadığı belirtilmiştir. Ek olarak, kişisel verilerin işlenmesinin kanunun izin verdiği durumlarda ve ilgili kişinin açık rızasının olduğu durumlarda gerçekleşebileceği hüküm altına alınmıştır. Konuya dair detayların ise bu hakka dair bir kanunla düzenleneceği ifade edilmiştir.

Yukarıda yer alan Anayasa maddesindeki fıkrada bahsi geçen kanunun kabul edilmesi ve yürürlüğe girmesi ise ilgili anayasal düzenlemeden altı yıl sonra yani 2016 yılında gerçekleşmiştir. 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu<sup>3</sup> (KVKK), 24Mart 2016 tarihinde TBMM’de kabul edilmiş ve 7 Nisan 2016 tarihli Resmî Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. KVKK, ilk maddesinde belirtildiği üzere; kişisel verilerin işlenmesi sürecinde, başta özel hayatın gizliliği olmak üzere, temel hak ve özgürlükleri korumak amacıyla ve bu kişisel verileri işleyen hem gerçek hem de tüzel kişilerin yükümlülüklerini ve bunların uyacakları usul ve esasları düzenlemek için çıkarılmıştır. O halde, KVKK’nin ortaya çıkmasındaki amaçların başlangıç noktası, çalışmamızın da konusunu oluşturan kişisel verilerin işlenmesi sürecidir.

Kişisel verilerin işlenmesi faaliyeti, kendi içerisinde birçok temel şartı içermektedir. Bu anlamda, insan haklarının korunması adına, bu faaliyetin hukukî şekilde yürütülebilmesi için kanun koyucunun belirttiği şartların yerine getirilmesi gerekmektedir. Kişisel verilerin işlenmesindeki temel şartların yanında, ayrıca bu faaliyet gerçekleştirilirken uyulması gereken bazı ilkeler de kanun koyucu tarafından belirlenmiştir. Bu temel ilkelerden birisi, kişisel verilerin işlenmesinde “doğru ve gerektiğinde güncel olma ilkesi”dir. Bu çalışmada, doğru ve gerektiğinde güncel olma ilkesi hakkında açıklamalarda bulunulmuş ve bu ilke bağlamında

<sup>3</sup> Kişisel Verilerin Korunması Kanunu, Kanun Numarası: 6698, Kabul Tarihi: 24.03.2016, RG 07.04.2016/29677.

Kişisel Verileri Koruma Kurulunun (KVK Kurulu) 2023/78 sayılı kararı çerçevesinde değerlendirmelerde bulunulmuştur.

## I. 6698 SAYILI KİŞİSEL VERİLERİN KORUNMASI KANUNU'NDA YER ALAN BAZI TANIMLAR

### A. Kişisel Veri

Kişisel veri, 6698 sayılı KVKK'nin "Tanımlar" kenar başlıklı 3'üncü maddesinin 1'inci fıkrasının d bendi uyarınca; "*kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgi*"yi ifade etmektedir. Kişisel verinin kanundaki bu tanımı, Avrupa Birliği'nin (AB) bir insan hakları belgesi çıktısı olan Genel Veri Koruma Tüzüğünde<sup>4</sup> (*General Data Protection Regulation*) (GDPR) yapılan tanımla aynıdır. Nitekim kişisel verinin, GDPR'nin tanımların yer aldığı 4'üncü maddesinin ilk fıkrasında, "*kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgi*" anlamına geldiği açıkça belirtilmiştir.

Kanun koyucunun GDPR'ye paralel şekilde düzenlediği tanımda, bir verinin kişisel veri olarak tanımlanabilmesi için o verinin, kimliği belirli veya kimliği belirlenebilir bir gerçek kişiye ait olması gerekeceği ve bu bağlamdaki her türlü bilginin kişisel veri olarak nitelendirileceği görülmektedir. Bir kişinin belirli veya belirlenebilir olması demek, mevcut verilerin herhangi bir şekilde, bir gerçek kişiyle ilişkilendirilmesiyle o kişinin artık tanımlanabilir hale getirilmesi anlamına gelmektedir.<sup>5</sup> Başka bir deyişle, bir kişinin belirlenebilir kılınması demek, ilgili verilerin doğrudan veya dolaylı şekilde, bir gerçek kişiyle ilişkilendirilmesi suretiyle o kişinin tanımlanabilmesi yani ortaya çıkarılabilmesini ifade etmektedir.<sup>6</sup>

Bir kişiyi tek başına belirleyen veya belirlenebilir kılan veyahut birden fazla verinin bir araya gelmesiyle bir kişiyi belirleyen veya belirlenebilir hale getiren nitelikteki her türlü bilgi, kişisel veridir.<sup>7</sup> Kişisel veri, kişiye özgü, gizli, özel ve kişinin maddi ve manevi şahsiyetini

<sup>4</sup> General Data Protection Regulation (GDPR) (Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the Protection of Natural Persons with regard to the Processing of Personal Data and on the Free Movement of such Data, and Repealing Directive 95/46/EC). Kabul: 14.04.2016, Yürürlük: 25.05.2018. GDPR'nin İngilizce tam metni için bkz. <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679&qid=1690203930552>> Erişim Tarihi 23 Temmuz 2023.

<sup>5</sup> Şehriban İpek Aşkoğlu, *Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması ve Büyük Veri*, (On İki Levha Yayıncılık 2018) 109.

<sup>6</sup> Murat Volkan Dülger, *Kişisel Verilerin Korunması Hukuku*, (Hukuk Akademisi Eğitim ve Yayıncılık 2019) 2.

<sup>7</sup> Sefer Oğuz, 'Kişisel Verilerin Korunması Hukukunun Genel İlkeleri' (2018) 13(2) Bilgi Ekonomisi ve Yönetimi Dergisi BEYDER 121.



oluşturan bilgiler toplamı<sup>8</sup> olarak görülmekte ve kişiliğin sosyal, fiziksel, duygusal ve hatta ekonomik boyutuna ilişkin bilgiler, kişisel verileri oluşturmaktadır.<sup>9</sup>

Yukarıdaki tanımlardan da açıkça anlaşılacağı üzere; kişisel veri kavramı, yalnızca gerçek kişilere özgü bir durumdur. Bu bağlamda, tüzel kişilere ilişkin veriler, kişisel veri olarak nitelendirilememektedir. Yani tüzel kişilere ait veriler, KVKK kapsamında değerlendirilmemektedir.

Kişisel verilerin korunmasına yönelik problemin özünde şu hususlar bulunmaktadır:<sup>10</sup> Bilgi teknolojileri sayesinde kişisel verilerin kontrolsüz ve hızlı şekilde çoğaltılabilmesi, depolama maliyetlerinin düşük olması dolayısıyla gereğinden fazla bilginin kayıt altına alınması, kısa sürede uzak mesafelere transfer edilebilmesi tehdidine karşı koyulamayan kişisel bilgilerin kısa süre içerisinde sınırsız sayıda kişinin erişimine açık hale gelebilmesi ve bu sürecin kontrol dışına çıktığı andan itibaren telafisi olmayan sonuçlar doğurabilmesi. Bu nedenle, KVK hakkı, kişisel verilerin toplanması, kullanılması ve devri konusunda esas itibariyle bireyin söz sahibi olmasını sağlamaktadır.<sup>11</sup> KVK hakkı, ilgili kişinin verileri üzerindeki hâkimiyetini ve kişinin verilerinin ele geçirilmesi, toplanması, işlenmesi veya aktarılması gibi konularda söz sahibi olabildiğini ifade etmektedir ve hak sahibi olan kişiye, kişisel verilerinin geleceğini belirleme yetkisi vermektedir.<sup>12</sup> KVK hakkı, bireyim hemen hemen tüm yaşam alanlarını ilgilendirmektedir ve birey ancak kişisel verilerinin korunması ile kendisi gibi davranabilecek ve demokratik ve özgür bir toplum düzeninin oluşmasına katkıda bulunacaktır.<sup>13</sup>

## B. Kişisel Verilerin İşlenmesi

Kişisel verilerin işlenmesi, 6698 sayılı KVKK'nin “Tanımlar” kenar başlıklı 3'üncü maddesinin 1'inci fıkrasının 3'üncü bendinde tanımlanmıştır. Buradaki düzenleme uyarınca; *“kişisel verilerin tamamen veya kısmen otomatik olan ya da herhangi bir veri kayıt sisteminin parçası olmak kaydıyla otomatik olmayan yollarla elde edilmesi, kaydedilmesi, depolanması, muhafaza edilmesi, değiştirilmesi, yeniden düzenlenmesi, açıklanması, aktarılması,*

<sup>8</sup> İbrahim Gül ve İsmail Alagöz, *Yeni Bir Güvenlik Sorunu: Kişisel Verilerin Korunmasına Yönelik İhlaller (Dinlemeler) ve Uluslararası Düzenlemeler*, (Yargı Yayınevi 2016) 3.

<sup>9</sup> Nilgün Başalp, *Kişisel Verilerin Korunması ve Saklanması*, (Yetkin Yayınları 2004) 22.

<sup>10</sup> Türkey Henkoğlu, *Bilgi Güvenliği ve Kişisel Verilerin Korunması*, (Yetkin Yayınları 2015) 25.

<sup>11</sup> Oğuz Şimşek, *Anayasa Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması*, (Beta Basım Yayın Dağıtım 2008) 112.

<sup>12</sup> Dülger (n 6) 43.

<sup>13</sup> Şimşek (n 11) 218.

*devralınması, elde edilebilir hâle getirilmesi, sınıflandırılması ya da kullanılmasının engellenmesi gibi veriler üzerinde gerçekleştirilen her türlü işlem*”, kişisel verilerin işlenmesi olarak ifade edilmektedir. O halde, kişisel veriler hakkında gerçekleşen elde etme, kaydetme, depolama, muhafaza etme, değiştirme, yeniden düzenleme, açıklama, aktarma, devralma, elde edilebilir hale getirme, sınıflandırma, kullanımını engelleme gibi eylem ve işlemler, kişisel verilerin işlenmesi anlamına gelmektedir.

GDPR'nin tanımları düzenleyen 4'üncü maddesinin 2'nci fıkrası, kişisel verilerin işlenmesini tanımlamaktadır. Buna göre işleme, *“toplama, kaydetme, düzenleme, yapılandırma, depolama, uyarlama veya değiştirme, geri alma, danışma, kullanma, iletme yoluyla açıklama, yayma veya başka bir şekilde kullanıma sunma, uyumlaştırma veya birleştirme, kısıtlama, silme veya yok etme gibi otomatik yollarla olsun veya olmasın, kişisel veriler veya kişisel veri kümeleri üzerinde gerçekleştirilen herhangi bir işlem veya işlem dizisi”* anlamına gelmektedir. Görüldüğü üzere; kişisel verilerin işlenmesi hakkındaki KVKK'de yer alan tanım GDPR'deki tanıma benzer nitelikte olup, GDPR'deki tanım daha geniş ve kapsayıcıdır.

Kişisel veri işleme faaliyeti, ilgili kişisel verinin elde edilmesinden devredilmesi ve hatta bundan da sonraki süreci dahi kapsamaktadır.<sup>14</sup> Kişisel verilerin işlenmesinde, ilgili kişisel veriler hakkında birtakım işlemler gerçekleştirilmektedir. Bir kişisel verinin toplanması, elde edilmesi, kaydedilmesi, düzenlenmesi, değiştirilmesi, saklanması veya silinmesi gibi birçok işlem, kişisel verilerin işlenmesi faaliyeti kapsamındadır. Örneğin, bir alışveriş mağazasının müşterisine ait cep telefonu numarasını sipariş kapsamında alması, o numarayı veri tabanına kaydetmesi, üçüncü kişilere aktarması, silmesi veya herhangi bir değişiklik durumunda o numarayı değiştirerek güncellemesi gibi işlemler, ilgili kişisel veri hakkında işleme faaliyeti olarak değerlendirilmektedir.

### **1. Kişisel Verilerin İşlenme Şartları**

Kişisel verilerin işlenmesi, kişisel veriler üzerinde birtakım işlemler yapılmasını içermektedir. Bu anlamda, kişisel veriler hakkında yapılan birçok işlem, kişisel verilerin işlenmesi anlamına gelmektedir. Kişisel verilerin işlenmesi sürecinde, kanun koyucunun belirlediği belirli şartlar bulunmaktadır. Kişisel verilerin işlenme şartları, 6698 sayılı KVKK'de iki boyutlu olarak açıklanmıştır. Nitekim KVKK'nin 5'inci maddesinde, kişisel verilerin

<sup>14</sup> Mesut Serdar Çekin, *Avrupa Birliği Hukukuyla Mukayeseli Olarak 6698 Sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu*, (On İki Levha Yayıncılık 2018) 38.

işlenme şartları; 6’ncı maddesinde ise özel nitelikli kişisel verilerin işlenme şartları yer almaktadır.

KVKK’nin “Kişisel verilerin işlenme şartları” kenar başlıklı 5’inci maddesinde açıklanmıştır. Kişisel veriler, anılan maddenin 1’inci fıkrasına göre, ilgili kişinin açık rızası olmaksızın işlenememektedir. Açık rızanın ne anlama geldiği, KVKK’nin 3’üncü maddesinin 1’inci fıkrasının a bendinde açıklanmıştır. Buna göre “*belirli bir konuya ilişkin, bilgilendirilmeye dayanan ve özgür iradeyle açıklanan rıza*”, açık rızayı ifade etmektedir

Açık rızanın GDPR’deki karşılığı ise “veri sahibinin rızası” şeklindedir. Veri sahibinin rızası, GDPR’nin 4/11 maddesine göre “*veri sahibinin bir beyanla veya açık bir olumlu eylemle kendisiyle ilgili kişisel verilerin işlenmesini kabul ettiğini belirttiği, özgürce verilmiş, belirli, bilgilendirilmiş ve açık bir şekilde belirtilmiş istekleri*” anlamına gelmektedir. Buradaki düzenlemenin, KVKK’deki düzenlemeye nazaran daha geniş ve kapsamlı olduğu görülmektedir.

Açık rızadan bahsedebilmek için belirli, bilgilendirmeye dayalı ve özgür iradeyle açıklanan bir bildirim gerekmektedir.<sup>15</sup> Daha geniş bir ifadeyle; açık rızanın geçerli olabilmesi için, bu rızanın belirli bir konuya ilişkin olmak, bilgilendirmeye dayanmak, özgür iradeyle açıklanmış olmak, herhangi bir tereddüde yol açmayacak şekilde açık bir irade beyanıyla verilmiş olmak unsurlarının hepsini bir arada taşıması gerekmektedir.<sup>16</sup>

Açık rıza, bir kimse tarafından kişilik hakkına yönelik hukuka aykırı bir saldırı karşısında, hak sahibi ilgili kişinin böyle bir müdahaleye razı olduğunu açıkça ortaya koyar nitelikteki irade açıklamasıdır.<sup>17</sup> Açık rıza, ilgili kişinin kişisel verileri üzerinde serbestçe tasarruf etmek ve onun kişisel verilerinin geleceğini belirlemek hakkının kullanması anlamına gelmektedir.<sup>18</sup> Açık rızayla kişisel veri işlenmesi, verilen bu rızanın her zaman geri alınabilmesi ve kişisel veri işleme amacının değişmesi halinde ilgili kişiden yeni bir açık rıza alınmasının gerekmesi sebepleri dolayısıyla, ilgili kişinin kişisel verileri üzerindeki kontrolünü ve hakimiyetini en iyi

<sup>15</sup> Çekin (n 14) 55.

<sup>16</sup> Serdar Çelikel, ‘Kişisel Verilerin İşlenmesinde, Açık Rıza Hukuka Uygunluk Nedeninin, 95/46 Sayılı Direktif ve GDPR’la Karşılaştırmalı Olarak İncelenmesi’ (2021) 17 Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi 161 ve 186.

<sup>17</sup> Gediz Kocabaş, ‘KVKK’da Yer Alan Kurum ve Kavramların TMK ve Kıta Avrupası Hukuk Sistemi Kapsamında Değerlendirilmesi’ iç Leyla Keser Berber & Ali Cem Bilgili (ed), *Güncel Gelişmeler Işığında Kişisel Verilerin Korunması Hukuku: Marmara Hukuk Bilimsel Toplantılar Serisi – I 17 Nisan 2019 - Haydarpaşa* (On İki Levha Yayıncılık 2020) 112.

<sup>18</sup> Çelikel (n 16) 167.

derecede sağlamaya ve bu bağlamda ilgili kişinin haklarını da korumaya yönelik hukuka uygunluk nedenidir.<sup>19</sup>

Açık rızanın, ilgili kişisel veri işlenmeden önce açıklanması gerekmektedir ve kişisel veri işleme faaliyetinden sonra konuya dair alınmış bir rıza, hukukî açıdan meşru ve kabul edilebilir değildir. Çünkü kanun koyucunun burada aradığı açık rıza, kişisel verinin işlenme şartıdır ve bu hâliyle, ilgili işleme faaliyetinden önce açıklanmalıdır.

Rıza, kişilik hakkına yönelen hukuka aykırı bir saldırıya karşı hak sahibince onay verilmesi anlamına gelmekte<sup>20</sup> ve açık rıza, kişisel verilerin işlenmesi yasağının hukuka uygunluk hali olarak düzenlenmiştir.<sup>21</sup> Kanuna göre, açık rızanın özgür bir iradeyle alınmış olması gerekmektedir.

Açık rıza, iradenin ancak özgür, isteyerek ve bilinçli bir şekilde açıklanması ile ortaya çıkabilir.<sup>22</sup> Buradan, herhangi bir baskı, cebir, tehdit, hile, aldatma ve hata gibi iradeyi etkileyen olumsuz durumlardan uzak ve azade olmak gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır. Zaten rıza açıklamasının temelinde irade özgürlüğü yer almaktadır.<sup>23</sup> O halde kanun koyucunun aradığı özgür iradede bahsedebilmek için, öncelikle ilgili kişinin gerçekten bir seçim hakkına sahip olması gerekmektedir.<sup>24</sup> Çünkü özgür iradeyle açıklanmış olmak demek, kişinin kendi kararını kendisinin verebilmesi, bunu dış dünyaya açıklama özgürlüğüne sahip olması ve bu davranışın bilincinde olması anlamına gelmektedir.<sup>25</sup>

KVKK'nin 5'inci ve 6'ncı maddeleri, kişisel verilerin işlenmesinde açık rıza konusuna dair açıklamalar içerse de açık rızanın şeklinin nasıl olacağı hususu burada belirtilmemiştir. GDPR'nin 7'nci maddesinde ise veri sahibinin rızasının yazılı bir beyan bağlamında verilmesi halinde, rıza talebi diğer hususlardan açıkça ayırt edilebilecek bir şekilde, anlaşılır ve kolay erişilebilir bir biçimde, açık ve sade bir dil kullanılarak sunulacağı belirtilmektedir.

KVKK'nin 5'inci maddesinin 2'nci fıkrasında, belirli şartlardan herhangi birinin varlığı durumunda, ilgili kişinin açık rızası gerekmeksizin de kişisel verilerinin işlenmesinin mümkün

<sup>19</sup> ibid 166-167.

<sup>20</sup> Kocabaş (n 17) 112.

<sup>21</sup> Dülger (6) 22.

<sup>22</sup> Doğan Kılınç, 'Anayasal Bir Hak Olarak Kişisel Verilerin Korunması' (2012) 61(3) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1122.

<sup>23</sup> Kocabaş (n 17) 112.

<sup>24</sup> Çekin (n 14) 59.

<sup>25</sup> Dülger (n 6) 25.

olduğu belirtilmektedir. Buradaki düzenlemede yer alan şartlar şunlardır: “a) Kanunlarda açıkça öngörülmesi. b) Fiili imkânsızlık nedeniyle rızasını açıklayamayacak durumda bulunan veya rızasına hukuki geçerlilik tanınmayan kişinin kendisinin ya da bir başkasının hayatı veya beden bütünlüğünün korunması için zorunlu olması. c) Bir sözleşmenin kurulması veya ifasıyla doğrudan doğruya ilgili olması kaydıyla, sözleşmenin taraflarına ait kişisel verilerin işlenmesinin gerekli olması. ç) Veri sorumlusunun hukuki yükümlülüğünü yerine getirebilmesi için zorunlu olması. d) İlgili kişinin kendisi tarafından alenileştirilmiş olması. e) Bir hakkın tesisi, kullanılması veya korunması için veri işlenmesinin zorunlu olması. f) İlgili kişinin temel hak ve özgürlüklerine zarar vermemek kaydıyla, veri sorumlusunun meşru menfaatleri için veri işlenmesinin zorunlu olması.”

O halde, kanunlarda açık şekilde belirtilmişse; fiili imkânsızlıktan kaynaklı olarak rıza açıklanamıyorsa veya rızaya hukuki yönden bir geçerlilik tanınmıyorsa bu kişinin veya başkasının hayatının veya bedeni yönden bütünlüğünün korunması için zorunluysa; taraflara ait olan ve sözleşmeyle doğrudan ilgili kişisel verilerin işlenmesi gerekliyse; veri sorumlusu hukuki yükümlülüklerini yerine getirirken zorunluysa; ilgili kişi alenileştirmişse; bir hakkın kurulması, kullanılması veya korunması için zorunluysa; ilgili kişinin haklarına zarar vermeyecek şekilde veri sorumlusunun meşru menfaatleri için zorunluysa, kişisel verilerin işlenmesinde rıza aranmamaktadır.

Özel nitelikli kişisel verilerin işleme şartları ise KVKK'nin 6'ncı maddesinde açıklanmıştır ve ayrıca özel nitelikli kişisel verilerin tanımı da yine bu maddede yer almaktadır. Anılan maddenin ilk fıkrasına göre “kişilerin ırkı, etnik kökeni, siyasi düşüncesi, felsefi inancı, dini, mezhebi veya diğer inançları, kılık ve kıyafeti, dernek, vakıf ya da sendika üyeliği, sağlığı, cinsel hayatı, ceza mahkûmiyeti ve güvenlik tedbirleriyle ilgili verileri ile biyometrik ve genetik verileri” özel nitelikli kişisel veri olarak kabul edilmektedir. Aynı maddenin 2'nci fıkrasına göre özel nitelikli kişisel verilerin, ilgili kişinin açık rızası olmadığı sürece işlenmesi yasaktır. Fakat devamındaki fıkrada, bu kuralın istisnasına yer verilmiştir. Nitekim 3'üncü fıkraya göre “Birinci fıkrada sayılan sağlık ve cinsel hayat dışındaki kişisel veriler, kanunlarda öngörülen hâllerde ilgili kişinin açık rızası aranmaksızın işlenebilir. Sağlık ve cinsel hayata ilişkin kişisel veriler ise ancak kamu sağlığının korunması, koruyucu hekimlik, tıbbî teşhis, tedavi ve bakım hizmetlerinin yürütülmesi, sağlık hizmetleri ile finansmanının planlanması ve yönetimi amacıyla, sır saklama yükümlülüğü altında bulunan kişiler veya yetkili kurum ve kuruluşlar tarafından ilgilinin açık rızası aranmaksızın işlenebilir.”

O halde, ilk fıkrada yer alan özel nitelikli kişisel veriler (sağlık ve cinsel hayat haricindekiler), kanuni düzenleme mevcutsa ilgili kişinin açık rızası olmaksızın da işlenebilmektedir. Buradaki düzenlemeden, özel nitelikli kişisel veriler arasında yer alan sağlık ve cinsel hayata dair kişisel verilerin işlenmesinde, mutlaka ilgili kişinin rızası aranacağı sonucuna ulaşılmaktadır. Ayrıca 6'ncı maddenin son fıkrasında, özel nitelikli kişisel verilerin işlenmesinde, ayrıca KVK Kurulu tarafından belirlenen yeterli önlemlerin<sup>26</sup> alınmasının şart olduğu belirtilmiştir.

Hassas olarak nitelendirilen kişisel veriler, açıklanması hâlinde ilgili kişinin toplum içerisinde ayrımcılığa uğramasına veya ötekileştirilmesine sebep olabilecek inanç, politik/siyasî görüş, sağlık bilgileri, cinsel yaşamı, etnik kökeni vb. bilgilerden ibarettir.<sup>27</sup> Kişisel verilerden bazılarının hassas olarak nitelendirilip daha etkin şekilde koruma altına alınması, bu kişisel verilerin, kişilerin temel hak ve özgürlükleriyle daha yakından bir ilişkide bulunmasından kaynaklanmaktadır.<sup>28</sup> Söz konusu kişisel veriler için bu yönde özel bir düzenlemeye gidilmiş olması, bu tür kişisel verilerin suiistimal edilmesi veya kötüye kullanılması durumunda ortaya çıkabilecek zarar, mağduriyet ve olumsuzlukların boyutunun diğer kişisel verilerin ihlalindekinden daha geniş ve kapsamlı olabileceği endişesindedir. Ayrıca ilgili kişi hakkında ayrımcılık yapılmasına neden olabilecek hassas nitelikteki kişisel verilerin toplanamaması veya bunların sınırlı şartlar altında işlenebilmesi ilkesi, kişisel verilerin toplanması ve işlenmesi esnasında bireyin özel olarak korunmasına hizmet etmektedir.<sup>29</sup>

### C. Veri Sorumlusu

Veri sorumlusunun tanımı, KVKK'nin tanımları düzenleyen 3'üncü maddesinin 1'inci fıkrasının 1 bendinde yer almaktadır. Buradaki düzenleme uyarınca, veri sorumlusu, "*kişisel verilerin işleme amaçlarını ve vasıtalarını belirleyen, veri kayıt sisteminin kurulmasından ve yönetilmesinden sorumlu olan gerçek veya tüzel kişi*"yi ifade etmektedir. Buradaki tanımdan çıkarılacak sonuca göre veri sorumlusu, kişisel verilerin işlenmesinde amaç ve araçları belirlemektedir, veri kayıt sisteminden sorumlu olmaktadır ve kişisel verilerin işlenmesi sürecinde mevzuata uygun olarak kişisel verilerin güvenliğini sağlamakla yükümlüdür.

<sup>26</sup> "Özel Nitelikli Kişisel Verilerin İşlenmesinde Veri Sorumlularınca Alınması Gereken Yeterli Önlemler" ile ilgili Kişisel Verileri Koruma Kurulunun 31/01/2018 Tarihli ve 2018/10 Sayılı Kararı için bkz. <https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/4110/2018-10> Erişim Tarihi 23.07.2023.

<sup>27</sup> Henkoğlu (n 10) 28.

<sup>28</sup> Dülger (n 6) 14.

<sup>29</sup> Şimşek (n 11) 86.

Veri sorumlusu, GDPR’de “*controller*” yani kontrolör, denetleyici veya sorumlu olarak yer almaktadır. Tanımların düzenlendiği 4’üncü maddenin 7’nci fıkrasına göre sorumlu, “*tek başına veya başkalarıyla birlikte kişisel verilerin işlenmesine ilişkin amaç ve araçları belirleyen gerçek veya tüzel kişi, kamu makamı, ajans veya diğer organ*” anlamına gelmektedir.

#### **D. Veri İşleyen**

KVKK’nin tanımları düzenleyen 3’üncü maddesinin 1’inci fıkrasının 3’üncü bendi, veri işleyeni tanımlamaktadır. Buna göre “*veri sorumlusunun verdiği yetkiye dayanarak onun adına kişisel verileri işleyen gerçek veya tüzel kişi*”, veri işleyen olarak nitelendirilmektedir. Buradaki tanımdan çıkarılacak sonuca göre veri işleyen, veri sorumlusunca verilen talimatlar ve onun yönlendirmeleri doğrultusunda ilgili kişilerin kişisel verilerini işlemektedir. Veri işleyen, veri sorumlusunun adına ve hesabına kişisel verilere erişebilmekte veya bu kişisel verileri işleyebilmektedir. Veri işleyen, genel olarak veri sorumlusunun hizmet sağlayıcısı veya bir anlamda taşıeronu olarak işlev görmektedir.

Veri işleyen, GDPR’nin tanımların düzenlendiği 4’üncü maddenin 8’inci fıkrasında, işleyen veya işleyici (*processor*) olarak ifade edilmektedir. İşleyen, “*sorumlu adına kişisel verileri işleyen bir gerçek veya tüzel kişi, kamu makamı, ajans veya diğer organ*” anlamına gelmektedir.

## **II. KİŞİSEL VERİLERİN İŞLENMESİNDE UYULMASI ZORUNLU İLKELER**

Kişisel verilerin işlenmesinde uyulması gereken ilkeler, 6698 sayılı KVKK’nin “Kişisel Verilerin İşlenmesi” başlıklı ikinci bölümünde düzenlenmiştir. KVKK’nin “Genel ilkeler” kenar başlıklı 4’üncü maddesinin 1’inci fıkrasında, kişisel verilerin, sadece bu Kanun ve ilgili diğer kanunlarda öngörülen usul ve esaslara uygun olarak işlenebileceği hüküm altına alınmıştır. Kişisel verilerin işlenmesinde uyulması zorunlu olan ilkeler ise 2’nci fıkrasında sayılmıştır. Buradaki düzenlemede yer alan ilkeler, “*hukuka ve dürüstlük kurallarına uygun olma*”, “*doğru ve gerektiğinde güncel olma*”, “*belirli, açık ve meşru amaçlar için işlenme*”, “*işlendikleri amaçla bağlantılı, sınırlı ve ölçülü olma*”, ve “*ilgili mevzuatta öngörülen veya işlendikleri amaç için gerekli olan süre kadar muhafaza edilme*” ilkeleridir. Buradaki genel ilkeler, veri koruma düzenlemelerinin uygulanması ve yorumlanması bağlamında dikkate alınmalıdır.<sup>30</sup> Burada yer alan ilkelerden birisi olan ve çalışmamızın konusunu oluşturan “*doğru*

<sup>30</sup> Nafiye Yücedağ, ‘Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Kapsamında Genel İlkeler’ (2019) 1(1) Kişisel Verileri Koruma Dergisi 61.

ve gerektiğinde güncel olma ilkesi”, çalışmanın bir sonraki bölümünde müstakil şekilde açıklanacaktır. Diğer ilkelere dair genel açıklamalara ise burada yer verilecektir.

### A. Hukuka ve Dürüstlük Kurallarına Uygun Olma

KVKK'nin 4'üncü maddesinin 2'nci fıkrasının a bendine göre kişisel veriler, hukuka ve dürüstlük kurallarına uygun olarak işlenmelidir. Hukuka uygunluk ilkesi, kişisel verilerin işlenmesinin mevcut yasal hükümler ile diğer meslekî davranış kuralları şeklindeki özel hukukî metinlere uygun şekilde olmasıdır.<sup>31</sup> Hukuka uygun olma gerekliliği, kişisel verilerin işlenmesinde yasalardaki ve diğer hukukî düzenlemelerdeki ilkelere uygun şekilde hareket edilmesi zorunluluğunu ifade etmektedir.<sup>32</sup> Bu ilkeyle, kişisel verilerin mevcut düzenlemelerde ve ilgili hukukî metinlerde öngörülen şartlara uygun olması gerektiği ifade edilmektedir.<sup>33</sup> Bu durumun tersi ise hukuka aykırı nitelikte bir kişisel veri işlemeyi ifade etmektedir. Hukuka aykırı işleme faaliyeti, kişisel verilerin hukuka uygun olmayan şekilde ve hukuken haklı bir gerekçe olmaksızın işlenmesi anlamına gelmektedir.<sup>34</sup>

Herhangi bir iş veya eylemin de hukuk kurallarına uygun olması gerektiğinden dolayı, bu ilke diğer ilkeleri de kapsayıcı niteliktedir ve bu yüzden hukuk kurallarına uygun olmayan veri işleme faaliyeti, doğal olarak kişisel verilerin işlenmesinde geçerli olan diğer ilkelere de uygun olmayacaktır.<sup>35</sup> Başka bir deyişle, bu ilke, veri korumanın ilk ilkesi olup diğer ilkeleri yaratmakta ve kapsamaktadır.<sup>36</sup> Hukuka ve dürüstlük kuralına uygun olma ilkesi bağlamında aranan temel şart uyarınca, ilgili veri işleme amaçları doğrultusunda, veri sorumlusunun ilgili kişiyi açık bir biçimde bilgilendirmesi ve bu çerçevede yanıltıcı ve/veya aldatıcı bilgi vermemesi gerekmektedir.<sup>37</sup>

Dürüstlük kuralı, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun<sup>38</sup> “Dürüst davranma” kenar başlıklı 2'nci maddesinde düzenlenmiştir. Burada yer alan düzenlemeye göre “*Herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır.*” Görüldüğü üzere; hakların kullanılmasında ve borçların yerine getirilmesinde herkesin

<sup>31</sup> Kılınç (n 22) 1124.

<sup>32</sup> Elif Küzeci, *Kişisel Verilerin Korunması*, (Turhan Kitabevi 2019) 200.

<sup>33</sup> Aşıkoğlu (n 5) 74.

<sup>34</sup> Oğuz (n 7) 129.

<sup>35</sup> Dülger (n 6) 109.

<sup>36</sup> Hale Akdağ, *Türk Ceza Kanunu Kapsamında Kişisel Verilerin Korunması*, (Adalet Yayınevi 2013) 71.

<sup>37</sup> Aşıkoğlu (n 5) 157.

<sup>38</sup> Türk Medeni Kanunu, Kanun Numarası: 4721, Kabul Tarihi: 22.11.2001, RG 08.12.2001/24607.



dürüstlük kurallarına uyulması gerekmektedir. Buna benzer şekilde, kişisel verilerin işlenmesinde de dürüstlük kurallarına uyulmalıdır.

Dürüstlük kuralı gereğince, kişisel veri işleme faaliyetinin her aşamasında dikkat edilmesi gereken en önemli ve ilk husus, veri sorumlusunun yasal dayanağı olan işleme faaliyeti çerçevesinde hareket ederken, ilgili kişinin çıkarlarını dikkate alması gerektiğidir.<sup>39</sup> Dürüstlük kuralına riayet etmek, kişisel verilerin işlenmesi faaliyetinde, veri sorumlusu, veri işleyen ve ilgili kişilere kadar bütün aktörleri içeren temel bir ilkedir.<sup>40</sup>

Dürüstlük kuralına uygun olma ilkesi, kişisel verilerin işlenmesinde, kişisel verileri işlenen kişiye yani ilgili kişiye karşı şeffaf olunması gerekliliğini ifade etmektedir.<sup>41</sup> Dürüstlük kuralına uygunluktan söz edilebilmesi için kişisel veri işleme faaliyetinin açık, belirli ve şeffaf olması gerekmektedir ve dürüstlük kuralının içeriği, genel olarak, kişisel verilerin işlenmesi faaliyetinde objektif bir kişiden beklenecek davranışlara göre belirlenmelidir.<sup>42</sup> Dürüstlük kuralına uygun olma ilkesi gereğince, veri sorumlusu, kişisel veri işlemede güttüğü hedeflerine ulaşmaya çalışırken, ilgili kişinin/kişilerin çıkarlarını ve aynı zamanda makul beklentilerini de dikkate almalıdır.<sup>43</sup>

## B. Belirli, Açık ve Meşru Amaçlar İçin İşlenme

Kişisel verilerin toplanma amacının belirli ve açık olması, bu konuya dair hukuksal düzenlemelerde belirsiz ifadelerden kaçınılmasını gerektirmektedir.<sup>44</sup> Bu ilke, veri sorumlularına, ilgili kişisel verileri işlemeye başlamadan önce buradaki meşru amaçları belirleme, bu amaçları açık bir biçimde ilgili kişiye bildirme yükümlülüğü getirmektedir.<sup>45</sup>

Meşruluk, veri koruma görevlisi/veri sorumlusu tarafından kişisel veri işlenirken amaçlanan/güdülen faydanın ilgili kişinin menfaatini aşmasıyla ilgilidir.<sup>46</sup> Belirli, açık ve meşru

<sup>39</sup> Dülger (n 6) 111.

<sup>40</sup> Mehmet Bedii Kaya, ‘Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Korunması Arasında Denge’ iç Leyla Keser Berber & Ali Cem Bilgili (ed), *Güncel Gelişmeler Işığında Kişisel Verilerin Korunması Hukuku: Marmara Hukuk Bilimsel Toplantılar Serisi – I 17 Nisan 2019 - Haydarpaşa* (On İki Levha Yayıncılık 2020) 50.

<sup>41</sup> Kılınç (n 22) 1124.

<sup>42</sup> Dülger (n 6) 111-112.

<sup>43</sup> Umniyahasghar Yosif, ‘Kişisel Verilerin İşlenmesi Şartları ve 6698 Sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanununun Ruhu Olarak Genel İlkeler’ (2021) 4(1) Selçuk Üniversitesi Adalet Meslek Yüksekokulu Dergisi 5.

<sup>44</sup> Küzeci (n 32) 203.

<sup>45</sup> Aşıkoğlu (n 5) 167-168.

<sup>46</sup> Kılınç (n 22) 1125.

amaçlar için kişisel verilerin toplanması ilkesi, kişisel verilerin toplanması aşamasında veri sorumlularına hangi kişisel verileri hangi amaçla işleyeceklerini belirlemiş olma yükümlülüğünü getirmektedir.<sup>47</sup> Bu ilke gereğince, veri sorumlusu hangi verileri hangi amaçla işleyeceğini açık ve detaylı bir şekilde belirtmelidir.<sup>48</sup>

Belirli, açık ve meşru amaçlar için işleme ilkesi, veri işleme amacının açık, net ve kesin şekilde belirlenmesini ve bu amacın meşru olmasını gerekli kılmaktadır.<sup>49</sup> Bu ilkeyle, hangi kişisel verilerin işleneceği ve hangi kişisel verilerin işlenmeyeceğinin sınırının belirlenmesi ve belirli bir amaçla toplanan kişisel verilerin bu amaç dışında kullanılmaması hedeflenmektedir.<sup>50</sup>

### **C. İşlendikleri Amaçla Bağlantılı, Sınırlı ve Ölçülü Olma**

İşlendikleri amaçla bağlantılı, sınırlı ve ölçülü olma ilkesi; kişisel verilerin belirli, açık ve meşru amaçlarla işlenmesini ve bunun devamlılığını güvence altına alan bir ilke olarak yorumlanabilmektedir.<sup>51</sup> Kişisel verilerin işlenmesinde, bu ilke gereğince, veri toplamının işleme amaçlarına uygun bir seviyeye indirilmesi gerekmektedir.<sup>52</sup> İşlenen kişisel verilerin, toplama anından itibaren belirlenen; belirli, açık ve meşru amaçların gerçekleştirilmesine elverişli olması ve bu amaçların gerçekleştirilmesiyle sınırlı tutulması gerekmektedir.<sup>53</sup> Bu ilke kapsamında, kişisel veri işleme amacı ve kişisel verinin niteliği birbiriyle ilişkili olmalıdır.<sup>54</sup>

### **D. İlgili Mevzuatta Öngörülen veya İşlendikleri Amaç İçin Gerekli Olan Süre Kadar Muhafaza Edilme**

Kişisel verilerin sadece gerekli olduğu süre kadar saklanması ilkesi, kişisel verilerin veri sorumlusu tarafından kişisel veri toplama amaçlarına uygun şekilde kullanıldıktan sonra saklama süresine dair sınırlama getirmektedir ve kişisel verilerin gerektiğinden daha uzun süre tutulmaması ilkesi olarak da ifade edilebilecek bu ilke, kişisel verilerin korunması düşüncesinin merkezinde yer almaktadır.<sup>55</sup>

<sup>47</sup> Aşikoğlu (n 5) 75.

<sup>48</sup> Dülger (n 6) 120.

<sup>49</sup> ibid 117.

<sup>50</sup> Aşikoğlu (n 5) 75.

<sup>51</sup> ibid 172.

<sup>52</sup> Dülger (n 6) 124.

<sup>53</sup> Aşikoğlu (n 5) 172.

<sup>54</sup> Dülger (n 6) 125.

<sup>55</sup> Aşikoğlu (n 5) 77-176.

Kişisel verilerin işlenmesiyle hedeflenen amacın ortadan kalkması, amaca ulaşmak için kişisel verinin işlenmesinin artık gereksiz olduğunun anlaşılması veya bu amaca ulaşıldığından dolayı artık kişisel verinin tutulması gerekliliğinin ortadan kalkması durumunda, artık kişisel verilerin saklanmaması gerekmektedir.<sup>56</sup> Çünkü kişisel verilerin gerektiğinden daha uzun süre tutulması, amaca da hizmet etmeyecektir.

Bu ilke gereğince, ilgili kişisel verilerin işlenmesiyle hedeflenen amacın gerçekleşmiş olması, amaca ulaşmak için ilgili kişisel verilerin işlenmesinin artık gereksiz olduğunun anlaşılması veya bu amacın artık ortadan kalmış olması durumlarında, bu kişisel verilerin yok edilmesi gerekmektedir.<sup>57</sup> Belirli bir amaç doğrultusunda tutulan kişisel verilerin, söz konusu amacın ortadan kalkması durumunda artık elde tutulmaması gerekmektedir.<sup>58</sup> Bu ilke, kişisel verilerin sınırsız süreyle tutulmasını önlemeye yöneliktir ve bu durum unutulma hakkıyla yakından bağlantılıdır.<sup>59</sup>

### III. DOĞRU VE GEREKTİĞİNDE GÜNCEL OLMA İLKESİ

Kişisel verilerin işlenmesinde “*doğru ve gerektiğinde güncel olma ilkesi*”, özünde iki temel boyuta sahiptir. Bu ilkeye göre kişisel verisi işlenecek ilgili kişinin kişisel verileri yanlış veya hatalı değil, doğru bir şekilde işlenmelidir. Yani ilgili kişi hakkında tutulan kayıtlar, doğru bilgileri içermelidir ve gerçeğe uygun şekilde işlenmelidir. Bunun devamında ise ilgili kişinin kişisel verileri, gerektiğinde yani ihtiyaç duyulduğunda veya kullanılacağı zaman güncel olmalıdır. Yani zamanla değişikliğe uğrayan kişisel veriler hakkında gerekli güncelleme işlemi yapılmalı ve o kişisel veriler eski durumu değil mevcut durumdaki güncelliği içermeli ve ifade etmelidir.

KVKK'nin “İlgili kişinin hakları” kenar başlıklı 11'inci maddesinin 1'inci fıkrasının d bendinde yer alan “*kişisel verilerin eksik veya yanlış işlenmiş olması hâlinde bunların düzeltilmesini isteme,*” hakkı, doğru ve gerektiğinde güncel olma ilkesi kapsamındaki bir düzenleme niteliğindedir. Çünkü bir kimseye ait kişisel veriler, zamanla değişebilmektedir ve ilgili kişinin bu verilerinin güncel tutulmasını isteme hakkı bulunmaktadır. Örneğin, bir kişinin

<sup>56</sup> ibid 77.

<sup>57</sup> ibid 176.

<sup>58</sup> Dülger (n 6) 134.

<sup>59</sup> Küzeci (n 32) 337.

cep telefonu numarası veya ikamet adresi zaman içerisinde değişebilir. İşte bu bilgilerin ilgili veri kayıt sisteminde güncel tutulmasını istemek, ilgili kişinin haklarından sayılmaktadır.

Burada yer alan husus, Anayasa'daki düzeltme hakkıyla da bağlantılıdır. Nitekim Anayasa'nın "Düzeltilme ve cevap hakkı" kenar başlıklı 32'nci maddesi, kişinin kendisiyle ilgili gerçeğe aykırı yayınlar yapılması halinde, düzeltme hakkının tanınacağı belirtilmektedir. Düzeltilme hakkı, kişisel verilerin ilgili düzenlemelere aykırı şekilde işlenmesi ve kişisel verilerin eksik veya yanlış işlenip tutulması durumunda ortaya çıkmaktadır.<sup>60</sup> Kişisel verilerin düzeltilmesi, hem kişiye dair yanlış bilgilerin düzeltilmesini hem de eksik olan bilgilerin tamamlanmasını gerektirmektedir.<sup>61</sup> Hangi tür kişisel verilerin kim tarafından ve hangi amaçla işlendiğini bilen ve bu bilgilere de ulaşabilen kişi, doğru olmayan veya güncel olmayan bilgilerinin düzeltilmesini talep edebilme imkânına sahip olacaktır.<sup>62</sup>

İşlenen kişisel verilerin doğru olması, ilgili kişilerin sosyal imajlarını etkileyerek başkalarının onlar hakkında yanlış bir izlenime sahip olmasına neden olabileceğinden ve bunun devamında başkalarının ilgili kişiler hakkında bir karar almasına yol açabileceği için oldukça önemlidir.<sup>63</sup>

Veri sorumlusu, kişisel verilerin hatasız ve eksiksiz olması amacıyla, kendinden beklenen gerekli önlemleri almakla yükümlüdür.<sup>64</sup> Daha geniş bir ifadeyle; doğruluk ilkesi uyarınca, kişisel verilerin toplanması veya saklanmasıyla görevli olan kişiler, kaydedilen verilerin doğru olup olmadığını kontrol etmek ve bir dosyadaki bilgilerin işlendiği süre zarfında düzenli ve güncel şekilde tutulmasını sağlamakla yükümlüdür.<sup>65</sup> Buradaki yükümlülük, verilerin işlenmesinde doğru ve gerektiğinde güncel olma ilkesinin bir gereğidir. Veri sorumlusunun gerekli hassasiyeti göstermeyip ilgili kişisel verileri doğru şekilde işlememesi veya herhangi bir değişiklik hâlinde güncellememesi, bu ilkenin ihlâli anlamına gelmektedir. Veri sorumlusunun, veriyi doğru ve güncel tutabilmesi için ilgili kişiye, işlenen kişisel verilere ilişkin bir erişim imkânı sağlaması yerinde olacaktır.<sup>66</sup>

<sup>60</sup> Aydın Akgül, *Danıştay ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Kişisel Verilerin Korunması: Unutulma Hakkı ve Biyometrik Veriler İlaveli*, (Beta Basım Yayım Dağıtım 2016) 153.

<sup>61</sup> Başalp (n 9) 50.

<sup>62</sup> Küzeci (n 32) 336.

<sup>63</sup> Yücedağ (n 30) 50.

<sup>64</sup> Çekin (n 14) 52.

<sup>65</sup> Sedat Erdem Aydın, *AİHM İçtihatları Bağlamında Kişisel Verilerin Kaydedilmesi Suçu*, (On İki Levha Yayıncılık 2015) 30.

<sup>66</sup> Yücedağ (n 30) 62.

Kişisel verilerin işlenmesinin sadece doğru tutulması değil, ayrıca daha sonradan değişikliğe uğrayan kişisel verinin güncel tutulması da önemli ve gereklidir. İşlenen bir kişisel verinin, gerektiğinde yani kullanılacağı zaman güncel olması gerekmektedir. Yani işlenen kişisel veriler, kullanılacağı zamanda geçerli olmalı ve eski olmamalıdır. Ayrıca ilkedeki güncellik ifadesi, gerektiğinde yani gerektiği durumlarda aranmakta iken doğruluk ifadesinde böyle bir şart yoktur.

Kişisel verilerin doğru ve gerektiğinde güncel olma ilkesi, kişisel veri işleme faaliyetinin doğru ve güncelliğini kaybetmemiş kişisel verilere dayalı şekilde gerçekleştirilmesini gerektirmektedir.<sup>67</sup> İşlenen kişisel verilerin hatalı olması veya güncel olmaması durumunda, bu kişisel verilerin silinmesi veya düzeltilmesi amacıyla gerekli işlemler yapılmalıdır.<sup>68</sup>

Doğru olmayan şekilde işlenen kişisel verilerin, herhangi bir gecikmeye mahal verilmeden silinmesi veya düzeltilmesinin sağlanması için tüm makul adımların atılması ve veri sorumlusunun kişisel verilerin doğru ve gerektiğinde güncel olma yükümlülüğünü yerine getirmesi gerekmektedir.<sup>69</sup> Kişisel verilerin doğru olması, ilgili kişinin hakları ve veri sorumlusunun çıkarlarıyla ilişkili olup kişisel verilerin yanlış tutulması, bireyin temel hak ve özgürlüklerini, ekonomik çıkarlarını ve manevi bütünlüğünü zedeleyici sonuçlar ortaya çıkarabilmektedir.<sup>70</sup> İşlenen kişisel verinin yanlış olması durumunda, kişisel veri ilgili kişiyle bağlantılandırılabilir, fakat bu kişiye dair bir gerçeği yansıtmaz.<sup>71</sup> Yanlış bilgilerden hareket edilerek verilecek kararlar yanlış sonuçlara ulaşılmasına sebebiyet verecektir.<sup>72</sup> Ayrıca bir bilginin veya o kişisel verinin yanlış olması, onun kişisel veri olarak nitelendirilmesine bir engel teşkil etmemektedir.<sup>73</sup>

İlgili kişi bakımından kişisel verilerin gerçeği yansıtmaması, hatalı olması veya eski olması ve bu şekliyle veri sorumlusunca kişisel veri işleme faaliyetine konu olması, kişinin temel hak ve özgürlüklerini, ekonomik çıkarlarını ve manevi bütünlüğünü etkileyen sonuçlar

<sup>67</sup> Dülger (n 6) 130-131.

<sup>68</sup> Kılınç (n 22) 1125.

<sup>69</sup> Yücedağ (n 30) 51-52 ve 62.

<sup>70</sup> Küzeci (n 32) 213.

<sup>71</sup> Akdağ (n 36) 10.

<sup>72</sup> Küzeci (n 32) 213.

<sup>73</sup> Akdağ (n 36) 159.

oluşturabilecektir.<sup>74</sup> Yanlış olan veya güncel olmayan kişisel verilere dayanılarak yapılacak değerlendirmeler, doğru olmayacaktır ve meşru çıkarın zarar görmesine sebebiyet verecektir.<sup>75</sup>

Çünkü yanlış tutulan kişisel veri, kişilerin temel hak ve özgürlüklerini zedeleyebilecek ve kişisel verilerin işlenmesinden beklenen çıkarlara da ulaşılmasını engelleyecektir.<sup>76</sup> Bu çerçevede; veri sorumlusunun, kişisel veri işleme faaliyeti kapsamında ilgili kişilerin kişisel verilerini güncellenmesi adına bir sistem kurması ve gerektiğinde de bu güncelleme imkânını sunması gerekmektedir.<sup>77</sup> İşlenen kişisel verilerin doğru ve gerektiğinde güncel olmaması, aynı zamanda, veri işleme faaliyetinden beklenen fayda karşılanamayacağı için veri sorumlusu açısından da bir olumsuzluk içermektedir ve bu ilkeyle hem ilgili kişinin hem veri sorumlusunun hem de veri işleyenin çıkarları korunmak istenmektedir.<sup>78</sup>

#### **IV. KİŞİSEL VERİLERİN KORUNMASI KURULUNUN 2023/78 SAYILI KARARI**

6698 sayılı KVKK'nin 19'uncu maddesi bağlamında; Kişisel Verileri Koruma Kurumu (KVK Kurumu), Kurul ve Başkanlıktan oluşmaktadır ve KVK Kurumunun karar organı ise KVK Kuruludur.

KVKK'nin 21'inci maddesinin ilk fıkrasına göre KVK Kurulu, KVKK ve diğer mevzuat doğrultusunda verilen görev ve yetkileri, kendi sorumluluğu altında ve bağımsız şekilde yerine getirmekte ve kullanmaktadır. Bu bağlamda; hiçbir organ, makam, merci veya kişi, KVK Kurulunun görev alanına giren konularda KVK Kuruluna emir ve talimat verememekte, tavsiye veya telkinde bulunamamaktadır. Aynı maddenin devam eden fıkrasında ise KVK Kurulunun dokuz üyeden oluştuğu ve bunlardan beşinin Türkiye Büyük Millet Meclisi (TBMM), dördünün ise Cumhurbaşkanı tarafından seçileceği hüküm altına alınmıştır.

KVKK'nin 22'nci maddesi gereğince; kişisel verilerin korunması hakkı kapsamındaki ilgili haklarının ihlal edildiğini ileri süren kişilerin şikâyetlerini, KVK Kurulu karara bağlamakta ve yine KVKK'deki idarî yaptırımlara KVK Kurulu karar vermektedir.

<sup>74</sup> Aşıkoglu (n 5) 76.

<sup>75</sup> Küzeci (n 32) 336.

<sup>76</sup> Dülger (n 6) 131.

<sup>77</sup> Oğuz (n 7) 133.

<sup>78</sup> Aşıkoglu (n 5) 76.

KVK Kurulunun 2023/78 sayılı kararı<sup>79</sup>, kişisel verileri işlenen bir kişiye ilişkin borç bilgisinin, o kişinin ortağı olduğu şirkete ait kurumsal cep telefonu numaralarına kısa mesaj şeklinde gönderilmesi hakkındadır.

Karara konu olayda, kişisel verileri işlenen ilgili kişi (şikâyetçi/başvuran),

-bir GSM operatörü şirketi tarafından kendisine borç çıkarıldığını,

-bu borcun tahsil edilmesi amacıyla ilgili GSM operatörü şirketinin bir avukatlık ortaklığına vekaletle yetki verdiğini,

-borcun tahsilini sağlamak amacıyla avukatlık ortaklığı tarafından kendisinin ortağı bulunduğu şirkete ait dört farklı cep telefonu numarasına kısa mesaj gönderildiğini,

-bu mesajda kendi soyadının maskelendiğini fakat adının açıkça görüldüğünü,

-hakkında borçlu olduğu miktar çerçevesinde icra takibi başlatılacağını belirtilen mesajlar dolayısıyla kendisinin ortağı olduğu şirket hatlarını kullanan şirket çalışanların bu konuyla ilgileri bulunmamasına rağmen ilgili kişinin borç bilgilerinden haberdar olduğunu,

-şirkette kendisiyle aynı ada sahip başka kimsenin bulunmadığı için her ne kadar soyadı maskelense de ilgili kısa mesajda kendi kimliğinin bilinir kılındığını,

-yaşanan olay kapsamında ilgili avukatlık ortaklığına ve GSM operatörü şirketine başvuruda bulunduğunu ama kendisine verilen cevapların, bilgi amaçlı gönderilen kısa mesajın maskelenmiş bir şekilde paylaşıldığı yönünde olduğunu ve

-kendisine ait kişisel verilerin ortağı olduğu şirketin cep telefonu hatlarına hangi amaçla iletildiğinin açıklanmadığını ifade etmiş ve KVKK kapsamında konunun gereğinin yapılmasını talep etmiştir.

Söz konusu başvuru kapsamındaki iddialarla ilgili olarak, KVK Kurulu tarafından öncelikle ilgili avukatlık ortaklığından savunma istenmiştir. İlgili avukatlık ortaklığı, yaptığı savunmasında,

<sup>79</sup> Tam adıyla: “İlgili kişinin borç bilgisinin ortağı olduğu şirketin kurumsal numaralarına kısa mesaj olarak gönderilmesi” hakkında Kişisel Verileri Koruma Kurulunun 19/01/2023 tarihli ve 2023/78 sayılı Karar. Kararın tam metni için bkz. <<https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/7596/2023-78>> Erişim Tarihi 23 Temmuz 2023.

-GSM operatörü şirketince abonelerin borçlarının tahsilat süreçlerinin yürütülmesi kapsamında sınırlı şekilde hizmet sözleşmesi ve vekâlet ilişkisi kapsamında kendilerinin yetkilendirildiğini,

-GSM operatörü şirketince yönetilmekte olan sisteme ise sınırlı şekilde erişim hakkına sahip olduklarını,

-söz konusu sistem üzerinden sınırlı şekilde görüntülenen ve/veya erişilen kişisel veriler ve bu kişisel veriler kullanılarak gerçekleştirilen kısa mesaj gönderme işlem ve faaliyetleri çerçevesinde kendilerinin KVKK'nin 3'üncü maddesinin 1'inci fıkrasının 3'üncü bendi uyarınca veri işleyen konumunda olduklarını,

-ilgili kişinin ise kendilerine başvuru hakkının bulunmadığını ve bu yüzden bu şikâyetin usulden reddedilmesinin gerektiğini,

-GSM operatörü şirketiyle aralarındaki sözleşmede kendilerinin veri işleyen sıfatıyla sorumlu olacağına ilişkin bir hükme yer verildiğini,

-kendilerinin avukatlık ortaklığı olarak vekili oldukları şirket adına, müvekkillerinin hak ve menfaatlerini korumak maksadıyla 1136 sayılı Avukatlık Kanunu,<sup>80</sup> 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu<sup>81</sup> ve diğer mevzuattan kaynaklı yükümlülüklerini yerine getirmek için KVKK'nin 5'inci maddesinin 2'nci fıkrasındaki “*Bir hakkın tesisi, kullanılması veya korunması için veri işlemenin zorunlu olması*” ve “*İlgili kişinin temel hak ve özgürlüklerine zarar vermemek kaydıyla, veri sorumlusunun meşru menfaatleri için veri işlenmesinin zorunlu olması*” sebepleri çerçevesinde borçluya (ilgili kişiye) ait kişisel verileri işlediklerini,

-dört farklı cep telefonu numarasının ilgili kişinin iletişim numarası olarak veri sorumlusu konumundaki GSM operatörü şirketince kendilerine iletildiğini, kendilerinin ise “veri işleyen” sıfatıyla bu cep telefonu numaralarına bilgilendirme amaçlı kısa mesaj gönderdiğini,

-bu çerçevede düşünüldüğünde borçlulara ait iletişim numaralarının kaynağını kendilerinin sorgulama yetkisinin bulunmadığını,

-ilgili kişinin iletişim numarası olarak belirtilen cep telefonu numaralarına sadece bir kez kısa mesaj gönderildiğini,

<sup>80</sup> Avukatlık Kanunu, Kanun Numarası: 1136, Kabul Tarihi: 19.03.1969, RG 07.04.1969/13168

<sup>81</sup> İcra ve İflas Kanunu, Kanun Numarası: 2004, Kabul Tarihi: 09.06.1932, RG 19.06.1932/2128



-bu kısa mesajın içeriğindeyse ilgili kişiye ait kişisel verilerin paylaşılmadığını ve ilgili kişinin isminin maskelendiğini belirtmiştir.

Başvuruya dair söz konusu iddialar kapsamında, KVK Kurulunca, avukatlık ortaklığı dışında ayrıca veri sorumlusu konumunda bulunan GSM operatörü şirketinden de savunma istenmiştir.

İlgili GSM operatörü şirketi yapmış olduğu savunmada,

-kendilerinin veri sorumlusu olarak avukatlık ortaklığıyla hukuki ilişkileri olduğunu,

-bu ilişki kapsamında ve borçlulardan borçların tahsil edilmesi amacıyla ilgili borçluya ait sadece kimlik, iletişim ve borç bilgilerini içeren kişisel verilerin paylaşıldığını,

-şikâyete konu olan cep telefonu numaralarının ise ilgili kişinin ortağı bulunduğu şirket adına kayıtlı kurumsal iletişim numaraları olduğunu ifade etmiştir.

KVK Kurulu, öncelikle KVKK’de yer alan bazı temel kavramlara ve hususlara değinmiş ve kişisel verilerin işlenmesi şartlarına yer vermiştir. KVK Kurulu, mevzuat hükümlerini açıkladıktan sonra hem ilgili kişinin hak ihlali iddialarını hem de avukatlık ortaklığının ve GSM operatörü şirketinin savunmalarını değerlendirip bir karara varmıştır.

KVK Kurulu,

-şikâyete konu olayda avukatlık ortaklığınca yapılan savunmada veri sorumlusu konumundaki müvekkilleriyle (GSM operatörü şirketiyle) aralarındaki sözleşme gereğince veri sorumlusu sıfatını haiz olmadıklarını belirtmiş ise de veri sorumlusu sıfatının tayin edilmesinde KVKK çerçevesinde yapılacak değerlendirmede bu sözleşmedeki nitelendirmenin esas alınamayacağını,

-GSM operatörü şirketinin “veri sorumlusu” olduğunu (GSM operatörü şirketinin ilgili kişiye ait kişisel verilerin işleme amaç ve araçlarını belirleyen, veri kayıt sisteminin kurulması ve yönetilmesinden sorumlu olduğunu, ilgili kişinin ortak olduğu şirkete ait iletişim numaralarını ilgili borcun tahsili amacıyla avukatlık ortaklığı ile paylaştığını),

-avukatlık ortaklığının “veri işleyen” olduğunu (avukatlık ortaklığının veri sorumlusunun verdiği talimatlar doğrultusunda ilgili kişiye ait olduğu belirtilen telefon numaralarına ilgili borcun tahsil edilmesi amacıyla kısa mesaj gönderdiğini),

-avukatlık ortaklığı tarafından her ne kadar ilgili kişi olan borçlunun soyadının maskelenerek (*yıldızlı bir şekilde yazılarak*) ifade edilmiş olsa da aslında ilgili kişinin adının tamamının yazıldığı ve bunun yanında ayrıca soyadının ise baş harfinin yer alması dolayısıyla kısa mesajın ilgili kişinin ortak olduğu şirkete ait cep telefonu numaralarına gönderilmiş olmasının ilgili kişiyi belirlenebilir kıldığını,

-kişisel verilerin KVKK'de sınırlı sayma yöntemiyle belirlenmediğini ve bir verinin kişisel veri olması için "*belirli veya belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin olma*" kriterinin getirildiğini,

-şirket hattı olarak tabir edilen cep telefonu numaralarına gönderilmiş olan kısa mesajdaki ilgili kişinin adı, soyadı, borçlu olduğu şirket (GSM operatörü şirketi) ve ilgili kişi hakkında icra takip işlemlerinin başlatılacağı bilgilerinin ilgili kişiye ait kişisel verileri içerdiğini,

-avukatlık ortaklığının savunmasında, veri sorumlusuyla arasındaki vekâlet ilişkisi kapsamında müvekkilinin alacaklarının takibini gerçekleştirdiğini,

-ilgili kişiye ilişkin tüm iletişim numaralarının veri sorumlusu (GSM operatörü şirketi) tarafından ilgili kişinin irtibat bilgisi olarak paylaşıldığını,

-veri sorumlusunun savunmasında, alacağın tahsili adına zorunlu olan verilerden başka avukatlık ortaklığına kişisel veri aktarılmadığını,

-şikâyete konu GSM numaralarının ilgili kişinin ortak olduğu şirkete kayıtlı kurumsal numaralar olduğunu,

-ilgili kişinin ortak olduğu şirkete ait kurumsal iletişim numaralarının, (*KVKK'nin 5'inci maddesinin 1'inci fıkrası kapsamında*), veri sorumlusuyla arasındaki bireysel sözleşmelere dair iletişim numarası olarak kullanılabileceğine ilişkin ilgili kişinin açık rızasının alındığını tevsik eden herhangi bir bilgi ve belgeye savunma ekinde rastlanmadığını,

-avukatlık ortaklığı tarafından ilgili kişiye ait kişisel verileri içeren kısa mesajların ilgili kişinin ortak olduğu şirkete ait iletişim numaralarına gönderilmesi nedeniyle, **ilgili kişiye ait kişisel veri niteliğindeki borç bilgisinin**, (*KVKK'nin 5'inci maddesindeki herhangi bir işleme şartı bulunmadan*), **borca konu işlemle ilgisi olmayan üçüncü kişi konumundaki şirket çalışanlarıyla paylaşıldığını**,

-KVKK kapsamında her ne kadar tüzel kişiye ait telefon numaralarının kişisel veri olmasa bile veri sorumlusu tarafından **ilgili kişinin ortak olduğu şirkete ait kurumsal telefon**

numaralarının ilgili kişinin iletişim numarası olarak avukatlık ortaklığıyla paylaşılmasının, (KVKK'nin 4'üncü maddesinin 2'nci fıkrasının b bendine aykırı şekilde), ilgili kişiye ait kişisel verilerin doğru bir şekilde işlenmediği şeklinde değerlendirileceğini belirtmiştir.

Yukarıdaki değerlendirmelerin ardından, KVK Kurulu,

-**ilgili kişinin ortak olduğu şirkete ait kurumsal iletişim numaralarının**, veri sorumlusuyla arasındaki (borçlu ile GSM operatörü şirketi arasındaki) bireysel sözleşmelerde **iletişim numarası olarak kullanılmasının** KVKK'nin 4'üncü maddesinde yer alan genel ilkelere birisi olan “**doğru ve gerektiğinde güncel olma ilkesi**”ne aykırılık oluşturduğuna,

-hukuka aykırı veri işleme faaliyeti sebebiyle, avukatlık ortaklığı tarafından **ilgili kişiye ait kişisel verileri içeren kısa mesajların, ilgili kişinin ortak olduğu şirkete ait iletişim numaralarına gönderilmesi sonucunda**, ilgili kişiye ilişkin kişisel veri niteliğindeki borç bilgisinin KVKK'nin 5'inci maddesinde yer alan herhangi bir kişisel veri işleme şartı bulunmadan, borca konu işlemle herhangi bir ilgisi olmayan üçüncü kişi konumundaki şirket çalışanlarıyla paylaşıldığı gerekçesiyle, KVKK'nin 12'nci maddesindeki veri güvenliğine ilişkin yükümlülükleri yerine getirmediği kanaatine ulaşılan veri sorumlusu (GSM operatörü şirketi) hakkında KVKK'nin 18'inci maddesinin 1'inci fıkrasının b bendi gereğince, **85.000 TL idari para cezası uygulanmasına**,

-veri işleyen konumundaki **avukatlık ortaklığının, veri sorumlusunca (GSM operatörü şirketince) verilen talimatlar çerçevesinde**, ilgili borcun tahsili amacıyla, ilgili kişiye ait olduğu belirtilen telefon numaralarına bir adet kısa mesaj gönderdiği ve *sınırlı yetkisi çerçevesinde bu numaralara ait doğrulama imkânı olmadığından dolayı*, **avukatlık ortaklığı hakkında KVKK kapsamında yapılacak herhangi bir işlem bulunmadığına karar vermiştir.**

## V. KARARIN DEĞERLENDİRİLMESİ

KVK Kurulunun bahse konu şikâyete dair kararının, KVK hakkının korunması kapsamında önemli bir karar niteliğinde olduğu görülmektedir. KVK Kurulu, bu kararında, kişisel verileri işlenen ilgili kişi lehine bir karar vermiş ve insan haklarının korunması yolunda hareket etmiştir. KVK Kurulu, verdiği kararda, kişisel verilerin veri sorumlusu tarafından doğru ve güncel şekilde işlenmediği dolayısıyla ilgili kişinin mağduriyetine odaklanmış ve bunun sonucunda veri sorumlusunun hareketini KVKK'ye aykırı bulmuştur.

Karara konu olayda, kişi hakkında işlenen kişisel verilerden birisi olan telefon numarası, doğru ve g¼ncel değildir. Buradaki yanlışlık dolayısıyla, kişinin borcuna dair bilgiler, ortağı olduğu şirketin kurumsal telefon numaralarına mesaj olarak g¼nderilmiřtir. B¼ylece kişiye ¼zel bir durum olan “bir yere borçlu olma bilgisi”, kişinin ortağı olduğu şirketin çalışanlarınca ¼ęrenilmiřtir. Kurul kararına g¼re; bu durum, kişisel verilerin işlenmesinde doğru ve g¼ncel olma ilkesine aykırılık dolayısıyla kişisel verilerin korunması hakkının ihlalidir. ¼nk¼ kişisel verilerin işlenmesinde, kişinin telefon numarası doğru ve g¼ncel şekilde işlenmemiştir.

G¼nderilen mesajda, her ne kadar kişinin soyadı tam olarak yazılmamış ve maskelenmiş olsa da adının tam yazılması ve soyadının ilk harfinin mesajda olması, kişiyi belirlenebilir kılmış ve onun kolaylıkla tespit edilebilmesine sebep olmuştur. Yani g¼nderilen mesajın kısmen maskelenmiş olması, kişinin kimliğinin ortaya çıkmasını engelleyememiştir. KVK Kurulu, g¼nderilen mesajda ilgili kişinin soyadının yıldız işaretleriyle maskelenmesine rağmen, soyadının ilk harfi ve adının ise tamamının açık olması durumunun, ilgili kişiyi belirlenebilir kıldığına vurgu yapmıştır. O halde, kişilere ait bazı bilgiler bir miktar maskelense dahi bu bilgilere erişim sağlayabilen kişiler tarafından ilgili kişinin kim olduğunun tespiti m¼mk¼n oluyorsa, yani eldeki bilgiler bir kişiyi belirlenebilir kılıyorsa, o bilgiler kişisel veri niteliğindedir.

KVK Kurulunun ilgili kişi lehine verdiği bu karar, kişisel veriler doğru ve g¼ncel şekilde işlenmediği için ve bu durum KVKK’de belirtilen ilkeye aykırılık teşkil ettiği için ortada bir hukuka aykırılık s¼z konusudur. Dolayısıyla ilgili kişi, yaşanan olaydan zarar g¼rd¼ę¼ ve mağduriyet yaşadığı için KVK Kurulunun insan hakları adına olumlu ve isabetli bir karar verdiği açıktır. Hukuki y¼nden isabetli olan KVK Kurulu kararı, kişisel verilerin korunması amacına uygundur ve insan haklarının korunmasına hizmet etmektedir. Ayrıca somut olay, g¼nl¼k hayatta sıkça rast gelinebilecek bir durumdur ve bunun gibi ihlallerin gerçekleşmemesi için veya gerçekleştiğinde ise cezasız kalmaması için bu karar, bir anlamda mihenk taşı niteliğinde değerlendirilebilir.

## SONUÇ

Kişisel verilerin işlenmesi, g¼n¼m¼zde kaçınılmaz bir faaliyet olarak nitelendirilebilir. Nitekim g¼nl¼k hayatta birçok alanda birçok şekilde kişisel verilerin işlendiği g¼r¼lmektedir. ¼rneęin, bir alışveriş merkezindeki mağazadan takım elbise alan m¼řteri fatura bilgilerinin oluşturulabilmesi için adı, soyadı, adresi ve telefon numarası gibi birtakım kişisel verilerine mağaza ile paylaşmaktadır. Yine bir k¼t¼phaneye kayıt olunması, bir gazeteye abone olunması,

bir internet sitesinde üyelik oluşturulması, bir hastanede muayene olunması, bir otobüs, tren veya uçakla yolculuk yapılması, bir spor salonuna üye olunması gibi günlük hayatın olağan işlemleri, birer kişisel verilerin işlenmesi örneğini oluşturmaktadır.

Kişisel verilerin işlenmesi konusu günlük hayatımızın içerisinde yer almaktadır. Kanun koyucu, kişisel verilerin işlenmesini yasaklamamış, aksine birtakım şartlar ve kurallar çerçevesinde gerçekleştirilebileceğini belirtmiştir. KVKK’de yer alan düzenlemeler ışığında, ilgili temel şartların oluşması durumunda kişisel verilerin işlenebileceği kaydedilmiştir. Ayrıca kanun koyucu bununla da yetinmeyip kişisel verilerin işlenmesi faaliyetinin gerçekleştirilmesinde bazı temel ilkelere uyum sağlanması ve bunlara uygun şekilde hareket edilmesi gerektiğini hükme bağlamıştır.

Kişisel verilerin işlenmesinde uyulması gereken temel ilkelere birisi de doğru ve gerektiğinde güncel olma ilkesidir. Bu ilke uyarınca, işlenen kişisel veriler doğruyu ve gerçeği yansıtmalıdır ve güncel olmalıdır. O halde bir kişinin kişisel verilerinin yanlış, gerçeğe aykırı işlenmesi veya o kişisel verilerin zamanla değişmesi durumunda gerekli güncelleme işleminin gerçekleştirilmemesi bu ilkenin ihlal edilmesi anlamına gelmektedir. Nitekim bu hukuka aykırılık dolayısıyla, ilgili kişi çeşitli yönlerden mağduriyet yaşayabilmekte ve zarar görebilmektedir.

KVK Kurulunun 2023/78 sayılı kararı, kişisel verilerin işlenmesinde doğru ve gerektiğinde güncel olma ilkesi ile ilgilidir. Karara konu olayda, ilgili kişinin bir GSM operatörü şirketine bir miktar borcu bulunmaktadır. Bu borç ilişkisi kapsamında, GSM operatörü şirketi, ilgili kişiden alacağını temin etmek istemektedir. Bu bağlamda, konunun yasal yollardan takibi amacıyla, bir avukatlık ortaklığına yetki verilmiştir. İlgili avukatlık ortaklığı ise ilgili kişiye ulaşarak borcun tahsil edilmesini ve aksi halde yasal yollara başvurularak icra takibi başlatılacağını iletmek için ilgili kişiye ait olduğu belirtilen 4 farklı cep telefonu numarasına kısa mesaj göndermiştir. Şikâyet konu olaydaki sorun da işte burada ortaya çıkmaktadır. Nitekim ilgili kişiye yani borçluya ait olduğu belirtilen cep telefonu numaraları, aslına ilgili kişinin şahsına kayıtlı telefon numaraları değildir. Burada GSM operatörü şirketince avukatlık ortaklığına iletilen cep telefonu numaraları resmî olarak, ilgili kişiye değil ilgili kişinin ortağı bulunduğu şirkete aittir.

Veri sorumlusu konumundaki GSM operatörü şirketi, ilgili kişi hakkında işlediği cep telefonu numarası kişisel verisini doğru ve güncel şekilde tutmadığı anlaşılmaktadır. Nitekim ilgili kişinin iletişim numarası olarak, ortak olduğu şirket adına kayıtlı numaralar görülmektedir.

Veri sorumlusu, bu doğru ve güncel olmayan bilgiyi veri işleyen konumundaki avukatlık ortaklığına vermiştir. Bu numaraların doğru ve güncel olup olmadığını sorgulama imkânı bulunmayan avukatlık ortaklığı ise ilgili kişiye ait borcun tahsili maksadıyla hazırladığı kısa mesajı doğal olarak kendisine verilen telefon numaralarına göndermiştir.

Avukatlık ortaklığı tarafından gönderilen kısa mesajda, borçlu konumda bulunan ilgili kişinin adı açıkça yazılmış, soyadının ise sadece ilk harfi yazılarak kalan kısmı yıldız işaretleriyle maskelenmiştir. Bu kısa mesajda, ilgili kişinin GSM operatörü şirketine belirli bir miktarda borcunun bulunduğu, bu borcun ödenmesi gerektiği, ödenmemesi halinde ise ilgili kişi hakkında icra takibi yapılacağı bilgileri yer almaktadır. Bu bilgilerin bulunduğu kısa mesaj, ilgili kişinin ortak olduğu şirkete ait kurumsal telefon numaralarına gönderilmiştir. Şirket hatları ise şirkette çalışan personellerin kullanımında bulunmaktadır. Haliyle avukatlık ortaklığı tarafından gönderilen kısa mesajı, borç ilişkisinin tarafı olmayan üçüncü kişiler okumuş ve görmüştür. Şirkette kısa mesajda yer alan isimde başka kimse olmadığı için ve kişinin soyadının da ilk harfi açık olduğundan dolayı, mesajın muhatabının kim olduğu yani ilgili borcun kime ait olduğu şirket çalışanlarınca kolayca anlaşılmaktadır. Yani şirket çalışanlarının okuduğu kısa mesajda bir maskeleyiş işlemi uygulanmış olsa da kısa mesajı okuyan kişilerin olayı kavraması zor olmamıştır. Özetle, kısa mesajda yer alan bilgiler, KVKK'de düzenlenen kişisel veri tanımıyla kolayca örtüşmektedir. Nitekim bu bilgilerin kime ait olduğu belirlenebilmektedir.

KVK Kurulunun verdiği kararda, maskeleyiş işleminin yeterli düzeyde yapılmadığı ve bu gerekli gizleme işlemi gerçekleşmediği için ilgili kişinin kim olduğunun tespitinin kolayca belirlendiği anlaşılmaktadır. Ayrıca KVK Kurulu, bu kararda bir kişiye ait borç bilgisini ve borcunu ödememesi durumunda hakkında icra işlemi başlatılacağı bilgisini, kişisel veriler kapsamında değerlendirmiştir.

KVK Kurulu, veri sorumlusunu, işlediği kişisel verilerin doğru ve gerektiğinde güncel olmamasından bahisle idari yaptırıma tabi tutmuştur. Çünkü veri sorumlusu KVKK kapsamındaki sorumlulukları kapsamında, işlediği kişisel verilerin doğru ve gerektiğinde güncel olmasıyla yükümlüdür. Fakat veri sorumlusu, bu yükümlülüğünü yerine getirmediğinden dolayı, ilgili kişinin borç bilgisi, üçüncü kişi konumundaki şirket çalışanlarınca öğrenilmiştir. Bu durum ise doğal olarak ilgili kişinin mağduriyetine ve zararına yol açmıştır. Nitekim bir şirket ortağının borçlu olduğu ve hakkında icra takibi başlatılabileceği gibi hususların, o şirket çalışanlarınca öğrenilmesi, şirket ortağının imajını zedeleyici niteliktedir.

KVK Kurulu, kısa mesajları gönderen avukatlık ortaklığı hakkında ise herhangi bir yaptırıma hükmetmemiştir. Çünkü KVK Kurulu, avukat ortaklığını veri işleyen olarak nitelendirmiş ve ilgili telefon numaralarının doğruluğu ve güncelliği adına herhangi bir sorgulama veya teyit etme imkânı olmadığını vurgulamıştır. Veri işleyen, veri sorumlusunca kendisine iletilen telefon numaralarına göre hareket etmiştir.

KVK Kurulunun şikâyete konu kararı, KVK hakkının korunması adına önemli bir karar niteliğindedir. KVK Kurulu, kişisel verileri işlenen ilgili kişi lehine verdiği kararda, kişisel verilerin veri sorumlusu tarafından doğru ve güncel şekilde işlenmediğinden bahisle ilgili kişinin mağduriyetine dikkat çekmiş ve veri sorumlusunun hareketinin KVKK kapsamındaki idari yaptırımlarla sonuçlandırmıştır. Ayrıca KVK Kurulu, bir kısa mesajda her ne kadar soyadının yıldız işaretleriyle maskelense de soyadının ilk harfinin ve adının ise tamamının açık olmasını, ilgili kişiyi belirlenebilir kıldığına vurgu yapmıştır. O halde, bu karara göre, bazı bilgiler her ne kadar maskelense de bu bilgilere erişen kişilerce ilgili kişinin kim olduğunun tespiti mümkünse, yani eldeki bilgiler bir kişiyi belirlenebilir kılıyorsa, işte o bilgiler kişisel veri niteliğindedir.

Sonuç olarak, KVK Kurulunun kişisel verilerin işlenmesinde doğru ve gerektiğinde güncel olma ilkesi kapsamında ilgili kişi lehine verdiği bu karar, insan hakları adına olumlu ve isabetli bir karardır. Çünkü somut olayda ilgili kişinin kişisel verileri doğru ve güncel şekilde işlenmemiştir ve bu durum KVKK’de belirtilen ilkeye aykırılık teşkil etmektedir. Bu çerçevede yaşanan hukuka aykırılık dolayısıyla ilgili kişi zarar görmüş ve mağduriyet yaşamıştır. Ayrıca şikâyete konu karardaki olay, günlük hayatta sıkça rast gelinebilecek bir durum olduğundan, bu tür ihlallerin gerçekleşmemesi için veya gerçekleştiğinde ise bu eylemlerin cezasız kalmaması için şikâyete konu karar, KVK hakkı çerçevesinde bir anlamda mihenk taşı niteliğinde değerlendirilebilir.

## KAYNAKÇA

Akdağ H, *Türk Ceza Kanunu Kapsamında Kişisel Verilerin Korunması*, (Adalet Yayınevi 2013).

Akgül A, *Danıştay ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Kişisel Verilerin Korunması: Unutulma Hakkı ve Biyometrik Veriler İlaveli*, (Beta Basım Yayım Dağıtım 2016).

Aşıkoğlu Şİ, *Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması ve Büyük Veri*, (On İki Levha Yayıncılık 2018).

Aydın SE, *AIHM İçtihatları Bağlamında Kişisel Verilerin Kaydedilmesi Suçu*, (On İki Levha Yayıncılık 2015).

Başalp N, *Kişisel Verilerin Korunması ve Saklanması*, (Yetkin Yayınları 2004).

Çekin MS, *Avrupa Birliği Hukukuyla Mukayeseli Olarak 6698 Sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu*, (On İki Levha Yayıncılık 2018).

Çelikel S ‘Kişisel Verilerin İşlenmesinde, Açık Rıza Hukuka Uygunluk Nedeninin, 95/46 Sayılı Direktif ve GDPR’la Karşılaştırmalı Olarak İncelenmesi’ (2021) 17 Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi 161-190.

Dülger MS, *Kişisel Verilerin Korunması Hukuku*, (Hukuk Akademisi Eğitim ve Yayıncılık 2019).

European Union, ‘General Data Protection Regulation: Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the Protection of Natural Persons with regard to the Processing of Personal Data and on the Free Movement of such Data, and Repealing Directive 95/46/EC’ (4 Mayıs 2016) <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679&qid=1690203930552>> Erişim Tarihi 23 Temmuz 2023.

Gül İ ve Alagöz İ, *Yeni Bir Güvenlik Sorunu: Kişisel Verilerin Korunmasına Yönelik İhlaller (Dinlemeler) ve Uluslararası Düzenlemeler*, (Yargı Yayınevi 2016).

Henkoğlu T, *Bilgi Güvenliği ve Kişisel Verilerin Korunması*, (Yetkin Yayınları 2015).

Kalkınma Bakanlığı, ‘Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü’nün Getirdiği Yenilikler ve Türk Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi’ (Çalışma Raporu - 6, Ayşe Nur AKINCI, Yayın No: 2968, İktisadi Sektörler ve Koordinasyon Genel Müdürlüğü Bilgi Toplumu Dairesi Başkanlığı, Haziran 2017) <[http://www.bilgitoplumu.gov.tr/wp-content/uploads/2017/07/AB\\_Veri\\_Koruma\\_Tuzugu.pdf](http://www.bilgitoplumu.gov.tr/wp-content/uploads/2017/07/AB_Veri_Koruma_Tuzugu.pdf)> Erişim Tarihi 24 Temmuz 2023.

Kaya MB, ‘Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Korunması Arasında Denge’ iç Leyla Keser Berber & Ali Cem Bilgili (ed), *Güncel Gelişmeler Işığında Kişisel Verilerin Korunması Hukuku: Marmara Hukuk Bilimsel Toplantılar Serisi – I 17 Nisan 2019 - Haydarpaşa* (On İki Levha Yayıncılık 2020) 33-68.



Kılınç D ‘Anayasal Bir Hak Olarak Kişisel Verilerin Korunması’ (2012) 61(3) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1089-1169.

Kişisel Verileri Koruma Kurulu, “İlgili kişinin borç bilgisinin ortağı olduğu şirketin kurumsal numaralarına kısa mesaj olarak gönderilmesi” hakkında Kişisel Verileri Koruma Kurulunun 19/01/2023 tarihli ve 2023/78 sayılı Karar Özeti. (19 Ocak 2023) <<https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/7596/2023-78>> Erişim Tarihi 23 Temmuz 2023.

Kişisel Verileri Koruma Kurulu, ‘Özel Nitelikli Kişisel Verilerin İşlenmesinde Veri Sorumlularınca Alınması Gereken Yeterli Önlemler” ile ilgili Kişisel Verileri Koruma Kurulunun 31/01/2018 Tarihli ve 2018/10 Sayılı Kararı’ (31 Ocak 2018) <<https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/4110/2018-10>> Erişim Tarihi 23 Temmuz 2023.

Kişisel Verileri Koruma Kurumu, ‘Kişisel Verilerin İşlenmesine İlişkin Temel İlkeler’ <<https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/4189/Kisisel-Verilerin-Islenmesine-Iliskin-Temel-Ilkeler>> Erişim Tarihi 23 Temmuz 2023.

Kocabaş G, ‘KVKK’da Yer Alan Kurum ve Kavramların TMK ve Kıta Avrupası Hukuk Sistemi Kapsamında Değerlendirilmesi’ iç Leyla Keser Berber & Ali Cem Bilgili (ed), *Güncel Gelişmeler Işığında Kişisel Verilerin Korunması Hukuku: Marmara Hukuk Bilimsel Toplantılar Serisi – I* 17 Nisan 2019 - Haydarpaşa (On İki Levha Yayıncılık 2020) 83-120.

Küzeci E, *Kişisel Verilerin Korunması*, (Turhan Kitabevi 2019).

Oğuz S ‘Kişisel Verilerin Korunması Hukukunun Genel İlkeleri’ (2018) 13(2) Bilgi Ekonomisi ve Yönetimi Dergisi BEYDER 121-138.

Şimşek O, *Anayasa Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması*, (Beta Basım Yayım Dağıtım 2008).

Yosif U ‘Kişisel Verilerin İşlenmesi Şartları ve 6698 Sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanununun Ruhu Olarak Genel İlkeler’ (2021) 4(1) Selçuk Üniversitesi Adalet Meslek Yüksekokulu Dergisi 1-22.

Yücedağ N ‘Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Kapsamında Genel İlkeler’ (2019) 1(1) Kişisel Verileri Koruma Dergisi 47-63.