



HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

Hasan Kalyoncu University
Law Review

Yıl / Year: Temmuz / July 2023 - Cilt / Volume: 13 - Sayı / Issue: 26

Derginin Sahibi / Owner of Review

Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Adına
Hukuk Fakültesi Dekanı
On behalf of Hasan Kalyoncu University, Dean of Law Faculty
Prof. Dr. Enver BOZKURT

Editör / Editor

Dr. Öğr. Üyesi Kemal Haluk ERUYGUR

İletişim Adresi / Contact

Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi,
Havalimanı Yolu
27410 Şahinbey / GAZİANTEP
E-posta: dergihuk@hku.edu.tr
Tel: +90 (342) 211 80 80 - Faks: +90 (342) 211 80 81

Sayfa ve Kapak Tasarımı / Graphic Design of Pages and Cover

Emre KIZMAZ

Yayıncı / Publisher

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

Yayın Yeri | Yılı / Place and Date of Publication

Ankara | Aralık 2024

ISSN

2147-3293

© HASAN KALYONCU ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ Dergisinin (HKÜHFD) her hakkı 5847 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'na göre Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ne aittir. Gerçek ve tüzel kişiler tarafından kısmen dahi olsa çoğaltılamaz, yayımlanamaz. Dergide yayımlanan yazılardan alıntı yapılması ancak kaynak gösterilmesi koşulu ile mümkündür. Yazılarda yer alan görüşler yazarların kişisel görüşleridir.

HKÜHFD, yılda iki sayı olarak yayımlanan hakemli, uluslararası, süreli ve basılı dergidir.

EDİTÖR KURULU / EDITORIAL BOARD

Dr. Öğr. Üyesi Kemal Haluk ERUYGUR
Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Arş. Gör. Cahit Baybars KAYHAN
Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Arş. Gör. Fatih Tuğrul DEMİRKALE
Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi

YAYIN KURULU / EDITORIAL BOARD

Prof. Dr. Ahmet BİLGİN
Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Enver BOZKURT
Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Oğuz Sadık AYDOS
Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Doç. Dr. Hamdi Gökçe ZABUNOĞLU
Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Mehmet KODAKOĞLU
Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi

DANIŞMANLAR KURULU / ADVISORY BOARD

Prof. Dr. Ahmet BİLGİN
Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Ali Cem BUDAK
İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Ali Kemal YILDIZ
Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Asuman TURANBOY
Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Aynur YONGALIK
Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Aziz Can TUNCAY
Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Cem BAYGIN
Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Cemil KAYA
İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Cevdet YAVUZ
İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Enver BOZKURT
Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Esra EKMEKÇİ ÇALICIOĞLU
İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Etem Saba ÖZMEN
Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Faruk ACAR
Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Fatma Nur CENTEL
Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Fethi GEDİKLİ
İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Hasan PULAŞLI
İstanbul Sabahattin Zaim Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Hüseyin HATEMİ
İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Maya Turgut ÖZ
İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Mehmet Çağlar MANAVGAT
İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Murat ALIŞKAN
Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Mustafa Tayfun AKGÜNER
İstanbul Cedik Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Muzaffer ŞEKER
İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Nuri Tankut CENTEL
Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Oruç Hami ŞENER
Ufuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Osman Gökhan ANTALYA
Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Pınar AKAN
Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Selçuk ÖZTEK
Fatih Sultan Mehmet Vakıf Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Sevilay UZUNALLI
Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Sururi AKTAŞ
Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Şahin AKINCI
İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Bahar Ceyda SÜRAL
Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Murat TOPUZ
Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Seçkin NAZLI
İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi

HASAN KALYONCU ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

YAYIN İLKELERİ

1. Dergide yayınlanan yazılarda ileri sürülen görüşler yazarlarını bağlar.
2. Makale yazarına ilişkin açıklama kısmında farklı bir ifade yoksa makalenin araştırma makalesi olduğu kabul edilir.
3. Makaleler e-posta yolu ile dergihukuk@hku.edu.tr adresine gönderilmelidir.
4. Yazılar, en az iki hakem denetiminden geçtikten ve “yayınlanabilir” değerlendirmesinden sonra yayımlanır.
5. Dergiye gönderilen yazıların daha önce başka yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olması gerekir.
6. Yayın Kurulunca ilk değerlendirmesi yapılan yazılar, kör hakemlik denetim sistemine göre az iki hakem denetiminden geçirilir. Hakem raporlarında düzeltme istenmesi durumunda yazar, sadece belirtilen düzeltmeler çerçevesinde değişiklikler yapabilir. Hakemler tarafından önerilen düzeltmeler yazar tarafından yapıldıktan sonra, gerekli görülmesi halinde, tekrar hakem denetimine tâbi tutulabilir. Hakem raporlarından birisinin olumlu, diğerinin olumsuz görüş bildirmesi durumunda, yayın kurulu makaleyi üçüncü bir hakeme gönderir.
7. Dergide çalışmaları yayımlanan yazarlar, yazılarına ilişkin işleme, çoğaltma, yayma, temsil ve umuma iletme ve yayın hakları olmak üzere tüm mali haklarını Hasan Kalyoncu Üniversitesi’ne devretmiş sayılır. Dergide yayımlanan yazılar için telif ücreti ödenmez.
8. Dergide yayınlanan yazılar kaynak gösterilmek şartı ile iktibas edilebilir.
9. Dergide, makaleler dışında; çeviri, kitap incelemesi, mevzuat değerlendirmesi ve notlara da yer verilebilir.
10. Süresi içerisinde hakem incelemesi tamamlanmayan çalışmalar, Yazarı tarafından aksi yönde bir talepte bulunulmadıkça derginin bir sonraki sayısında yayınlanabilir.
11. Yayınlanması için gönderilen yazıların akademik yazım kurallarına uyularak yazılmış olması gerekir.
12. Dergiye yayınlanmak üzere çalışmasını gönderen Yazar yukarıdaki yayım ilkelerini kabul etmiş sayılır.

HASAN KALYONCU ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

YAZIM İLKELERİ

1. Yazılar, aşağıdaki şekil şartlarına uygun olarak kaleme alınmalıdır.
 - Kâğıt boyutu: A4
 - Üst: 2,5 cm; Alt: 2,5 cm; Sol: 2 cm; Sağ: 2 cm
 - Metin: Times New Roman, 12 punto, 1,5 satır aralığı, iki yana yaslı
2. Yazının Türkçe ve altında yabancı dilde başlığı, ortaya hizalı biçimde en üstte kalın, 14 punto, tüm harfleri büyük şekilde yer almalıdır. Yazarın unvanı, adı ve soyadı yabancı dilde konu başlığının altında ve sağ tarafa yaslı biçimde yer almalıdır. Yazarın varsa görev yaptığı kurum ve görevi, e-posta adresi ve orcid numarası ilk sayfada (yıldızlı) dipnot olarak belirtilmelidir.
3. Başlıklar;
 - Bölüm başlıkları, “I, II, III, ...” olarak iki yana yaslı biçimde, kalın, 12 punto, tüm harfler büyük yazılmalıdır.
 - Alt başlıklar, “A, B, C...” olarak iki yana yaslı biçimde, kalın, 12 punto, kelimelerin ilk harfleri büyük yazılmalıdır.

Bundan sonraki başlıklar “1, 2, 3, ...” ve ardından gelenler “a, b, c...” “aa, bb, cc...”, “aaa, bbb, ccc...” olarak iki yana yaslı biçimde, kalın, 12 punto, kelimelerin ilk harfleri büyük yazılmalıdır.

(Örnek:

I. İKİ YANA YASLI BİÇİMDE, KALIN, 12 PUNTO, TÜM HARFLER BÜYÜK

A. İki Yana Yaslı Biçimde, Kalın, 12 Punto, Kelimelerin İlk Harfleri Büyük

1. İki Yana Yaslı Biçimde, Kalın, 12 Punto, Kelimelerin İlk Harfleri Büyük

a. İki Yana Yaslı Biçimde, Kalın, 12 Punto, Kelimelerin İlk Harfleri Büyük

aa. İki Yana Yaslı Biçimde, Kalın, 12 Punto, Kelimelerin İlk Harfleri Büyük

aaa. İki Yana Yaslı Biçimde, Kalın, 12 Punto, Kelimelerin İlk Harfleri Büyük)

4. Dergiye gönderilecek yazıların öz kısmı iki yüz elli (250) kelimayı geçmemeli ve beş kelimeden oluşanahtar kelime içermeli, ayrıca başlık, öz ve anahtar kelimelerin İngilizcesi’ne yer verilmelidir.
5. Makalede ilk atıfta yararlanılan kaynağın tüm detayları belirtilmeli; makalenin devam eden kısımlarında ise dipnotlarda (Yazarın Soyadı, atıf yapılacak sayfa) gibi bir kısaltma ile atıf sürdürülmelidir. Aynı yazarın birden fazla eserine atıf yapılması halinde kısaltmada eseri ayırt etmek amacıyla eserin kaynakçada belirtilen kısaltması kullanılarak (Yazarın Soyadı, kısaltma, atıf yapılacak sayfa) atıf yapılmalıdır. Aynı atıfta birden fazla kaynak olması halinde kaynaklar noktalı virgül ile ayrılmalıdır.

Kitap

Birinci Atıf: Yazarın Soyadı, Adı: Kitap Adı, Baskı Sayısı, Yayınevi, Yer Yıl, Sayfa.

Örnek: Bozkurt, Enver: Hukukun Temel Kavramları, 13. Baskı, Legem Yayıncılık, Ankara 2020, s. 155.

Çoklu yazar durumunda: Yazarın Soyadı, Adı / 2. Yazarın Soyadı, Adı: Kitap Adı, Baskı Sayısı, Yayınevi, Yer Yıl, Sayfa.

Örnek: Bozkurt, Enver / Köktaş, Arif: Avrupa Birliği Hukuku, 7. Baskı, Legem Yayıncılık, Ankara 2020, s. 175.

İkinci Atıf: Yazarın Soyadı, sayfa.

Örnek: Bozkurt/Köktaş, s. 175; Bozkurt, s. 155.

İkinci atıf usulü, diğer kaynaklar bakımından da geçerlidir.

Dört veya daha fazla yazarlı durumlarda: Birinci atıfta ve kaynakçada yukarıdaki usul ile tam künyeye yer verilecek, ikinci ve sonraki atıflarda ilk üç yazarın soyadları eğik çizgi ile birbirinden ayrılarak yazıldıktan sonra “ve diğerleri” denilmek suretiyle atıf yapılacaktır.

Editörlü Kitap

Editörün Soyadı, Adı (Editör): Kitap Adı, Baskı Sayısı, Yayınevi, Yer Yıl, Sayfa.

Örnek: Döner, Ayhan (Editör): Türk Anayasa Hukuku, 1. Baskı, Cilt Yayınevi, Erzincan 2020, s. 152.

Kitap Bölümü

Yazarın Soyadı, Adı: Makalenin Adı, (Editör: Soyadı, Adı: Baskı Sayısı, Yayınevi, Yer Yıl, Sayfa).

Örnek: Uslu, Ferhat: Kamu Denetçiliği Kurumu’nun Etkililiği Üzerine, (Er/Sadık Erol (Editör): Güncel Sosyal Bilimler Araştırmaları, 1. Baskı, Akademisyen Yayınevi, Ankara, Mart 2020, s. 90).

Çeviri Kitap

Yazarın Soyadı, Adı (Çeviren: Çevirenin Soyadı, Adı): Kitap Adı, Baskı Sayısı, Yayınevi, Yer Yıl, Sayfa.

Örnek: Hayek, Friedrich A. (Çeviren: Yayla, Atilla): Hukuk, Yasama ve Özgürlük, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul 1996, s. 102.

Elektronik Kitaplarda aynı atıf usulü uygulanır. Ancak internet adresi belirtildikten sonra son erişim tarihi atfın sonunda parantez içinde belirtilir.

Makale

Yazarın Soyadı, Adı: Makale adı, Dergi adı, Yıl, Cilt, Sayı, İlk ve Son Sayfa Aralığı, Sayfa.

Örnek: Bozkurt, Enver: Uluslararası Hukuk Bakımından Münhasır Ekonomik Bölge Kavramının Ortaya Çıkışı, Uluslararası Hukuk ve Politika, Yıl: 2, Sayı: 5, 2006, ss. 50-74, s. 55.

Elektronik Makale için aynı atıf usulü uygulanır. Ancak internet adresi belirtildikten sonra son erişim tarihi atfın sonunda parantez içinde belirtilir. Eğer makalede sayfa numarası yoksa, dipnotlardan yararlanılarak sayfa numarası verilir.

Konferans Tebliği

Yazarın Soyadı, Adı: Tebliğin Başlığı, Konferans ismi (Editör: Soyadı, Adı), Yer, Tarih, Sayfa Aralığı), Sayfa.

Örnek: Uslu, Ferhat: 21 Ocak 2017 Tarihli Anayasa Değişikliği Bağlamında Cumhurbaşkanının “Seçimlerin Yenilenmesine Karar Verme Yetkisi” Üzerine, 3rd International Multidisciplinary Congress Eurasia (IMCOFE 2017) (Editör:), Universitat Autònoma de Barcelona, The Casa de Convalecència, Barcelona, Spain, 27.04.2017/30.04.2017, ss. 145-146, s. 145.

Tez

Yazarın Soyadı, Adı: Tez Başlığı, Türü, Üniversite ve Enstitü, Yer Yıl, Sayfa

Örnek: Bozkurt, Enver: Yabancılar Hukukunun Şekli Kaynakları, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 1988, s. 85.

HASAN KALYONCU ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

ETİK İLKELER VE YAYIN POLİTİKASI

Yayın etiğinde en iyi uygulamaları esas alan Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (HKÜHFD), Yayın Etiği Komitesi (*Committee on Publication Ethics - COPE*), Açık Erişim Dergileri Dizini (*Directory of Open Access Journals - DOAJ*) ve Açık Erişim Akademik Yayımcılar Birliği (*Open Access Scholarly Publishers Association - OASPA*) tarafından belirlenen şeffaflık ve en iyi uygulamaları çerçevesinde, ancak bu ilkelerle sınırlı olmamak üzere, bilimsel ahlak kurallarına uygun yayım yapmayı hedefler.

Dergi editörünün, yazarların ve hakemlerin, görev ve sorumluluklarının bu çerçevede belirlendiği HKÜHFD’de süreçler COPE’nin ilişkili akış şemaları esas alınarak yönetilir. Ayrıca, özellikle İngilizce yayımlanan bilimsel makaleler için, Avrupa Bilim Editörleri Birliği (*European Association of Science Editors - EASE*) tarafından belirlenen ilkelere uyulması tavsiye edilir.

Yazarlar

- Hukuk alanında ve özgün olması beklenen çalışmaların, atıf yapılan bölümleri hariç olmak üzere, herhangi bir bölümünün daha önce yayımlanmamış olması gerekir.
- Çalışmalarda, birden fazla yazar olması halinde, yazarların tümünün yazarlık ölçütlerine uyması ve her bir yazarın ilgili çalışmaya *kayda değer ölçüde* katkı sunmuş olması beklenir. Her bir yazar tüm çalışmadan sorumludur.
- Çalışmanın hazırlanmasına katkı sunmuş, ancak çalışmada yazar olarak belirtilmeyen kişilerin isimlerine de yer verilmesi gerekir.
- Çalışmada yararlanılan kaynakların tümüne, Yazım Kuralları’nda düzenlenen kurallara uygun ve doğru şekilde atıf yapılmalı ve kaynakçada yer verilmeli, çalışmada yararlanılmayan eserler Kaynakçada listelenmemelidir.
- Editörler Kurulu’nun gerekli gördüğü hallerde, çalışmalara ilişkin ham verilerin teslim edilmesi gerektiğinden, yazarlar, yayımlanan çalışmaya ilişkin verileri 5 yıl süreyle saklamakla yükümlüdür.

Hakemler

- Makaleleri tarafsız ve nesnel esaslara göre değerlendirmesi beklenen hakemlerin, yalnızca uzmanlık alanlarına ilişkin çalışmalarda hakemlik yapması beklenir.
- Hakemlerin gizliliği esastır. Hakemlerin başka kişilerle ilgili çalışmaları tartışması yasaktır. Ancak gerekli görülmesi halinde, editörün kararıyla, hakemin ilgili çalışmaya ilişkin yorumları, aynı çalışmanın diğer hakemleri ile paylaşılabilir.
- Görevi kabul eden hakemin çalışmaya ilişkin değerlendirmesini belirtilen süreler içinde editöre göndermesi, hakemlik görevini verilen süre içerisinde yerine getiremeyeceğine sonradan karar vermesi halinde, en kısa zamanda editörü bilgilendirmesi beklenir.
- Hakemler çıkar çatışması halinde hakemlik görevini reddetmeli, çıkar çatışmasının sonradan fark edilmesi halinde ise editörü bilgilendirmelidir.

Editörlük

HKÜHFD editörlüğü COPE Dergi Editörleri için Etik Davranışlar ve En İyi Uygulamalar Kılavuzu ile COPE Dergi Editörleri için En İyi Uygulamalar Kılavuzu’nda yer alan ilkelerle bağlıdır. Bu çerçevede,

- HKÜHFD’ye gönderilen çalışmalar, yazarların cinsiyetinden, etnik kökeninden, dini inancından ve benzeri şekilde eşitlik ilkesine aykırı herhangi bir unsurdan bağımsız olarak değerlendirilir. Ancak, en yakın sayıdaki eserlerin çeşitliği, önemi, güncelliği vb. gibi sebeplerle ilgili çalışmanın bir sonraki sayıda yayımlanmasına karar verilebilir.

- Dergiye gönderilen çalışmanın, derginin amaç ve kapsamına, kurallarına uyumu, özgünlüğü ve önemi yönünden yayıma uygun görülmeyen çalışmaların hakeme gönderilmeden editörlük tarafından reddedilmesi mümkündür. Ancak bu durumda, ret kararının sebebi açık şekilde yazar ile paylaşılır.
- Editörlüğün, hakemleri bilgi ve uzmanlıklarına uygun çalışmalar için görevlendirmesi esastır. Atanan hakemle, değerlendirme sürecine ilişkin bilgi ve belgelerin paylaşılması editörün sorumluluğundadır.
- Derginin hakemleri için bir liste oluşturan editörlük, hakemlerin performansını da esas alarak bu listeyi güncellemekle yükümlüdür. Editörlüğün, görevini burada ve atıf yapılan metinlerde açıklanan ilke ve esaslara uygun olarak yerine getirmeyen hakemleri, hakemlik listesinden çıkarması beklenir.
- Editörlük, çift taraflı hakemlik sisteminin gerekleri başta olmak üzere menfaat sahiplerinin, paylaşımı zorunlu olan bilgiler hariç olmak üzere, gizli bilgilerinin korunması için azami özeni gösterir.

HASAN KALYONCU ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ
İÇİNDEKİLER

MAKALELER / ARTICLES

Anlaşmalı Boşanma Protokolündeki Beyanların Katılma Alacağına Etkisi

The Effect of the Statements in the Consensual Divorce Protocol on the Regime of Participation

Dr. Öğr. Üyesi **Sinem BOZDAĞ ATAÖĞLU** 263

Vergi Kaçakçılığı Suçları

Tax Evasion Crimes

Prof. Dr. **Enver BOZKURT - Tuğçe ÖZKEÇECİ** 291

Mirasbırakanın Saklı Payı İhlâl Etme Kastı ile Yapmış Olduğu Sağlararası Kazandırmaların
Başlıca Görünüm Şekilleri

Inter Vivos Depositions by the Legator's Intent to Violate the Reserved Portion

Öğr. Gör. **Buket BOZKURT** 323

Türk Ceza Hukuku Bağlamında Israrlı Takip Suçu (TCK md. 123/A)

In the Context of Turkish Criminal Law Crime of Persisted Pursuit a Review on

Av. **Ayşenur CİHAN** 339

MAKALELER

ARTICLES

Anlaşmalı Boşanma Protokolündeki Beyanların Katılma Alacağına Etkisi^(*)

The Effect of the Statements in the Consensual Divorce Protocol on the Regime of Participation

Dr. Öğr. Üyesi **Sinem BOZDAĞ ATAÖĞLU^(**)**

Öz:

Evlilik birliğini sona erdiren hallerden biri de anlaşmalı boşanmadır. Anlaşmalı boşanma, Türk Medeni Kanunu madde 166/3'te düzenlenmiştir. Anlaşmalı boşanmanın söz konusu olabilmesinin ve eşler tarafından hazırlanan anlaşmalı boşanma protokolünün hâkim tarafından onaylanmasının şartlarından biri de eşlerin boşanmanın mali sonuçları ile çocukların durumu konusunda anlaşmış olmalarıdır. Bu çalışmada öncelikle anlaşmalı boşanma kavramı ve anlaşmalı boşanmanın şartları incelenmiştir. Daha sonra eşler arasında yapılan anlaşmalı boşanma protokolündeki beyanların mal rejiminin tasfiyesine ve katılma alacağına etkisi konusu incelenmiştir. Bu kapsamda eşlerin hazırladıkları protokolda yer alan mal rejiminin tasfiyesine yönelik beyanların "boşanmanın mali sonuçları" kapsamına girip girmeyeceği konusu da incelenmiştir. Ayrıca mal rejiminin tasfiyesi ve katılma alacağının belirlenmesi konusunda tarafların yaptıkları anlaşmaların boşanma sonrasında dava konusu edilip edilemeyeceği Yargıtay kararları da incelenerek anlatılmaya çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler:

Mal Rejiminin Tasfiyesi, Anlaşmalı Boşanma, Anlaşmalı Boşanmanın Şartları ve Sonuçları.

Abstract:

One of the situations that end the conjugal community is consensual divorce. The consensual divorce is issued under Article 166/3 of the Turkish Civil Code. In order for an consensual divorce to be possible, one of the conditions for the approval of the consensual divorce protocol prepared by the spouses by the judge is that the spouses have agreed on the financial consequences of the divorce and the status of the children. In this study, firstly the concept of consensual divorce and the conditions of consensual divorce are examined. Then, the effect of the statements in the consensual divorce protocol made between the spouses on the liquidation of the property regime and the contribution receivable is examined. In this context, the issue of whether the statements regarding the liquidation of the property regime in the protocol prepared by the spouses will fall within the scope of "financial consequences of divorce" has also been examined. Additionally, whether the agreements made by the parties regarding the liquidation

^(*) Makale Hakem denetiminden geçmiştir.

Makalenin Editörlüğe Gönderildiği Tarih: 31.05.2024, Makalenin Kabul Tarihi: 02.08.2024.

^(**) Yozgat Bozok Üniversitesi, Yerköy Meslek Yüksekokulu, Yozgat - Türkiye,
E-posta: sinem.ataoglu@bozok.edu.tr,
Orcid No: <https://orcid.org/0000-0002-4782-343X>.

of the property regime and the determination of the contribution receivable will be subject to litigation after the divorce is tried to be explained by analysing the decisions of the Court of Cassation.

Keywords:

Liquidation of the Property Regime, Consensual Divorce, Conditions and Consequences of Consensual Divorce.

GİRİŞ

Önceki Medeni Kanun, eşlerin karşılıklı anlaşmak suretiyle boşanması görüşünü benimsememiş ve boşanma sebepleri arasında “anlaşmalı boşanma” olarak adlandırılabilir bir boşanma sebebine yer vermemiştir. Ancak, 134’üncü maddesinde 1988 yılında 3444 sayılı Kanunla yapılan bir değişiklikle¹, boşanma sebepleri arasına eşlerin boşanma konusunda anlaşmaları sebebi de eklenmiş oldu. 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’nu da bu değişikliği benimseyerek anlaşmalı boşanmayı genel boşanma sebeplerinden biri olarak düzenlemiştir (TMK m. 166/3). Anlaşmalı boşanma aynı zamanda 4721 sayılı Türk Medeni Kanun’un düzenlediği mutlak boşanma sebeplerindendir².

Buna göre TMK m. 166/3 gereği evlilik en az bir yıl sürmüştü, eşlerin birlikte başvurması ya da bir eşin diğerinin davasını kabul etmesi halinde evlilik birliği temelinden sarsılmış sayılır. Bu durumda boşanma kararı verilebilmesi, hâkimin bizzat tarafları dinleyerek iradelerin serbestçe açıklandığına kanaat getirmesi ve boşanmanın mali sonuçları ile çocukların durumu hususunda taraflarca kabul edilecek düzenlemeyi uygun bulması şartına bağlıdır³. Hâkim gerekli gördüğü takdirde, eşlerin ve çocukların da menfaatlerini dikkate alarak bu anlaşmada gerekli gördüğü değişiklikleri yapabilir. Ancak boşanmaya hükmedilebilmesi için hâkim tarafından yapılan değişikliklerin eşler tarafından kabul edilmesi gerekir.

¹ Ayrıntılı bilgi için bkz., Genel Gerekçe, 1. Paragraf (Türkiye Büyük Millet Meclisi Tutanak Dergisi, Dönem 18, Yasama Yılı 1, S. 25, s. 1).

² **Akintürk**, Turgut / **Ateş**, Derya, Türk Medeni Hukuku- Aile Hukuku, 2. Cilt, 20. Baskı, Beta Yayınevi, Ankara 2017, s. 269; **Gençcan**, Ömer Uğur, Boşanma Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2006, s. 355; **Kılıçoğlu**, Ahmet, Aile Hukuku, 3. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2017, s. 112; **Şanlı-Yalın**, Şeyda, Türk Hukukunda Anlaşmalı Boşanma, İstanbul Aydın Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2017, s. 19; **Zeytin**, Zafer / **Ergün**, Ömer, Türk Medeni Hukuku, 3. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2017, s. 196; **Ceylan**, Ebru, İsviçre, Fransa, Belçika, İspanya ve İtalya Hukukundaki Boşanma Sebeplerinin Türk Hukukuyla Mukayesesi ve Değerlendirilmesi, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Yıl. 6, Sayı. 12, Aralık 2018, s. 323.

³ Yargıtay 2. HD. T. 14.11.2017, E. 2016/7265, K. 2017/12675, Yargıtay 2. HD. T. 08.11.2017, E. 2016/6924, K. 2017/12362 (www.kazancı.com.tr, Erişim Tarihi: 20.04.2021).

Anlaşmalı boşanma ile eşler, aralarındaki gerek maddi gerekse manevi bütün ilişkileri sonlandırmayı amaçlamaktadırlar. Bu nedenle, evliliğin son bulması ile gündeme gelecek olan mal rejiminin tasfiyesi sonucunda tarafların talep edebileceği katılma alacağı ile ilgili düzenlemelere de hazırlanan anlaşmalı boşanma protokolünde sıkça yer verilmektedir. Bu durumda protokolde katılma alacağına etki eden düzenlemeleri kabul eden tarafın daha sonra bu konuda talepte bulunup bulunamayacağı konusu Yargıtay tarafından verilen kararlarda istikrar kazanamamıştır. Yargıtay 8. Hukuk Dairesi vermiş olduğu kararlarda somut olay adaletini sağlayabilmek adına farklı kararlara imza atmıştır. Bu durum somut olay adaletinin sağlanması açısından şüphesiz gereklidir ancak özellikle toplumun geniş bir kesimini ilgilendiren anlaşmalı boşanma gibi önemli bir konuda Yargıtay'ın istikrarlı bir duruş sergilemesi de beklenmektedir.

Çalışmamızda konunun daha iyi anlaşılabilmesi için önce anlaşmalı boşanmanın konusunda genel bilgiler verilecek daha sonra da Yargıtay'ın, anlaşmalı boşanma protokolündeki beyanların katılma alacağına etkisi konusunda vermiş olduğu kararlar incelenecektir.

I. ANLAŞMALI BOŞANMA HAKKINDA GENEL BİLGİLER

Türk Medeni Kanunu m. 166/3 hükmünde; *“Evlilik en az bir yıl sürmüş ise, eşlerin birlikte başvurması ya da bir eşin diğerinin davasını kabul etmesi halinde, evlilik birliği temelinden sarsılmış sayılır”*. Bu halde boşanma kararı verilebilmesi için, hâkimin tarafları bizzat dinleyerek iradelerin serbestçe açıklandığına kanaat getirmesi ve boşanmanın mali sonuçları ile çocukların durumu hususunda taraflarca kabul edilecek düzenlemeyi uygun bulması şarttır. Hâkim, tarafların ve çocukların menfaatlerini göz önünde tutarak bu anlaşmada gerekli gördüğü değişiklikleri yapabilir. Bu değişikliklerin taraflarca da kabulü halinde boşanmaya hükmolunur. Bu halde tarafların ikrarlarının hâkimi bağlamayacağı hükmü uygulanmaz.” şeklinde bir düzenlemeye yer verilmiş ve anlaşmalı boşanma genel ve mutlak bir boşanma sebebi olarak kanunda yerini bulmuştur⁴.

⁴ Dural, Mustafa / Ögüz, Tufan / Gümüş, Mustafa Alper, Türk Özel Hukuku- Aile Hukuku, Cilt III, 17. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2022, s. 120; Erdem, Mehmet, Aile Hukuku, Güncellenmiş 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, İstanbul 2019, s. 134; Akıntürk / Ateş, s. 281; Öztan, Bilge, Aile Hukuku, 5. Baskı, Turhan Kitabevi, s. 692; Ceylan, s. 324. Kanun koyucu eşlerin anlaşmasına dayalı boşanma sebebinde; *“Bu halde tarafların ikrarlarının hâkimi bağlamayacağı hükmü uygulanmaz”* demek suretiyle boşanma davalarında uygulanmakta olan TMK m. 184, b. 3'te açıkça ifade edilmiş olan *“tarafların ikrarlarının hâkimi bağlamayacağı”* ilkesine bir istisna getirilmiştir. Bu istisna hükmü doktrinde eleştirilmektedir. Tekinay'a göre; *“Eğer karşılıklı rıza (eşlerin anlaşması), temelden sarsılmanın sadece bir karinesi ise, bu karineyi meydana getiren ikrarların hâkimi*

Uygulamada anlaşmalı boşanma olarak isimlendirilen bu düzenlemede kısmen irade ilkesi ve kısmen de evlilik birliğinin sarsılması ilkelerine yer verildiği görülmektedir⁵. Ancak her ne kadar irade ilkesine yer verilmiş olsa da boşanmanın söz konusu olabilmesi için yine hâkim kararı gereklidir.

Anlaşmalı boşanmada özel bazı olguların ileri sürülmesi ve bu olguların ispat edilmesi gerekmemektedir. Anlaşmalı boşanma her iki eşin de uzlaştığı genel bir boşanma sebebi olarak kabul edilmektedir⁶.

Türk Medeni Kanunu m. 166 hükmünde genel boşanma sebebi olan evlilik birliğinin sarsılması başlığı altında anlaşmalı boşanma ile ilgili hükümler düzenlenmiştir. Kanun koyucu tarafların boşanma konusundaki iradelerinin uyuşması ile evlilik birliğinin temelinden sarsılması ilkesinin unsurlarının gerçekleştiğini söylemek istemektedir. Kanun koyucu tarafların irade ilkesine göre, boşanma yönündeki iradelerini belirli koşulların gerçekleşmiş olması durumunda evlilik birliğinin sarsılması ilkesi ile destekliyorum düşüncesindedir.

Kanun koyucu bu desteği her evliliğe vermemektedir. Eşlerin ortak iradelerinin boşanma konusunda birleşmesi evliliğin en az bir yıl sürmüş olması şartıyla evlilik birliğinin temelinden sarsıldığına ve bunun neticesinde ortak yaşamı devam ettirmenin beklenemez hale geldiğine ilişkin bir karine oluşturur⁷. Doktrinde evliliğin en az bir yıl sürmüş olması şartını aramak yerine kaynak kanunumuz İsviçre Medeni Kanunundaki uygulamaya benzer şekilde eşlerin hem birlikte hem de ayrı ayrı dinlenmeleri suretiyle birden fazla kez dinlenmeleri sağlanarak aldıkları kararın sağlıklı ve güçlü bir irade ile oluştuğunun tespiti daha yerinde bir uygulama olacaktır⁸.

bağlamaması ve aksinin ispatına imkân verilmesi gerekirdi. Kaldı ki bir taraftan karşılıklı rıza ile boşanmak isteyen tarafları hâkimin bizzat dinlemesi ve onların, iradelerini serbestçe açıklayıp açıklamadıklarını araştırması şart kılınırken, diğer taraftan hâkimi bağlayıcı anlamına gelen bir kanun hükmü getirmek, kanımızca açık bir çelişkidir” Bkz. **Tekinay**, Selahattin Sulhi, Türk Aile Hukuku, 7. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 1990, s. 195.

⁵ TMK boşanma konusunda genellikle, evlilik birliğinin temelinden sarsılması ilkesini kural olarak kabul etmekle beraber, kusur, irade ve elverişsizlik ilkelerine de yer vermiştir. TMK müşterek hayatın kurulamaması konusunda, evliliğin temelden sarsılma ilkesini ve belirli şartlarda irade ilkesini kabul etmiştir. Yine zina, cana kast, terk, pek fena muamele gibi düzenlemelerde kusur ilkesini kabul etmiştir.

⁶ **Hatemi**, Hüseyin / **Kalkan-Oğuztürk**, Burcu, Aile Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2016, s. 121.

⁷ **Yıldırım**, Necdet, Uygulamada Boşanma Davaları ve Boşanma Davalarının Sonuçları, Pratik Uygulama Kitabı, Kartal Yayınları, Ankara 2008, s. 45.

⁸ **Özdemir**, Saibe Oktay, Türk Hukukunda Boşanma Sisteminde Revizyon İhtiyacı, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, C. 35, S. 1, s. 38.

Türk Medeni Kanunu m. 166/3 hükmünde anlaşmalı boşanma için kanun koyucunun gerçekleşmesini istediği koşullar ise: evlilik süresi, başvurma, tarafların dinlenmesi, boşanmanın sonuçlarının düzenlenmesi, düzenlemenin uygun bulunmasıdır. Tüm bu koşulların eksiksiz olarak gerçekleşmesi durumunda ise hâkimin boşanmaya hükmetmesi zorunlu olacaktır⁹. Şimdi bu koşulları sırasıyla açıklayalım.

Türk Medeni Kanunu anlaşmalı boşanma davası açılabilmesi için evliliğin en az bir yıl sürmüş olması koşulunu aramaktadır¹⁰. Bir yıllık sürenin hesap edilmesinde evlilik birliğinin başlangıcı esas alınmalıdır. TMK m. 142'ye göre evlenme tarafların olumlu ve sözlü cevaplarını bildirmeleri ile tamamlanmış olacağından bir yıllık süre de bu andan itibaren başlamış olur¹¹. Bir yıllık asgari evlilik süresi anlaşmalı boşanma davasının görülebilmesi için dava şartıdır¹². Aile mahkemesi hâkimi bu süre şartının varlığını re'sen dikkate alacaktır.

Eşlerin bir yıllık süre boyunca fiilen birlikte olmaları gerekli değildir¹³. Bir yıllık süre boyunca ortak yaşamın sürmüş olmasının veya olmamasının anlaşmalı boşanma davasına bir etkisi yoktur¹⁴. Kanun koyucu bu düzenleme ile

⁹ **Aras**, Bahattin, "Anlaşmalı Boşanma Davalarında Tarafların Tazminat ve Nafaka Taleplerinin Karara Bağlanması", Terazi Hukuk Dergisi, C. 5, S. 47, Y. 5, Temmuz 2010, s. 73; **Gençcan**, s. 685; **Ceylan**, s. 324. **Öztan**, s. 695, **Özdemir**, s. 156, **Seçer**, Öz, "Anlaşmalı Boşanmada Eşlerin Yaptıkları Anlaşma", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 7, S. 2, 2016, s. 265; **Elçin-Grassinger**, Gülçin, "Boşanma Davasında Eşlerin Boşanmanın Tali Sonuçlarına İlişkin Konularda Anlaşma Yapmaları ve Konu ile İlgili İsviçre Federal Mahkemesi Kararları", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası Prof. Dr. Türkan Rado'ya Armağan Sayısı 1997, C. IV, S. 3, s. 235 vd.

¹⁰ **Hatemi / Kalkan-Oğuztürk**, s. 121-122; **Yargıç**, Zeynep, Türk Hukukunda Anlaşmalı Boşanma Davası ve Hukuki Sonuçları, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2021, s. 28.

¹¹ **Seçer**, s. 261, **Yetik**, Nurten, Anlaşmalı Boşanma ve Mal Rejimleri, 3. Baskı, Bilge Yayınevi, Ankara 2008, s. 173; **Özdemir**, Nevzat, Türk İsviçre Hukukunda Anlaşmalı Boşanma, Beta Yayınevi, İstanbul 2003, s. 124; **Yargıç**, s. 26.

¹² **Özdemir**, s. 124; **Oğuzman**, M. Kemal / **Dural**, Mustafa, Aile Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 2001, s. 128; **Yargıç**, s. 27; **Helvacı**, Serap, "İsviçre ve Türk Hukuklarında Boşanma Sebepleri", Prof. Dr. Ömer TEOMAN'a 55. Yaş Günü Armağanı, C. 2, İstanbul 2002, s. 1166; **Tutumlu**, Mehmet A., Boşanma Yargılaması Hukuku, C. 2, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2005, s. 1037; **Palamut**, Mehmet E., Medeni Hukuk, Alfa Yayınları, 1. Baskı, İstanbul 2004, s. 123; **Şimşek**, Mustafa, Aile Mahkemelerinin Görevine Giren Davalar ve Yargılama Usulü, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2007, s. 23; **Sağiroğlu**, Mehmet Şerif, Neden Boşandılar, Talent Yayınları, İstanbul 2009, s. 46. Yargıtay 2. HD. T. 07.11.2016, E. 2015/21026, K. 2016/14437, Yargıtay 2. HD. T. 03.04.2008, E. 2008/70001, K. 2008/4662 "... Dosyadaki nüfus kaydından tarafların 15.10.2004 tarihinde evlendikleri ve davanın açıldığı tarihte henüz bir yıllık sürenin dolmadığı anlaşılmıştır. Mahkemece, tarafların gösterdikleri delillerin toplanarak, M.K.'nın 166/3 Maddesinde öngörülen bir yıllık süre şartı gerçekleşmeden tarafların kabulüne dayanarak boşanmaya karar verilmesi usul ve kanuna aykırıdır." (www.uyap.gov.tr, Erişim Tarihi: 15.05.2023).

¹³ **Öztan**, Bilge, s. 416, **Özdemir**, s. 122, **Gençcan**, s. 587; **Yargıç**, s. 27.

¹⁴ Asgari süre olan bir yıl içerisinde ortak yaşamın devam etmesi zorunluluğu olmadığı için bu hükmün amaca hizmet etmediği yönündeki görüşler için bkz. **Özdemir**, s. 122-123.

boşanma kararının acele verilmesini önlemek istediği gibi eşlerin birbirlerini iyice tanımadan boşanmaya kalkışmalarının da önüne geçmek istemiştir¹⁵.

Türk Medeni Kanunu m. 166/3 hükmünde anlaşmalı boşanma yapılabilmesi için iki seçenek düzenlenmiştir. Bunlardan bir tanesi eşlerin birlikte başvurması diğeri ise eşlerden birinin TMK m. 166/1 hükmüne göre eşlerden birinin açmış olduğu davayı diğer eşin kabul etmesidir. Bu iki durumdan birinin gerçekleşmesi ve diğer şartlarında var olması halinde hâkim, evlilik birliğinin temelinden sarsılıp sarsılmadığını araştırmayacaktır.

Yargıtay’a göre eşler arasında farklı bir sebepten ötürü boşanma davası açılmış ve boşanma kararı verilmiş olsa bile, söz konusu boşanma kararı kesinleşinceye kadar eşler anlaşmalı boşanmaya karar verebileceklerdir¹⁶.

TMK m. 166/3 hükmünde eşlerin birlikte başvurabileceği belirtildiği halde bu davada davacı ve davalının hangi taraf olacağı belirsizdir. Eşler boşanma davasını beraberce açabileceklerine göre acaba dava dilekçesinde her ikisi de hem davacı hem davalı olarak mı gösterileceklerdir? Yoksa bu boşanma sebebiyle boşanma, her iki eşin ortaklaşa bir dilekçe vermeleri biçiminde bir çekişmesiz yargı türünü mü oluşturacaktır? Tabiatıyla “anlaşmalı” olsa bile, boşanma davasını çekişmesiz yargı türüne sokmak mümkün değildir¹⁷; davanın mutlaka bir davalısı olacaktır¹⁸. Yargıtay, eşlerin anlaşmasına dayalı boşanma davalarında bir bakıma iki davacı ve iki davalı olduğu görüşündedir. O halde mahkeme kararında eşlerin “davacı-davalı” biçiminde gösterilmeleri uygun olacaktır. Yargıtay eşlerin birlikte kaleme alacağı dilekçe ile de anlaşmalı boşanma davası açabileceklerini kabul etmişlerdir.

Anlaşmalı boşanmanın gerçekleşebilmesi için gereken bir diğer şart da hâkimin eşleri bizzat dinlemesidir. Aile mahkemesi hâkiminin eşlerin iradelelerini serbestçe açıklandığına kanaat getirebilmesi için hem davacıyı hem de davalıyı bizzat dinlemesi gerekmektedir. Taraflardan biri vesayet altında ise TMK m. 166/1 hükmüne göre inceleme yapılarak tarafların iddia ve savunmaları çerçevesinde deliller toplanıp yapılacak inceleme sonucunda karar verilmelidir.

¹⁵ Akıntürk / Ateş, s. 270; Kılıçoğlu, s. 112, Yetik, s. 173.

¹⁶ Yargıtay 2. HD., T. 03.11. 2015, E. 2015/5653, K. 2015/19986 (www.uyap.gov.tr, Erişim Tarihi: 21.03.2024).

¹⁷ Öztan ve Özdemir’e göre ise anlaşmalı boşanma çekişmesiz dava niteliğindedir. Öztan, s. 464, Özdemir, s. 129.

¹⁸ Akıntürk / Ateş, s. 270.

Dava vekil ile takip ediliyorsa, davacı vekili ve davalı vekilinin davacı ve davalının huzurunda dinlenmesi anlamına gelmez. TMK m. 166/3 hükmünde hâkimin tarafların konuşmaları esnasında serbest iradelerinin denetlenmesini amaçladığından, tarafların bizzat kendilerinin dinlenmesi gerekmektedir¹⁹.

Tarafların bizzat dinlenmesi kamu düzenine ilişkindir. Açılan davada başkaca bir boşanma sebebine de dayanılmamışsa açılan dava koşullarının gerçekleşmediği kendiliğinden gözetilir. Vekilin vekaletnamesinde yetkisi olsa bile vekilin beyanı ile boşanma kararı verilemez²⁰. Eşler birlikte aynı hâkim tarafından dinlenmelidir. Talimatla dinlenerek anlaşmalı boşanma gerçekleştirilemez. Bu hüküm yanlış anlaşılmalıdır. Anlaşmalı boşanma davasının, bizzat eşler tarafından açılması gerekmez. Dava, eşler tarafından bizzat açılmayıp, vekilleri tarafından açılabilir²¹. TMK m. 166/3 hükmü, davanın bizzat eşler tarafından açılmasını değil, hâkim tarafından eşlerin dinlenilmesinden söz etmektedir²².

Eşlerin aynı celsede veya farklı celselerde dinlenmesi mümkündür²³. İşviçre Hukuku'nda, Türk Hukuku'ndan farklı olarak, hâkim boşanmak isteyen eşleri önce ayrı ayrı sonra birlikte dinlemektedir²⁴. Kanaatimizce boşanma konusundan en doğru sonuca ulaşılabilmesi için Türk hukukunda da hâkim eşleri önce ayrı ayrı daha sonra birlikte dinlemelidir. Böylece eşler verdikleri kararı hem daha sakin hem de daha kapsamlı düşünerek vermiş olacaktırlar.

Eşler arasında kabul edilen anlaşma protokolü, boşanmanın yan sonuçlarına ilişkin taraflarca hazırlanan ve hâkimin özel onay şartına bağlı özel hukuk sözleşmeleridir²⁵. Bu nedenle aile mahkemesi hakiminin TMK m. 166/3 hük-

¹⁹ Akıntürk / Ateş, s. 271, Kılıçoğlu, s. 114, Gençcan, s. 360, Özdemir, s. 147, Öztan, s. 416; Yargıç, s. 29. Yargıtay 2. HD., T. 27.03.2019, E. 2012/23500, K. 2012/27564 sayılı kararda Yargıtay davacının tehdit ve baskı altında alınan irade beyanının boşanma iradesini yansıtmayacağını kabul etmiş ve sakatlanan bir irade açıklamasının TMK m. 166/3 gereği boşanma kararı doğurmayacağını vurgulamıştır. (www.uyap.gov.tr, Erişim Tarihi: 21.03.2024).

²⁰ Tekin, Helin Neval, Anlaşmalı Boşanma, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019, s. 93; Yetik, s. 126.

²¹ Seçer, s. 261.

²² Kılıçoğlu, s. 114.

²³ Yılmaz-Bilgin, Esra Pınar, Türk Hukukunda Anlaşmalı Boşanma, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016, s. 61; Seçer, s. 263.

²⁴ Seçer, s. 263.

²⁵ Yılmaz-Bilgin, s. 72, Seçer, s. 265, Yargıtay 2. HD., T., E. 2016/228, K. 2017/14728 "Her sözleşme, ifa edilmek amacıyla akdedilmektedir. Ahde vefa ilkesi uyarınca sözleşme kurulduktan sonra meydana gelen hal ve şartlar, tarafların sözleşme ile üstlendikleri ifaları etkilememelidir. Ancak bu ilkenin istisnasız uygulanması mümkün olmamaktadır. Ahde vefa ilkesinin istisnalarından birini işlem temelinin çökmesi oluşturmaktadır (TBK m. 138). Sözleşme kurulduktan sonra gerçekleşen değişiklikler sözleşmenin bir tarafı için katlanılmaz durumda ise mağdur taraf sözleşmenin uyar-

müne göre taraflarca sunulan anlaşma protokolünü uygun bulması şarttır²⁶. Burada aranan hâkimin protokolü uygun bulması şartı kanuni bir şarttır ve bu şart gerçekleşmeden sözleşme kurulmuş olsa da hüküm ve sonuçlarını doğurmaya başlamaz²⁷.

Eşler arasında hazırlanan protokolün, eşlerden biri tarafından tek taraflı dönme beyanı ile sona erdirilmesi Türk Borçlar Kanunu (TBK) hükümleri uyarınca mümkün değildir. Zira TBK’da, özel hükümlerle getirilen düzenlemeler hariç tutulursa, genel hükümler kapsamında tek taraflı sözleşmeden dönmeye olanak tanıyan bir hüküm bulunmamaktadır. Bununla birlikte, Yargıtay, anlaşmalı boşanma kararı kesinleşinceye kadar eşlerden birinin tek taraflı olarak anlaşmalı boşanmaya ilişkin irade beyanlarından tek taraflı olarak dönebileceği görüşünü benimsemiştir²⁸.

Taraflar bu açıklamalarını yazılı bir metin biçiminde sunabilecekleri gibi sözlü olarak da açıklayabilirler. Ancak sözlü anlaşma bir tutanağa geçirilerek her iki eş tarafından da imzalanmalıdır²⁹. Kanaatimizce de kanunda yapılacak

lanmasını, feshi ya da sözleşmeden dönmeyi talep edebilecektir. İmkânsızlık kavramından farklı olan aşırı ifa güçlüğüne dayanan uyarılama isteminin temeli, Türk Medeni Kanunu’nun 2. maddesinde öngörülen dürüstlük kurallarıdır. İşlem temelinin çökmesi kavramı altında değerlendirilen aşırı ifa güçlüğü, sözleşmenin yapılmasına temel oluşturan olguların, sözleşmenin kurulması sırasında tarafların öngöremeyecekleri, hesaba katmalarının beklenemeyeceği olağanüstü durumların ortaya çıkmasıyla esaslı şekilde değişmesini, sözleşmede edimler arasında kurulan dengenin alt üst olmasını, borçlu için sözleşme koşullarında borcun ifasının dürüstlük kuralına aykırı düşecek ölçüde ağırlaşmasını ifade etmektedir.” (www.uyap.gov.tr, Erişim Tarihi: 15.05.2023).

²⁶ Özdemir, s. 151.

²⁷ Nomer, Haluk: Anlaşmalı Boşanma Protokolünden Dönülebilir mi? (Can a Divorce Settlement Agreement Be Rescinded?), Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XVIII, 2021/2, s. 584.

²⁸ Yargıtay 2. HD. T. 14.11.2016, E. 2016/22312, K. 2016/14718, Yargıtay 2. HD. T. 05.02.2018, E. 2018/593, K. 2018/1397, Yargıtay 2. HD. T. 23.01.2018, E. 2016/10163, K. 2018/1051, Yargıtay 2. HD. T. 03.03.2015, E. 2014/10998, K. 2015/3147, Yargıtay 2. HD., T. 26.02.2018, E. 2018/854, K. 2018/2445 “Anlaşmalı boşanma yönünde oluşan karar kesinleşinceye kadar eşlerin bu yöndeki, diğer bir ifadeyle gerek boşanmanın mali sonuçları gerekse çocukların durumu hususunda kabul edilen düzenlemeleri kapsayan irade beyanından dönmesine engelleyici yasal bir hüküm bulunmamaktadır. Anlaşmanın bozulması ile anlaşmalı boşanma hükmü bütünüyle geçersiz hale gelir (HUMK m. 439/2). Bu halde anlaşmalı boşanma davasının “çekişmeli boşanma”(TMK m. 166/1-2) olarak görülmesi gerekir.” (www.uyap.gov.tr, Erişim Tarihi: 15.05.2023). Aksi yönde görüş için bkz. Nomer, s. 588. Nomer’e göre, “... taraflardan her birinin boşanma kararı kesinleşinceye kadar yapmış oldukları anlaşmadan tek başlarına serbestçe dönebileceklerinin kabulü, hukuk sisteminin temel kurumlarından olan “sözleşme” kurumu ve hukukumuzda geçerli olan “ahde vefa (pacta sunt servanda) ilkesi” ile bağdaşmaz. İster borçlar hukukunda ister aile hukukunda olsun yapılan anlaşmalar taraflar için bağlayıcıdır. Sözleşmelerin kurucu unsurları icap ve kabuldür. Kurucu unsurlar gerçekleştiği anda, sözleşme taraflar için artık bağlayıcıdır, meğerki bir irade sakatlığı bulunsun”

²⁹ Öztan, s. 694; Gençcan, s. 602; Seçer, s. 265. Kanunda düzenleme kelimesinin kullanılmış olmasının Kanun koyucunun yazılı şekli tercih ettiği yönünde kanaat uyandırdığı bu nedenle de anlaşmanın yazılı yapılması gerektiği yönünde bkz. Özdemir, s. 170; Yılmaz / Bilgin, s. 76.

bir değişiklik ile anlaşma metninin eşler tarafından yazılı yapılması şartı kanuni geçerlilik şartı olarak düzenlenmelidir. Böylece eşlerin daha kapsamlı ve dikkatli düşünmeleri sağlanacaktır.

Hakiminin boşanma kararı verilebilmesi için davalı ve davacıyı boşanmanın mali sonuçları olan; maddi tazminat, manevi tazminat ve yoksulluk nafakası konularında taraflarca kabul edilecek düzenlemeyi uygun bulması şarttır³⁰. Eşler bu konularda açık ve net bir anlaşma sağlamış olmalıdır; yapılan anlaşma koşula bağlanmış olmamalıdır³¹. Örneğin “nafaka istemiyorum” biçiminde alınan veya boşanmanın mali sonuçlarına ilişkin düzenlemeye yazılıp imzalanan bir beyanı ele alalım. “Nafaka istemiyorum” beyanı ile kastedilen nedir? Tedbir nafakası mı istenmiyor, yoksulluk nafakası mı istenmiyor belli değildir. O halde tarafların beyanı alınırken nafaka ve tazminat konusunda nafaka ve tazminatların ayrı ayrı adları yazılmak suretiyle beyanları açık ve net bir şekilde alınmalıdır.

Doktrinde savunulan bir görüşe göre; eşler arasında hazırlanan protokolde mali konuların kararlaştırılmadığı durumlarda eşlerin bu taleplerinden vazgeçtikleri ve bu konularda anlaşmış oldukları kabul edilmelidir³². Aksi yönde bir görüşe göre ise, mali konulara ilişkin düzenleme, dava şartıdır ve bu nedenle hâkimin dava şartının mevcut olmadığı durumda boşanmaya karar vermemesi gerekir. Boşanmaya karar verilmesi durumunda ise, verilen karar kesinleşmiş olsa dahi eşler maddi tazminat ve yoksulluk nafakası talep edebileceklerdir³³.

Yargıtay’da konu ile ilgili vermiş olduğu kararlara göre; eşler maddi ve manevi tazminat haklarını saklı tutarak da anlaşmalı boşanabilirler³⁴. Ancak kanaatimizce böyle bir uygulamanın kabul edilmesi kanunun ruhuna ve sistematığına aykırı sonuçlar doğurur. Eşler kanundaki emredici düzenlemeye rağmen bir an önce boşanmak uğruna boşanmanın mali sonuçları hakkındaki anlaşmayı boşanma sonrasına bırakabilirler. Boşanma sonrası bu konularda anlaşma sağlanmadığı durumlarda da açacakları dava ile yargının yükünü daha da ağırlaştırırlar.

Son olarak, hakiminin boşanma kararı verebilmesi için davacı ve davalıyı çocukların durumu; iştirak nafakası, kişisel ilişki, velayet hususunda taraflarca kabul edilecek düzenlemeyi uygun bulması şarttır.

³⁰ Özdemir, s. 155, Seçer, s. 263; Güneşlioğlu, Filiz, Boşanma ve Boşanmanın Hukuki Sonuçları, Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2009, s. 67.

³¹ Akıntürk / Ateş, s. 271.

³² Özdemir, s. 196.

³³ Öztan, s. 419; Seçer, s. 269.

³⁴ Gençcan, s. 706.

Ergin olmayan çocukların velayetinin kime verileceği ve velayetin verilmediği tarafın çocukla kişisel ilişkisinin ne biçimde olacağı konusunda tarafların beyanları mutlaka alınmalıdır³⁵. Çocukların velayetinin kime verileceği konusunda, anne ve babanın menfaatinden ziyade çocukların menfaati ön planda tutulur. Bu nedenle, hâkim, eşlerin velayetin hangisine verileceği konusunda yaptıkları anlaşmayı çocuğun yararına görmeyebilir. Bu durumda, eşlerin anlaşmasında değişiklik yapılmasını isteyebilir. Bu durumda eşlerin bu değişikliği kabul etmeleri şartıyla boşanmaya karar verilebilir³⁶.

Hâkim, tarafların ve çocukların menfaatlerini dikkate alarak taraflarca sunulan düzenlemede gerekli gördüğü değişiklikleri yapabilir³⁷. Mahkeme tarafların beyanlarının kabul edilmeme sebeplerini açıklayıp onlara bir öneri götürmeden davayı reddedemez. Mahkeme kendini tarafların yerine koyarak değişikliği kendiliğinden gerçekleştiremez. Hâkim, eğer taraflarca kendisine sunulmuş olan anlaşmayı uygun bulmadığını belirtmemiş ve uygun gördüğü değişiklikleri tarafların bilgisine sunmamışsa, anlaşmayı uygun görmüş sayılır ve bu anlaşma şartlarına göre karar vermek zorundadır; anlaşmaya uygun düşmeyen bir karar veremez³⁸. Hâkim taraflar arasında yapılan düzenlemede

³⁵ Yargıtay 2. HD. T. 20.06.2016, E. 2016/13809, K. 2016/11850; “Taraflar arasında görülen anlaşmalı boşanma davasında, velayeti anlaşma uyarınca anneye bırakılmış ortak çocuk ile baba arasında kurulacak kişisel ilişki konusunda da bir düzenleme yapılmamış ancak duruşmada mahkeme tarafından kurulacak şahsi ilişkinin kabul edileceği bildirilmiş olup, ancak hâkimin takdirine bırakılmıştır. Bu durumda mahkemece yapılacak iş, kişisel ilişki konusunda taraflara bir öneride bulunmak, öneri kabul edildiği takdirde buna göre karar vermek, kabul edilmediği ve taraflarca anlaşmaya varılarak yeni bir düzenleme de yapılmadığı takdirde, dava Türk Medeni Kanunu’nun 166/1. maddesi uyarınca çekişmeli boşanma olarak sürdürülüp sonucu uyarınca karar vermekten ibarettir. Yasal koşullar oluşmadan, Türk Medeni Kanunu’nun 166/3. maddesi uyarınca yazılı şekilde anlaşmalı boşanmaya karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup, hükmün bu sebeple bozulmasına karar vermek gerekmiştir.” (www.yap.gov.tr, Erişim Tarihi: 15.05.2018).

³⁶ Öztan, s. 416, Kılıçoğlu, s. 113, Yargıtay 2. HD. T. 30.05.2016, E. 2016/8153, K. 2016/10545; “Taraflar 15.10.2015 tarihli oturumda mahkemeye sundukları 30.09.2015 tarihli protokol uyarınca karar verilmesini ve buna göre müşterek çocuk Necati’nin velayetinin babaya verilmesini istemiş, son oturumda bu beyanlarını tekrarlamışlar ancak mahkemece protokolden değişiklik yapılarak velayetin anneye verilmesine ve çocuk için davacı tarafından iştirak nafakası ödenmesine karar verilmiştir. Yapılan değişiklik hakkında tarafların beyanları alınmadan yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırıdır. Mahkemece yapılacak iş gerekli görülen değişiklik hakkında tarafların beyanını almak, bu değişikliğin kabulü halinde boşanmaya ve değişik anlaşmaya uygun karar vermek, değişikliğin kabul edilmemesi halinde ise yargılamaya Türk Medeni Kanununun 166/1-2. maddesi uyarınca çekişmeli boşanma olarak devam etmek, taraflara iddia ve savunmalarının dayanağı bütün vakıaların sıra numarası altında açık özetlerini içeren beyan ile iddia ve savunmanın dayanağı olarak ileri sürülen her bir vakıanın ispatını sağlayacak delillerini sunmak ve dilekçelerin karşılıklı verilmesini sağlamak üzere süre verilip ön inceleme yapılarak tahkikata geçildikten sonra usulüne uygun şekilde gösterilen deliller toplanarak gerçekleştirilecek sonuç uyarınca karar vermekten ibarettir.” (www.uyap.gov.tr, Erişim Tarihi: 15.05.2023).

³⁷ Öztan, s. 695; Yılmaz- Bilgin, s. 82; Seçer, s. 276; Akıntürk / Ateş, s. 271; Gençcan, s. 360 vd.

³⁸ Akıntürk / Ateş, s. 272; Gençcan, s. 369; ARAS, s. 73.

yapılan değişiklik konusunda taraf görüşleri alınmadan karar verilemez³⁹. Anlaşmalı boşanma davasında boşanmaya karar verilebilmesi için taraflar arasında kararlaştırılan düzenlemenin ayrıca uygulanabilir olması da gerekir.

Anlaşmalı boşanma davasında verilen karar eda hükmünü taşımalı ve aynı zamanda hüküm açık ve infazda duraksamaya yer vermeyecek şekilde kurulmuş olmalıdır. Anlaşmalı boşanma davasında kurulan hüküm taraflar arasında yapılan düzenlemeye atıfta bulunarak kurulamaz. Aynı zamanda taraflar arasında kabul edilen düzenlemenin tamamının hüküm fıkrasına infazda karışıklık yaratmayacak şekilde geçirilmesi gerekir.

II. MAL REJİMİNE DAİR ANLAŞMA KAYITLARININ PROTOKOLDE YER ALMASININ UYGUN OLUP OLMADIĞI MESELESİ

Sözleşmenin kurucu unsurları dışında kalan, ikinci dereceden hususlar üzerinde anlaşma olmadan da sözleşmenin kurulması mümkündür; geçerlilik koşullarının tamamlanması ile sözleşme geçerli şekilde kurulur. Kanaatimizce mal rejimine dair anlaşma kayıtları sözleşmenin esaslı unsurları içerisinde yer almamaktadır. Eşlerin mal rejimi konusunda protokole dahil etmek istedikleri hususlara TMK m. 5'e göre subjektif esaslı unsurlara ilişkin kuralların kıyasen uygulanması gerekir.

Anlaşmalı boşanmaya karar verebilmek için eşlerin mal rejiminin tasfiyesi konusunda da anlaşmış olmalarının gerekip gerekmediği doktrinde tartışılabilir bir konudur. Doktrinde baskın olan görüşe göre, anlaşmalı boşanmaya karar verilebilmesi için eşlerin mal rejiminin tasfiyesi konusunda anlaşmaları şart değildir⁴⁰. Bizim de katıldığımız bu görüşe göre, kanunun lafzından da anlaşılacağı üzere boşanmanın mali sonuçlarından anlaşılması gereken TMK m. 174'te düzenlenen maddi ve manevi tazminat ile TMK m. 175'te düzenlenen yoksulluk nafakasıdır; bunun dışında mal rejiminin tasfiyesi konusunda yapılan anlaşmalar ihtiyari niteliktedir.

³⁹ **Öztan**, s. 417; **Helvacı**, s. 1167. Yargıtay 2. HD., T. 21.09.2017, E. 2016/4642, K. 2017/9916 (www.uyap.gov.tr, Erişim Tarihi: 15.05.2023).

⁴⁰ **Doğan, İzzet**, "Anlaşmalı Boşanma", İstanbul Barosu Dergisi, C. 81, S. 5, 2007, s. 1940; **Seçer, Öz**, "Türk ve İsviçre Hukukunda Anlaşmalı Boşanma ve Fili Ayrılık Sebebiyle Boşanma", Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, S. 63- 64, s. 54; **Özdemir**, s. 159; **Şipka, Şükran / Özdoğan, Ayça**, Yargı Kararları Işığında Soru ve Cevaplarla Eşler Arasındaki Malvarlığı Davaları, On İki Levha Yayınları, 2. Baskı, İstanbul 2015, s. 321; **İçöz Demirel**, Derya / **Kömür**, Ebru, Anlaşmalı Boşanma Protokolünün Düzenlenmesi ve İhlali, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023, s. 124; **Erdem**, s. 135; **Zehir**, İlkur Pınar, Boşanmanın Yan (Fer'i) Sonuç Sözleşmeleri, İstanbul 2017, s. 48; **Akıncı, Şahin**: "Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Tasfiyesinde Karşılaşılan Bazı Meseleler ve Çözüm Önerileri", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 22, S. 3, Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, C. I, İstanbul 2016, s. 180.

Tarafların ihtiyari olarak da olsa anlaşmalı boşanma protokolüne mal rejiminin tasfiyesine ilişkin hükümleri de dahil etmeleri durumunda ise bu hükümlerin geçerliliği de hâkimin onayına tabi olacaktır⁴¹. Bu görüşe göre, hâkim ilk görüşün aksine tarafların mal rejimine ilişkin bir anlaşma yapmış olmaları şartını aramamakla birlikte tarafların ihtiyari de olsa mal rejimi hususunda bir anlaşmaya varmaları durumunda bu anlaşmanın geçerli olabilmesi hâkimin onayına tabi olmaktadır. Zira eşler üzerinde anlaştıkları boşanma protokolünü mahkeme önünde kabul etmeleri ile birlikte artık protokolde geçen anlaşma hükümleri ile bağlıdırlar ve serbestçe dönemezler. Bu nedenle hâkimin, anlaşma protokolünü tarafların üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabilecekleri hususlar da dahil olmak üzere bir bütün olarak uygun bulması gerekir.

Eşlerin anlaşma protokolüne mal rejiminin tasfiyesine yönelik hükümler koyması durumunda hâkim, bu hükümlere ilişkin olarak da iradelerin serbestçe oluşup oluşmadığını kontrol edecektir. İradelerin serbestçe oluşup oluşmadığına ilişkin olarak yapılacak denetim dışında hâkim, saik araştırması yapmayacaktır.

Hâkim, boşanmanın fer'i sonuçlarına ilişkin protokolde yer alan hükümleri onaylamasına rağmen mal rejiminin tasfiyesine yönelik olarak konulmuş olan hükümleri onaylamazsa taraflar bu kısımları değiştirebilir veya ortadan kaldıracaktır. Ancak eşler boşanma yönündeki isteklerini beyan ederek mal rejiminin tasfiyesine yönelik olarak konulan ve hâkimin uygun bulmadığı hükümleri protokolden çıkarmayı kabul etmeleri halinde hâkim anlaşmalı boşanmaya karar vermelidir.

Diğer bir görüşe göre ise, mal rejiminin sona ermesi ve tasfiyesi konuları da boşanmanın mali sonuçları ile ilgilidir ve boşanmaya karar verilebilmesi için

⁴¹ TMK m. 184/5'te, "Boşanma veya ayrılığın fer'i sonuçlarına ilişkin anlaşmalar, hâkim tarafından onaylanmadıkça geçerli olmaz." şeklinde düzenleme bulunmaktadır. TMK m. 184/5 hükmüne bakacak olursak anlaşma temeline dayalı boşanma dışındaki boşanma davaları ve ayrılık davalarında da boşanma ve ayrılığın fer'i sonuçlarına ilişkin anlaşmaların varlığından bahsedildiği görülmektedir. Anlaşma temeline dayalı boşanma davasındaki boşanmanın fer'i neticelerine ilişkin düzenlemelerden farklı olarak TMK m. 184/5'te bahsi geçen anlaşmaların yapılmasında hiçbir zorunluluk bulunmamaktadır. Bu anlaşmalar ancak iki tarafın arzusu ve iradesi doğrultusunda yapılabilmektedir. Ancak taraflar yaptıkları anlaşmalı boşanma protokolünün ve ayrılığın fer'i sonuçlarına ilişkin anlaşmaları hâkimin onayına sunmak zorundadırlar. İşte bu aşamadan sonra anlaşma temeline dayalı boşanma davasındaki yargılama sürecinde yer alan denetim mekanizmasına benzer şekilde işleyen bir yöntemle hâkim taraflarca önüne getirilen sözleşmeyi değerlendirerek uygun bulur. Bu sözleşmelerin hâkim tarafından uygun bulunmaması veya hâkim tarafından gerekli görülen değişiklikler üzerinde taraflarca uzlaşmaya varılamaması halinde hâkim yargılamaya kaldığı yerden devam ederek velayet ve nafaka hususunda tarafların taleplerine bağlı kalmaksızın kara verir.

eşlerin bu konuda da anlaşmış olmaları gerekmektedir⁴². Buna göre anlaşmalı boşanmanın gerçekleşebilmesi için TMK m. 166/3 gereği eşler tarafından mal rejiminin tasfiyesine ilişkin yapılan anlaşmanın hâkim tarafından da onaylanması gerekir. Bu görüşün temelinde yatan düşünce evlilik birliğinin boşanma ile sona ermesi durumunda mal rejiminin sona ermesi ve tasfiye edilmesinin tıpkı nafaka, velayet ve tazminat konuları gibi boşanmanın fer'i sonuçlarından olduğudur⁴³.

Anlaşmalı boşanmada tarafların katılma alacaklarıyla ilgili olarak da anlaşmış olmalarına bir engel yoktur. Hatta tarafların bu konuda da anlaşmaları daha sonradan yıllarca sürecektir katkı ve katılma alacağı nedeniyle karşı karşıya gelmelerini önlemesi bakımından ailevi ve toplumsal huzur, ayrıca yargıyı meşgul etmeyi önleme açısından da usul ekonomisine uygun bir çözümdür. Önemli olan bu anlaşmalı boşanmadaki protokolün yani taraf iradelerinin katılma alacağının da sulh yoluyla çözümlendiğinin açık ve tartışmaya yer vermeyecek şekilde ortaya konulmuş olmasıdır. Böyle bir irade mevcut ise, boşanma davasında mahkeme huzurundaki bu resmi ikrar ve beyanlar kesin delil niteliğinde bağlayıcı olup; aynı konuda yeni bir dava açılmasını önler⁴⁴.

Taraflarca sunulan boşanma protokolünde ve duruşmadaki sözlü beyanlarında, aralarında mal rejiminden kaynaklı alacaklarına ilişkin beyanları yok ise hâkim tarafından mal rejiminden kaynaklı alacaklarının olmadığı yönünde karar verilmez⁴⁵. Eşlerin anlaşma protokolünde mal rejiminin tasfiyesini ve katılma alacağından feragat söz konusu ise bu durumu açıkça ve anlaşılır bir şekilde belirtmeleri gerekmektedir.

Şahsi görüşümüz bu olmakla birlikte uygulamada anlaşmalı boşanmalar-
da, taraflarca hazırlanan ve mahkeme tarafından onaylanan protokolde geçen

⁴² **Sarı, Suat**, Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimi Olarak Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, Beşir Kitabevi, İstanbul 2007, s. 105-106; **Acabey, Mehmet Beşir**, "Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Tartışmalı Bazı Konular Hakkında Düşünceler", İzmir Barosu Dergisi, Y. 73, S. 2, Nisan 2009, s. 203; **Burcuoğlu, Haluk**, "4711 Sayılı Yeni Medeni Kanunun Boşanma Düzenlemesinin Eleştirisi ve Uygulamada Karşılaşılabilecek Sorunlar", Antalya Barosu Dergisi, Y. 25, S. 5/51, Şubat 2004, s. 66-68; **Köseoğlu, Bilal / Kocaağa, Köksal**, Aile Hukuku ve Uygulaması, Ekin Yayınları, Bursa 2011, s. 112.

⁴³ **Acabey, s. 195**. Aksi yönde görüşe göre ise, mal rejiminin tasfiyesi konusu boşanmanın fer'i sonuçları arasında yer almamaktadır. Ayrıca anlaşmalı boşanmanın söz konusu olabilmesi için eşlerin yalnızca boşanmanın fer'i niteliğinde olan konularda anlaşmış olmaları yeterlidir. Bkz. **Kılıçoğlu, s. 401**.

⁴⁴ **Kılıçoğlu, s. 324-325; Akıncı, s. 180**.

⁴⁵ **İçöz Demirel / Kömür, s. 124**. Yargıtay 2. HD., T. 10.11.2021, E. 2021/8900, K. 2021/8416 (www.uyap.gov.tr, Erişim Tarihi: 21.01.2024).

ifadelerin belirsiz ve şüpheli olması uygulamada duraksamalara yol açmıştır⁴⁶. Kullanılan ifadelerin sadece boşanmanın malî sonuçlarını mı kapsadığı yoksa tarafların katılma alacağı hususunda anlaşmış olduklarını da kabul etmek mi gerekeceği hem doktrin hem de uygulamada tartışmalara neden olmuştur.

III. MAL REJİMİNE DAİR ANLAŞMA KAYITLARININ PROTOKOLDE YER ALMASI HALİNDE BUNLARA VERİLECEK ANLAM VE BAĞLAYICILIĞI

Doktrinde baskın olan ve bizim de katıldığımız görüşe göre; taraflar anlaşmalı boşanma için zorunlu olmamakla birlikte, bu talepler dışında mal rejiminden doğan alacaklar ile ilgili konularda da anlaşmış iseler bu anlaşma bu tür alacaklar için bağlayıcı mıdır? Bir başka ifadeyle taraflar anlaşmalı boşanmada katılma alacağına ilişkin olarak da anlaşmış iseler, artık bu alacakları talep edemeyecekler midir?

Anlaşmalı boşanma protokolünde mal rejiminin tasfiyesine dair anlaşma yapmaya engel bir yasal düzenleme veya kural yoktur. Ancak protokolde yer alan mal rejiminin tasfiyesine yönelik özellikle de katılma alacağı ile ilgili hükümler açık ve net bir şekilde ifade edilmelidir. Aksi halde sorun anlaşma protokolünün yorumlanması ile çözüme kavuşacaktır.

Eşlerin aralarında hazırladıkları anlaşmalı boşanma protokolü, eşlerin karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları ile kurdukları, aile hukukuna özgü bir sözleşme olarak kabul edilebilir⁴⁷. Doktrindeki baskın görüş bu olmakla birlikte anlaşmalı boşanmanın hukuki niteliğine ilişkin doktrinde kabul edilen farklı görüşler de mevcuttur. Buna göre, anlaşmalı boşanmayı bir sözleşme olarak kabul etmekle birlikte bunun bir özel hukuk sözleşmesi değil usul hukuku bağlamında sulh sözleşmesi olduğunu savunan⁴⁸ bir görüş var olmakla birlikte eşlerin boşanma yönünde birbirine uygun ve karşılıklı irade beyanlarının yer aldığı ve boşanmanın fer'i neticelerini de içermesi zorunlu olan, "kendine özgü bir aile hukuku sözleşmesi" olduğunu düşünen görüş de mevcuttur⁴⁹. Bir başka görüş, anlaşmalı boşanma protokolünü bir sözleşme olarak değil,

⁴⁶ Acar, s. 159.

⁴⁷ Yılmaz- Bilgin, s. 72; Seçer, s. 265; Güneşlioğlu, s. 23; Akıncı, s. 183; Nomer, Haluk, Anlaşmalı Boşanma Protokolünden Dönülebilir mi? (Can a Divorce Settlement Agreement Be Rescinded?), Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XVIII, 2021/2, s. 583-584; Atmaca Ülkü, Hande, Anlaşmalı Boşanma Protokolü Nasıl Düzenlenmelidir?, Seçkin Yayıncılık, İstanbul 2021, s. 48.

⁴⁸ Esener, Turhan, Boşanmanın Fer'i Neticelerine Dair Mukaveleler, AÜHFD, C. 8, S. 3-4, 1951, s. 612.

⁴⁹ Atmaca Ülkü, s. 49.

tarafların birlikte mahkemeye karşı yöneltmeleri gereken tek taraflı bir talep olduğunu kabul etmektedir⁵⁰. Son olarak, boşanma protokolünü kuruluş aşamasında özel hukuk hükümlerine tabi bir özel hukuk sözleşmesi niteliğinde gören, fakat mahkemenin düzenlemeyi onaylaması akabinde artık bu niteliğini yitirdiğini ve mahkemenin onayı ve boşanma hükmünün kesinleşmesi üzerine artık hükmün bir parçası halini alarak ‘ilam’ niteliğine haiz olduğunu ifade eden bir görüş de mevcuttur⁵¹.

Her bir sözleşme yani anlaşmalı boşanma protokolü için eşlerin irade beyanlarının birbirine uygun olup olmadığının ve sözleşmenin içerik ve şartlarının belirlenmesi için beyanların anlamının belirlenmesini yani beyanların yorumlanmasını gerekebilir⁵². Yargıtay da açık bir şekilde ifade etmese de önüne gelen somut olaylarda sözleşmede geçen ifadeleri, dolayısıyla tarafların iradelerini yorumlayarak, neyi kastetmiş olabileceklerini araştırmış ve ona göre bir sonuca gitmeye çalışmıştır⁵³. O hâlde sağlıklı ve olması gereken bir sonuca ulaşabilmek için sözleşmelerin ve irade beyanlarının nasıl yorumlanması gerektiği hususu üzerinde durulmalıdır⁵⁴.

Eşler arasında yapılan anlaşmanın yorumlanmasındaki amaç, eşlerin birbirine uygun gerçek veya farazi irade beyanlarının tespiti ve bu tespite göre sözleşmenin içeriğinin belirlenmesidir⁵⁵. Bazen tarafların tecrübesizliği, hukuki bilgilerinin sınırlılığı ve iradelerini ifadedeki yetersizlikleri, beyanların anlamını belirlemede güçlük ve duraksamaya sebep olur. Bu takdirde beyanın yorumlanarak sözleşmenin içeriğinin belirlenmesi gerekir ve hâkim, sözleşmenin içeriğini her şeyden önce tarafların birbirine uygun gerçek iradelerine göre tespit eder eder. Böyle bir tespit mümkün olmuyorsa, o zaman farazî iradeleri tespit edilerek güven ilkesi çerçevesinde sözleşmenin içeriğinin belirlenmesi gerekir⁵⁶.

⁵⁰ **Arsebük**, Esat, Medeni Hukuk, C. II, Aile Hukuku, Recep Ulusöğlü Basımevi, Ankara 1940, s. 767.

⁵¹ **Esener**, s. 612-613; **Tekinay**, s. 290; **Tekin**, s. 122.

⁵² Sözleşmelerin yorumu için bkz. **Reisoğlu**, Safa, Türk Borçlar Hukuku- Genel Hükümler, 24. Baskı, İstanbul 2013, s. 102.

⁵³ Yargıtay 8. HD. T. 20.09.2017, E. 2017/9765, K. 2017/11128 (www.uyap.gov.tr, Erişim Tarihi: 15.05.2023).

⁵⁴ **Akıncı**, s. 183.

⁵⁵ **Acar**, s. 159.

⁵⁶ **Reisoğlu**, s. 102; **Eren, Fikret**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Düzeltilmiş 18. Baskı, İstanbul 2015, s. 466 - 467; **Oğuzman, M. Kemal / Öz, M. Turgut**, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C. I, 10. Baskı, İstanbul 2012, s. 194; **Akıncı**, s. 183.

Somut bir uyumsuzlukta eşlerin gerçek ve ortak isteklerinin tespiti her zaman mümkün olmayabilir. Bu durumda güven teorisine göre irade beyanlarının yorumu ile farazî ortak istek tespit edilecektir⁵⁷. TBK m. 19/1 hükmünde tarafların gerçek ve ortak iradelerinin araştırılması gerektiği düzenlenmiş, bu araştırmanın nasıl yapılacağı yani irade beyanlarının hangi ilkeler göz önünde tutularak yorumlanacağı hâkime bırakılmıştır.

Gerçek veya farazî ortak iradenin tespiti için yorum yapılırken ilk başvurulacak unsur, eşlerin sözleşmede kullandıkları kelimeler ve deyimlerdir⁵⁸. Kural olarak kelimelerin ve deyimlerin, sözleşmenin kurulduğu yer ve zamanda genel anlamları ile kullanıldığı kabul edilir. Ancak taraflar belirli bir meslek, sanat, iş koluna mensup ve aynı iş alanında faaliyet göstermekte ise, kullanılan kelimenin o iş alanında veya meslekte verilen anlamına üstünlük tanınmalıdır⁵⁹. Sözleşmenin kurulduğu zamanda bu tür kelime ve deyimler, tarafların da mensup olduğu iş çevresi ve ilişkilerde özel bir anlam taşıyorsa, bu anlam, günlük dildeki genel anlama üstün tutulmalıdır. Tarafların kullandığı söz ve deyimler metnin bir parçası olarak göz önünde tutulmalı⁶⁰, bireysel değil, beyan bütünlüğü içinde sistematik olarak değerlendirilmeli, metnin diğer parça ve unsurları dışında tutularak tek başına yorumlanmamalıdır⁶¹.

Anlaşarak boşanmak isteyen eşlerin öncelikli olarak karar vermek istedikleri husus, varsa velâyet altındaki çocukların velâyetinin kimde kalacağıdır. Bu husus karara bağlandıktan sonra da nafaka, maddî - manevî tazminat, ev eşyası ve evlilik süresince edinilen malların nasıl paylaşılacağı konusu gündeme gelir. Anlaşmalı olarak boşanmak isteyen eşler, aralarındaki tüm anlaşmazlıkları bitirmek ve boşanma sonrasına anlaşılmadıkları ve karara bağlamadıkları bir konu bırakmamak isterler. Eşleri anlaşmalı boşanmaya sevk eden en önemli husus da aralarındaki ihtilafı bir an önce bitirmek ve kendilerine yeni bir hayat

⁵⁷ **Oğuzman / Öz**, s. 194 vd.; **Antalya**, Gökhan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt V/1, 1, Seçkin Yayıncılık, 2. Baskı, İstanbul, 2019, s. 570.

⁵⁸ Yargıtay da yukarıda zikredilen kararlarında özellikle mal ve alacak kavramlarını yorumlamak suretiyle sonuca ulaşmaya çalışmıştır.

⁵⁹ **Oğuzman / Öz**, s. 195; **Akıncı**, s. 183; **Antalya**, s. 572.

⁶⁰ Sözleşmelerin yorumlanma ihtiyacı, çoğu kez yapılmış olan irade açıklamalarına kullanılan bir deyim veya sözcüğün ne anlama geldiği hususunda tarafların anlaşamamaları durumunda ortaya çıkar. Yoksa taraflar bu konuda anlaşabilmekte iseler, yani sözleşmede geçen deyim ve kelimelerin anlamları konusunda anlaşmazlığa düşmemişlerse, ortada bir sorun yoktur, yani yorumu gerektiren bir durum mevcut değildir. **Antalya**, s. 569.

⁶¹ Ancak irade beyanları yorumlanırken, beyanda kullanılan kelimelerle de sıkı sıkıya bağlı kalınması gerekir. Güven prensibine göre, beyan, mevcut koşullara göre, iyiniyetli, dürüst bir insanın vereceği anlam ve sözleşmenin bütünlüğü göz önüne alınarak irade beyanları yorumlanmalıdır. Bkz. **Reisoğlu**, s. 102.

kurma isteğidir. Keza anlaşmalı boşanma protokolü de bu amaçla hazırlanır. Hiç kimse anlaşmak suretiyle boşandığı eşi ile daha sonra tekrar mahkemelik olmak istemez. Ancak eşlerin hukukçu olmamaları, protokol hazırlarken bir hukukçudan yardım almamaları ve bazen de yardım aldıkları hukukçunun mevzuata yeterince hâkim olamaması gibi sebeplerle boşanma protokolünde boşluklar ya da yoruma açık ifadeler olur. Yukarıda zikredilen Yargıtay kararlarına konu olan olaylarda da olduğu gibi eşler, aralarındaki ilişkiyi tamamen tasfiye etmek isterken bazen, “*alacağım tüm malları aldım*”, bazen “*başka bir alacağım kalmamıştır*” bazen de “*eşimden başka bir mal talebim yoktur*” gibi ifadeler kullanırlar. Bu tür ifadelerin yer aldığı bir protokolü imzalayarak boşanan eşlerin aslında boşanmanın fer’i sonuçları üzerinde anlaşmak istediklerini, mal rejimi konusunu sonraya bıraktıklarını, diğer bir deyişle mal rejiminden kaynaklanan alacaklarını ileride dava açarak tahsil etmeyi düşündüklerini hiç kimse söyleyemez⁶². Tam tersine protokol imzalanırken taraflar tüm malvarlıklarını tasfiye etmek istemektedirler. Aksi fikrin kabulü anlaşmalı boşanmanın mantığına da ters düşer. Protokolde geçen ifadeler beyanın bütünlüğü içinde sistematik olarak değerlendirildiğinde bu sonuca ulaşmak gerekir. Tarafların sosyal davranışlarından yola çıkıldığında da aynı sonuca ulaşılmalıdır⁶³.

Sözleşmelerin yorumlanması durumunda başvurulacak en önemli yöntemlerden biri de lafzi yorum ilkesidir. Sözleşmelere yüklenen anlam belirlenirken sözleşmede kullanılan lafız önemlidir ancak hâkim; yorum yaparken kullanılan söz ve deyimlere bağlı kalmamalı, tarafların gerçek veya farazi iradelerini kullandıkları kelimelere bakmaksızın araştırmalıdır. Özellikle beyanın metni, beyanı oluşturan söz ve deyimler açık ve kesin değil, muğlak ve birden çok anlama geliyorsa hâkim lafzı arka plana atmalıdır⁶⁴. Ayrıca sözleşmenin lafzı, sözleşmenin amacı ile çeliştiği takdirde de hâkim lafza bağlı kalmamalıdır⁶⁵. Bu ilkeye göre boşanma protokolleri yorumlandığında da eğer taraflar

⁶² Yargıtay HGK, T. 27.11.2013, E. 2013/8-185, K. 2013/1601 (www.uyap.gov.tr, Erişim Tarihi: 21.03.2024). Aksi yönde karar için bkz. Ankara BAM 12. HD., T. 17.03.2017, E. 2017/154, K. 2017/157, “...Her ne kadar Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 27.11.2013 tarih 2013/8-185 esas, K. 2013/1601 karar sayılı ilamında tarafların mal talepleri yoktur ibaresinin mal rejiminden kaynaklanan alacağı da kapsadığı kararlaştırılmış ise de eldeki dosyada, boşanma dava dosyasındaki protokol, tarafların duruşmadaki “buna göre” ile başlayan beyanları ve boşanma kararının 5 ve 7. Bentlerindeki düzenlemeler karşısında Hukuk Genel Kurulu kararı incelemesine konu dosya ile eldeki dosya arasındaki farklılık sebebiyle eldeki dosyada Hukuk Genel Kurulu kararının dikkate alınamayacağı düşünülmüştür.”

⁶³ Akıncı, s. 184 vd.

⁶⁴ İnan, Naim / Yücel, Özge, Borçlar Hukuku- Genel Hükümler, 4. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2014, s. 654-264-265; Eren, s. 473; Akıncı, s. 185.

⁶⁵ Eren, s. 473.

bu protokol ile aralarındaki tüm mali konuları çözmeyi amaçlamışlarsa o zaman kullanılan deyimlere bakılmaksızın protokolün sadece boşanmanın fer'i sonuçlarını değil mal rejiminin tasfiyesini de düzenlediğini kabul etmek gerekecektir⁶⁶.

Boşanma protokollerinde de tarafların gerçek, eğer bu mümkün olmazsa farazî iradelerini tespit etmek gerekir. Doktrinde hâkim olan güven ilkesinin hukukî dayanağı TMK. m. 2'de düzenlenen dürüstlük kuralıdır. Şu hâlde beyanlar yorumlanırken tarafların dürüstlük kuralına göre o beyana verdiği ya da vermesi gereken anlam araştırılacaktır⁶⁷.

Anlaşmalı boşanmalarda eşlerden biri (ki bu genellikle erkek olur) diğer eşe bir kısım mallarını devreder, nafaka ve tazminat ödemeyi kabul eder ve aradaki ilişkiyi tamamen bitirmek ister. Bu durumda ilişkiyi bitirmek istediği için nafaka ve tazminat ödemeyi kabul eden ve bir kısım mallarının mülkiyetini boşanmak üzere olduğu eşine devretmeyi kabul eden eşin, ileride mal rejiminden kaynaklanan ayrı bir davaya muhatap olmak istemeyeceği açıktır. Onun iradesi, diğer eşe bir şeyler verip aradaki ilişkiyi tamamen sonlandırmaktır. Ancak acaba diğer eş bunu doğru anlamış mıdır? Kanaatimizce diğer eş de kendisine devredilen bir kısım mallar ile aradaki ilişkiyi sonlandırmak ve boşanma davasından sonra mal rejiminden kaynaklanan bir dava açarak süreci uzatmak istememektedir. Bu nedenle anlaşmalı boşanma konusunda eşler arasında hazırlanan protokol aynı zamanda mal rejiminin tasfiyesine de yöneliktir⁶⁸.

⁶⁶ Akıncı, s. 185. Bu konuda Acar tarafından verilen bir örnek olaya göre; "5 ve 6 yaşındaki iki çocuğa şiddet uygulayan eşin suç sebebiyle yargılanması sürecinde, diğer eşin evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına dayalı haklı ve başariye kavuşabilecek davayı açmasını önlemek isteyecektir. Zira bu dava açılırsa yoksulluk nafakası, maddi ve manevi tazminat istemeyeceği gibi, belki tazminat ödemekle yükümlü olacaktır, o halde evlilikte elde edilen malvarlığındaki hakkından vazgeçme iyi bir strateji olabilir. Bu bağlamda çocuklara şiddet uygulayan eşin hiçbir maddi ve manevi talebi olmayacağı teklifi ile diğer eş anlaşmalı boşanmaya ikna etmesi mümkündür. Kısaca bu evliliği her yönüyle hızlı ve bütün ilişkileri koparır tarzda sonlandırmak isteyebilir. Kavram inceliği ve bilgeliği gerekli olmadığından, genel ve götürü ifadelerle protokolü hazırlayan taraflar gönül rahatlığı ile evliliğin tüm sonuçları ile sona erdiğini düşünürlerken, aradan birkaç yıl geçtikten ve ceza yargılaması son bulduktan sonra, kendini artık daha güçlü ve rahat hisseden şiddet uygulayan eşin, protokoldeki şüpheli ifadeyi bir fırsata dönüştürüp geçmişe dönük olarak boşanma anından itibaren geçerli olacak tarzda katılma alacağı davası açması her zaman karşılaşılabilecek bir ihtimaldir. Çözüm, TBK m. 19/1'e sadık olmak ve uygulamaktan geçmektedir, yani tarafların protokolü yaparlarken içinde bulunduğu hal ve şartları iyi analiz etmek, ifadelerdeki asıl maksatları tespit etmek olmalıdır; sadece protokoldeki ifadeye lafzi yorum yöntemi ile yaklaşmak hem kanuna aykırı olduğu gibi hem de gerçeğe aykırı olacak, adaletsiz sonuçlar doğuracaktır." Bkz. Acar, s. 159-160.

⁶⁷ Eren, s. 72; İnan / Yücel, s. 260; Antalya, s. 573.

⁶⁸ Akıncı, s. 186.

Anlaşmalı boşanma davalarında eşler, mal rejiminin tasfiyesinden doğan haklarından açıkça feragat etmedikçe tasfiyeden doğan haklarını ileri sürebilmelidirler. Hakimin; protokolde geçen ifadelerden açık bir feragat durumunun mevcut olup olmadığı hususunda tereddüt duyduğu hallerde, protokol metnindeki ifadelerle ilişkin taraflara açıklama yaptırtmak suretiyle beyanların içeriğini tek tek tespit etmesi gerekmektedir⁶⁹.

Uygulamaya bakıldığında Yargıtay tarafından da somut olaylar da dikkate alınarak farklı kararlar verildiği görülmektedir.

A. Yargıtay'ın, Anlaşma Protokolünde Yer Alan Beyanların Mal Rejiminin Tasfiyesini de Kapsadığı Bu Nedenle Katılma Alacağına İlişkin Dava Açılmayacağı Yönündeki Bazı Kararları

Yargıtay'a itikal eden bazı olaylarda boşanma protokolünde “... bunun dışında maddi ve manevi başka bir isteğim yoktur” ifadesinin sadece boşanmanın fer'i niteliğinde olan (TMK m. 174) “maddi ve manevi tazminatı” kapsayabileceği, bunun dışında katkı ve katılma alacağı için bağlayıcı olmadığı ifade edilmektedir⁷⁰. Yargıtay HGK ise bir kararında boşanma protokolünde eşlerin boşanmanın fer'i niteliğindeki nafaka, tazminat ve velayet dışında “kendilerine ait eşyaları aldıkları; birbirlerinden hak ve alacakları kalmadığı; evlilik birliği içinde edinilmiş herhangi bir malları olmadığı, bu yönde de bir taleplerinin bulunmadığı” beyan ve ikrarlarına yer verilmesine rağmen, davacının boşanma davasından sonra katılma alacağı talep etmesinin bu konudaki beyanlarının “mahkeme içi ikrar olduğu, ayrıca bu beyana rağmen sonradan katkı alacağı talep edilmesinin dürüstlük kurallarıyla da bağdaşmadığı” gerekçesiyle, bozma kararına karşı direnme kararını onamıştır⁷¹.

⁶⁹ **Gümüş, Mustafa Alper**, Teoride ve Uygulamada Evliliğin Genel Hükümleri ve Mal Rejimleri, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2008, s. 402.

⁷⁰ Yargıtay 8. HD. T. 07.07.2009, E. 2009/2061, K. 2009/3690 (www.uyap.gov.tr, Erişim Tarihi: 15.05.2023). Acar'a göre de boşanma protokolünde maddi ve manevi taleplerden vazgeçme katılma alacağından vazgeçme anlamına gelmemektedir. Bkz. **Acar**, Faruk, Aile Hukukumuzda Aile Konutu- Mal Rejimleri ve Eşin Yasal Miras Payı, 6. Baskı, SEÇKİN Yayıncılık, İstanbul 2021, s. 159.

⁷¹ Yargıtay HGK, T. 24.02.2010, E. 2010/2-96, K. 2010/106; Yargıtay HGK. T. 23.05.2007, E. 2007/14-289, K. 2007/291 (www.uyap.gov.tr, Erişim Tarihi: 15.05.2023). Eşlerin herhangi bir eşya veya başkaca alacakla ilgili feragat ettiklerine ilişkin beyanlarının feragat olarak değil, sözleşme niteliğindeki ibra olarak değerlendirilmesi gerektiği yönünde bkz. **Öncü, Özge**, “Eşlerin Anlaşmalı Boşanma Çerçevesinde Mal Rejiminin Tasfiyesine Yönelik Olarak Yaptıkları Anlaşmalar ve Bu Anlaşmaların Uygulamada Doğurduğu Sorunlar”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref ERTAŞ'a Armağan, C. 19, Özel Sayı- 2017, s. 821; **Dural / Ögüz / Gümüş**, s. 235.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu farklı bir kararında da eşlerin anlaşmalı boşanma protokolünde “karşılıklı mal talebimiz yoktur” şeklindeki beyanların da mal rejiminden doğan alacakları kapsadığı, bu beyana rağmen boşanmadan sonra eşlerin mal rejiminden doğan alacak davası açamayacaklarını kabul etmiştir⁷².

Yargıtay farklı bir kararında da davacının mahkeme huzurunda “... benim davalıdan boşanma dışında herhangi bir tazminat, nafaka ve mal talebim yoktur. Boşanmamıza karar verilsin” şeklindeki beyanını geniş yorumlamış ve tasfiye davası açılmayacağına hükmetmiştir. Kararın gerekçesinde Yargıtay şu görüşlere yer vermiştir:

“Kural olarak, boşanma davasında taraflar arasındaki boşanmanın ferilerine ilişkin anlaşmalar taraflar arasındaki mal rejiminin tasfiyesini kapsamaz. Ancak, bu durum tarafların boşanma davasının görüldüğü sırada aralarındaki mal rejiminin tasfiyesini amaçlayan protokol ve sözleşme yapmalarına engel değildir. ... Somut olayda, davacı yukarıda açıklandığı üzere nafaka, maddî manevî tazminat ve boşanmanın ferilerinden olmayan “herhangi bir mal” talebinin de bulunmadığını açıkça bildirmiştir. Davacı tarafından belirtilen herhangi bir mal tabirinin malvarlığının tamamına yönelik olup, taşınır ve taşınmazlar ile para değeri bulunan her türlü alacak ve hakkı kapsadığı nazara alındığında, tarafların boşanma davası ile yapmış oldukları ve tutanaklara geçen sözleşme ile mal rejimlerinin tasfiyesini gerçekleştirdiklerinin kabulü gerektiğinden, davacı vekilinin yerinde olmayan temyiz itirazlarının reddi ile usul ve kanuna uygun bulunan hükmün onanmasına...”⁷³ şeklinde hüküm kurmuştur.

⁷² Yargıtay HGK. T. 27.11.2013, E. 2013/8-185, K. 2013/1601; Yargıtay 8. HD. T. 28.02.2013, E. 2012/5107, K. 2013/2379. Yargıtay 8. HD. daha yeni tarihli ve T. 12.12.2017, 2016/6723, K. 2017/16616 numaralı bir kararında da şu şekilde hüküm kurmuştur; “Taraflar arasında görülen Antalya 2. Aile 2010/796 Esas ve 2010/1234 Karar sayılı boşanma dosyası incelendiğinde, duruşmada her iki tarafın alınan imzalı beyanlarında “... mal veya gelire dayalı hiçbir hak ve iddiam yoktur, hiçbir baskı, tehdit ve taciz altında kalmadan kendi hür irademle boşanmak istiyorum” şeklinde ifade verdikleri anlaşılmaktadır. Tarafların boşanma dava dosyasında imzalı beyanlarında kullandıkları “mal” ifadesi Yargıtay’ın ve Dairemizin yerleşmiş uygulamalarına göre mal rejiminin tasfiyesini de kapsar. Zira bahsedilen “mal” tabirinden mal varlıklarına ilişkin aynı ve şahsi hakların tamamının anlaşılması gerekir. Taraflar boşanma koşullarını karşılıklı bu şekilde kabul etmişlerdir. Bu kabulden sonra davacının sanki bu yönde bir anlaşma yapılmamış gibi taşınmaz üzerinden tasfiye talebinde bulunması hakkın kötüye kullanılması niteliğindedir. Hakkın kötüye kullanılmasını hukuk korumaz.” (www.uyap.gov.tr, Erişim Tarihi: 15.05.2023).

⁷³ Yargıtay 8. HD. T. 28.02.2013, E. 2012/5107, K. 2013/2379 (www.uyap.gov.tr, Erişim Tarihi: 15.05.2023).

Yargıtay bir kararında, mal rejiminin tasfiyesi konusunda anlaşmış olması durumunda yapılan anlaşmanın geçerliliğini malvarlığı değerlerinin ismen ve tek tek sayılması suretiyle açıkça belirtilmesi şartına bağlamıştır. Örneğin; taşınmazların ada ve parsel numaralarının, taşınır malların niteliklerinin ve araçların plakalarının anlaşmada açıkça belirtilmesi gerekmektedir⁷⁴.

B. Yargıtay'ın Protokolde Yer Alan Beyanlara Rağmen Katılma Alacağına İlişkin Dava Açılabileceği Yönündeki Bazı Kararları

Yargıtay yukarıda aktarılanların aksine anlaşmalı boşanma protokolündeki beyanlara rağmen eşlerin katılma alacağı konusunda dava açabileceği yönünde vermiş olduğu kararlar da mevcuttur. Yargıtay vermiş olduğu bir kararda *“her türlü maddi (parasal) şahsi eşyalarımızı karşılıklı olarak aldık ve bu konuda birbirimizden alacağımız bulunmamaktadır. Boşanma sebebiyle birbirimizden tedbir, yoksulluk nafakası veya herhangi bir şekilde maddi ve manevi tazminat talebinde bulunmuyoruz”* şeklindeki beyanı, mal rejiminin tasfiyesi davası açılmasına engel olarak görmemiştir⁷⁵. Ancak dikkat edilirse bu protokol tarafların şahsi eşyaları ile tazminat ve nafaka taleplerine ilişkindir. Protokolde açıkça nafaka ile maddi ve manevi tazminat taleplerinin olmadığı belirtilmiştir.

Aynı yönde verdiği bir başka kararında ise Yargıtay, *“mal veya eşya paylaşımı ile ilgili herhangi bir isteğim yoktur”* şeklindeki ifadeye rağmen tasfiye davası açılabilmesine hükmetmiştir. Kararın gerekçesinde Yargıtay şu görüşlere yer vermiştir:

“... Protokole yönelik açıklamalar ışığında davacının boşanmanın fer ‘ilerinden olan maddi, manevi tazminat, yoksulluk nafakası vb. açıkça feragat ettiği sabit ise de mal rejiminin tasfiyesine konu olan evlilik birliği içinde edinilen taşınır ve taşınmazlardan kaynaklanan haklarından feragat ettiği kabul edilemez. Anlaşmalı boşanma protokolünde mal rejiminin tasfiyesine ilişkin düzenlemelerin bulunması ve bu yöndeki anlaşmaların geçerli olabilmesi için düzenlemenin mal rejiminin tasfiyesine ilişkin olduğunun duraksamaya yer vermeyecek şekilde tek tek ve ismen sayılmak suretiyle açıkça belirlenmiş olması gerekir. Uyuşmazlık konusu protokolün bu ha-

⁷⁴ **Uluç, Yusuf**, Mal Rejimleri ve Tasfiyesi, Yetkin Yayınları, Yetkin Yayınları, Ankara 2014, s. 568; **İçöz Demirel / Kömür**, s. 124. Ancak Yargıtay HGK T. 27.11.2013, E. 2013/185, K. 2013/1601 sayılı kararında: *“tarafların karşılıklı mal taleplerinin bulunmadığına dair protokoldeki ifadenin mal rejiminden kaynaklanan alacağı da kapsadığının anlaşılmasına göre...”* şeklinde karar vermiştir. (www.uyap.gov.tr, Erişim Tarihi: 15.05.2023).

⁷⁵ Yargıtay 8. HD. T. 28.05.2012, E. 2012/144, K. 2012/4855 (www.uyap.gov.tr, Erişim Tarihi: 15.05.2023).

liyle mal rejiminin tasfiyesini kapsadığını söylemek güçtür. Hangi hususları içerdiği muğlâk olan protokolün TMK'nın 166/3 maddesine uygunluğu kabul edilemeyeceğinden davacının boşanma davasına ilişkin dava dilekçesi ve yargılama oturumundaki beyanları esas alınarak aleyhine karar verilemez.”⁷⁶

Yargıtay bir başka kararda ise,

“ tarafların anlaşmalı boşandıkları, boşanma dosyasındaki protokolün 2. Bendinde “nafaka ve tazminat hususu olarak davacı eş davalı eşe 30.000 TL ödeme yapacak...”, 4. bendinde “eşyalar hususu”: Taraflar özel ev eşyaları konusunda anlaşmışlardır. Eşyalar davalı eşte kalacak bundan başka tarafların karşılıklı birbirinden eşyalar konusunda bir talepleri yoktur” şeklinde düzenlendiği, duruşmadaki imzalı beyanlarında “Davacının 30.000 TL ödemesini kabul ettiğini, evlilik birliği içinde edindikleri ev eşyalarını paylaştıklarını, ziynet, çeyiz ve kişisel eşyalarını aldıklarını” belirttikleri, boşanma hükmünde de “Tarafların anlaşmaları uyarınca ev eşyaları ile çeyiz, ziynet ve kişisel eşyalarını paylaşmış olduklarını belirttiklerinden bu hususta karar verilmesine yer olmadığına karar verildiği anlaşılmaktadır. Mal rejiminin tasfiyesi boşanma davasının eki niteliğinde değildir. Protokoldeki düzenleme, boşanma davasındaki taraf beyanlarından mal rejimine ilişkin açıkça bir anlaşma olduğu sonucu çıkarılamaz. O halde, mahkemece iddia ve savunma kapsamında deliller toplanıp, deliller değerlendirilerek sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde karar verilmesi doğru olmamış, bozulması gerekmiştir.” şeklinde hüküm kurmuştur⁷⁷.

Yargıtay 2017 yılında verdiği bir kararında şu şekilde hüküm kurmuştur:

“Kural olarak anlaşmalı boşanma davasında taraflar arasında akdedilmiş olan boşanma protokolünde yer alan mal rejimi hukukundan kaynaklanan anlaşma maddelerinin mahkeme kararında yer alması veya protokolün mahkemece onaylanması gerekir. Mal rejiminden kaynaklanan talepler boşanmanın ferilerinden olmadığından ayrıca dava konusu edilebilirler. Mahkemece, davacı Münevver’in boşanma davasında 09.04.2014 tarihli duruşmadaki “karşı taraftan herhangi bir eşya talebim yoktur” şeklindeki beyanının mahkeme içi ikrar niteliğinde olup görülmekte olan davada davacı aleyhine kesin delil

⁷⁶ Yargıtay 8. HD. T. 19.19.2013, E. 2013/872, K. 2013/12674 (www.uyap.gov.tr, Erişim Tarihi: 15.05.2023).

⁷⁷ Yargıtay 8. HD. T. 09.01.2018, E. 2016/6163, K. 2018/127; Yargıtay 8. HD. T. 08.06.2016, E. 2015/2792, K. 2016/10081 (www.uyap.gov.tr, Erişim Tarihi: 15.05.2023).

teşkil ettiği, davacının bu ikrarına rağmen görülmekte olan davayı açmasının hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olduğu, davacı Münevver'in beyanında geçen "eşya" kavramının taşınmaz ve taşınır mallar ile boşanmanın ferî niteliğinde olmayan mal rejiminin tasfiyesinden kaynaklanan "değer artış payı ve katılma alacağı" taleplerini de kapsadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmişse de; ulaşılan sonuç isabetli değildir. Şöyle ki; boşanma dava dosyasının incelenmesinde protokolün 2. maddesinde "davalı ve şahsım olan davacı birbirimizden tazminat ve nafaka talebimiz yoktur" şeklinde, 3. maddesinde "eşyalar taksim konusunda da anlaşma sağlanmıştır" şeklinde düzenlemeler bulunduğu, davacı Münevver'in duruşmada "davalı ile boşanma ve ferîlerin de anlaştık, buna göre davalıdan herhangi bir şekilde ziynet, eşya, maddi, manevi tazminat, tedbir ve yoksulluk nafakası talebim yoktur" şeklinde beyanda bulunduğu, mahkemece hükmün 3. bendinde " tarafların birbirlerinden tedbir, iştirak ve yoksulluk nafakası, maddi ve manevi tazminat, ziynet ve eşya talepleri olmadığından bu hususlarda karar verilmesine yer olmadığına" ve 8. bendinde "5 maddeden ibaret bila tarihli protokolün aynen tasdikine ve kararın eki sayılmasına" karar verildiği belirlenmiştir. Görüldüğü üzere gerek protokol içeriği gerekse hükme geçirilen mali hususlara ilişkin hüküm fıkrası ile tarafların karşılıklı anlaşmalarını bildirdikleri imzalarını taşıyan kararın verildiği duruşmadaki beyanları birlikte değerlendirildiğinde; tarafların karşılıklı olarak eşya ve ziynet taleplerinin bulunmadığının kabul edildiği, bunun dışındaki anlaşmanın boşanmanın ferî'i (eki) niteliğindeki konulara ilişkin olduğu, mal rejiminin tasfiyesi konusunda bir anlaşma yapılmadığı anlaşılmaktadır. TMK 166/3. maddesi uyarınca anlaşmalı boşanma kararı için; eşlerin boşanma ve boşanmanın eki niteliğindeki hususlarda anlaşmış olmaları gerekir. Mal rejiminin tasfiyesi boşanmanın eki niteliğinde olmadığından, anlaşma gerekli değildir. Ancak anlaşma olduğu takdirde boşanmayla birlikte hüküm altına alınmasına da yasal bir engel yoktur. Bu bakımdan mal rejiminin tasfiyesine ilişkin bir anlaşma yapılmadığı anlaşıldığından, davacı tarafından eldeki davanın açılmasına engel bir durum bulunmamaktadır. Açıklanan nedenlerle, mahkemece iddia ve savunma çerçevesinde taraf delilleri toplanarak tartışılması ve tüm deliller değerlendirildikten sonra talebin esası hakkında olumlu olumsuz bir karar verilmesi gerekirken, yazılı gerekçelerle davanın reddine karar verilmesi doğru olmamıştır." şeklinde hüküm kurmuştur⁷⁸.

⁷⁸ Yargıtay 8. HD. T. 26.12.2017, E. 2015/22210, K. 2017/17561 (www.uyap.gov.tr, Erişim Tarihi: 15.05.2023).

SONUÇ

Kanun eşlerin anlaşmalı boşanmaya ilişkin boşanma protokolünde belirlemeleri gereken mali sonuçlar konusunda herhangi bir sınırlama yapmamıştır. Doktrinde mal rejiminin tasfiyesine ve katılma alacağına ilişkin anlaşmaların anlaşmalı boşanma protokolünde bulunması gerekip gerekmediği tartışmalıdır. Yargıtay'ın verdiği yerleşik kararlara göre ise; eşler, mali konularda ve çocukların durumu hususunda mutlaka düzenleme yapılmalıdırlar ancak bunun yanında mal rejiminin tasfiyesi konusuna da diledikleri takdirde yer verebilirler.

Eşlerin boşanma protokolünde mal rejiminin tasfiyesinden doğan alacaklara ilişkin birbirlerinden herhangi bir talepte bulunmayacaklarına yönelik anlaşmaları halinde, eşlerin iradelerinin gerçekten bu yönde olduğuna ilişkin hâkimin tarafları bizzat dinleyerek kanaat getirdiği durumlarda anlaşmalı boşanmaya hükmedilebilecektir. Ancak sonrasında tarafların birbirlerinden konuya ilişkin talepte bulunmaları ise mümkün olmayacaktır. Buna karşılık mal rejiminin tasfiyesine yönelik genel bir feragatin söz konusu olmadığı hallerde ise, boşanma hükmünün kesinleşmesinden sonra da söz konusu talepler ileri sürülebilecektir.

Eşler arasında mal rejiminin tasfiyesine yönelik genel bir feragat iradesinin olup olmadığı hususu da çoğu zaman hâkimin yorum yaparak eşlerin gerçek ve ortak iradelerini araştırması ile mümkün olmaktadır. Hâkim yorum yaparken tarafların kullandıkları kelime ve deyimlere bağlı kalmamalı güven teorisine de başvurarak sonuca ulaşmaya çalışmalıdır.

Eşler arasında yapılan anlaşmalı boşanma protokolünde mali konulara ilişkin bir açıklama olmaması eşlerin mali konulara ilişkin taleplerinden vazgeçtikleri sonucunu doğurmaz. Bu durumda eşler mali konulara ilişkin taleplerini daha sonra da ileri sürebilirler.

Konuya ilişkin Yargıtay kararları da incelendiğinde her somut olayda farklı bir karar verildiğini ve istikrar kazanmış bir görüşün mevcut olmadığını görmekteyiz. Yargıtay'ın her somut olayı ayrı ayrı değerlendirdikten sonra somut olay adaletini sağlamak adına farklı kararlar vermesinin doğru bir uygulama olduğu söylenebilir. Ancak uygulamada çokça başvuru alan anlaşmalı boşanma davalarında taraflarca hazırlanan protokollere ilişkin genel birtakım kuralların kabul edilmesinin de faydalı olacağını düşünüyoruz.

KAYNAKÇA

- Acabey, Mehmet Beşir:** “Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Tartışmalı Bazı Konular Hakkında Düşünceler”, İzmir Barosu Dergisi, Y. 73, S. 2, Nisan 2009 (s. 169-214).
- Acar, Faruk:** Aile Hukukumuzda Aile Konutu- Mal Rejimleri ve Eşin Yasal Miras Payı, 6. Baskı, SEÇKİN Yayıncılık, İstanbul 2021.
- Akıncı, Şahin:** “Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Tasfiyesinde Karşılaşılan Bazı Me-seleler ve Çözüm Önerileri”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştır-maları Dergisi, C. 22, S. 3, Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, C. I, İstanbul 2016, (s. 165-190).
- Akıntürk, Turgut / Ateş, Derya:** Türk Medeni Hukuku- Aile Hukuku, C. II, 20. Baskı, Beta Yayınevi, Ankara 2017.
- Antalya, Gökhan:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt V/1, 1, Seçkin Yayıncılık, 2. Baskı, İstanbul 2019.
- Aras, Bahattin:** “Anlaşmalı Boşanma Davalarında Tarafların Tazminat ve Nafaka Talep-lerinin Karara Bağlanması”, Terazi Hukuk Dergisi, C. 5, S. 47, Y. 5, Temmuz 2010 (s. 73-87).
- Arsebük, Esat:** Medeni Hukuk, C. II, Aile Hukuku, Recep Ulusoglu Basımevi, Ankara 1940.
- Atmaca Ölkü Hande:** Anlaşmalı Boşanma Protokolü Nasıl Düzenlenmelidir?, Seçkin Yayıncılık, İstanbul 2021.
- Burcuoğlu, Haluk:** “4711 Sayılı Yeni Medeni Kanunun Boşanma Düzenlemesinin Eleştirisi ve Uygulamada Karşılaşılabilecek Sorunlar”, Antalya Barosu Dergisi, Y. 25, S. 5/51, Şubat 2004 (s. 40-69).
- Çakın, Akın:** Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması Nedeniyle Boşanma, Ankara 2007.
- Ceylan, Ebru:** İsviçre, Fransa, Belçika, İspanya ve İtalya Hukukundaki Boşanma Se-beplerinin Türk Hukukuyla Mukayesesi ve Değerlendirilmesi, Uyuşmazlık Mahke-mesi Dergisi, Yıl. 6, Sayı. 12, Aralık 2018, s. 315- 334.
- Doğan, İzzet:** “Anlaşmalı Boşanma”, İstanbul Barosu Dergisi, C. 81, S. 5, 2007. (s. 1933-1943).
- Dural, Mustafa / Öğüz, Tufan / Gümüş, Mustafa Alper:** Türk Özel Hukuku- Aile Hukuku, Cilt III, 19. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2024.
- Elçin- Grassinger, Gülçin:** “Boşanma Davasında Eşlerin Boşanmanın Tali Sonuçları-na İlişkin Konularda Anlaşma Yapmaları ve Konu ile İlgili İsviçre Federal Mahke-mesi Kararları”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası Prof. Dr. Türkan Rado’ya Armağan Sayısı 1997, C. LV, S. 3 (s. 235 -242).
- Erdem, Mehmet:** Aile Hukuku, Güncellenmiş 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2018.

- Eren, Fikret:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Düzeltilmiş 18. Baskı, Yetkin Yayınları, İstanbul 2015.
- Ergün, Ömer:** “TMK’nun 166’ncı Maddesinde Düzenlenen Boşanma Nedenleri”, Sosyal Bilimler Araştırma Dergisi, Prof. Dr. Hüseyin Hatemi’ye Armağan, Y. 3, S. 6, Eylül 2005 (s. 431-457).
- Esener, Turhan:** Boşanmanın Fer’i Neticelerine Dair Mukaveleler, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 8, S. 3-4, 1951 (s. 610-628).
- Gençcan, Ömer Uğur:** Boşanma Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2006.
- Güneşlioğlu, Filiz:** Boşanma ve Boşanmanın Hukuki Sonuçları, Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisan Tezi, İstanbul 2009.
- Gümüş, Mustafa Alper:** Teoride ve Uygulamada Evliliğin Genel Hükümleri ve Mal Rejimleri, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2008.
- Hatemi, Hüseyin / Kalkan- Oğuztürk, Burcu:** Aile Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2016.
- Helvacı, Serap:** “İsviçre ve Türk Hukuklarında Boşanma Sebepleri”, Prof. Dr. Ömer TEOMAN’a 55. Yaş Günü Armağanı, C. 2, İstanbul 2002 (s. 1151-1269).
- İçöz Demirel, Derya / Kömür Ebru:** Anlaşmalı Boşanma Protokolünün Düzenlenmesi ve İhlali, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023.
- İnan, Ali Naim / Yücel, Özge:** Borçlar Hukuku- Genel Hükümler, 4. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2014.
- Kılıçoğlu, Ahmet:** Aile Hukuku, 7. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2024.
- Köseoğlu, Bilal / Kocaağa, Köksal:** Aile Hukuku ve Uygulaması, Ekin Yayınları, Bursa 2011.
- Nomer, Haluk:** Anlaşmalı Boşanma Protokolünden Dönülebilir mi? (Can a Divorce Settlement Agreement be Rescinded?), Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XVIII, 2021/2, s. 583-591.
- Oğuzman, M. Kemal / Dural, Mustafa:** Aile Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 2001.
- Oğuzman, M. Kemal / Öz, M. Turgut:** Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C. I, 21. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2023.
- Öncü, Özge:** “Eşlerin Anlaşmalı Boşanma Çerçevesinde Mal Rejiminin Tasfiyesine Yönelik Olarak Yaptıkları Anlaşmalar ve Bu Anlaşmaların Uygulamada Doğurduğu Sorunlar”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref ERTAŞ’a Armağan, C. 19, Özel Sayı- 2017 (s. 793-835).
- Özdemir, Nevzat:** Türk İsviçre Hukukunda Anlaşmalı Boşanma, Beta Yayınevi, İstanbul 2003.
- Özdemir, Saibe Oktay:** Türk Hukukunda Boşanma Sisteminde Revizyon İhtiyacı, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, C. 35, S. 1, s. 29-46.

Öztan, Bilge: Aile Hukuku, 5. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2004.

Palamut, Mehmet E.: Medeni Hukuk, Alfa Yayınları, İstanbul 2004.

Reisoğlu, Safa: Türk Borçlar Hukuku- Genel Hükümler, 24. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul 2013.

Sağıroğlu, Mehmet Şerif: Neden Boşandılar? Talent Yayınları, İstanbul 2009.

Sargın, Elif: "Türk Hukukunda Anlaşmalı Boşanmanın Şartları Üzerine Bir İnceleme", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, DOI: 10.15337/suhfd.644225 (s. 349-387).

Sarı, Suat: Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimi Olarak Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, Beşir Kitabevi, İstanbul 2007.

Seçer, Öz: "Anlaşmalı Boşanmada Eşlerin Yaptıkları Anlaşma", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 7, S. 2, 2016 (s. 259-286).

Seçer, Öz: "Türk ve İsviçre Hukukunda Anlaşmalı Boşanma ve Fiili Ayrılık Sebebiyle Boşanma", Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, S. 63- 64 (s. 39-69) (Anlaşmalı Boşanma).

Şanlı-Yalın, Şeyda: Türk Hukukunda Anlaşmalı Boşanma, İstanbul Aydın Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2017.

Şıpka, Şukran / Özdoğan, Ayça: Yargı Kararları Işığında Soru ve Cevaplarla Eşler Arasındaki Malvarlığı Davaları, On İki Levha Yayınları, 2. Baskı, İstanbul 2015.

Şimşek, Mustafa: Aile Mahkemelerinin Görevine Giren Davalar ve Yargılama Usulü, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2007.

Tekin, Helin Neval: Anlaşmalı Boşanma, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019.

Tekinay, Selahattin Sulhi: Türk Aile Hukuku, 7. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 1990.

Tutumlu, Mehmet A.: Boşanma Yargılaması Hukuku, C. II, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2005.

Uluç, Yusuf: Mal Rejimleri ve Tasfiyesi, Yetkin Yayınları, Ankara 2014.

Yargıç, Zeynep: Türk Hukukunda Anlaşmalı Boşanma Davası ve Hukuki Sonuçları, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2021.

Yetik, Nurten: Anlaşmalı Boşanma ve Mal Rejimleri, 3. Baskı, Bilge Yayınevi, Ankara 2008.

Yıldırım, Necdet: Uygulamada Boşanma Davaları ve Boşanma Davalarının Sonuçları, Pratik Uygulama Kitabı, Kartal Yayınları, Ankara 2008.

Yılmaz-Bilgin, Esra Pınar: Türk Hukukunda Anlaşmalı Boşanma, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016.

Zehir, İlknur Pınar: Boşanmanın Yan (Fer'i) Sonuç Sözleşmeleri, İstanbul 2007.

Zeytin, Zafer / Ergün, Ömer: Türk Medeni Hukuku, 6. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2022.

Vergi Kaçakçılığı Suçları^(*)

Tax Evasion Crimes

Prof. Dr. Enver BOZKURT^(**)

Tuğçe ÖZKEÇECİ^(***)

Öz:

Sosyal devlet anlayışına göre devlet halka kamu hizmeti niteliği taşıyan hizmetler sunar. Kamu harcamasını gerektiren söz konusu hizmetler sunulurken, hizmet kalitesinin ve sürekliliğinin sağlanabilmesi finansmanı gerektirir ki; bu noktada finansmanın kaynağının da geniş anlamda vergi ile olduğu kuşkusuzdur. Bir başka deyişle kamu harcamaları/kamu hizmetleri vergilerle finanse edilir. Çağdaş vergi sistemleri vergi ödevlerinin beyanına dayanır. Beyan esasının mükelleflerin mali gücüne/ödeme potansiyeline göre vergi alınmasının sağlayacağı kabulüne dayanmakla birlikte, vergilendirmede adalet ilkesi, mükelleflerin beyanlarının gerçek ve doğru olup olmadığının denetimi gerekli ve zorunludur. Bu gereklilik ve zorunluluğun etkin bir vergi denetimini gerektirdiği de açıktır. Vergileme konusu unsurların bir bölümünün devlete vergi olarak verilmesi, verginin somut bir karşılık içermemesi vergi adıyla yapılacak ödemenin boşa gittiği algısını da beraberinde getirdiğinden verginin devlete ödenmemesi için legal ve illegal yöntemlere başvurulduğu olgusuyla sıkça karşılaşılır. Maliye teorisinde “vergiye karşı tepkiler” başlığı altında incelenen tepkilerden biri de vergi kaçakçılığıdır. Makalemizde, kayıt dışı ekonominin en önemli nedenlerinden birini oluşturan vergi yasalarına açık aykırılık içeren eylemlerden oluşan vergi kaçakçılığı suçu incelenmektedir.

Anahtar Kelimeler:

Vergi, Vergi Kaçakçılığı, Mükellef, Vergiyi Doğuran Olay, Ceza.

Abstract:

According to the social state approach, there are issues that the state is responsible for providing to the public. These issues that the state will provide to the public are public services. While the state provides public services, it needs economic support to ensure the quality and continuity of this service. The source of this economic support is taxes. In other words, the source of financing public expenditures is taxes. The understanding of the modern tax system is based on the principle of declaration. Because the basis of declaration ensures that taxes are collected according to the payment potential.

^(*) Makale Hakem denetiminden geçmiştir.

Makalenin Editörlüğe Gönderildiği Tarih: 07.05.2024, Makalenin Kabul Tarihi: 29.06.2024.

^(**) Hasan Kalyoncu Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Gaziantep - Türkiye,

E-posta: enver.bozkurt@hku.edu.tr,

Orcid No: <https://orcid.org/0000-0002-1887-086X>.

^(***) Hasan Kalyoncu Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Kamu Hukuku, Tezli Yüksek Lisans Programı Öğrencisi, Gaziantep - Türkiye,

E-posta: tugceozkececi@gmail.com,

Orcid No: <https://orcid.org/0009-0002-2884-0514>.

Therefore, this situation is important in the implementation of the principle of justice in the taxation system. In this regard, it is important whether what the taxpayers declare is true or not. This reality makes an effective tax audit mandatory. People refrain from declaring some of the money they earn. Because, according to their understanding, giving a portion of the money they earn to the state as taxes leads to the belief that that money is wasted. Therefore, they are looking for various ways to avoid giving this money to the state. In this regard, the public's reaction to taxes is tax evasion. This situation leads to an informal economy. In our article, we will examine the crime of tax evasion, which is an act that is not in compliance with tax laws and reveal the elements of this crime in detail. With this goal, we will first make basic explanations and then explain tax evasion crimes.

Keywords:

Tax, Tax Evasion, Taxpayer, Tax-Giving Event, Penalty.

GİRİŞ

İnsanlar sosyal birer varlık olarak toplu halde yaşarlar; toplu yaşamın gereği olarak da bazı haklarını devlete devretmişlerdir veya devrettikleri kabul edilir. Bireylerce devredilen hakları edinmiş olan devlet toplumsal düzeni sağlamak için bazı kurallar belirler; belirlenen kurallara uyulmaması halinde ise uymayanlara yaptırımlar uygular. Gerek toplumsal düzenin kurulması gerek işleyişinin denetlenmesi devletin birtakım harcamalarda bulunmasını gerektirir. Devlet bu harcamaları vergilerden karşılar. Vergileri koyarken egemenlik yetkisine dayanan devlete vergileri de yetkisi kapsamında tahsil eder. Dahası vergi ödevini ifa etmeyenler için de müeyyide uygulamaktadır. Bu müeyyideler kural olarak Türk Hukukunda 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nda düzenlenmiştir. Bu yasada vergi yasalarına uygun olmayan eylemler ve bu eylemleri yapanlara uygulanacak müeyyideler belirlenmiştir. Makalemizin konusunu oluşturan vergi kaçakçılığı suçları da Vergi Usul Kanunu madde 359'da hüküm altına alınmıştır. Bu çerçevede makale üç bölümden oluşturulmuştur. İlk bölümde vergi kavramı, vergiden kaçınma, peçeleme ve vergi kaçakçılığına ilişkin genel tanımlamalarla vergi kaçakçılığının sebepleri bu suçun tarihsel gelişimi; ikinci bölümde veri kaçakçılığı suçunun unsuları kapsamında korunan hukuki değer maddi unsur (fiil ve netice), suçun faili ve suçun manevi unsuru; üçüncü bölümde vergi kaçakçılığı suçunda cezai sorumluluğu ortadan kaldıran ve azaltan haller ele alınmıştır.

I. GENEL ÇERÇEVE

A. Vergi Kavramı

Yaşanan tarihsel, ekonomik ve siyasal gelişmeler vergiye yüklenen olan işlevleri de değişime uğratmış tanımı da bu çerçevede farklılaşmıştır.¹

¹ Oktar, S. Ateş, Vergi Hukuku, 8. Baskı., Türkmen Kitapevi, İstanbul, 2012, s. 1.

Genel anlamda vergi, kamu ihtiyaçlarının giderilmesi ve devletin iktisadi ve sosyal yaşama müdahalede devreye giren en kuvvetli mali silahıdır. Söz konusu kavram mükellefiyete tabi olsun veya olunmasın genel olarak herkesçe bilinen bir kavramdır. Dikkat çekmek isteriz ki vergi kavramının Anayasa ve diğer yasalarda genel bir tanımı yapılamamıştır. Genel bir tarifinin yapılmamış olması bir engel teşkil etmeyip devletin masraflarının mükelleflerden yasal yolla ve en önemlisi mecburi bir şekilde tabii olan kişilerden karşılığının alınması olarak ortaya çıkmaktadır.²

Örneğin Selim Kaneti'ye göre vergi, hukuki mecburiyetler altında kamu-
nun ihtiyaçlarının özel kısımdan kamu kısmına karşılığı olmaksızın kesin bir
şekilde yapılması gereken parasal nitelikte ödemelerdir³.

B. Vergiden Kaçınma

Mükelleflerin vergiye yönelik tepkileri aktif veya pasif tepki olarak sınıflandırılmaktadır. İlk safhada mükellefler vergiye karşı pasif tepki gösterebilirler. Tüketimi azaltma, yatırım yapmaktan vazgeçme, verginin yansıtılması ya da vergiden kaçınma halleri mükelleflerin verginin artması halinde göstermiş olduğu pasif tepkilerdir. Vergi oranının artması halinde mükelleflerin tepkisi pasif tepkiyi aşarak aktif tepkiye dönüşebilmektedir. Aktif tepki boyutunda da mükellefler tepkilerini vergi kaçakçılığına yönelmek, vergiyi reddetmek ya da vergiye karşı isyan etmek gibi davranışlarla sergileyebilmektedirler.⁴ Vergiden kaçınma mevzuatta tanımlanmamış bir kavram olup, kavramın anlamı, kapsamı doktrince belirlenmiştir. En yalın yaklaşımıyla vergiden kaçınma, vergi yasalarına uygun olmayan eylemde bulunmadan, vergiyi doğuran olayı oluşturmada vergi yüküne katlanmama çabası olarak ifade edilebilir.⁵

Başka bir görüşe göre vergiden kaçınma, vergi ödememek için mükelleflerin yasaya aykırı davranmadan, vergili malı satın almaması, vergiyi meydana çıkaracak bir alanda ekonomik bir girişimde bulunmaması veyahut da yasada bulunan boşluklardan yararlanması ya da direkt vergiyi doğuracak olan olayla ilişki kurmamaya özen göstererek bu şekilde davranışlarda bulunulmasıdır.⁶

² Şenyüz, Doğa / Yüce, Mehmet / Gerçek, Adnan, Vergi Hukuku (Genel Hükümler), 8. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2017, s. 77.

³ Kaneti, Selim, Vergi Hukuku, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1986/1987, s. 4.

⁴ Oslu, Gülce, Sevim, Vergi Kaçakçılığı Suçu ve Cezası, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2013, s. 5.

⁵ Akdoğan, Abdurrahman, Vergi Hukuku ve Türk Vergi Sistemi, 6. Baskı, Gazi Kitabevi, Ankara, 2006, s. 164.

⁶ Tekin, Sabri, Vergi Teorisi, Anadolu Matbaacılık, İzmir, 1993, s. 104.

Vergiden kaçınma unsurlarına ilişkin OECD çalışmalarında ve raporlarında vergiden kaçınma için yapılan belirleme, mükellef konumunda olanların vergi yasaları çerçevesinde ancak bu yasaların konuluş gayesiyle çelişecek şekilde uygulama yapılması hali olarak ifade edilmiştir.⁷ Söz konusu tanımlamalar ışığında potansiyel vergi mükelleflerinin vergiden kaçınmayı sağlamak amacıyla vergilendirmeye tabi olan her nevi şeyi satın alınmaması, yüklü bir şekilde vergilendirilmesi mümkün olan hususlardan gereksinimden fazla alınmaması veya vergilendirmenin bahse konu olabileceği alanlardan vergilendirmenin söz konusu olmayacağı alanlara geçerek, vergiden kaçınabilmektedirler.⁸

Her ne kadar mükellefler bu yolları kullanmaya çalışsalar da VUK madde 3'te vergilendirmede, vergiyi doğuran olay ve bu olaya ilişkin muamelelerin gerçek mahiyetinin esas olduğu hüküm altına alınmıştır. Dolayısıyla söz konusu bu madde ile vergilendirmede yalnızca görünürdeki durumun değil, gerçek durumun esas alınacağı düzenlendiğinden vergiden kaçınma olarak sergilenmeye çalışılan eylemlerinin vergilendirme kapsamına girmesi de olasıdır.⁹

C. Peçeleme Kavramı

Türk Hukukunda peçeleme müessesinin dayandırıldığı hüküm VUK madde 3/b-1 hükmüdür. Bu hüküm vergi hukukunda ekonomik yaklaşımla da özdeşleştirilmektedir. Söz konusu hükmün vergiyi doğuran olayın belirlenmesi, hukuki görünümünün ötesine geçirilerek vergilendirmede ekonomik gerçekliğin öncelikli olarak nazara alınması gerekliliğini ifade etmektedir.¹⁰

Peçeleme mükelleflerin özel hukuk kurallarının vasıtasıyla ve türlü yöntemler kullanarak verginin doğumunu engelleyecek sözleşmelerle gerçekleştirilmekte; vergi ödevlilerinin özel hukuk kurum ya da kavramlarını kötüye kullanarak vergi kaçırmayı hedefledikleri bu bahisle de yapmış oldukları sözleşmelere peçeleme sözleşmesi denilmektedir.

Peçeleme sözleşmeleri ile vergi borcunun meydana çıkmasının engellenmektedirler ve bu sayede kendilerini vergi doğumundan kurtarmış olup akabinde de kendi nam ve hesaplarına haksız şekilde kazanç sağlamaktadırlar.

⁷ Günay, Özge, "OECD Yaklaşımı Çerçevesinde Vergi Kaçırma ve Vergiden Kaçınma", Vergi Dünyası, S. 312, 2007, s. 88.

⁸ Turhan, Salih, Vergi Teorisi ve Politikası, 6. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1998, s. 236.

⁹ Oslu, s. 7.

¹⁰ Şenyüz, Doğan, "Peçeleme ile Muvazaanın Hukuki Niteliği ve Arasındaki Farklar", Yaklaşım Dergisi, Cilt: 16, Sayı: 185, 2008, s. 24.

Peçelemenin tespiti için ekonomik yaklaşım prensibini kullanımı gerekmektedir. Mükelleflerin peçeleme sözleşmesini yaptığını kabul edebilmek için vergiyi kaçırma amacının öncelikli olarak tespiti gerekmektedir. Zira peçeleme sözleşmesinde iyi niyetten bahsedilmesi mümkün değildir.

Söz konusu peçeleme sözleşmesi, vergi hukuku ile özel hukukun ortak bir ürünü olarak kabul edilebilir. Peçeleme ile vergi yasalarını dolanılması söz konusu olmakta ve bu halde muvazaaya yaklaşmaktadır. Muvazaada da peçe- lemede de yasaya uygun davranılıyormuş gibi gösterilse de esasında kanuna uygun davranılmayarak yasa dolanılmaktadır.¹¹

Muvazaa ile peçeleme işlemi her ne kadar birbirine benzerlik gösterse de muvazaada tarafların asli ve gerçek olan iradelerine uyulmadan işlem yapılması ve bu iradelerine aykırı yapılan işlemde de tarafların haberinin olması halidir.¹²

Peçeleme de ise iki işlem varmış gibi gözükse de aslında tek işlem vardır¹³ ve yapılmak istenilen işlem ile ortaya çıkan işlem aynıdır.¹⁴ Bu işlem ile eko- nomik neticeyi saklayacak şekilde bir nevi hukuksal giydirme kılıflandırmanın yapıldığı işlemdir.¹⁵

Ekonomik yaklaşım prensibi gereğince vergilendirmede yapılan işlemin asli amacından hareket edildiği için peçeleme işleminin söz konusu olduğu durumlarda vergilemeye konu olacak husus peçeleme işlemi yokmuşçasına hareket edilerek yapılacaktır.¹⁶

D. Vergi Kaçakçılığı Kavramı

Kaçakçılık suçu 01.01.1999 tarihinden önce VUK madde 344'te tanımlanmıştır. 4369 sayılı yasayla değişiklik yapılmıştır ve 344'üncü maddede düzenlenen kaçakçılık suçları iki fıkra olacak şekilde "Kaçakçılık Suçları ve Ceza- ları" başlıklı olmak üzere 359'uncu maddede düzenlenmiştir.

¹¹ Örs, Tuğba, Türk Vergi Hukukunda Kanuna Karşı Hilenin Karşılığı Olan Peçeleme ile Muvazaanın Yeri ve Örneklendirilmesi, Tezsiz Yüksek Lisans Dönem Projesi, Pamukkale Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Denizli, 2021, s. 6-7.

¹² Oğuzman, Kemal / Öz, Turgut, Borçlar Hukuku: Genel Hükümler, 11. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, Cilt: I, 2013, s. 131.

¹³ Kaneti, s. 239.

¹⁴ Akkaya, Mustafa, Vergi Hukukunda Ekonomik Yaklaşım, Turhan Kitabevi, Ankara, 2002, s. 104.

¹⁵ Öncel, Mualla / Kumrulu, Ahmet / Çağan, Nami, Vergi Hukuku, 20. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2011, s. 27.

¹⁶ Akman, Taylan, Şefik, "Vergi Hukukunda Peçeleme Kavramının Hukuksal ve Sosyolojik Analizi" Ankara Barosu Dergisi, Yıl: 66, Sayı: 3, 2008, s. 34.

VUK'nun 359'uncu maddesinde vergi kaçakçılığı suçu tanımlanmamış; yalnızca vergi kaçakçılığı suçunun unsurları hüküm altına alınmıştır.¹⁷

Kıldış vergi kaçakçılığını, vergi yasalarına aykırı davranışta bulunulması ve yasaları uygulamakla sorumlu olan idarenin almış olduğu tedbirlere karşı ge-
lerek vergiyi az ödeme hali olduğunu ifade etmiştir.¹⁸ Şafak/Akarca bu suçu
işletmenin ödemesi gereken vergiyi azaltmaya olanak sağlayan, vergi baskısı-
na karşı vergi yasalarına uygun düşmeyen hareketler olarak tanımlamışlardır.¹⁹
Alptürk'ün görüşüne göre, mükelleflerin bile isteye vergilendirme yapılacak
gelirinin beyanının dışında bırakması ile suç niteliğindeki eylemi yapmış olma-
ları olarak ifade etmektedir.²⁰ Kaşıkçı'ya göre, VUK madde 359'un kaçakçılığı
ilişkin ifadelerin bu eylemi tam manasıyla karşılamadığı bu bahisle kaçakçılık
ifadesi yerine hile ifadesinin kullanılmasının daha doğru olacağı ancak hile
ifadesinin de geniş bir anlam taşıması sebebiyle kullanılmasının yerinde ol-
mayacağını ifade ederek her eylem için başkaca nitelendirmenin yapılması
gerektiğini savunmuştur.²¹

Özetlemek gerekirse söz konusu kavram hukuka uygun olmayan yöntem-
lerle vergi yükünün azaltılmaya çalışılmasıdır. Bu bahisle vergi ödenmemesi
ya da az vergi yüküne tabi olmak için hukuka uygun olmayan hareketlerde
bulunulmasıdır.²² Vergi kaçakçılığına ilişkin çeşitli tanımlamalar yapılsa da ma-
kalemizde esas olarak VUK madde 359 temel alınarak ilerlenecektir.

E. Vergi Kaçakçılığının Sebepleri

Vergi kaçakçılığı ekonomik, hukuki ve sosyal yapıyı olumsuz etkilemekte-
dir. Bu olumsuz tesirlerin yıkıcı etkisi bulunabilmektedir. Bu bahisle vergi ka-
çakçılığının sebeplerinin incelenmesi olayın özüne değinebilmek bakımından
önem arz etmektedir.

¹⁷ Oslu, s. 10.

¹⁸ Kıldış, Yusuf, "Kayıt Dışı Ekonominin Ulusal-Uluslararası Boyutu ve Çözüm Önerileri", Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, Cilt: 2, Sayı: 2, 2000, s. 2.

¹⁹ Akarca, Âkif / Şafak, Mehmet "İşletmelerde Vergi Planlamasının Önemi", (Çevrimiçi) https://www.muhasabebet.net/mh_0208_isletmelerde%20vergi%20planlamasinin%20onemi.html (Erişim Tarihi: 10.07.2024).

²⁰ Alptürk, Ercan "Vergi Kaçakçılığı ve Karapara Aklama Faaliyetlerine Karşı Mücadelede İnterpol ve Europol", Lebib Yalkın Mevzuat Dergisi, Sayı: 22, 2005, s. 163.

²¹ Kaşıkçı, Mahmut, Türk Hukukunda Vergi Kaçakçılığı Suçları, Ethemler Yayıncılık, İstanbul, 2007, s. 5-14.

²² Edizdoğan, Nihat / Taş, Metin / Çelikkaya, Ali, Vergi Ceza ve Yargılama Hukuku, Ekin Yayınevi, Ankara, 2007, s. 89.

Şahsın vergiyi ödememek istememesinin sebeplerin belirlenmesinde yalnızca ekonomik sebeplerin nazara alınmasının yeterli olmadığı, ekonomik etkenin yanında psikolojik, ahlaki, kültürel, siyasi ve idari etkenlerin de rolünün olduğu dikkate alınmalıdır.²³

Bahse konu olan kavramın sebepleri noktasında bir tasnif yapılmasının güçlüğü, doktrindeki görüş ayrılıkları nedenleriyle farklı tasnifler bulunmaktadır.²⁴

1. Tarihi Sebepler

Osmanlı İmparatorluğu zamanında Tanzimat öncesi dönemde resim ve vergilerin ismi, miktarları ve oranları zamana, yere ya da mükellefe göre değişiklikler göstermiştir. Vergilerin bir bölümü nakdi olarak bir bölümü de ayın olarak alınmıştır. Esas olarak bu dönemde vergilerin temelini şeriat oluşturmuştur. Şer'i vergilerin yetmediği durumlarda padişah tarafından örfi vergiler konulmuştur. Genel vergi gelirlerinin büyük bir çoğunluğunu, hayvancılık, tarımla gayrimüslim olan erkeklerden alınmış olan cizyeler gibi hususlar oluşturmaktadır.²⁵

Toplumların vergi hususundaki tutumlarında gelenek bulunmaktadır.²⁶ Osmanlı döneminde halktan alınan vergiler sarayın aşırı gereksinimlerini karşılamak için kullanılmıştır. Batılı demokrasilerde gerçekleşen sanayileşme ülkemizde gerçekleşmediğinden ülkemizde vergi bilinci oluşmamıştır. Bu sebeplerle günümüzde halktan alınan verginin amaca hizmet etmediği anlayışının temeli buraya dayanmaktadır. Dolayısıyla da vergi konusunda mükellefin aktif ve pasif tepkisi ortaya çıkmaktadır.²⁷

2. Sosyal Sebepler

Toplu yaşamının gerektirdiği ortak gereksinimlerini gidermek için öncelikli olarak başvuru olan yöntem vergidir ve vergi kavramı tarihsel süreçte en eski kavramlardan biridir.²⁸ Vergi ülkelerin ekonomik, sosyal ve politik şartları çerçevesinde oluşur. Özellikle belirtmek isteriz ki vergi toplumsal bünyenin bir parçası konumundadır ve toplumsal bünyede olan ya da oluşacak değişikliklerin etkisinde kalmıştır ve bu bahisle kavramsal değişikliğe uğramıştır. Başlarda

²³ Oslu, s. 11.

²⁴ Kaşıkçı, s. 18-37.

²⁵ Oslu, s. 12.

²⁶ Edizdoğan / Taş / Çelikkaya, s. 47.

²⁷ Oslu, s. 13.

²⁸ Mutluer, M. Kâmil, Öner, Erdoğan, Kesik, Ahmet, Teoride ve Uygulamada Kamu Maliyesi, Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2007, s. 83.

vergi diye verilen hususlar vatandaşların iradesiyle hediye ya da rica neticesinde devlete yardımış gibi verilmiştir. Daha sonra kamusal gereksinimlerin artması ve bu gereksinimlerin karşılanmasının devletten istenilmesi halinde gönüllü ödeme halinden çıkmış ve mecburi bir ödeme haline gelmiştir.²⁹

Dolayısıyla söz konusu bu mecburi ödeme hali, kazancını düzenli olarak arttıran kimselerin olumsuz tepkiler vermesine neden olmuştur. İnsan olmanın doğası gereği kazancını arttırma yöneliminde olan şahsın zorla kazancının azaltılmasına yönelik olan davranışlara tepki vermesi olası bir durumdur.³⁰

Ülkemizde toplanan vergi gelirlerinin şahısların ihtiyaç duyduğu alanlarda kullanılmaması, yolsuzluk ve rüşvet gibi durumların söz konusu olması, kamunun kaynaklarının ihtiyaca yönelik kullanılmayarak israf edilmesi gibi durumlar mükelleflerde vergi ahlakı ve bilincinin oluşmasını engellemektedir. Vergi ahlakıyla mükelleflerin vergi hususundaki sorumluluklarını yerine getirmeleri kastedilmektedir. Vergi bilinci ile kamu hizmetlerinin yerine getirilmesi bakımından verginin konumunu ve yerini bilen bu bahisle vergiyle ilişkili olarak vergi ödevinin ifa edilmesi noktasındaki istekliliği ifade etmektedir.³¹

3. Mali ve Ekonomik Sebepler

Birçok mükellef tarafından, gelir düzeyi ve vergi oranlarının yüksek olması kayıt dışılığın sebebi olmaktadır.³² Mükellefleri bu duruma iten en önemli faktör ekonomidir.

Verilen vergiler her ne kadar topluma hizmet olarak dönüleceği bilinse de mükellefin bunu somut halde görmek istemektedir.³³ Dolayısıyla vergi oranları ile kayıt dışı ekonomi arasında doğrudan bir bağlantı olduğu söylenebilmektedir. Devletlerin uygulamış olduğu yanlış politikalar sebebiyle bütçe açıkları ortaya çıkmakta ve bu açığı kapatmak isteyen devlet, vergi oranlarını arttırmaktadır. Bu durum da mükellefleri vergi kaçırmaya yönlendirmektedir³⁴ Çağdaş vergi sisteminin hedefi vergi yükününün eşit şekilde dağıtımının sağlanmasıdır.

²⁹ Öner, Erdoğan, Vergi Hukuku ve Türk Vergi Sistemi, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013, s. 237.

³⁰ Oslu, s. 13.

³¹ Karakoç, Yusuf "Türkiye'de Vergi Kayıp ve Kaçakları Önlenmesi Yolları", 19. Maliye Sempozyumu Kitabı, Bursa, 2004, s. 101-102.

³² Çelikkaya, Ali, "Mükelleflerin Vergiye Gönüllü Uyumunu Etkileyen Faktörler", E-Akademi Dergisi, Sayı: 5, 2002 (Çevrimiçi) <http://www.e-akademi.org/makaleler/acelikkaya-1.htm> (Erişim Tarihi: 10.07.2024).

³³ Bahşi, Seda, "Vergi Kaçakçılığının Nedenleri", İzmir YMMO Dergisi, Cilt: 1, Sayı: 2, 2019, s. 90.

³⁴ Topçu, Halil, İbrahim, Vergi Denetimi Beyan Dışı Ekonomi İlişkisi İstanbul Örneği, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2005, s. 76.

Ancak pratik hayatta çeşitli sebeplerle bilhassa da ekonomik sebeplerle bu durumun tam anlamıyla gerçekleştiği söylenememektedir.

Ülkemizde gelir dağılımı noktasında adaletsizlik vardır. Geliri düşük olup buradan düşük pay alanlar ek iş yaparak kayda tabi olmadan gelir elde etmektedir. Kayıt dışı ekonominin getirisi kayıtlı ekonomiden daha fazla olduğu için kayıt dışı ekonomiye doğru bir yönelim söz konusu olmaktadır.³⁵

4. Hukuki Sebepler

Vergi yasaları sade ve net olmalıdır. Aynı zamanda bu yasalarda sürekli değişiklikler yapılmamalıdır. Ülkemizde vergi mevzuatımızda sürekli olarak yapılan değişiklikler, yeni çıkarılan kanunlar söz konusu mevzuatı açık ve net olmaktan çıkarmaktadır. Ancak vergi hukuku hazinenin gelir ihtiyaçlarına göre değişmektedir. Bu durumda mevzuatta sürekli değişikliğe sebep olmaktadır.

Vergi yasalarının anayasal ilkeler olan vergi adaleti, hukuk devleti ve vergilerin kamu ihtiyaçlarının karşılığı olması gibi ilkelere uyumlu olması gerekmektedir. Fakat mevzuatın hazinenin gelir ihtiyaçlarına göre şekillenmiş olması bu mevzuatın anayasal ilkelere uyumluluktan çok hazinenin gelir ihtiyaçlarına uyumlu hale geldiğini göstermektedir. Dolayısıyla bu noktada hem mevzuatta hem de uygulamada bir karmaşa bulunmaktadır.

Devletin vergi kaçıranlara karşı uygulayacağı cezai müeyyidenin de etkin ve caydırıcı nitelikte olması gerekmektedir. Dolayısıyla vergiyi ödemekten kaçanlar önleneyecektir. Fakat sıklıkla af kanunu çıkarılmasıyla da cezanın önleyici etkisi azalmış olup vergi kaçırانlar af kanundan güç almaktadırlar.³⁶

5. Küreselleşme ve Vergi Kaçakçılığı Sebepleri

Hayatımızın birçok noktasını küreselleşme etkilemektedir. Etkilenen bu birçok noktanın içinde kamu maliyesinin yapısıyla kamusal gelir-gider bünyesi de etkilenmiştir.³⁷ Teknolojinin gelişmesiyle artmakta olan küreselleşme sonucunda üretim faktörleri ve iktisadi hususlar ülkelerin sınırlarını aşacak şekilde hareket etmeye başlamıştır.³⁸

³⁵ Aydemir, Şinasi, "Kayıt Dışı Ekonomi Üzerine (II)", Vergi Dünyası Dergisi, Sayı: 162, 1995, s. 41.

³⁶ Oslu, s. 17-18.

³⁷ Oslu, s. 18.

³⁸ Vural, Yaşar, İstiklal "Küreselleşme Sürecinde Türk Vergi Sistemi ve Ulusal Rekabet Gücü", Prof. Dr. Aytaç Eker & Yrd. Doç. Dr. Ayşegül Eker'e Armağan Kitabı, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, İzmir, 2012, s. 215.

Küreselleşmenin artmasıyla sermaye ve emeğin vergilendirme bölgeleri arasında bağımsız bir şekilde hareket edilebilmesi, vergi politikalarının belirlenmesinde hükümetlerin yetkilerini sınırlamıştır. Çok yüksek tutarda olan kurumlar vergisi ile karşı karşıya kalan şirketler faaliyet alanlarını başkaca yere kaydırması ya da tüketicilerin alışverişlerini vergilendirmenin daha düşük olduğu alanlara kaydırması gibi örnekler verilebilir. Dolayısıyla teknolojik ilerlemelerle hem üretim faktörleri hem de tüketici konumundakilerin uluslararası düzeyde hareketliliği ulus devletlerin vergi politikalarını belirlemesinde önem arz etmektedir.³⁹

Küreselleşmenin ortaya çıkmasıyla şahıs ve kurumların; ticareti elektronik ortamda gerçekleştirmesi, vergi cennetleri, yeni finansal ürünler, transfer fiyatlandırması ve tercihli vergi rejimleri gibi yüklü olan vergilerini azaltabilecekleri ya da vergiyi kaçırabilecekleri yeni mekanizmalar ortaya çıkmıştır.⁴⁰

Küreselleşmenin olumsuz etkileri uluslararası düzeydedir. Dolayısıyla söz konusu problemin tüm ülkeleri ilgilendirmesi hasebiyle uluslararası vergi iş birliği arttırılmalıdır. Akabinde de uluslararası denge gözetilerek vergi politikaları belirlenmelidir.⁴¹

II. VERGİ KAÇAKÇILIĞI SUÇUNUN UNSURLARI

A. Korunan Hukuki Değer

Genel itibariyle vergi suçlarıyla korunan fayda, hazinenin faydasıdır. Bu bahisle esas olan devletin vergi alacağını güvence altına almasıdır. Bu alacağın güvence altına alınmasıyla kamu yararı da koruma altına alınmaktadır. Bir başka deyişle devletin ekonomik boyutta olan yararının zarar görmemesi için vergilendirmede istenilmeyen tutumların engellenmesi ve vergi gelirlerinin teminine engel olacak fiillerin başlangıçta engellenmesi temel olan durumdur.

Bu suçta her suçtaki gibi kamunun düzenini bozulmaması koruma altına alınmakla, asıl olan devletin yalnızca ekonomik boyutta olan kamusal düzenidir.⁴² Bir başka görüşe göre bu suçun günümüzdeki yapısı dikkate alındığında korunan

³⁹ Öz, Semih Uluslararası Vergi Rekabeti ve Vergi Cennetleri, Maliye ve Hukuk Yayınları, Ankara, 2005, s. 260.

⁴⁰ Oslu, s. 19.

⁴¹ Ekmekçi Çalıcıoğlu, Esra, Küreselleşme ve Vergilendirmede Yeni Eğilimler, Kazancı Yayınları, İstanbul, 2010, s. 12.

⁴² Taştan, Mehmet, Vergi Kaçakçılığı Suçları, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015, s. 6.

hukuki faydanın beyana dayanan vergi sisteminin işleyişinde önemli bir yeri olan belge, defter ve kayıtlara karşı toplum tarafından duyulan güvendir.⁴³

Diğer korunan hukuki değerlerse mükellefin vergisini eksiksiz ve süresinde ödeyen, vergi düzenince gereken yükümlülüklerine tam manasıyla uyan ve hileli eylemlerde bulunmadan davranan dürüst mükelleflerin menfaatiyle devlet başta olmak şartıyla vergiyle ilgili hususlarda yetkili olan diğer tüzel kişiliklerinin ve toplumun tamamının vergiden kaynaklanmış olan gelirleri ve faydalarıdır.⁴⁴

B. Maddi Unsur

Vergi kaçakçılığı suçu VUK madde 359'da düzenlenmiş olup bu hükmün a, b ve c fıkralarında üç suç tipi şeklinde düzenlenmiştir. Söz konusu bu suç tiplerinin ilk ikisinin maddi hususu yani konusu benzerdir. Fakat üçüncü fıkrasında düzenlenen suçun maddi konusu farklılık arz etmektedir.

Bu sebeple, kaçakçılık suçlarının maddi konusunu şu şekilde iki başlık altında incelememiz gerekmektedir: İlk olarak vergi yasalarına göre düzenlenen ve tutulan ibraz ve saklanma lüzumu bulunan belge, defter ve kayıtlardır. Bu inceleme şekli a ve b fıkralarında bulunan suçlar açısından maddi konudur.

İkinci olarak Hazine ve Maliye Bakanlığıyla anlaşması olan şahısların basabileceği belgelerdir. Bu inceleme şekli c fıkrası bakımından maddi konu niteliğindedir.⁴⁵ Vergi yasalarına göre düzenlenen ya da tutulan ve ibraz ve saklanma lüzumu olan “defter, kayıt, belge” ayrı başlıklar altında incelenecektir.

C. Fiili Unsuru

Fiil, şahsın iradesiyle belirli bir neticeyi gerçekleştirmek için göstermiş olduğu tutumdur. Bir suçtan söz konusu edebilmek için suçun yasal tanımında olan bir fiil olmalıdır.⁴⁶ Bu suçun fiil unsuru VUK madde 359'da yer alan a, b ve c fıkralarında belirtilen eylemlerdir. Genel itibarıyla ceza hukukunda da olduğu gibi vergi hukuku perspektifinde de suçun söz konusu olabilmesi için yasaya aykırı bir fiilin yapılmış olması gerekmektedir.

⁴³ Özcan, Onur, Vergi Suçları, Seçkin Yayıncılık, Ankara, s. 98.

⁴⁴ Aslanpınar, Y. Burak, TCK'nın Genel Hükümleri Çerçevesinde Vergi Kaçakçılığı Suçları, Seçkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 77.

⁴⁵ Aslanpınar, s. 78.

⁴⁶ Özgenç, İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 8. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013, s. 161.

Başka bir ifadeyle diğer vergi yasalarına veya VUK uyarınca vergi sorumlusuna veya mükellef veyahut da diğer kişilerin yükümlülüklerine yönelik olan hükümlere aykırılık taşıması ve cezai yaptırım uygulaması olması gerekmektedir.⁴⁷ Bu suçun işlenebilmesi için yasada birden fazla eylem gösterilmektedir. Ancak bu hareketlerden yalnızca birinin gerçekleştirilmesiyle suç oluşmaktadır. Bu sebeple seçimlik hareketli bir suçtur.⁴⁸

VUK madde 359'da belirtilen eylemler bu suçun fiil unsurunu oluşturmaktadır. Öğretide VUK madde 359'da yer alan seçimlik hareketli suç olmasına ilişkin çeşitli görüşler bulunmaktadır. Bazı yazarların anlayışına göre VUK madde 359'un bütünü seçimlik hareketli suç olarak düzenlenmiştir. Dolayısıyla maddede belirtilen eylemlerden bir veya birkaçının yapılması halinde yalnızca tek suç işlenmiş olarak kabul edilecektir.⁴⁹

Başka bir anlayışa göre, bu suçta fıkraların altında yer alan bende göre seçimlik hareketli suç olarak kabul edilmektedir.

Söz konusu bu anlayışa göre aynı bent içerisinde yer alan eylemler seçimlik hareketli suç olarak düzenlemeye tabi olmuştur.⁵⁰ Dolayısıyla aynı bentlerde düzenlenmiş olan eylemlerin gerçekleştirilmesiyle tek suç işlenmiş olup tek ceza verilecektir.

Ayrı bentlerde söz konusu olan fiillerin gerçekleştirilmesinde de her biri ayrı suç olarak değerlendirileceğinden ayrı ayrı cezalar verilecektir.⁵¹

1. Vergi Yasalarına Göre Düzenlenen ya da Tutulan, İbraz ve Saklanma Mecburiyeti Olan Defter ve Kayıtlar (VUK Madde 359/a 'da Bulunan Fiiller)

VUK madde 359'da belirtilen "vergi yasaları" ifadesinden 213 Sayılı VUK olduğu anlaşılmakla, VUK hükümlerine tabi olan resim, vergi, harç yasalarıyla VUK'un tamamına veyahut da Dördüncü Kitabı'na gönderme yapılan yasalar da anlaşılmaktadır.⁵² VUK'un 172. ve 173. Maddesinde defter tutma zorunlu-

⁴⁷ Yiğit, Uğur, Vergi Kaçakçılığı Suçları ve Diğer Hürriyeti Bağlayıcı Vergi Suç ve Cezaları, Beta Yayınları, İstanbul, 2004, s. 43.

⁴⁸ Centel, Nur / Zafer, Hamide / Çakmut, Özlem, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 7. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2011, s. 253.

⁴⁹ Yiğit, s. 43.

⁵⁰ Şenyüz, Doğan, Vergi Ceza Hukuku, 6. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2012, s. 450.

⁵¹ Kaşıkçı, s. 269.

⁵² Candan, Turgut, Vergi Suçları ve Cezaları, 3. Baskı, Maliye Hukuk Yayınları, Ankara, Mayıs 2010, s. 61.

luğu olan gerçek ve tüzel kişiler sayılmıştır.⁵³ Bu düzenleme ile vergi kaçakçılığı suçlarının yalnızca vergi yasalarına göre tutulması zorunlu olan defterler üzerinde işlenebileceğı belirtilmiştir. Dolayısıyla bu suçun faili konumunda olabilmek için defter tutma yükümlüğü aranmamaktadır.⁵⁴

VUK madde 359 çerçevesinde tutulması zorunlu olan defterler VUK madde 171-226 arasında düzenlenmiştir. Bu maddelere ek olarak diğerk vergi yasalarıyla getirilen düzenlemeler de VUK madde 359 kapsamında sayılmaktadır. VUK madde 171’de defter tutmanın amaçları sayılmıştır.

TTK çerçevesinde ve diğerk kanunlar çerçevesinde de gerçek ve tüzel kişilerin tutması zorunlu olan defterler belirlenmiş ve diğerk yasalar kapsamında tutulması zorunlu olan defterlerin vergi yasaları uyarınca tutulma lüzumu yoksa vergi yasaları dışında kalan kanunlarda düzenlenen tutulması mecburi olan defterlerde yapılan fiiller VUK madde 359 kapsamınca vergi kaçakçılığı suçunu oluşturmayacaktır.⁵⁵ VUK madde 359’da yer alan “kayıtlar” ifadesinden vergi yasalarına göre tutulan defterdeki kayıtlar veya vergi yasalarında bulunan kayıtlar anlaşılmalıdır.⁵⁶

Belgelendirme hususu ise VUK’ta bulunan ya da bu yasanın Maliye Bakanlığı’na verdiği yetkiyle kullanma mecburiyeti olan belgeler ile yerine getirilir.⁵⁷

VUK madde 359 çerçevesinde suçun konusu niteliğindeki belgeler; vergi yasaları ve diğerk yasalarca saklanma, tutulma, düzenlenme ve ibraz zorunluluğu bulunan VUK madde 227 gereğince üçüncü kişilerle olan münasebet ve olaylara ilişkin olan kayıtların tevsiki amacıyla kullanılan belgelerdir.⁵⁸ VUK madde 227/3 gereğince söz konusu yasanın aradığı şekil koşullarını taşımayan belge hiç düzenlenmemiş sayılacaktır. Dolayısıyla da vergi kaçakçılığı suçunu oluşturmayacaktır.⁵⁹

VUK madde 359’da yer alan muhafaza mecburiyeti, VUK’un 253, 254 ve 255. maddelerinde ve diğerk vergi yasalarında da düzenlenmiştir. Söz konusu kanuna göre defter tutma zorunluluğu bulunan amortisman kayıtları ve

⁵³ Öner, Vergi Hukuku ve Türk Vergi Sistemi, s. 87.

⁵⁴ Kaşıkçı, s. 264.

⁵⁵ Yiğit, s. 63.

⁵⁶ Candan, s. 353.

⁵⁷ Öner, Vergi Hukuku ve Türk Vergi Sistemi, s. 89.

⁵⁸ Yiğit, s. 67-68.

⁵⁹ Kaşıkçı, s. 268-269.

yıllara yayılmış şekilde olan inşaat işleri istinasları haricinde tutulan defterle vermiş oldukları belgelerin örneklerini ve almış oldukları belgeleri ilgili oldukları senenin takip eden takvim senesinden başlayarak VUK'a göre defter tutma mecburiyeti olmayanların da almak zorunda oldukları gider pusulası, fatura ve müstahsil tarih sırasıyla tanzim tarihlerini takip eden takvim senesinden başlamak suretiyle 5 sene süreyle muhafaza sorumluluğu bulunmaktadır.⁶⁰

a. Hesap ve Muhasebe Hilesi Yapılması

VUK madde 359/a 'da belirtilen suç vergi yasalarına göre düzenlenen ya da tutulan ve ibraz ve saklanma mecburiyeti olan kayıt ve defterlerde hesap ve muhasebe hilesi yapılmasıdır. Bu bahisle hesap ve muhasebe hilesi yapılmasında değerlendirilmesi gereken maddi konu sadece defter ve kayıtlardır. Dolayısıyla “belgeler” bu suçun maddi konusunu oluşturmamaktadır. Hesap ve muhasebe hilesi ile yasal defterlere kaydı olması gereken hususların vergi matrahını azaltmak gayesiyle muhasebe prensiplerine aykırılık teşkil edecek şekilde değiştirilmesi yönünde yapılan hareketler şeklinde tanımlanabilir.⁶¹

Başka bir tanımla birden çok kayıt ile bir durumun saklanması, içeriklerinin farklılaştırılması ya da asıl olandan farklı gösterilmesi halini de muhasebe hilesi olarak tanımlayabiliriz. Bu durumda defterden ya da defter ve belgelerin karşılaştırılmasıyla fark edilen durumlar vergi suçu çerçevesinde hile sayılmalıdır. Muhasebe hilesi kapsamında hesap hilesi de vardır ve defter ya da kayıtlarda bilerek doğru olmayan toplamalar yapmak ya da defterler arasında doğru olmayan aktarmalar yapılması halinde bu suç oluşmaktadır. Söz konusu suçun oluşması için muhasebe ve hesap hilesinin yasal defterin kayıt sisteminde oluşması gerekmektedir.⁶²

Suçu oluşturan eylemlerin somut bicinde sayılmamış olması söz konusu bu suça yönelik incelemelerde kastın açıkça ortaya konulması uygun olacaktır. Bile isteye yapılması koşuluyla; çeşitli matematik hataları yapılması, rakamlarının yerinin değiştirilmesi, sıfırlar eklenmesi ya da çıkarılması, borcu alacak yerine kaydetmek, sayfalar arasında ya da bir defterden başka bir deftere doğru olmayan aktarımlar yapılması, amortisman ve yeniden değerlendirme hususlarında hatalı uygulamalar yapılması söz konusu suça örnek verilebilir.⁶³

⁶⁰ Candan, s. 353.

⁶¹ Karakoç, Yusuf, Vergi Ceza Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016, s. 279.

⁶² Aslanpınar, s. 98.

⁶³ Aslanpınar, s. 99.

Hesap ve muhasebe hilesi bakımından suçun eylemlerini belirlenmemiştir. Zira bu tür hileler çok sayıda olup her gün yenisinin meydana çıkabilmesi sebebiyle yasa koyucu bunları belirli bir şekilde saymamıştır. Ancak bu eylemlerin sayılmamasının çok çeşitli olması belirtilse de maddede bu hususta yasal bir tipe yer verilmemiş olması “suç ve cezaların yasallığı” ile “kıyas yasağı” prensiplerine aykırılık teşkil etmektedir.⁶⁴

b. Gerçek Nitelikte Olmayan ya da Kayda Konu İşlemlerle İlgisi Olmayan Şahıslar Adına Hesap Açılması

Söz konusu bu durum ile ifade edilmek istenen defterler ya da kayıtlar üzerinde gerçek olmayan borç ya da alacak ilişkisi oluşturulmasıdır. Eylemin temel hedefi, vergi matrahının olması gerekenden daha az olmasını sağlama ya çalışmaktır. Bu durum çoğu zaman mükellefin hasılatını kayıtlara almadan yani kayıt dışı bırakarak kendine yakınlar ya da güvenmiş olduğu şahıslar adına hesap açılması biçiminde gerçekleşmektedir.

Bahse konu olan bu eylem mükellefle ticari bir ilişkisi olmayan bir kişiyi, ticari işletmeye borçlu ya da bu işletmeden alacaklı gösterilmesi haliyle ortaya çıkabilmektedir ya da ticari işletmenin çalışanı konumunda olmayan bir şahsı çalışmış gibi göstermek, stoğu olan bir malı aslında yani gerçekte olmayan birine satılmış gibi göstererek deftere işlenmesi durumları bu suçun örnekleri niteliğindedir. Yargıtay da kayda konu edilen işlemlere ilgisi olmayan şahısların adına sahte nüfus cüzdanıyla şirket kurularak vergisel boyuttaki işlemlerin yapılmasıyla bu suçun oluşacağına ilişkin karar vermiştir.⁶⁵

Suçun oluşabilmesi açısından vergi kaybının olup olmadığı önem taşımaktadır. Bahse konu olan hesabın vergi yasalarına göre tutulması zorunlu defterlerde açılması gerekir. Dolayısıyla farklı bir deftere kayıt düşülmesi bu suçun oluşturmaz.

Bir diğer durum ise hesap açma işlemi söz konusu kayıtların büyük deftere aktarıldığı durumlarda ortaya çıkacaktır. Dolayısıyla yevmiye defterine yapılan kayıtlar bu suç çerçevesinde hesap açmak olarak nitelendirilmez. Önemle belirtmek isteriz ki zaten bu durum hesapların açılması, dağıtımı sadece günlük işlem ve olayların tutulmuş olduğu yevmiye defterinden büyük deftere aktarım ile mümkün olmaktadır.⁶⁶

⁶⁴ Edizdoğan / Taş / Çelikkaya, s. 96.

⁶⁵ Aslanpınar, s. 100.

⁶⁶ Aslanpınar, s. 101.

c. Çift Defter Tutulması

Bu suçun oluşması için yasal defterlerde kaydedilmesi zorunlu olan hususların başkaca kayıt ortamlarına kaydedilmesi ve söz konusu bu işlemin de vergi matrahının azaltılması neticesini ortaya çıkarması gerekmektedir. Bu bahisle çift defter suçu bakımından öncelikli olarak vergi yasalarına göre tutulması mecburi bir defterin olması ve bu bahisle failin defter tutma sorumluluğunun olması, resmi defterlere kaydı olması gereken hususların bir kısmının ya da tamamının diğer defter, belge ya da kayıt ortamlarına kaydedilmiş olması, yapılan eylemin vergi matrahını azaltıcı hareketlerin olması gerekmektedir.⁶⁷ Diğer kayıt ortamları ile anlatılmak istenen mükellefin işlem ve hesaplarını kaydedebileceği disk, bilgisayar, ajanda gibi fiziki ortamlar veya dijital ortamlardır. Bu ortamlar açısından bir sınırlama yoktur. Yasa koyucu da tek tek belirtmek yerine benzeri kayıt ortamları diyerek kapsamı genişletmiştir. Önemle belirtmek isteriz ki yasal defterlere kaydı mecburi olmayan işlemlerin başkaca defter ve belgelere kaydedilmesi hususu bu suç çerçevesinde değildir.⁶⁸

d. Defter, Kayıt ve Belgelerin Tahrif Edilmesi

Tahrif ile anlatılmak istenen söz konusu olacak şeyin aslını bozma, değiştirme anlamındadır. Tahrif etmek de bozmak, değiştirme anlamındadır. Bu durum Türk Dil Kurumu Sözlüğü ile sabittir. VUK madde 359 yer alan suçun ifadesine ve Türk Dil Kurumu'nun tahrif etmek kelimesinin anlamından yola çıkıldığında bu suçu defter, kayıt ve belgelerin bozularak değişime uğraması olarak ifade etmek yerinde olacaktır.

Mükellefin tutmuş olduğu özel defter ya da kayıtlarda söz konusu suç işlenemez. Başka bir tanımlamayla söz konusu defter, kayıt ve belgelerdeki doğru nitelikteki belgelerin sonrasında değiştirilmesi ve bu defter, kayıt ve belgelerin yanlış bilgilerle doldurulması VUK madde 359 çerçevesinde tahrif etmedir.⁶⁹

Bu suçtan bahsedebilmek için belgenin sahte olmayan gerçek bir belge olması gerekmektedir. Zira ayrı bir vergi kaçakçılığı suçu konusu olan sahte belgelerde tahrifat bu suçu oluşturmamaktadır. Yargıtay da bu durumu böyle kabul etmektedir. Tahrifatın belgenin aslında veyahut da nüshasında yapılması gerekmektedir. Örnek vermek gerekirse tahrifatın faturada yapılması. Bunun yanı sıra söz konusu suç mükellefin kullandığı belgeler ile düzenlendiği belgelerde de

⁶⁷ Aslanpınar, s. 102-103.

⁶⁸ Yiğit, s. 125.

⁶⁹ Aslanpınar, s. 103.

olabilmektedir. Bir diğer husus da tahrifatın vergilendirmeye ilişkin bir belgede olması gerekmektedir ve matrahı azaltmaya yönelik ve yarayacak nitelikte olmasıdır. Zira kastın vergi matrahını azaltmaya yönelik olması aranan bir durumdur.⁷⁰

e. Belge ve Defterlerin Gizlenmesi, İbraz Edilmemesi

VUK madde 359'da yer alan tanımdan yola çıkıldığında suçun maddi konusu defter ve belgelerdir. Defter ve belge dışındaki materyal ve kayıtların incelenmesi için ibraz edilmemesi durumunda madde kapsamında yer alan gizleme oluşmayacaktır. Bunun yanı sıra söz konusu suçun mevzu bahis olabilmesi için öncelikli olarak ibraz edilmeyen belgelerin ya da defterlerin mevcut olduğuna ilişkin noterden alınmış tasdik kayıtları ve başka suretlerle ispatı gerekmektedir. Şayet mükellef defteri hiç tutmadıysa defteri bulunmadığı için ibraz etmemiştir. Dolayısıyla gizlemiş sayılmamaktadır.⁷¹

Gizleme eylemi sunmama biçiminde bir eylemdir. Sunmama durumunun "inceleme sırasında" ve "yetkili kimselere" karşı olması gerekmektedir. Bu durumda öncelikli olarak usulen uygun biçimde başlamış inceleme bulunmalıdır. VUK madde 135'te incelemeye yetkili kişiler açıkça belirtilmiştir. Bu kişiler vergi müfettişleri, bu müfettişin yardımcıları, vergi dairesi müdürleri, şehrin en büyük mal memurları olarak sayılmıştır. VUK madde 139 gereğince inceleme prensip olarak işyerinde yapılmaktadır. Ancak bu kuralın istisnalarının tespiti halinde dairede yapılması gerektiği belirtilmiştir. Tüm kurallara aykırı olmayacak şekilde mükellefe tanınan süreye rağmen ve mücbir sebep olmaksızın defter ve belgeleri saklanması halinde suç oluşacaktır.⁷²

f. Muhteviyatı İtibariyle Gerçek Olmayan Yanıltıcı Nitelikte Belge Düzenlemek

Bu husus VUK madde 359/a-2'de düzenlenmiştir. Bu hüküm gereğince bu belgeyi düzenleyenler ya da söz konusu belgeyi kullananlara ilişkin on sekiz aydan üç yıla kadar hapis cezası verileceği belirtilmiştir. İlgili maddede muhteviyat kelimesini muamele ya da durumu mahiyet ya da miktarı itibariyle doğru olmayacak şekilde yansıtan ve bu bahisle yanıltıcı nitelikte olan belgedir. Örneklemek gerekirse miktar ya da fiyat gibi hususların farklı şekilde belgede belirtilmesi söz konusu belgeyi muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge haline getirecektir.⁷³

⁷⁰ Yiğit, s. 129.

⁷¹ Özcan, s. 165.

⁷² Aslanpınar, s. 107-108.

⁷³ Aydın, Selda, "Gelir Üzerinden Alınan Vergilerde Vergi Kaybını Önleme Açısından Sahte veya Muhteviyatı İtibariyle Yanıltıcı Belgelerin Analizi ve Değerlendirilmesi", Vergi Sorunları Dergisi, S. 185, 2004, s. 30.

Muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belgeye ilişkin vergi idaresinin en geniş yorumu 84 Seri numaralı Katma Değer Vergisi Genel Tebliği'nde belirtilmiştir.

Bu tebliğe göre sahte belge ile gerçek bir durumu veya muameleyi yansıtmayarak olmayan hususları varmış gibi düzenleyen belgedir. Bu bahisle bir mal hareketi ya da hizmetin ifası bahse konu olmaksızın düzenlenmiş olan belgelerin sahte olarak kabulü söz konusu olacaktır.

Muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belgede ise gerçek bir durum ya da muameleye dayanarak söz konusu olan bu muamele ya da durum miktar veyahut da mahiyeti gerçeğe aykırı şekilde yansıtmaktadır. Bu bahisle hizmetin ya da malın miktarını gerçek değerinden çok ya da az gösteren; satıcı ya da alıcısı, seri numarası, tarihi tahrif edilmiş; hizmet ifası ya da mal teslimi gerçek olduğu fakat belge düzenlemeye yetkisi olmayanlar tarafından düzenlenmiş veyahut da ismine belge düzenlenmesi gereken şahıs yerine bir başkası ismine düzenlenmiş olan belgeler kullanan tarafından muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belgedir, düzenleyenler bakımından da sahte belge olarak kabul edilmektedir.⁷⁴ İdare bu durumu her ne kadar geniş yorumlasa da bu yorumda yer alan bazı hususlar yasadaki tanıma uymamakla ve bu bahisle kanunilik ilkesine aykırı bir netice ortaya çıkarmaktadır. VUK madde 359'da belirtilen tahrif etme eylemine ayrı bir suç şeklinde ayrıca yer verilmiş olmasına rağmen belgede yapılan tahrifat muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belgenin kapsamına dahil edilmek istenmiştir.

Diğer yandan bir belgenin düzenlemiş olan tarafından sahte belge, kullanan tarafından da muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge kabul edilmesi hukuken olanaklı değildir. Zira bahse konu olan belge "tek" tir ve yanı sıra VUK madde 359'da belirtilen suçun oluşmasında şahsı değil, kayıt, defter ya da belgeleri temel almaktadır. Dolayısıyla söz konusu işlemin her iki tarafı belgeyi kullanan ve düzenleyen için geçerli olmak kaydıyla bu belge ya muhteviyatı itibariyle yanıltıcıdır ya da sahtedir.

Söz konusu suçun oluşabilmesi için eylemin ilk kez düzenlenmesi esnasında gerçekleşmesi gerekmektedir. Belgenin düzenlenmesinin ardından belgenin içeriğine yapılacak müdahale tahrifat olarak kabul edilecektir.⁷⁵

Diğer yandan da ilgili kanun olan VUK yanıltıcı belge düzenleme suçunun oluşması açısından söz konusu belgenin kullanımını aramamaktadır.⁷⁶ VUK ta-

⁷⁴ Aslanpınar, s. 109-110.

⁷⁵ Yiğit, s. 141.

⁷⁶ Kızılot, Şükrü / Kızılot, Zuhâl, Vergi, Ticaret ve Ceza Hukuku Yönünden Kaçakçılık Suçları ve Nasyon Fatura, 4. Baskı, Yaklaşım Yayıncılık, Ankara, 2011, s. 559.

rafından aranmayan bu durum TCK'da yer alan özel evrakın sahte biçimde düzenlenmesi suçunun oluşması bakımından söz konusu belgenin kullanılmış olması ya da kullanımına bakılmaktadır.⁷⁷

Muhteviyatı itibarıyla yanıltıcı belgeyi örneklemek gerekirse; satılmış olan bir malın satış miktarının faturada gerçekte olandan yüksek ya da düşük gösterilmesi, satılmış olan elbiselik kumaşın faturaya elbise olarak yansıtılması ya da kumaş ceketin deri ceket olarak gösterilmesi, işçi-işveren ilişkisinde işverenin işçinin ücretini bordroda gerçekte olandan düşük göstermesi, esasında işletmeye ait olmayan maliyet ve giderlerin işletmeye ait gibi gösteren belgelerin niteliği muhteviyatı itibarıyla yanıltıcı belgedir.⁷⁸

2. VUK 359/b'de Yer Alan Fiiller

a. Kayıt, Defter ve Belgeleri Yok Etmek, Defterin Sayfalarını Yok Ederek Yerine Başka Yapraklar Koyulması ya da Hiç Yaprak Konulmaması

VUK madde 359/b gereğince vergi yasalarına göre tutulan ya da düzenlenmiş ve saklama-ibraz lüzumu olan defter, belge ve kayıtları yok edenler ve defter sayfalarını yok ederek o sayfalar yerine başka sayfa koyanlar ya da hiç koymayanların 3 yıldan 5 yola kadar hapis cezası ile cezalandırılacağı belirtilmiştir. Bu bahisle bu suçu ilk başlıkta defter, belge ve kayıtları yok etmek ikinci başlıkta defterin sayfalarını yok edilmesi ve yerine başka sayfa eklenmesi ya da hiç sayfa eklenmemesi olarak inceleyebiliriz. Söz konusu durumun ikinci başlığında bahse konu olan defterin bir ya da daha fazla sayfasının yok edilmesi ardından yerine başka sayfa ya da sayfalar eklenmesi ya da hiç eklenmemesi ile suç ortaya çıkmaktadır. Defterin sayfasının yok edilmiş olması bu durumun gerçekleşmesi bakımından yeterli olmakla yerine başkaca sayfa konulması seçimlik diğer hareket ile suçun meydana getirildiği anlamını ortaya çıkarmaktadır.

İlk durumda söz konusu belge, kayıt, defter bütünüyle yok edilmektedir. Bir başka ifadeyle şayet fail tüm yaprakları yok ederse defterden bahsedilemeyeceği ve “defter ve belgeleri yok etmek” eylemi ortaya çıkmış olacaktır.⁷⁹

Mükellef defterini tam tutmasına rağmen beyannamesini eksik verebilir. Eksik verirken defter ile beyanname arasındaki farklılığı gösteren sayfaları saklar ya da ortadan kaldırır.

⁷⁷ Karakoç, Vergi Ceza Hukuku, s. 288.

⁷⁸ Taştan, s. 68-69.

⁷⁹ Aslanpınar, s. 115.

Vergi incelemesi esnasında sayfaların koparıldığı fark edilmezse ya da zamanışımı süresinde incelenmezse verilen eksik beyanname üzerinden vergi ödenir. Eğer vergi incelemesi esnasında sayfaların koparıldığı fark edilirse ve mükellef tarafından bu sayfalar ibraz edilirse söz konusu bu madde gereğince mükellefe ceza verilmez.⁸⁰ Örnelemek gerekirse tutulmuş olan bir defter sayfasına mürekkep dökülmesi, boyanması, karalanması gibi okunamayacak hale getiren eylemler tahrif etmektir. Fakat bahse konu olan aynı sayfanın ateşle yakılarak kül haline getirilmesi veyahut da evrak imha makinesiyle çok ufak parçalara ayrılması yok etme şeklinde değerlendirilmelidir.⁸¹

Özellikle belirtmek isteriz ki VUK çerçevesinde saklama ya da ibraz zamanı geçmiş belgelerin yok edilmesi durumunda söz konusu suç oluşmayacaktır. Defter tutma zorunluluğu olmayanlar açısından bu suç işlenemeyecektir.⁸²

Vergi zıyayı durumu suçun unsuru niteliğinde değildir. Ancak çoğunlukla bu görüşe katılınılmasına rağmen bu anlayışa göre söz konusu suçun işlenmesindeki hedef ödenmesi gereken vergi matrahını gizlemek ve vergiye ulaşılmasını sağlayacak belgeleri meydandan kaldırmaktır. Bu bahisle başkaca defter ve belgelerden vergi matrahı belirlenebiliyorsa suçun oluşmadığı ileri sürülmektedir.⁸³

b. Sahte Belge Düzenlenmesi

VUK madde 359 perspektifinde sahte belge için yapılan tanımlamada gerçek durumda olmayan bir hususu varmış gibi yansıtan belgelerin düzenlenmesiyle ortaya çıkan belgedir. Söz konusu bu belgeyi “düzenlemek” ile kastedilen “ilk olarak” ortaya çıkarmak, meydana getirmektir. Bu açıdan suçun maddi unsuru, yasal şekle uygun belgeyi oluşturup o belgeye maddi anlamda varlık kazandırılmasıdır.⁸⁴ TCK kapsamında düzenlenen özel belgede sahtecilik suçunda, suçun oluşması için belgenin düzenlenmiş olması yeterli görülmemektedir. Akabinde bu belgenin kullanılması aranmaktadır. Fakat VUK bu açıdan TCK’dan farklılık göstererek yalnızca söz konusu belgenin düzenlenmiş olmasını yeterli bulmaktadır.⁸⁵

⁸⁰ Erman, s. 59.

⁸¹ Aslanpınar, s. 116.

⁸² Çavuş, Adnan, Suç Genel Teorisi Işığında Vergi Kaçakçılığı Suçları, Beta Basım Yayın Dağıtım, 2016, s. 134.

⁸³ Taştan, s. 77.

⁸⁴ Ok, Nuri / Gündel, Ahmet, Açıklamalı-İçtihatlı Ceza Mahkemelerinin Görevine Giren Vergi Kaçakçılığı Suçları, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2002, s. 224.

⁸⁵ Kızılot / Kızılot, s. 559.

VUK madde 359/b'ye göre belgenin sahte biçimde düzenlenmesi, olmayan aslının suretinin düzenlenmesi veya aslıyla uyumlu olmayan suret düzenlenmesi gibi ihtimaller bulunmaktadır.⁸⁶ Belgenin kısmi şekilde ya da bütünüyle sahte olarak düzenlenmesi mümkündür. Bütünüyle sahte belgede mevcut durumda hiç olmayan durum ya da muamele olabilir. Kısmi sahte belgede de gerçek bir durum ya da muamele ile gerçekte olmayan bir durum ya da muamelenin aynı belge içerisinde yer alması durumudur. Dolayısıyla kısmen sahte belgenin bahse konu olan muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belgeyle karıştırılmamalıdır.⁸⁷ Örnekleme gerekirse gerçekte 20 adet telefon satılmasına rağmen faturaya 20 adet telefonun yanında aslında gerçekte satımı söz konusu olmayan 5 tane telefon kılıfının satılmış gibi gösterilmesi hali sahte belgenin bir örneğidir. Dolayısıyla bu durumda muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge ile karıştırmamak gerekmektedir.⁸⁸

c. Sahte Belge Kullanımı

Sahte belge ifadesi sahte belge düzenlemek başlığının altında incelenmiştir. Bu bahisle sahte belge ifadesine ilişkin belirtilen hususlar sahte belge kullanmak eylemi açısından da geçerlidir. Muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge kullanmak başlığının altında incelenen hususlar kullanmak eylemi bakımından da geçerlilik arz etmektedir. Bu bahisle söz konusu başlığın altında yer alan açıklamalar sahte belge kullanmak açısından da geçerlidir.⁸⁹ Dolayısıyla yukarıda detaylıca açıkladığımız için tekrara düşmemek maksadıyla aynı açıklamalarda bu kısımda bulunmayacağız.

3. VUK madde 359/c Bakımından Eylemler

a. Maliye ve Hazine Bakanlığı ile Anlaşması Olan Şahısların Basabileceği Belgeleri, Bakanlıkla Anlaşması Olmadığı Durumda Basmak

İlgili hüküm olan VUK madde 359/c'ye göre öncelikli olarak basılmış bir belge olmalı, söz konusu bu belge bahse konu olan Maliye ve Hazine Bakanlığıyla anlaşması olan şahısların basabilme yetkisi olan belgelerden olmalı, son olarak da belgeyi basan şahsın söz konusu bakanlıkla anlaşması olmamalıdır. Bu bahisle ilk olarak basmak eylemi ile ne anlaşılması gerektiği incelenmelidir. Öğretide basmak kelimesinin anlamına ilişkin çoğunlukla kabul gören anlayış

⁸⁶ Karakoç, Vergi Ceza Hukuku, s. 292.

⁸⁷ Ok / Gündel, s. 224.

⁸⁸ Uğur / Elibol, s. 382.

⁸⁹ Aslanpınar, s. 120.

her çeşit vasıtalarla çoğaltmak anlamıdır. Fakat bu görüşe tam anlamıyla katılmak mümkün değildir. Çoğaltmak ile basmak aynı şey değildir. Zira basmak kelimesinin sözlük anlamı tabetmek, bası işi yapmaktır.⁹⁰

Suçun oluşması bakımından ikinci koşul olan söz konusu bakanlıkla anlaşması olan şahısların basabileceği belge hususunda bahse konu olan vergi kaçakçılığı suçunun konusunu oluşturan belgeler bu kapsamda olup VUK mü-kerrer madde 257'nin vermiş olduğu yetkiyle hazırlanan belgeler de kapsama dahildir. Bu belgelerin dışında kalan VUK'ta yer almış olan başkaca belgeler suçun konusunu oluşturmamaktadır. Zira bahse konu olan suçun konusunu oluşturan belgelerin yasada belirlenmemiş olmaması yasallık ilkesine aykırıdır.

Suçun oluşmasındaki son koşul geniş yorumlanmaktadır. Bu bahisle bu suçun faili önceden anlaşması olduğu halde anlaşma süresi bitmiş veya anlaşması feshedilen şahsın da söz konusu suçun faili olacağı şeklinde yorum yapılmaktadır.⁹¹ Bu suçun oluşması açısından belgeyi bastırmanın mükellef olup olmadığının önemi yoktur. Diğer yandan belge anlaşması olmaksızın basılmış olsa bile kanuni şekil koşullarını taşımıyorsa suçun oluşmamış sayılacaktır.⁹² Söz konusu suç anlaşması olmadan belge basılması ile gerçekleşmektedir. Bu bahisle anlaşma olmadan basılan belgenin içeriğinin doğru olup olmayışı ya da belgenin basılmasındaki gayenin söz konusu suçun oluşması bakımından bir önemi bulunmamaktadır.⁹³

b. Maliye ve Hazine Bakanlığıyla Anlaşması Bulunmayanların Basmış Olduğu Belgelerin Kullanımı

VUK madde 359/c 'de belirtildiği üzere bu belgelerin bilerek kullanılması halinde iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası yaptırımı uygulanacağı öngörülmüştür. Bahse konu suçun oluşması için ilk olarak meydana yukarıda açıklanmış olan şahıslar tarafından ve bahsedilen şekilde basılmış bir belge olmalıdır. Kullanma eylemi belgenin vasfına uygun bir amacın elde edilmesi hedefiyle hukuki işlem yapılmasıyla oluşur.⁹⁴

Şayet belge VUK madde 359/b çerçevesinde sahte belge ise bu eylem madde 359/b kapsamında değerlendirilmelidir. Özellikle belirtmek isteriz ki

⁹⁰ Ok / Gündel, s. 352.

⁹¹ Çavuş, s. 145.

⁹² Uğur / Elibol, s. 470.

⁹³ Erdem, Tahir, "Maliye Bakanlığı ile Anlaşması Olmadan Belge Basılması ve Bu Belgelerin Bilerek Kullanılması Suçları", Vergi Sorunları Dergisi, Sayı: 268, 2011, s. 88.

⁹⁴ Özcan, s. 217.

bu suçta kullanma eylemi “bilerek” yapılması gerektiği hususu VUK madde 359’da belirtilen diğer suçlara göre ayrıca belirtilmiştir.⁹⁵

D. Netice

Netice için en genel tanımlama dış dünyada meydana gelen değişikliktir. Makalemizin konusu olan vergi kaçakçılığı suçları bakımından netice kavramı ise 4369 Sayılı Kanun ile getirilen değişiklikle söz konusu suçu oluşturan eylemler bakımından “defterlere kaydı gereken hesap ve işlemleri vergi matrahının azalması sonucunu doğuracak şekilde tamamen veya kısmen başka defter, belge veya diğer kayıt ortamlarına kaydetmek” eylemi dışındaki eylemlerde hareketin yapılmasıyla netice meydana gelmektedir. Ancak çifte defter tutma eylemi neticeli suç şeklinde değerlendirilmektedir.⁹⁶

Çifter defter tutma eylemi haricinde vergi kaçakçılığı suçlarını meydana getiren eylemlerde suçun oluşması ile herhangi bir sonucun ayrıca meydana çıkmasının aranmadığından neticeli suç olarak kabul edilmektedir. Bu bahisle eylemin gerçekleşmesiyle netice ortaya çıkacağından suçun gerçekleşmesi bakımından ayrı bir şekilde neticenin varlığının olup olmaması önem taşımamaktadır.⁹⁷

E. Fail

1. Gerçek Kişilerde Fail

Bu suçların faili VUK madde 359’da tanımlanmış eylemi yapanlardır. Söz konusu suçla ilgili düzenlemeler eylem odaklıdır. Dolayısıyla suçu gerçekleştiren hakkında yasada belirleyici ve kısıtlayıcı bir ifadeye yer verilmemiştir. Bu sebeple söz konusu suç, özgü suç niteliğinde olmayıp herkes tarafında işlenmesi mümkün olan suçlardır. Bu husus belgeleri ve defteri ibraz etmeme eylemi açısından da geçerlidir. Zira suçun yasal tipinde faile ilişkin özel bir belirleme olmadığından bahse konu olan vergi kaçakçılığı suçları herkes tarafınca işlenebilir bir suç olma vasfını koruyacaktır.⁹⁸

Diğer yandan, fail konumunda olan şahsın sorumlu ya da mükellef olması gibi bir mecburiyet yoktur. VUK madde 8/4’te belirtilen söz konusu kanunun bahse konu olan madde ve devamında mükellef deyimi vergi sorumlularını

⁹⁵ Aslanpınar, s. 124.

⁹⁶ Şenyüz, Doğa, Vergi Ceza Hukuku, s. 494.

⁹⁷ Oslu, s. 68.

⁹⁸ Özcan, s. 122.

da kapsadığına ilişkin husus vergi kaçakçılığı suçu bakımından önem arz etmemektedir. Zira vergi mükellefinin işlemiş olduğu suçtan vergi sorumlusu sorumlu olmayacaktır. Özellikle belirtmek isteriz ki bu suç niteliğinden ötürü tek kişi tarafından işlenmesi söz konusu olduğundan “tek failli” suç olarak kabul edilmektedir.⁹⁹ Gerçek kişilerin fail olması durumu küçük-kısıtlılar, mirasçılar, vekil-çalışan-müşavir-muhasebeci ve adi ortaklıkta fail olarak incelenmektedir.

2. Tüzel Kişilerde Fail

4369 sayılı Yasa değişikliğinden önce tüzel kişiler kapsamında işlenen söz konusu suçun failleri direkt olarak kanuni temsilci olup olmadığı noktasında bazı tartışmalar bulunmaktaydı.¹⁰⁰ 4369 sayılı Yasayla VUK madde 333/3 maddesinde değişiklik yapılmış olup tüzel kişilik kapsamında işlenen söz konusu suçların failine ilişkin failin yasal temsilci olup olmadığına herhangi bir önem verilmeden suç niteliğinde olan eylemi meydana getiren şahıs olarak belirlendiği ifade edilmiştir.¹⁰¹ Böylelikle cezaların şahsiliği prensibine uyum sağlanmıştır.¹⁰²

F. Suçun Manevi Unsuru

Bu suçlar kasten işlenmektedir. Dolayısıyla bu suçların taksirle işlenmesi söz konusu değildir. TCK madde 22/1 gereğince de taksirli eylemin cezalandırılması için bu hususun yasada açıkça belirtilmesi gerekmektedir. Vergi kaçakçılığı suçunda da yasada açıkça bir hüküm olmadığından bu suç işlenirken kast olmadığı sürece cezalandırılması mümkün değildir. Söz konusu bu suç taksirle işlenememekte, icrai ve iradi hareketlidir. Bu bahisle ilgili hüküm TCK madde 21/1 olup kastın olmasıyla suç oluşmaktadır ve kast da yasadaki tanımın unsuru istenerek ve bilinerek gerçekleştirilmesidir.¹⁰³ Bu durumda gerek hareket gerekse de netice fail tarafınca istenmeli ve bilinmelidir.¹⁰⁴ Bilmeme gibi meydana çıkan yanılma durumlarında “yanlış bilme” hususu nazara alınarak kastın varlığının bulunmadığı kabul edilmektedir.¹⁰⁵

⁹⁹ Aslanpınar, s. 89.

¹⁰⁰ Erman, s. 26-27.

¹⁰¹ Özcan, s. 127.

¹⁰² Çavuş, s. 84.

¹⁰³ Aslanpınar, s. 124.

¹⁰⁴ Karakoç, Vergi Ceza Hukuku, s. 301.

¹⁰⁵ Özcan, s. 219.

Örnelemek gerekirse mükellef muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belgeyi ya da sahte belgeyi bilmeyerek kullanmışsa ve bu kullanma durumu bilgisi olmadan oluşmuşsa suç oluşmayacaktır.¹⁰⁶ Manevi unsurun varlığının tespiti 306 sayılı VUK Genel Tebliğiyle vergi dairesi inceleme elemanlarına bırakılmıştır.¹⁰⁷

Vergi kaçakçılığı suçları ani kasta işlenebilir ve tasarlama kastıyla da işlenebileceği kabul edilmektedir. Söz konusu suçlarda bir tanesi dışında diğerleri doğrudan veya olası kastla da işlenebilir.

Bu suçların dışında kalan suç VUK madde 359/c'dir. Zira bu madde de belirtilen bakanlıkla anlaşması olmayan şahsın basmış olduğu belgeleri bilerek kullanması hali söz konusudur.

“Bilerek” ifadesi özellikle belirtildiğinden TCK madde 21’in gerekçesinde de belirtildiği üzere bu suçun sadece doğrudan kastla işlenmesi mümkündür. Diğer yandan bahse konu olan bu suçlar genel kastla da işlenebilen suçlardır. Suçun meydana gelmesi için failin neticeye yönelik tutumda bulunması yeterli olmaktadır. Bu bahisle söz konusu suçlarda örneğin failin fazla ya da eksik vergi ödemek gibi belirli bir saikle eylemde bulunması gibi hususlar VUK madde 359’da aranmadığından söz konusu suçta özel kastın arandığından söz edilemez.¹⁰⁸

III. CEZÂİ SORUMLULUĞU KALDIRAN VE AZALTAN SEBEPLER

A. Zorunluluk Hali

Zorunluluk hali durumunun hukuka uygunluk nedeni mi yoksa kusurluluğu etkileyen bir durum mu olduğu konusunda görüş birliği bulunmamaktadır.¹⁰⁹ Vergi yasalarında ya da TCK’da vergi kaçakçılığı suçlarına ilişkin ayrı bir şekilde hukuka uygunluk nedeni gösterilmemiştir. Oktar’ın anlayışına göre vergi kaçakçılığı suçlarında sadece zorunluluk halinin hukuka uygunluk sebebi oluşturduğu kabul edilmiştir.¹¹⁰

Öğretide zorunluluk durumuna yol açacak durumun iflas olduğu kabulü vardır. Bu kabulün yanı sıra söz konusu durumun meydana gelmesinin ihti-

¹⁰⁶ Aydın, s. 31.

¹⁰⁷ Oslu, s. 78.

¹⁰⁸ Aslanpınar, s. 128.

¹⁰⁹ Centel, Nur / Zafer, Hamide / Çakmut, Özlem, s. 312.

¹¹⁰ Oktar, Salim, Ateş, “Muhasebe Hileleri ve Bir Hukuka Uygunluk Sebebi”, Vergi Sorunları Dergisi, Cilt: 32, Sayı: 249, 2009, s. 13.

mali düşük olduğundan ve sosyal imkanlarla örtüşmediğinden bahisle Kaşıkçı zorunluluk halini vergi kaçakçılığı suçları bakımından geçerli nitelikte bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul etmemektedir. Dahası vergi kaçakçılığı suçları açısından geçerli bir hukuka uygunluk sebebi bulunmadığını ileri sürmektedir.¹¹¹

Bir başka anlayışa göre de zorunluluk halinin şartlarının oluşup oluşmadığına göre değerlendirme yapılması gerektiği ileri sürülmüştür.

Bu bahisle inceleme yapılırken bilhassa ağır ve kesin olması gereken tehlikeli hali failin bilerek neden olup olmadığı, tehlike altında olan hakla suçtan zarar gören ya da görmüş olan hak arasında belirli bir orantının olup olmadığı hususunda detaylı bir değerlendirme yapılmalıdır.¹¹²

Zorunluluk durumunu örneklemek gerekirse mükellefin bizzat kendinin neden olmadığı bir iflas tehlikesiyle karşı karşıya kalınması halidir. Bu anlayışa göre tehlikeyi bertaraf etmek amacıyla ve zorunluluk durumunda işlemesi muhtemel söz konusu suçtan cezalandırılmaması gerekmektedir. Fakat iflas tehlikesine ilişkin hususta şahsın gerçek manada kendisinin neden olmadığına ispatı zordur.¹¹³

B. Hakkın Kullanılması

Hukuka uygunluk sebeplerinden hakkın kullanılması hususu vergi kaçakçılığı suçları bakımından tartışılmıştır. Bir anlayışa göre söz konusu vergi kaçakçılığı suçlarında hakkın icra edilmesi yani kullanılması bir hukuka uygunluk sebebi olmayacaktır.¹¹⁴

Başka görüşe göre, belge ve defterleri gizleme, ibraz etmeme suçu açısından Anayasamızın 38. maddesi gereğince susma hakkının kullanılması durumu hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edilmiştir.¹¹⁵ Bu konu VUK madde 359/a bendinin iki numaralı alt bendi nazara alındığında bu bendin Anayasamızın 38. maddesine aykırı olduğu iddiası ve iptal talebi ile Anayasa Mahkemesi'ne taşınmıştır. Fakat Anayasa Mahkemesi bahse konu olan iptal talebini Anayasa madde 38'de belirtilen susma hakkının kapsamının ceza yar-

¹¹¹ Kaşıkçı, s. 197-199.

¹¹² Özcan, s. 226.

¹¹³ Yiğit, s. 46.

¹¹⁴ Erman, s. 25.

¹¹⁵ Özcan, s. 226.

gılamasında olan kovuşturma ve soruşturma kısımları için geçerli olduğunu ve iptale konu olan hükmün böylesi bir vasfı olmadığı, vergi yükümlülüklerin verilmiş olan bir vazifeye ilgili olarak herkesin kendi oranında vergiye katılım sağlamasını ve ödeme yapma gerekliliği olan vergi miktarının tespiti için gerekli olduğu gerekçesini bildirerek reddetmiştir.¹¹⁶ Hakkın kullanılması durumunda hukuka uygunluk sebebinde yararlanılabilen diğer durum da yine gizleme suçu açısından oluşabilecektir. VUK madde 139/4 bakımından haklı bir gerekçeyle mühlet alınması durumunda ve kural olarak mühlet sonrasında belge ve defterin sunulması durumun da hukuka uygunluk hali olarak kabulü söz konusu olacaktır.¹¹⁷

C. Tehdit, Cebir, Korkutma ve Şiddet

Söz konusu bu durumlar vergi kaçakçılığı suçları bakımından ceza verilmeyecek hususlar olup bu durumlara çok sayıda örnek verilebilmektedir. Zira kaçırılarak ya da şiddete maruz bırakılarak veyahut da başına silah dayanarak, korkutularak söz konusu vergi kaçakçılığı suçunu işleyenlerin ceza sorumluluğu olmayacaktır.¹¹⁸

Kendi defterinde ya da belgelerinde olan usulsüzlüğü örtmek gayesiyle ticari faaliyette bulunduğu şahsa ait kayıtları cebir, tehdit veya ikrahla tahrif edilmesi durumunda söz konusu durumlar altında tahrif etme eylemini yapan şahsa ceza verilmeyecektir.¹¹⁹ Bir başka örnek ise incelemek için belge ve defteri talep edilen kişinin sahte fatura kullandığına ilişkin şüphe ya da ihbar bulunan mükellefin, söz konusu sahte faturayı düzenleyen şahıs tarafından tehdide maruz kalarak belge ve defterleri ibraz etmemesi hali de örnek olarak gösterilebilir.

D. Hata

Hata hususu TCK madde 30'da düzenlenmiştir. TCK madde 30/1 ile 30/4 kapsamında hata halinde suçu meydana getiren eylemi gerçekleştiren şahsın cezalandırılmaması gerektiği ifade edilmiştir. TCK madde 30/1'de eylemin icrası esnasında suçun yasal tanımındaki maddi hususları bilmeyen kişinin kasten hareket etmiş olmayacağı; TCK madde 30/4'te işlenmiş olan eylemin haksız nitelikte olduğu noktasında kaçınılmaz şekilde hataya düşen şahsın ce-

¹¹⁶ Aslanpınar, s. 130.

¹¹⁷ Özcan, s. 226.

¹¹⁸ Kızılot / Kızılot, s. 630.

¹¹⁹ Çavuş, s. 164.

zalandırılmayacağı belirtilmiştir. Bu bahisle TCK madde 30 perspektifinde hatanın niteliğinin esaslı hata olması halinde bir başka deyişle eğer suçu işleyen yanılmasaydı da bu suçu işlemeyecek durumda olması halinde bu hususun hata olarak anlaşılması gerektiği belirtilmiştir. Vergi kaçakçılığı suçları açısından bahse konu olan TCK madde 30’da belirtilen hata hükümleri uygulanacaktır. Örnekleme gerekirse B cinsinde inşaat ürünü aldığını bilen birine, faturada B cinsinde ürün yazsa da A cinsinde ürün satılması durumunda muhteviyatı itibarıyla yanıltıcı belge kullanma suçunda alıcı açısından hata oluştuğunun kabulü mümkündür.¹²⁰

E. Yaş Küçüklüğü

TCK perspektifinde yaş küçüklüğü dikkate alınmakta olup bu durum cezai sorumluluğu kaldıran bir hal ya da azaltan bir hal sonucunu doğurmaktadır. Verginin maddi ve şekli ödevlerini yerine getirecek olanların 18 yaş altı olma ihtimali bulunmamakla birlikte, nadiren de olsa sahte belge düzenleyen 18 yaşından küçük bir kimse olması halinde TCK madde 31 hükümlerinin uygulanması söz konusu olabilecektir.¹²¹

F. Sağır ve Dilsizlik, Akıl Hastalığı, Uyuşturucu ve Alkol Etkisinde Olma

TCK madde 32 ‘de “akıl hastalığı”, TCK madde 33’te “sağır ve dilsizlik” ve TCK madde 34’te “alkol ya da uyuşturucu madde etkisinde olma” hususları cezai sorumluluğu azaltan veya kaldıran nedenlerden biridir. Dolayısıyla yasanın aramış olduğu durumların bulunması halinde vergi kaçakçılığı suçları açısından ilgili hükümlerin uygulanması bakımından bir engel yoktur.¹²²

SONUÇ

Devletin sosyal ihtiyaçları karşılamak için en büyük gelir kaynağı vergilerdir. İnsanlar vergi öderken ceplerinden çıkan bu parayı kayıp olarak görmektedirler. Bu sebeple de bu kaybı en aza indirmek ya da hiç böylesi bir kayıp olmaması için türlü yollar denemektedirler. Söz konusu bu yolların kanuni olanı vergiden kaçınma eylemi olmakla yasal olmayan durumu ise vergi kaçakçılığı suçudur. Zira insanların vergiye vermiş olduğu en büyük tepki de vergi kaçakçılığıdır.

¹²⁰ Aslanpınar, s. 132.

¹²¹ Aslanpınar, s. 133.

¹²² Aslanpınar, s. 133.

Bu suç önceden vergi ziyaı suçuyla ilişkilendirilerek düzenlenmiş iken 4369 sayılı yasayla VUK'un 359. maddesinde düzenlenmiştir. Vergi yasalarında çok sık değişiklikler yapılmaktadır. Dolayısıyla halihazırda anlaşılması zor olan vergi hususu bu değişikliklerle de daha zor hale gelmektedir. Bu bahisle kanaatimizce vergi yasalarında sıklıkla değişiklik yapılması yoluna gidilmemelidir.

İnsanların vergiye karşı vermiş olduğu vergi kaçakçılığı eylemini bertaraf edebilmek için öncelikli olarak mükelleflere verginin öneminden bahsedilerek halk vergi konusunda bilince erişmelidir.

Kanaatimizce vergi denetimleri daha sık yapılmalı ve kayıt dışı ekonominin önüne geçilmelidir. Daha etkin bir denetim için de inceleme yapan şahıslar iyi eğitim almış olmalıdırlar ki bu hususları açıklayabilsinler.

Bir diğer husus ise halkı vergi kaçırmaya sürükleyen durum da vergi aflarıdır. Zira insanlar çok sık çıkan vergi aflarına güvenerek vergilerini ödemekten imtina etmekte hatta beyanlarını eksik vererek gizlemektedirler. Bu sebeple kanaatimizce yaptırımların gücüne inanılabilmesi için bu yaptırımların çürütecek eylemler devlet tarafından ihtiyaç duyulmadıkça yapılmamalıdır.

VUK madde 359'da vergi kaçakçılığına ilişkin yer alan düzenleme bu suç bakımından yeterli gelmemektedir. İlk olarak düzenlemelerin ekonomik hususların yanı sıra kültürel, sosyal, idari ve siyasi etkenler de nazara alınarak yapılması daha yerinde olacaktır. Zira ülkemizde bu suçun meydana çıkmasındaki temel sebep vergi yükümlüsü olan kişilerde vergi bilincinin olmamasıdır. Bu sebeple vergiyi toplamakla görevli olan idarenin uygulamalarda vergi bilincinin yerleşmesine yönelik tutumlarının olması bu suçun işlenmemesine etki edecektir.

KAYNAKÇA

- Akarca, A. / Şafak, M. "İşletmelerde Vergi Planlamasının Önemi", (Çevrimiçi) https://www.muhasabenet.net/mh_0208_isletmelerde%20vergi%20planlamasinin%20onemi.html, Erişim Tarihi: 10.07.2024.
- Akdoğan, A. (2006). *Vergi Hukuku ve Türk Vergi Sistemi* (6 b.). Ankara: Gazi Kitabevi.
- Akkaya, M. (2002). *Vergi Hukukunda Ekonomik Yaklaşım İlkesi*. Ankara: Turhan Kitabevi.
- Akman, T. Ş. (2008). Vergi Hukukunda Peçeleme Kavramının Hukuksal ve Sosyolojik Analizi. *Ankara Barosu Dergisi*, 66(3), 26-48.
- Alptürk, E. (2005). Vergi Kaçakçılığı ve Karapara Aklama Faaliyetlerine Karşı Mücadele Interpol ve Eurapol. *Lebib Yalkın Mevzuat Dergisi* (22).
- Aslanpınar, Y. (2021). *TCK'nın Genel Hükümleri Çerçevesinde Vergi Kaçakçılığı Suçları*. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Aydemir, Ş. (1995, Şubat). Kayıt Dışı Ekonomi Üzerine (II). *Vergi Dünyası*, 35-49.
- Aydın, S. (2004). Gelir Üzerinden Alınan Vergilerde Vergi Kaybını Önleme Açısından Sahte veya Muhteviyatı İtibariyle Yanıltıcı Belgelerin Analizi ve Değerlendirilmesi. *Vergi Sorunları* (185), 29-34.
- Bahşi, S. (2019). Vergi Kaçakçılığının Nedenleri. *İzmir YMMO Dergisi*, 1(2), 89-95.
- Candan, T. (2010). *Vergi Suçları ve Cezaları* (3 b.). Ankara: Maliye Hukuk Yayınları.
- Centel, N. / Zafer, H. / Çakmut, Ö. (2011). *Türk Ceza Hukukuna Giriş* (7 b.). İstanbul: Beta Yayınları.
- Çelikkaya, A. "Mükelleflerin Vergiye Gönüllü Uyumunu Etkileyen Faktörler", *E-Akademi Dergisi*, S. 5, 2002 (Çevrimiçi) <http://www.e-akademi.org/makaleler/acelikkaya-1.htm>, Erişim Tarihi: 10.07.2024.
- Çavuş, A. (2016). *Suç Genel Teorisi Işığında Vergi Kaçakçılığı Suçları*. Beta Basım Yayın Dağıtım.
- Edizdoğan, N. / Taş, M. / Çelikkaya, A. (2007). *Vergi Ceza ve Yargılama Hukuku*. Ankara: Ekin Yayınevi.
- Ekmekçi Çalıcıoğlu, E. (2010). *Küreselleşme ve Vergilendirmede Yeni Eğilimler*. İstanbul: Kazancı Yayınları.
- Erdem, T. (2011). Maliye Bakanlığı ile Anlaşması Olmadan Belge Basılması ve Bu Belgelerin Bilerek Kullanılması Suçları. *Vergi Sorunları Dergisi* (268).
- Ermann, S. (1988). *Vergi Suçları*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Fen Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Prof. Dr. Nazım Terzioğlu Basım Atölyesi.
- Günay, Ö. (2007). OECD Yaklaşımı Çerçevesinde Vergi Kaçırma ve Vergiden Kaçınma. *Vergi Dünyası* (312), 86-91.

- Kaneti, S. (1986/1987). *Vergi Hukuku*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları.
- Karakoç, Y. (2004). *Türkiye’de vergi Kayıp ve Kaçakları Önleme Yolları 19. Maliye Sempozyumu Kitabı*. Bursa.
- Karakoç, Y. (2016). *Vergi Ceza Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları.
- Kaşıkcı, M. (2007). *Türk Hukukunda Vergi Kaçakçılığı Suçları*. İstanbul: Ethemler Yayıncılık.
- Kıldış, Y. (2000). Kayıt Dışı Ekonominin Ulusal-Uluslararası Boyutu ve Çözüm Önerileri. *Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, 2(2).
- Kızılot, Ş. / Kızılot, Z. (2011). *Vergi, Ticaret ve Ceza Hukuku Yönünden Kaçakçılık Suçları ve Naylon Fatura* (4 b.). Ankara: Yaklaşım Yayıncılık.
- Mutluer, M., Öner, E. / Kesik, A. (2007). *Teoride ve Uygulamada Kamu Maliyesi*. İstanbul: Bilgi Üniversitesi Yayınları.
- Oğuzman, K. / Öz, T. (2013). *Borçlar Hukuku: Genel Hükümler* (Cilt I). İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- Ok, N. / Gündel, A. (2002). *Açıklamalı-İçtihatlı Ceza Mahkemelerinin Görevine Giren Vergi Kaçakçılığı Suçları*. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Oktar, S. (2012). *Vergi Hukuku* (8 b.). İstanbul: Türkmen Kitabevi.
- Oktar, S. A. (2009). Muhasebe Hileleri ve Bir Hukuka Uygunluk Sebebi. *Vergi Sorunları Dergisi*, 32(249), 7-14.
- Oslu, G. S. (2013). Vergi Kaçakçılığı Suçu ve Cezası. *Yüksek Lisans Tezi*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- Öncel, M., Kumrulu, A. / Çağan, N. (2011). *Vergi Hukuku* (20 b.). Ankara: Turhan Kitabevi.
- Öner, E. (2005). *Osmanlı İmparatorluğu ve Cumhuriyet Döneminde Mali İdare*. Ankara: Maliye Bakanlığı Yayını.
- Öner, E. (2013). *Vergi Hukuku ve Türk Vergi Sistemi* (2 b.). Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Örs, T. (2021). Türk Vergi Hukukunda Kanuna Karşı Hilenin Karşılığı Olan Peçeleme ile Muvazaanın Yeri ve Örneklenirilmesi. *Tezsiz Yüksek Lisans Dönem Projesi*. Denizli: Pamukkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- Öz, S. (2005). *Uluslararası Vergi Rekabeti ve Vergi Cennetleri*. Ankara: Maliye ve Hukuk Yayınları.
- Özcan, O. (2015). *Vergi Suçları*. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Özgenç, İ. (2013). *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (8 b.). Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Şenyüz, D. (2008, Mayıs). Peçeleme ile Muvazaanın Niteliği ve Arasındaki Farklar. *Yaklaşım*, 16(185), 24-27.

- Şenyüz, D. (2012). *Vergi Ceza Hukuku* (6 b.). Bursa: Ekin Yayınevi.
- Şenyüz, D. / Yüce, M. / Gerçek, A. (2017). *Vergi Hukuku (Genel Hükümler)* (8 b.). Bursa: Ekin Yayınevi.
- Taştan, M. (2015). *Vergi Kaçakçılığı Suçları* (2 b.). Ankara.
- Tekin, S. (1993). *Vergi Teorisi*. İzmir: Anadolu Matbaacılık.
- Topçu, H. İ. (2005). *Vergi Denetimi Beyan Dış Ekonomi İlişkisi İstanbul Örneği. Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi*. İstanbul: Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- Turhan, S. (1998). *Vergi Teorisi ve Politikası* (6 b.). İstanbul: Filiz Kitabevi.
- Uğur, H. / Elibol, M. (2015). *Açıklamalı-İçtihatlı Vergi Suçları*. Ankara: Adalet Yayınevi.
- Vural, Y. İ. (2012). *Küreselleşme Sürecinde Türk Vergi Sistemi ve Ulusal Rekabet Gücü, Prof. Dr. Aytaç Eker & Yrd. Doç. Dr. Ayşegül Eker'e Armağan Kitabı*. İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları.
- Yiğit, U. (2004). *Vergi Kaçakçılığı Suçları ve Diğer Hürriyeti Bağlayıcı Vergi Suç ve Cezaları*. İstanbul: Beta Yayınları.

Mirasbırakanın Saklı Payı İhlâl Etme Kastı ile Yapmış Olduğu Sağlararası Kazandırmaların Başlıca Görünüm Şekilleri^(*)

Inter Vivos Depositions by the Legator's Intentto Violate the Reserved Portion

Öğr. Gör. Buket BOZKURT^(**)

Öz:

Türk Miras Hukuku sisteminde mirasbırakana tasarruf özgürlüğü sınırları içinde kalmak koşuluyla, serbest bir şekilde tasarrufta bulunma özgürlüğü tanınmış bulunmaktadır. Tasarruf özgürlüğünün sınırını ise mirasbırakanın iradesi ile ortadan kaldırılamayan ve miras payının belirli bir oranından oluşan, saklı pay oluşturmaktadır. Saklı paylı mirasçıların saklı payları mirasbırakan tarafından bilmeden ya da bilinçli bir şekilde ihlâl edilebilmektedir. Ancak konumuz itibarıyla MK m. 565/IV kapsamında mirasbırakanın saklı payı ihlâl etmek kastı ile hareket etmiş olması gerekmektedir. Çalışmamızda mirasbırakanın saklı payı ihlâl etmek kastı ile yapmış olduğu sağlararası kazandırmaları uygulamada hangi yöntemlerle gerçekleştirdiği Yargıtay kararları ışığında incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler:

Saklı Pay, Mirasbırakan, Sağlararası, Kazandırma, Kasıt.

Abstract:

In the Turkish Inheritance Law system, the legator is granted the freedom to dispose freely, provided that it remains within the limits of the freedom of disposition. The limit of the freedom of disposition is the reserved share, which can not be eliminated by the will of the legator and consists of a certain proportion of the inheritance share. The reserved shares of the legator with reserved shares may be violated unknowingly or intentionally by the legator. However, as of our subject matter, within the scope of subparagraph 4 of Article 565 of the Turkish Civil Code, the legator must have acted with the intention to violate the reserved share. Our study focuses on the methods by which the legator realizes the inter vivos acquisitions made with the intention to violate the reserved share in practice. The decisions of the Court of Cassation on the subject are also analyzed.

Keywords

Reserved Share, Legator, Inter Vivos, Benefit, Intention.

^(*) Makale Hakem denetiminden geçmiştir.

Makalenin Editörlüğe Gönderildiği Tarih: 08.11.2023, Makalenin Kabul Tarihi: 01.10.2024.

^(**) Yozgat Bozok Üniversitesi, Yerköy Meslek Yüksekokulu, Yozgat - Türkiye,
E-posta: buket.bozkurt@bozok.edu.tr,
Orcid No: <https://orcid.org/0000-0002-5983-2544>.

GİRİŞ

Mirasbırakanın sağlararası bir tasarruf ile mirasçılardan saklı payını ortadan kaldırmak için yapmış olduğu kazandırmalar tenkise tâbidir (TMK m. 565/IV)¹. Bu hükümde Kanun Koyucu herhangi bir süre sınırlaması getirmemiştir. Eş söyleyişle, ölümden önceki bir yıl içinde yapılan kazandırmaların (TMK m. 565/IV) yanı sıra daha önceki bir tarihte yapılmış olan işlemler de bu hükmün kapsamındadır.

Mirasbırakan bu kazandırmalarını genellikle, muvazaalı işlemler, gizli bağışlar, karma bağışlar, vakıf kurma ya da ölünceye kadar bakma sözleşmeleri şeklinde yapmaktadır. Bu anlamda TMK m. 565/IV, kanuna karşı hilenin özel bir uygulama şekli olarak düzenlenmiştir².

I. MUVAZAALI İŞLEMLER YOLUYLA

A. Genel Olarak

Muvazaa taraflardan her birinin irade ve beyanları arasında isteyerek meydana getirmiş oldukları bir uygunsuzluk hâli olarak karşımıza çıkmaktadır³. Taraflar esasen yapmak istemedikleri bir sözleşmeyi sırf üçüncü kişileri aldatmak amacı ile yapmakta ancak yapılan sözleşme tarafların gerçek iradesine uygun olmadığı için hüküm ve sonuç doğurmamaktadır⁴.

Muvazaanın “*mutlak muvazaa (adi muvazaa)*” ve “*nispi muvazaa (nitelikli muvazaa)*” olmak üzere iki türü vardır⁵.

¹ EREN, Fikret: Türk Medeni Hukukunda Tenkis Davası, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, Ankara 1973, s. 92; OĞUZMAN, Kemal: Miras Hukuku, Gözden Geçirilmiş 6. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 1995, (Miras Hukuku), s. 230; TEKDOĞAN, Aydın: Mirasta Denkleştirme ve Tenkis Davaları, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2019, s. 202.

² EREN, Fikret / YÜCER AKTÜRK, İpek: Türk Miras Hukuku, 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020, s. 92; SEROZAN, Rona: Sağlararası İşlem Yoluyla Ölüme Bağlı Kazandırma, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul 1979.

³ EREN, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 22. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara 2017, s. 366; KILIÇOĞLU, Ahmet M.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Genişletilmiş 21. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2017, s. 232; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip / HATEMİ, Hüseyin / SEROZAN, Rona / ARPACI, Abdülkadir: Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Borçlar Hukukuna Giriş Hukuki İşlem Sözleşme, Cilt I, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2014, s. 345. OĞUZMAN / ÖZ muvazaayı “tarafların iradeleri ile beyanları arasında istenerek yaratılan uyumsuzluk ifadesinde muvazaadaki anlaşma unsurunun belirmedigini” ifade etmektedir. Bkz. OĞUZMAN, Kemal: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 1, Gözden Geçirilmiş 15. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2017, s. 128, dpn. 313.

⁴ EREN, Borçlar, s. 366; OĞUZMAN / ÖZ, s. 127, N. 411; ESENER, Turhan: Türk Hususi Hukukunda Muvazaalı Muameleler, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1956, s. 7.

⁵ OĞUZMAN / ÖZ, s. 129; EREN, Borçlar, s. 370. “*Gerek öğretilde ve gerekse uygulamada muvazaa, mutlak ve nispi muvazaa olarak iki gruba ayrılmaktadır; mutlak muvazaada taraflar herhangi bir hukuki işlem yapmayı (oluşturmayı) istemezler, yalnız görünüşte bir hukuki işlem için gerekli irade açıklama-*

Bir sözleşmenin türü ve içeriği belirlenirken ve yorumlanırken tarafların yanlışlıkla veya gerçek amaçlarını gizlemek için kullanmış oldukları sözcüklere bakılmaksızın gerçek ve ortak iradelerine bakılır (TBK m. 19). Kanun “irade teorisini”⁶ benimsediği için görünürdeki işlem kesin hükümsüzlük sebebiyle taraflar arasında hüküm ve sonuç doğurmamaktadır⁷. Gizli işlem ise tarafların gerçek iradesine uygun olduğu için kanunda öngörülmüş olan şekil kurallarına da uygun ise geçerli kabul edilmektedir.

Mirasbırakanın saklı payı ihlâl etmek kastıyla yapmış olduğu sağlararası kazandırmalar, ağırlıklı olarak muvazaalı işlemler aracılığıyla gerçekleşmektedir⁸. Genellikle görünüşte mevcut olan muvazaalı satış sözleşmesinin arkasına gerçekte bir bağışlama sözleşmesi gizleyen mirasbırakan, yapmış olduğu kazandırmanın karşılıklı bir kazandırma olduğu izlenimi vermekte ve bu sayede saklı paylı mirasçılarının tenkis talebini engellemeye çalışmaktadır.

Taraflar yazılı veya resmi şekilde yapmış oldukları bir sözleşmedeki muvazaanın yokluğunu ispat ederken yazılı delil getirmek zorundadırlar⁹. Uygulamada muvazaayı ispat etmek durumunda kalan üçüncü kişiler genellikle saklı paylı mirasçılar, önalım hakkı sahipleri ve alacaklılardır¹⁰. Hukukî işlemin tarafı olmayan üçüncü kişiler muvazaayı her türlü delil ile ispat edebilmektedir¹¹.

Mirasbırakanın muvazaalı işlemler yapmak suretiyle saklı payı ihlâl etme kastını taşınır, taşınmazlar ve tapuya kayıtlı olmayan taşınmazlar bakımından ayrı değerlendirmek uygun olacaktır.

sında bulunurlar; nispi muvazaada ise taraflar gerçekten belli bir hukuki işlem yapmak isterler, ancak onu saklamak amacıyla, bir başka hukuki işlemin kurulduğu görüşünü yaratmak üzere irade açıklamasında bulunurlar. Taraflar ister yalnız bir görünüş yaratmayı, ister ikinci bir gizli işlem yapmayı arzu etmiş olsunlar, görünüşteki (zahirî) işlem tarafların gerçek iradelerine uymadığından, ilke olarak herhangi bir sonuç doğurmaz. Muvazaada görünüşteki işlemin her türlü hukuki sonuçtan yoksun olması, tarafların ortak iradelerinin bu yolda olmasından kaynaklanmaktadır.” Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 2022/1-388 E., 2024/97 K., 14.02.2024 T. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 25.07.2024).

⁶ İrade teorisi insanın iç dünyasına, psikolojik durumuna ilişkin olarak beyan sahibi kişinin kullanmış olduğu söz ve kelimelere vermek istediği anlamı araştırmaktadır. Bu bakımdan beyan sahibinin irade beyanında bulunması halinde onun bu beyana vermek istediği anlam belirlenmek istenmektedir. Bkz. EREN, Borçlar, s. 149.

⁷ Türk ve İsviçre doktrinde hâkim olan görüşe göre görünürdeki işlemin kesin hükümsüzlük nedeniyle geçersiz olduğu yönünde olmakla birlikte, ilgili geçersizlik türünün yok hükmünde olduğunu savunan yazarlar da mevcuttur. Bkz. EREN, Borçlar, s. 373.

⁸ KOCAYUSUFAŞAOĞLU, Necip: Miras Hukuku, 3. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1987, s. 402; EREN, Fikret: Türk Medeni Hukukunda Tenkis Davası, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, Ankara 1973, s. 94 vd.; NAR, Ahmet: Tenkis Davası (Yayınlanmamış Doktora Tezi), Eylül 2015, s. 169.

⁹ EREN, Borçlar, s. 381.

¹⁰ EREN, Borçlar, s. 381; KAHVECİ, s. 199.

¹¹ KAHVECİ, s. 199.

B. Taşınmazlar Bakımından

1974 sayılı YİBK¹² ile birlikte muvazaalı işlemler miras hukukuna “*muris muvazaası*” olarak yansımıştır¹³. Muris muvazaasında mirasbırakan yapmış olduğu ivazsız bir kazandırmanın tenkise tâbi olmasını engellemek adına gerçekte bağışlamış olduğu taşınmazını satış veya ölünceye kadar bakma sözleşmesi gibi ivazlı bir sözleşme ile devredilmiş olarak göstermektedir¹⁴. Görünürdeki satış sözleşmesi tarafların iradelerine uymadığı için, gizli bağışlama ya da ölünceye kadar bakma sözleşmesi de kanunun öngörmüş olduğu şekil şartına uymadığı için geçersiz sayılmaktadır¹⁵. Bu durumda muris muvazaası nispi nitelikli bir muvazaa olarak vasıflandırılır¹⁶. Bu hâlde, miras hakkı çiğnenmiş olan bütün mirasçılar saklı pay sahibi olsun ya da olmasınlar, külli halef değil¹⁷

¹² Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu, 1974/1 E., 1974/2 K., 01.04.1974 T. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 26.07.2024).

¹³ DURAL, Mustafa / ÖZ, Turgut: Türk Özel Hukuku Cilt IV, Miras Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 2020, s. 264, N. 1147.

¹⁴ RUHİ, Canan / RUHİ, Ahmet Cemal: Muris Muvazaası, Seçkin Yayınları, Ankara, 2016, s. 197; KAHVECİ, s. 200; AYAN, s. 238; ANTALYA / SAĞLAM, s. 339, N. 138; KARAYALÇIN, Yaşar: Mirasbırakanın Muvazaası mı? Tasarruf Özgürlüğü ve Saklı Payın Korunması mı?, Turhan Kitabevi, Ankara, 2000, s. 57.

¹⁵ AYAN, Mehmet: “Saklı Pay Sahibi Mirasçılar ve Saklı Pay Payları”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 10, Haziran 2022, s. 240. “... Görünüşteki hukuki işlem tarafların gerçek iradelerini yansıtmadığından ve tarafların iradeleri bu konuda birleşmediğinden geçersiz olup, ilke olarak hukuki bir sonuç doğurmaz. Ancak nisbi muvazaada, tarafların ortak iradeleri gizlenen sözleşme konusunda birleştiğinden gizli sözleşme geçerlidir. Fakat gizli sözleşme şekle bağlı ise görünüşteki işlemin yapılmasında şekle uygun davranılması gizli işlemin yapılmasındaki şekle aykırılığı gideremez. Bu gibi durumlarda görünüşteki işlem tarafların iradelerine uygun bulunmadığından, gizli işlem ise şekle uygun olmadığından geçersizdir.” Yargıtay 16. Hukuk Dairesi, 1988/1690 E., 1988/8185 K., 29.04.1988 T. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 15.06.2024).

¹⁶ “Muris muvazaası olarak tanımlanan muvazaa, niteliği itibarıyla (mevsuf-vasıflı) muvazaa türüdür. Söz konusu muvazaada mirasbırakan gerçekten sözleşme yapmak ve tapulu taşınmazını devretmek istemektedir. Ancak mirasçısını miras hakkından yoksun bırakmak için amacını gizleyerek, gerçekte bağışlamak istediği tapulu taşınmazını, tapuda yaptığı resmi sözleşmede iradesini satış veya ölünceye kadar bakma sözleşmesi doğrultusunda açıklamak suretiyle devretmektedir.” Yargıtay 1. Hukuk Dairesi, 2015/6531 E., 2015/7261 K., 14.05.2015 T. (EREN / YÜCER AKTÜRK, s. 311, dph. 89).

¹⁷ “Bir kimsenin; mirasçısını miras hakkından yoksun etmek amacıyla, gerçekte bağışlamak istediği tapu sicillinde kayıtlı taşınmaz malı hakkında tapu sicil memuru önünde iradesini satış doğrultusunda açıklamış olduğunun gerçekleşmiş bulunması halide, saklı pay sahibi olsun ya da olmasın miras hakkı çiğnenen tüm mirasçılarının, görünürdeki satış sözleşmesinin Borçlar Kanunu’nun 18. maddesine dayanarak muvazaalı olduğunu ve gizli bağış sözleşmesinin de şekil koşulundan yoksun bulunduğunu ileri sürerek dava açabileceklerine ve bu dava hakkının geçerli sözleşmeler için söz konusu olan Medeni Kanun’un 507. ve 603. maddelerinin sağladığı haklara etkili olmayaacağına, Yargıtay İçtihatları Birleştirme Büyük Genel Kurulunun 1.4.1974 günlü ikinci toplantısında oyçokluğuyla karar verildi.” Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu, 1974/1 E., 1974/2 K., 01.04.1974 T. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 26.07.2024). “... Gerek kararın gerekçesinden, gerekse bağlayıcı olan sonuç bölümünden böyle bir davanın yalnızca temlik işlemin yapıldığı tarihte mirasçılık sıfatını taşıyanların açabileceğini kabul edebilmek olanağı yoktur. Aksine, “miras hakkı çiğnenen tüm mirasçılar” denerek o tarihte (temlik tarihinde) mevcut ve son-

üçüncü kişi sıfatıyla herhangi bir süreye tâbi olmadan tapu kaydının düzeltilmesi için dava açabilmektedir¹⁸.

Muris muvazaası bakımından açılacak olan dava “*tapu iptal ve tescil*”dir. Mirasçılar tanık beyanı dâhil her türlü delil ile muvazaayı ispat edebilmektedir¹⁹. Bu açıdan bağışlayanın butlanı iddiası tenkis davasına göre daha elverişlidir. Zira tenkis davasında saklı payı ihlâl edilen mirasçılar saklı payına ulaşmakta iken tapu iptal ve tescil davası ile kazandırmanın bütünü terekeye dolayısıyla mirasçılara ait olmaktadır²⁰.

Mirasbırakanın yapmış olduğu kazandırmalardan zarar gören mirasçılar tenkis davasını doğrudan veya kademeli olarak tapu iptal ve tescil davası ile birlikte açabilirler. Bu durumda sıralama fark etmeksizin dava dilekçesinde tenkis talebi ileri sürmüş olan mirasçı bu davayı kazansın ya da kazanmasın muvazaa nedenine dayalı tapu iptal ve tescili davası açabilmektedir²¹.

radan ortaya çıkabilecek mirasçılar bakımından ayırım yapılmış değildir.” Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 2000/1-126 E., 2000/143 K., 01.03.2000 T. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 25.07.2024). Mirasbırakanın külli halefi olarak dava açılması durumunda davada taraf olarak hareket edildiği için muvazaayı yalnızca yazılı delil ile ispat etmeleri mümkündür. OĞUZMAN, M. Kemal: Miras Bırakanın Gayrimenkule İlişkin Muvazaalı İşlemleri Bakımından Tenkis Davası ve Tapu Kaydının Tashihi Davası, Prof. Dr. İlhan E. Postacıoğlu'na Armağan, İstanbul, 1990, s. 226.

¹⁸ OĞUZMAN, Armağan, s. 189; KARAYALÇIN, s. 68; *Dural / Öz*, mirasbırakan böyle bir muvazaa yapmayıp açıkça malını bağışlamış olsa idi ileri sürecek hiçbir hakka sahip olmayan saklı payı olmayan mirasçıların ve yalnızca saklı payını isteyebilecek olan saklı paylı mirasçıların sırf mirasbırakan muvazaaya başvurduğu için fazladan hakka sahip olmasını eleştirmekte ve dolayısıyla Yargıtayın benimsediği görüşü eleştirmektedir. DURAL / ÖZ, s. 266, N. 1155.

¹⁹ DURAL / ÖZ, s. 264, N. 1148.

²⁰ Muvazaalı taşınmaz arkasındaki bağış sözleşmesinin şekle aykırılık sebebine dayanarak hükümsüzlüğünün kabulünde aşırıya kaçılmamalıdır zira mirasbırakanın amacı mirasçılardan mal kaçırmak değil sağlığında bir paylaşım yapmak olabilir. Bkz. İMRE, Zahit / ERMAN, Hasan: Miras Hukuku, 15. Baskı, Der Yayınları, İstanbul 2021, s. 297. “... *Mirasbırakan sağlığında mallarını mirasçıları arasında makul ölçüler içerisinde, dengeli bir biçimde paylaşmışsa, artık mirasçılardan mal kaçırmak, onları aldatmak katı ve iradesi bulunmadığından, muris muvazaasından söz etmek mümkün olmaz.*” Bkz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 2010/1-295 E., 2010/333 K., 16.06.2010 T (Kazancı Bilişim İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 07.05.2024).

²¹ Yargıtay mirasbırakanın temlikli tasarruflardan zarar gören mirasçıların tenkis davası ile birlikte kademeli olarak veya tenkis davasından sonra ayrıca Türk Borçlar Kanunu'nun 18'inci maddesine dayanarak muvazaa nedeni ile iptal ve tescil davası açılabilceğine karar vermiştir. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulu, 1986/4 E, 1987/5 K., 22.05.1987 T. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 07.05.2024). DURAL / ÖZ, s. 264, N. 1150; AYAN s. 243 vd. Kararın eleştirileri için bkz. KARAYALÇIN, s. 8 vd.; Ayrıca bkz. Bkz. DURAL / ÖZ, s. 264, N. 1151. “*Bu karar toplumun özel koşul ve gereksinimleri dikkate alınarak çıkarılmıştır. Şöyle ki, özellikle küçük kırsal bölgelerde kız çocuklarını mirastan mahrum etmek amacıyla muris erkek çocuğu ile anlaşarak gerçekte bağışlamak istediği malvarlığını, kötüniyetle satış göstermek suretiyle devir işlemini gerçekleştirmektedir. Bunun yanında eşin ölümü veya boşanma sebebiyle yeniden evlenen erkek, önceki eşinden olma çocuklarını sonraki eşin etkisiyle mirastan mahrum etmek amacıyla sonraki çocuklara gerçekte bağışlamak istediği malvarlığını satış göstermek suretiyle onlara intikal ettirmektedir. İşte, 1.4.1974 gün ve 1/2*

Muvazaa nedenine dayalı tapu iptal ve tescil davasında görevli mahkeme Asliye Hukuk (HMK m. 2), yetkili mahkeme ise taşınmazın bulunduğu yerdir (HMK m. 12).

Tenkis davası açma yetkisi muris muvazaasında olduğu gibi tüm mirasçılar tarafından değil kural olarak saklı paylı mirasçılar tarafından açılabilmektedir²². Tenkis davası mirasbırakanın son yerleşim yeri asliye hukuk mahkemesinde açılır (TMK m. 576).

C. Taşınırılar Bakımından

Tarafların gerçek iradesini yansıtmayan satış sözleşmesi geçersiz (TBK m. 19) olduğu hâlde gizli işlemi oluşturan bağışlama sözleşmesi elden bağışlama şeklinde yapılacağı için geçerlidir. Aynı esas tapuya kayıtlı olmayan taşınmaz mallar için de söz konusudur²³. Yargıtay da tapuya kayıtlı olmayan taşınmazlara ilişkin hukukî işlemlerde mevcut olan uyumsuzluklar bakımından taşınır mallara ilişkin hükümlerin uygulanacağını kabul etmektedir²⁴. Taşınırılar da inceleme konumuz kapsamında yer alır.

II. GİZLİ BAĞIŞ SÖZLEŞMESİ YOLUYLA

Gizli bağışlamada bedelini mirasbırakanın ödediği mal, başkası tarafından devralınmaktadır. Mirasbırakan, kazandırma konusu malın devri işleminde olarak taraf olmamakta, devir işlemi kazandırmada bulunmak istediği kişi adına yapıl-

sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı esas itibarıyla muvazaalı tasarruflar karşısında gerek kız çocuklarını erkek çocuklarla eşit miras hakkına kavuşturmak ve gerekse murisin çocukları arasında eşitliği sağlamak amacıyla çıkarılmış olup, bu düzenlemenin toplumun ihtiyaçlarına cevap verdiği ve hukuk önünde eşitliği sağladığı tartışma götürmeyecek kadar açıktır. Bu çözüm tarzının değiştirilmesini haklı kılacak hiçbir neden görülmemiştir." Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu, 1989/1 E., 1990/2 K., 16.03.1990 T. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 27.07.2024).

²² İMRE / ERMAN, s. 263; DURAL / ÖZ, s. 278, N. 1199; İNAN, Ali Naim / ERTAŞ, Şeref / ALBAŞ, Hakan: Miras Hukuku, 11. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara 2022, s. 1203, N. 1203; ANTALYA, Gökhan / SAĞLAM, İpek: Miras Hukuku, Seçkin Yayınevi, Cilt 3, 5. Baskı, Ankara 2021, s. 349, N. 1426; AYAN, s. 254; KAHVECİ, Nalan: Tenkise Tâbi Sağlararası Kazandırmalar, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021, s. 56; ÖZTAN, s. 108.

²³ Türk Medeni Kanunu'nun 762'nci maddesinde "Taşınır mülkiyetinin konusu, nitelikleri itibarıyla taşınabilen maddî şeyler ile edinmeye elverişli olan ve taşınmaz mülkiyetinin kapsamına girmeyen doğal güçlerdir." ifadesi kullanılmaktadır. Hüküm nedeniyle tapuya kayıtlı olmayan taşınmazlar da taşınır mal niteliğinde kabul edilmektedir.

²⁴ "Tapuda kayıtlı olmayan taşınmazlar taşınır mal niteliğinde olduğundan tapusuz taşınmazlardaki zilyetlikten ibaret olan hakkın devri hiçbir şekil şartına bağlı değildir ve bu tür taşınmazların temlikine ilişkin muvazaa iddiası dinlenemez ancak tenkisi istenebilir. Bir başka anlatımla, tapusuz taşınmazlar için 1.4.1974 gün ½ sayılı İnançları Birleştirme Kararının uygulama yeri yoktur." Yargıtay 1. Hukuk Dairesi, 2002/2568 E., 2002/3407 K. 18.03.2002 T (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 19.06.2024).

maktadır²⁵. Örneğin; bedeli mirasbırakan tarafından ödenmiş olan bir taşınmazın üçüncü bir kişi adına tescil edilmiş olması durumu gizli bağışlamadır. Gizli bağışlamaların uygulamada sıklıkla taşınmazlar bakımından söz konusu olduğu görülmektedir. Dikkat edilmesi gereken husus gizli bağışlamanın muris muvazaası ile karıştırılmamasıdır. Zira gizli bağışlama hem taşınır hem de taşınmaz mallar bakımından mirasbırakanın muvazaalı işlemlerinden farklılık arz etmektedir. Muvazaalı işlemler bakımından mirasbırakan sözleşmenin tarafı ve kazandırma konusu malın mülkiyetine sahip iken gizli bağışlamada değildir. Bu halde 01.04.1974 tarihli Yargıtay İçtihadı Birleştirme kararı burada uygulanmayacaktır²⁶.

Mirasbırakanın gizli bağışlama ile yapmış olduğu kazandırmalar TMK m. 565/IV kapsamında değerlendirilecek ve tenkise tâbi tutulacaktır²⁷. Gizli bağışlamanın mirasbırakanın ölümünden 1 yıl öncesindeki dönem içinde yapılmış olması durumunda TMK m. 565/III kapsamında değerlendirme yapılmalıdır. Zira bu hüküm ispat açısından bir sonraki fıkraya göre daha kolaydır. “Mirasbırakanın, mirasçılık sıfatını kaybeden yasal mirasçıya miras payına mahsuben yapmış olduğu sağlararası kazandırmalar, geri verilmemek kaydıyla altsoyuna malvarlığı devri veya borçtan kurtarma yoluyla yaptığı kazandırmalar ya da alışılmışın dışında verilen çeyiz ve kuruluş sermayesi” (TMK m. 565/I) şeklinde ifade edilen bir kazandırma ile yapılan gizli bağışın ispatı nispeten gene daha kolaydır²⁸.

Gizli bağışlamada söz konusu olan kazandırma mirasbırakanın bağışlamış olduğu para olduğu için tenkise esas alınacak olan terekenin hesabında mirasbırakan tarafından verilmiş olan paranın mı yoksa verilen para ile alınmış olan malın değerinin mi dikkate alınacağı önemli bir meseledir. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU’na göre bu durumda fikrî bölünmezlik ilkesinden yola çıkılmalıdır. Bu ilkeye göre mirasbırakan tarafından verilen para bağışı ile bu para ile alınan mal arasında bütünlük olmalıdır. Terekenin hesaplanmasında mirasbırakan tarafından sağlığında verilmiş olan şeyin ölüm tarihindeki değerinin dikkate alınması gerekir. Ancak mirasbırakan o parayı sırf mal alınması için vermiş ise bu takdirde para ve mal arasında fikri bölünmezlik mevcuttur ve tenkise esas terekenin hesabında

²⁵ KAHVECİ, s. 168.

²⁶ Yargıtay kararlarında bu durum “bedeli ödenerek gizli bağış” şeklinde ifade edilmektedir. Bkz. Yargıtay 1. Hukuk Dairesi, 2014/4255 E., 2015/3273 K. 04.03.2015 T. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 19.06.2024).

²⁷ İNAL, Emrehan: “Denkleştirme ve Tenkis Davalarında Parası Mirasbırakan Tarafından Ödenerek Mirasçılardan Biri Adına Alınan Taşınmazların Durumu”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 2007, C. LXV, S. 2, s. 204.

²⁸ SAYGILI, Merve: Mirasbırakanın Saklı Payı Azaltma Kastıyla Yaptığı Sağlararası Geçerli Kazandırmalar ve Hukuki Sonuçları, (Yüksek Lisans Tezi), Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Eylül 2022, s. 64.

verilen para ile alınmış olan malın ölüm tarihindeki değeri dikkate alınmalıdır²⁹. Zira tarafların amacı mirasbırakan tarafından verilen para ile alınmış olan malın bağışlanmasıdır³⁰. Yargıtay da mirasbırakanın ölüm tarihindeki satın alma değerinin dikkate alınması gerektiğini ifade etmektedir³¹. Enflasyonist baskının olduğu ülkemiz için taşınmazın ölüm tarihindeki değerinin dikkate alınmasının hakkaniyete daha uygun olduğu kanaatindeyiz.

III. KARMA BAĞIŞLAMA SÖZLEŞMESİ YOLUYLA

Karşılıklı borç doğuran bir sözleşmede taraflardan birinin ediminin bir kısmı karşılıklı iken diğer kısmının bilinçli olarak karşılıksız bırakılması durumunda karma bağışlamadan söz edilmektedir³². Karma bağışlamadan söz edilebilmesi için objektif ve sübjektif olmak üzere iki unsurun bulunması gerekmektedir. Taraf edimleri arasında önemli derecede bir değer farkının bulunması objektif unsuru oluşturmakta iken, bu değer farkını tarafların kısmi bir karşılıksız kazandırmada bulunmak amacı ile yapmış olmaları sübjektif unsuru teşkil etmektedir³³. Örneğin; mirasbırakanın yakın arkadaşına kısmen kazandırmada bulunmak amacı ile 2 milyon değerindeki arsasını 1 milyona satması durumunda karma bir bağışlamadan söz edilmektedir.

Mirasbırakanın sağlararası kazandırmalarını konu edinen karma bağışlamaları bakımından ilk akla gelen denkleştirme kurumudur (TMK m. 669).³⁴ Söz konusu kazandırmalar denkleştirmeden kurtulduğu ölçüde tenkise tâbi olacaktır (TMK m. 565/I)³⁵.

²⁹ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 384 vd.

³⁰ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 385; KAHVECİ, s. 45.

³¹ İNAL, s. 296 vd. "... Mahkemece yapılacak iş, miras bırakanın taşınmazlar alınırken verdiği bedellerin (paraların) mirasın açıldığı tarihte ulaştığı değerlerinin; paranın satın alma gücündeki değişimlerin usulünce belirli kriterler dikkate alınmak suretiyle hesaplanması, gerektiğinde bu konuda uzman bilirkişi veya bilirkişi kurulundan, taraf, yargıç ve Yargıtay denetimine elverişli rapor alınması, bu yolla belirlenen değer tenkisine hükmedilmesinden ibarettir." Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 2005/2-581 E., 2005/672 K., 30.11.2005 T, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 25.06.2024).

³² KAHVECİ, s. 160; AKBIYIK, Cem: Karma Bağışlama Kavramı ve Miras Hukukundaki Yeri, İstanbul 1997, s. 7; ZEVLİLİLER Aydın / GÖKYAYLA Emre: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 17. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2017, s. 17. Taşınır ya da taşınmazlar bakımından hukuki işlem ancak "causadonandi" yani bağışlama sebebiyle tarafların anlaşmışlar ise karma bağışlama niteliğine haiz olur. Aksi halde tarafların edimleri arasındaki dengesizlik ne kadar çok olursa olsun bağışlamadan söz etmek mümkün değildir. Bkz. VARDAR HAMAMCIOĞLU, Gülşah: Taşınır ve Taşınmaz Mülkiyetini Konu Alan Bağışlama Sözleşmesi, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2020, s. 361.

³³ DURAL / ÖZ, s. 261, N. 1140.

³⁴ İMRE / ERMAN, s. 513; TURANBOY, Nuri: Mirasbırakanın Denkleştirme ve Tenkise Bağlı Sağlararası Kazandırmaları, Yetkin Yayınevi, Ankara 2010, s. 30; DURAL / ÖZ, 320, N. 1349.

³⁵ DURAL / ÖZ, s. 261, N. 1140.

Mirasbırakanın karşılık almaksızın oğluna iş yeri açması için vermiş olduğu kuruluş sermayesi denkleştirmeye tâbi bir kazandırmadır (TMK m. 669). Ancak mirasbırakanın denkleştirmeden muaf tutması hâlinde bu kazandırmanın tenkisi gündeme gelir (TMK m. 565/I).

Karma bağışlama ile yapılmış olan kazandırmada taraf edimleri arasındaki aşırı oransızlığın tespitinden sonra bu oransızlığın bağışlama amacı ile yapılmış olması ve mirasbırakanın saklı payı ihlâl etme kastı ile hareket etmiş olması koşulları gerçekleştiğinde tenkis gündeme gelecektir (TMK m. 565/IV)³⁶. Yargıtay edimler arasındaki aşırı oransızlık bulunması ve malın gerçek bedelinden çok aşağı bir bedele satılmış olması durumlarını, mirasbırakanın saklı payı etkisiz kılma amacına açık delil olarak kabul etmektedir³⁷. Böyle bir durumda saklı payı ihlâl etme kastının araştırılmasına gerek kalmayacağı için Yargıtay'ın kararı eleştirilse de³⁸, bu çözümün son derece pratik olması nedeniyle Yüksek Mahkemenin bu içtihadına katılıyoruz.

Karma bağışlamaların tenkisi bakımından doktrinde hâkim olan görüşe göre; tenkis işlemi edimin karşılıksız sayılan kısmı üzerinden yapılacaktır. Tenkise tâbi olan miktarın bulunması için kazandırmanın yapıldığı andaki malın değerinin bağışlama teşkil eden kısma oranı bulunmalı ve bu oran da mirasın açılmış olduğu tarihteki değerine uyarlanmalıdır³⁹.

IV. ÖLÜNCEYE KADAR BAKMA SÖZLEŞMESİ YOLUYLA

Bakım borçlusunun karşı tarafı ölünceye kadar bakıp gözetme, bakım alacaklısının da ekonomik edimi devretme borcu altına girdiği (TBK m. 611) ölünceye kadar bakma sözleşmesi, tenkis davasında sık karşılaşılan işlemlerden biridir⁴⁰. Bakım alacaklısının sağlığında karşı edimi ödemesi borçlar hukuku, ölümünden sonra hüküm ve sonuç doğuracak şekilde kararlaştırılması ise miras hukuku karakterlidir⁴¹. Resmî şekilde yapılmayan ölünceye kadar bakma sözleşmeleri geçersiz kabul edilmektedir⁴².

³⁶ NAR, s. 190.

³⁷ "... temlik günündeki değeri 398.000.- lira olan taşınmazın tapuda 150.000. - liraya satılması davacıların saklı paylarına tecavüz kastının açık delilidir. Öyle ise tenkise ilişkin işlemlerin yapılması, sonucuna göre karar verilmesi gerekir." Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 1984/9721 E., 1984/9878 K, 29.11.1984 T. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 24.06.2024).

³⁸ AKBİYİK, s. 81.

³⁹ KOCAYUSUFPASAOĞLU, s. 397 vd.; AKBİYİK, s. 67 vd.

⁴⁰ ZEVLİLİLER / GÖKYAYLA, s. 731; VARDAR HAMAMCIOĞLU, s. 225.

⁴¹ ZEVLİLİLER / GÖKYAYLA, s. 732; DALAMANLI, Lütfi: Tatbikatta Satış Vaadleri, Ölünceye Kadar Bakma ve Miras Taksim Sözleşmeleri, İstanbul 1980, s. 124.

⁴² ZEVLİLİLER / GÖKYAYLA, s. 733; DALAMANLI, s. 126 vd.

Mirasbırakanın, karşı tarafa vermiş olduğu kazandırma tenkise konu olmaz⁴³. Hâl böyle olmakla birlikte, ölünceye kadar bakma sözleşmelerine ilişkin olarak yapılan kazandırmalarda mirasçıların tenkis ve alacaklıların iptal davası açma haklarının saklı olduğu ifade edilmektedir (TBK m. 615/III). Bu nedenle mirasbırakanın ölünceye kadar bakma sözleşmesi ardına sığınarak, saklı payları ihlâl etme kastı kuşkuya yer vermeyecek şekilde ispat edildiği takdirde tenkis hükümleri uygulanabilir. İspat yükü iddiada bulunan tarafa aittir⁴⁴.

Yargıtay tarafların asıl iradeleri belirlemek için mirasbırakanın yaşı, fizikî durumu, içinde yaşadığı ailenin genel durumu, sözleşmedeki bedel ile gerçek değer arasındaki fark⁴⁵, kazandırma konusunun mirasbırakanın tüm malvarlığını kapsayıp kapsamadığı⁴⁶ gibi kıstasları göz önünde tutmaktadır⁴⁷. Aksi durumda ivazlı nitelikte oldukları için tenkise konu yapılamayacaktır⁴⁸. Bakım

⁴³ İNAN / ERTAŞ / ALBAŞ, s. 379, N. 1173; AKGÜN, M. Zerrin: "Ölünceye Kadar Bakma Akdi", AD., Y. 1953, C. 44, S. 8, s. 822; ARIK, K. Fikret: Ölünceye Kadar Bakma Akdi, AD., Y. 1959, C. 50, S. 3, s. 283. "... Ölünceye kadar bakma akti ivazlı tasarruflardan olup tenkisi istenemez..." Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 1990/5145 E., 1990/10933 K., 15.11.1990 T. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 18.05.2024).

⁴⁴ "Kuşkusuz ölünceye kadar bakma sözleşmesi, karşılığı olan ivazlı sözleşme türlerindendir. Ancak, bakıp gözetme keyfiyeti muvazaalı ise taşınmaz mal mülkiyeti gizli bağış ile karşı tarafa geçirilmiş olur, bunun saptanması halinde de muvazaaya dayalı iptal davasının dinlenebilme olanağı doğar. Somut olayda, taraflar miras bırakanın çocuklarıdır. Dava konusu taşınmaz, murisin en değerli ve bir dairesinde kendisinin oturduğu 3 katlı, 400 m2 bahçesi olan, iki dairesini kiraya verdiği bahçeli bir evdir. Miras bırakanın yaşlı olmasına karşın bakıma gereksinimi olmadığı, kaldı ki davalı tarafından bakılmadığı, işlerini yalnız yaşadığı evde kendisinin yaptığı, evin temizlik işlerini davalının, dışarda yapılacak işlerini de davalının yapmak suretiyle hayatını sürdürdüğü, mali durumun iyi olduğu gibi davalı kızının oturduğu evin kirasını ödediği, hatta davalının geçim masraflarını da miras bırakanın karşıladığı dosyadaki delillerle saptanmıştır. Bu durumda, murisin asıl amacının çekişme konusu taşınmazı davalıya bağışlamak olup, bunu gizlemek için ölünceye kadar bakma akdi yaptığı kuşkuya yer vermeyecek şekilde anlaşılmaktadır." Yargıtay 1. Hukuk Dairesi, 1992/5085 E., 1992/7301 K., 29.05.1992 T. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 26.07.2024).

⁴⁵ Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 1977/291 E., 1977/1473 K., 21.02.1977 T. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 18.09.2023). Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 1977/1622 E., 1977/1743 K., 01.03.1977 T. (Kazancı, İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 18.05.2024).

⁴⁶ GÜNAY, Erhan: Miras Hukukunda Tenkis (indirim) Davaları, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2019, s. 121. Mirasbırakan ölümünden bir hafta önce bütün malvarlığını ölünceye kadar bakma sözleşmesi vasıtasıyla eşine devretmiş bulunmaktadır. Yüksek mahkeme mirasbırakanın hastalık durumu ve oğluyla arasının açık olması sebebinin göz önünde bulundurmamak suretiyle mirasbırakanın saklı payı ihlâl kastının olduğu sonucuna varmıştır. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 1972-2-173/97, 9.2.1974 T. Karar için bkz. KARA AHMETOĞLU DURSUN, Şeyda: "Ölünceye Kadar Bakma Sözleşmesi Kapsamında Bakım Alacaklısının Saklı Payı İhlal Kastı ile Yaptığı Sağlararası Kazandırmaların Tenkisi", İstanbul Hukuk Mecmuası, Cilt 79, Sayı-4, s. 1246.

⁴⁷ Yargıtay 1 Hukuk Dairesi, 2016/10225 E., 2020 /228 K. 16.01.2020 T., (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 18.05.2024). Yargıtay 1. Hukuk Dairesi, 2016/12820 E., 2020/171 K., 14.01.2020 T., (Kazancı Bilişim İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 26.05.2024).

⁴⁸ AYAN, s. 242. "Medeni Kanunun 507. maddesinde, murisin hangi tasarrufları hakkında tenkis istenebileceği açıklanmıştır. Bu maddenin 4. fıkrasındaki şartlar kesin bir biçimde ispatlanmadıkça, murisin yaptığı ölünceye kadar bakma akitleri ivazlı tasarruflardan olup tenkisi istenemez. Ölün-

alacaklısının özel bakıma muhtaç olması da dikkat edilmesi gereken noktalardan biridir. Yargıtay, ölünceye kadar bakma sözleşmesinin yapılmış olduğu sırada bakım alacaklısının özel bir bakıma muhtaç olmadığından ve sözleşmesinin yapılmasından kısa süre sonra hayatını kaybetmiş olmasından hareketle bakım alacaklısının saklı payı ihlâl etme kastının bulunmadığına karar vermiştir⁴⁹. Başka bir kararında ise Yüksek Mahkeme, felç olan babasına bakan çocuğun ahlâken babasına bakmakla yükümlü olduğu gerekçesi ile bakım alacaklısının saklı payı ihlâl etme kastının bulunduğu yönünde içtihat tesis etmiştir⁵⁰.

ceye kadar bakma akti niteliği itibariyle güvence sağlayan bir akitir. Bakıp gözetme borcunun vüs'ati ne akit başında, ne de devamı sırasında belli olmayıp, bakım alacaklısının hayatı boyunca oluşacak şartlar tayin eder. Esasen, ölünceye kadar bakma aktini hizmet aktinden ayıran unsur da bu yöndür. Borçlar Kanununun 511. maddesi, bakım alacaklısı yönünden gerçek kişi olması dışında özel bir nitelik öngörmemiştir. Bakım alacaklısının akit anında özel bakıma muhtaç durumda olmasını aramak kanunda bulunmayan bir unsur ilave etmek olur. Aksi kararlaştırılmadıkça aktin, bakım alacaklısına sağladığı menfaatler sosyal duruma uygun ikamet, beslenme ve giydirme, görüp gözetme ihtiyaçlarının karşılanmasıdır. (BK. 514). Bu ihtiyaçların karşılanmasını sağlayacak maddi desteğin ne olacağını önceden kestirmek mümkün olamaz. Hayatın idamesi için gerekli asgari şartları sağlayacak nafakaya borçlu olabilecek kimse ile ölünceye kadar bakma akti yapmayı engelleyen kanunda bir hüküm yoktur. Kaldı ki, bu aktin hedefi nafaka veya ahlaki görevler kadar bir maddi destek elde etmek değil, tarafların bilhassa bakım alacaklılarının sosyal durumuna uygun bir bakım elde etmektir. Bu sebeplerle mirasçı olabilecek kimselerle yapılmış olan ölünceye kadar bakma aktininin ikadı sırasında özel bakıma muhtaç bulunmamak bu aktin mahfuz hisse kurallarını bertaraf maksadına matuf olduğunu kabule yeterli değildir. Sözleşmenin mahfuz hisse kurallarını bertaraf amaçla yönelik olduğu hakkında başka bir delil yokken tenkise karar verilmesi doğru bulunmamıştır.” Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 1990/5145 E., 1990/10933 K., 15.11.1990 T. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 26.07.2024).

⁴⁹ “Yasada sayılan koşullar kesin biçimde ispatlanmadıkça murisin yaptığı ölünceye kadar bakma aktinin tenkisi talep edilemez. Bakım alacaklısının sözleşme sırasında bakıma muhtaç olmaması veya sözleşmeden sonra kısa süre yaşamış olması saklı payları bertaraf amacına yönelik olduğunu göstermez. Sözleşmenin saklı payları bertaraf amacına yönelik olduğunu ispata yeterli delil yokken tenkise karar verilmesi hatalıdır.” Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 2007/1353 E., 2007/3152 K., 01.03.2007 T. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 27.07.2024).

⁵⁰ “Ölünceye kadar bakma akdi ivazlı sözleşmelerdendir, Ancak bakıp gözetme hususu gerçeğe dayanmadığı zaman karşılıksız bir sözleşme meydana gelir ve gizli bağış söz konusu olur ki tasarruf tenkisi tâbi tutulur. Ölünceye kadar bakma akdinde, verilen şeyin değeri ile hizmet harçlığı arasında adil bir orantı bulunmalıdır. Miras bırakanın yapılan bakımın ahlaki görev sınırı aşan özel ağırlıkta olması gerekir. Davalının babasına bakması normal bir ahlâki görevdir. Bu şartlarda Baba ile oğul arasında yapılan ölünceye kadar bakma akdi geçerli sayılamaz; miras bırakanı babanın sonradan felç olması durumu değiştirmez.” Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 1986/9498 E., 1986/9964 K., 13.11.1986 T. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 27.07.2024). “Olayda miras bırakan 1974 yılında ölünceye kadar bakma akdi ile davalıya taşınmaz temlik ettiği, ölümünden kısa bir süre önce yataklak olduğu ve 29.10.1983 günü öldüğü gerçekleşmiştir. Şu durumda miras bırakan sözleşmenin yapıldığı tarihte özel bir bakıma muhtaç bulunmadığına ve davalı kanunen ve ahlâken anasına bakmakla yükümlü olduğuna göre tarafların davacıların saklı paylarını ortadan kaldırmak amacı ile hareket ettiklerinin kabulü zorunludur. Sözleşme sırasında özel bakıma muhtaç olmayan miras bırakanın ölümünden bir süre önce yataklak olması da başlangıçtaki kastını ortadan kaldırmaz.” Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 1987/2-814 E., 1988/247 K., 16.03.1988 T. (Kazancı içtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 27.07.2024). “bir kimsenin “sana bir şey bırakmam” dediği eşinden değil de başka eşten olan yedi çocuğu ile bakım sözleşmesi yapması, geliri ile kendine baktırma olanağı varken bu yolu seçmesi ve kısa bir süre önce ipotek yaptırması gibi

Bakım alacaklısının özel bakıma muhtaç olup olmadığına aranması Kanunda öngörülmüş olmayan bir şartın ek şart olarak eklenmesi anlamına geleceği için bu yönde bir araştırmaya gerek olmadığı yönünde de içtihat vardır⁵¹.

V. VAKIF KURMA YOLUYLA

Mirasbırakanın sağlararası bir kazandırma yapmak veya ölüme bağlı bir tasarrufla malvarlığını özgülemek suretiyle vakıf kurması mümkündür (TMK m. 561/I). Sağlararası bir işlem ile kurulan vakıflar ve bu vakıflara yapılan kazandırmalar da bu bağlamda değerlendirilir⁵². Mirasbırakanın vasiyetname ya da sağlığında yaptığı işlemle kurmuş olduğu vakıflara tahsis edilen mallar tenkise tâbi tutulmaktadır (TMK m. 526)⁵³. Bu kazandırmaların tenkise tâbi olabilmesi için mirasbırakanın saklı payı ihlâl etme kastının kuşkuyla yer vermeyecek şekilde ispat edilmesi gerekmektedir (TMK m. 565/IV).

Mirasbırakanın vakıf kurma şeklinde yapmış olduğu kazandırmalar ölümünden önceki 1 yıl içinde yapılmışsa TMK m. 565/III kapsamında değerlendirilmelidir⁵⁴. Ancak mirasbırakanın vakfı saklı payı ihlâl etmek amacı ile kurmuş olması durumunda ne zaman yapılmış olduğunun önemi olmaksızın tenkisi istenebilecektir (TMK m. 565/IV)⁵⁵.

SONUÇ

Mirasbırakanın, saklı payları ihlâl amacıyla başvurduğu kanuna karşı hile yolları, TMK m. 565/IV ile engellenmek istenmektedir.

Muris muvazaasına dayalı tapu iptal ve tescil davalarının, herhangi bir süreye tâbi olmadan açılabilmesi hukukî güvenlik ilkesine uygun değildir. Bu

olaylarla değerlendirildiğinde amacının eşinin saklı payını bertaraf olduğunun kabulü gerekir." Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 1977/2-625 E., 1978/287 K., 03.04.1978 T. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 27.07.2024).

⁵¹ "Borçlar Kanununun 511. maddesi, bakım alacaklısı yönünden gerçek kişi olması dışında özel bir nitelik öngörmemiştir. Bakım alacaklılarının akit anında özel bakıma muhtaç durumda olmasını aramak kanunda bulunmayan bir unsur ilave etmek olur." Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 2003/2838 E., 2003/3647 K., 17.03.2003 T. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 27.07.2024).

⁵² DURAL / ÖZ, s. 268, N. 1159; İYİDİNÇ, Necati: Mirasbırakan Tarafından Yapılan Sağlararası Kazandırmaların Tenkisi, Seçkin Yayınevi, Ankara 2021, s. 65.

⁵³ DURAL / ÖZ, s. 267, N. 1157.

⁵⁴ DURAL / ÖZ, s. 268, N. 1159; İYİDİNÇ, s. 66.

⁵⁵ Türk Medeni Kanunu'nun 565'inci maddesinde vakfa yapılan kazandırmaların tenkise tâbi olduğuna ilişkin bir hüküm bulunmamasıyla birlikte vakfa yapılan kazandırmanın karşılıksız bir bağışlama niteliğinde olduğundan yola çıkılarak, terekenin hesabında dikkate alınmaktadır. DURAL / ÖZ, s. 267, N. 1158; ANTALYA / SAĞLAM, s. 337, N. 1373.

davanın süreye tâbi olması isabetli olacaktır. Muris muvazaasına ilişkin davaların sadece saklı paylı mirasçılar tarafından açılması Türk Miras Hukukunun genel anlayışına daha uygundur.

Gizli bağışların da eş söyleyişle bedeli mirasbırakan tarafından ödenerek doğrudan mirasçı adına alınan malların da muvazaa kapsamında değerlendirilmesi adil sonuçlar doğuracaktır.

Ölünceye kadar bakma sözleşmelerinde, özel bakım ihtiyacının aranması koşulu, Kanunda yer almadığı için, uygulanmamalıdır.

Edimler arasındaki aşırı oransızlığın, mirasbırakanın saklı payı etkisiz kılma amacının açık delili olarak kabul edilmesi yönündeki Yüksek Mahkeme içtihadı, pratik açıdan son derece isabetlidir.

KAYNAKÇA

- AKARTEPE, Alpaslan: Ölünceye Kadar Bakma Sözleşmesi, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010.
- AKBIYIK, Cem: Karma Bağışlama Kavramı ve Miras Hukukundaki Yeri, Aristo Yayınevi, İstanbul, 1997.
- AKGÜN, M. Zerrin: “Ölünceye Kadar Bakma Akdi”, Adalet Dergisi, 1953, Cilt- 44, Sayı- 8, s. 769-822.
- ANTALYA, Gökhan / SAĞLAM, İpek: Miras Hukuku, Cilt 3, 5. Baskı, Seçkin Yayınevi Ankara, 2021.
- ARIK, Kemal Fikret: “Ölünceye Kadar Bakma Akdi”, Adalet Dergisi, 1959, Cilt-50, Sayı. 3, s. 283-286.
- AYAN, Mehmet: Miras Hukuku, 10. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020.
- DALAMANLI, Lütfi: Tatbikatta Satış Vaadleri, Ölünceye Kadar Bakma ve Miras Taksim Sözleşmeleri, Kazancı Kitap, İstanbul, 1980.
- DURAL, Mustafa / ÖZ, Turgut: Türk Özel Hukuku, Cilt 4, Miras Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2020.
- EREN, Fikret / YÜCER AKTÜRK, İpek: Türk Miras Hukuku, 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020.
- EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 22. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017. (Borçlar).
- EREN, Fikret: Türk Medeni Hukukunda Tenkis Davası, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ankara, 1973. (Tenkis).
- ESENER, Turhan: Türk Hususi Hukukunda Muvazaalı Muameleler, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul, 1956.
- GÜNAY, Erhan: Miras Hukukunda Tenkis (indirim) Davaları, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2019.
- İMRE, Ali Naim / ERTAŞ, Şeref / ALBAŞ, Hakan: Miras Hukuku, 11. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2022.
- İMRE, Zahit / ERMAN, Hasan: Miras Hukuku, 15. Baskı, Der Yayınları, İstanbul, 2021.
- İNAL, Emrehan: “Denkleştirme ve Tenkis Davalarında Parası Mirasbırakan Tarafından Ödenerek Mirasçılardan Biri Adına Alınan Taşınmazların Durumu”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 2007, Cilt 65, Sayı- 2, s. 275-298.
- İYİDİNÇ, Necati: Mirasbırakan Tarafından Yapılan Sağlararası Kazandırmaların Tenkisi, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.
- KAHVECİ, Nalan: Tenkise Tâbi Sağlararası Kazandırmalar, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021.

- KARAAHMETOĞLU DURSUN, Şeyda: “Ölünceye Kadar Bakma Sözleşmesi Kapsamında Bakım Alacaklısının Saklı Payı İhlal Kastı ile Yaptığı Sağlararası Kazandırmaların Tenkisi”, İstanbul Hukuk Mecmuası, 2021, Cilt 79, Sayı-4, s. 1231-1259.
- KARAYALÇIN, Yaşar: Mirasbırakanın Muvazaası Mı? Tasarruf Özgürlüğü ve Saklı Payın Korunması Mı?, Turhan Kitabevi, Ankara, 2000.
- KILIÇOĞLU, Ahmet M.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 21. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2017.
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip / HATEMİ, Hüseyin / SEROZAN, Rona / ARPACI, Abdülkadir: Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Cilt 1, Borçlar Hukukuna Giriş- Hukuki İşlem-, Sözleşme, 2010 Tarihli 5. Baskı’dan 6. Tıpkı Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2014.
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip: Miras Hukuku, 3. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 1987.
- NAR, Ahmet: Tenkis Davası (Yayınlanmamış Doktora Tezi), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2015.
- OĞUZMAN, M. Kemal: “Miras Bırakanın Gayrimenkule İlişkin Muvazaalı İşlemleri Bakımından Tenkis Davası ve Tapu Kaydının Tashihi Davası”, Prof. Dr. İlhan E. Postacıoğlu’na Armağan, İstanbul Üniversitesi Dergisi, İstanbul, 1990, s. 187-198 (Armağan).
- OĞUZMAN, M. Kemal: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 1, 15. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017. (Borçlar).
- OĞUZMAN, M. Kemal: Miras Hukuku, 6. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1995. (Miras Hukuku).
- RUHİ, Canan / RUHİ, Ahmet Cemal: Muris Muvazaası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016.
- SAYGILI, Merve: Mirasbırakanın Saklı Payı Azaltma Kastıyla Yaptığı Sağlararası Geçerli Kazandırmalar ve Hukuki Sonuçları, (Yüksek Lisans Tezi), Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2022.
- SEROZAN, Rona: Sağlararası İşlem Yoluyla Ölümüne Bağlı Kazandırma, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul 1979.
- TEKDOĞAN, Aydın: Mirasta Denkleştirme ve Tenkis Davaları, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2019.
- TURANBOY, Nuri: Mirasbırakanın Denkleştirme ve Tenkise Bağlı Sağlararası Kazandırmaları, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2010.
- VARDAR HAMAMCIOĞLU, Gülşah: Taşınır ve Taşınmaz Mülkiyetini Konu Alan Bağışlama Sözleşmesi, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020.
- ZEVKLİLER, Aydın / GÖKYAYLA, Emre: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 17. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2017.

Türk Ceza Hukuku Bağlamında Israrlı Takip Suçu (TCK md. 123/A)^(*)

In the Context of Turkish Criminal Law Crime of Persisted Pursuit a Review on

Av. Ayşenur CİHAN^(**)

Öz:

5237 sayılı TCK madde 123/A'da kaleme alınan ısrarlı takip suçu, gündelik yaşamda fazlasıyla ortaya çıkan sıkça rastladığımız hukuki değerleri koruma altına almayı amaçlamaktadır. Bu kapsamda güncellik unsurunun da fazlasıyla ön planda olduğu dikkatlerden kaçmamalıdır.

Daha açık bir şekilde ifade etmek gerekirse yazımıza konu bu mevzuat hükmü şahsın rahatsız edilmeyerek sakinlik ve huzur ile psikolojik rahatlık içerisinde hayatını idame ettirmesini hedeflemektedir. Israrlı takip suç tipi, neticesi olan ve ancak kasten işlenen bir suçtur. 5237 sayılı Kanun bu suç tipinin taksirle işlenebilme hususunu kaleme almamıştır.

Ayrıca incelemeye konu suç tipi psikolojik ve fiziksel şiddet olaylarının toplum nazarında en aza indirilmesi bakımından da oldukça büyük bir öneme sahiptir. Ayrıca üzerinde durulması gerekmektedir ki maddenin bu hususa teması kadına yönelik şiddete karşı yeni bir bakış katacak niteliktedir. Zira bilindiği üzere tüm unsurlarıyla şiddet ulusal ve uluslararası hukuk bağlamında büyük çoğunlukla geri plana atılarak görmezden gelinmektedir. Bu çalışmada ise kanun maddesinde düzenlenen kavramlara kısa bir bakış, ısrarlı takip kavramının Türk hukuk sistemine girişi, suçun faili, hukuki konusu, unsurları, mağduru, yaptırımı, nitelikli halleri ve son olarak muhakeme usulü ile ele alınmıştır. Netice itibarıyla kanun koyucunun ilgili suç tipini kaleme almasındaki asıl maksadın irdelenmesi ve benzer suç tipleriyle ısrarlı takip arasındaki ilişkiye yer verilerek TCK'nın 123/A maddesinin uygulamadaki yerine de ayna tutulması hedeflenmektedir.

Anahtar Kelimeler:

Israrlı Takip, Şiddet, Kadın, Israr Kavramı, Fiziksel Takip.

Abstract:

The crime of stalking, written in Article 123/A of the Turkish Penal Code No. 5237, aims to protect legal values that we frequently encounter in daily life. In this context, it should not go unnoticed that the element of up-to-dateness is also at the forefront.

To put it more clearly, this legislative provision, which is the subject of our article, aims to enable the person to live his life in calmness, peace and psychological comfort without being disturbed.

^(*) Makale Hakem denetiminden geçmiştir.

Makalenin Editörlüğe Gönderildiği Tarih: 07.11.2023, Makalenin Kabul Tarihi: 13.09.2024.

^(**) Avukat, Kayseri Barosu, Kayseri - Türkiye,
E-posta: aysenurcihan123@gmail.com,
Orcid No: <https://orcid.org/0000-0002-7644-579X>.

The persistent stalking crime type is a crime that has consequences and is committed only deliberately. Law No. 5237 does not address the possibility of committing this type of crime through negligence.

In addition, the type of crime under investigation is also important in minimizing psychological and physical violence in the eyes of society. It should be noted that the article's theme on this issue will bring a new perspective to violence against women. As it is known, violence with all its elements is mostly ignored in the context of national and international law. In this study, a brief overview of the concepts regulated in the article of the law, the introduction of the concept of stalking into the Turkish legal system, the legal subject of the crime, the perpetrator, the victim, its elements, qualified situations, sanction and trial procedure are discussed. As a result, it is aimed to examine the main purpose of the legislator in writing the relevant crime type and to mirror the place of Article 123/A of the TCK in practice by including the relationship between similar crime types and persistent pursuit.

Keywords:

Stalking, Violence, Women, Concept of Stalking, Physical Stalking.

GİRİŞ

İsrarlı takip suçu, Türk hukuk sisteminde ilk olarak 12.05.2022 tarihli 7406 sayılı kanun ile birlikte kaleme alınmış böylelikle mağdurun yaşama hakkı, maddi manevi dokunulmazlığı, vücut dokunulmazlığı, şahsın hürriyeti ve son olarak özel hayatın gizliliği ile buna benzer Anayasada bahsi geçen temel hak ve özgürlükleri korumayı amaçlamıştır.¹ Bunun yanında bilinmektedir ki kanun koyucu şiddetin her türlü ve herkese karşı olanı başta olmak üzere esasen kadına karşı şiddetin engellenmesi bağlamında da ilgili madde hükmünü meydana getiren fiilleri yasal düzenleme altına almıştır. Zira şiddet kavramı ülkemizde geçmişten günümüze kadar her geçen gün daha detaylı olarak tanımlanmak zorunda kalınmış buna rağmen failin bilinç dışı davranması haricinde verdiği fiziki hasar ve bu hasar ile fiziksel, psikolojik, ekonomik açıdan mağdura sıkıntı doğuracak her çeşit eylem şiddet kavramı içerisinde tanımlanmış ve bu kavramların şiddet tanımı kapsamına alınmasına yönelik ciddi bir mesai harcanmıştır.² Bu açıdan bakıldığında çalışmaya konu ısrarlı takip suçu da bu mesainin meyvesi olarak günümüzde şiddet çeşitlerinden bir tanesi olarak nazara alındıktan sonra yasal düzenleme altına alınmıştır.

Bünyesinde zorunlu bir unsur olarak şiddeti içeren ısrarlı takip suçunun bilhassa kadına yönelik işlenebilecek şiddet ve sair suç tiplerinin başlangıç adı-

¹ Selin Türkoğlu, Ceza Hukuku Açısından İsrarlı Takip, 1. Baskı, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2020, s. 13.

² Süleyman Özar, İsrarlı Takip Suçu (TCK m. 123/A), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 71. Sayı 2022, s. 1398 1397-1430.

mı olması sebebiyle ilk bakışta kadına yönelik şiddeti önleme maksatlı olarak kaleme alındığı kanısındayız. Başka bir deyişle bu suça konu eylemlerin tespit edilip cezalandırılması hususu şiddetin önlenmesi bağlamında büyük önemi haizdir. Zira tüm dünya ülkeleri olarak yıllar geçtikçe her geçen gün daha çok karşımıza çıkan kadına karşı şiddet olayları gündemimizden eksik olmamaktadır. Bu noktada akıllara şu soru gelmektedir. Israrlı takip suçunun mağduru yalnızca kadın mıdır? Bu açıdan bakıldığında kanunun açık hükmünde mağdurun cinsiyeti yönünden bir ayrıma yer verilmemiş ve mağdurun erkek olabileceği fiillerin de yasal olarak önü kapatılmamıştır. Buna rağmen çalışmaya konu suç tipine vücut veren fiillerle meydana gelen birçok olayda failin erkek olduğu ve fail tarafından kadına karşı fiziksel şiddet kapsamında yaralama ve neticesinde öldürme eyleminin öncesinde mağdur kadının fail erkek tarafından ısrarla takip edilerek önce psikolojik olarak şiddete maruz bırakıldığı görülmüştür. Ancak maalesef ki kolluk ve yargı makamlarının fiiliyata geçmekte yavaş kalması sebebiyle ülkemizde birçok kadın cinayeti meydana gelmiştir.

Bu kapsamda bir kez daha belirtmek gerekir ki, *“hukukun kadınlara çok borcu vardır.”*³

Zira yalnız Türkiye’de değil tüm dünyada ısrarlı takip fazlasıyla önem arz eden bir problem olmakla birlikte kadına karşı şiddeti önleme ve şiddetle mücadele etme yollarının başında gelmektedir. Buna rağmen Türk Hukuk Sistemi bağlamında ısrarlı takip suçunun yasal düzenlemesi ve hukuk literatürüne girişi çok da eski bir tarihe dayanmamaktadır. Ülkemiz nezdinde bakıldığında 6284 sayılı yasa olan Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine İlişkin Yasa ile Türk hukukuna ilgili kavramın girişi yalnız 10 sene önceki bir tarihe kadar uzanmaktadır. Mezkûr kavramın farklı suç şeklinde düzenlenmesiye yukarıda bahsi geçtiği üzere 12.05.2022 tarihine dayanmaktadır. Bu çalışmada ise ilk olarak kavramın çeşitli tanımlarını, kavramın Türk Hukuk Sistemine girişi ile kanundaki suç tipinin unsurları ve Türk Ceza Kanunu’nda ısrarlı takip suçundan önce kaleme alınan benzer suç tipleri ile kanun koyucunun ilgili suç tipini kaleme almasındaki asıl maksadın irdelenmesi ve benzer suç tipleriyle ısrarlı takip arasındaki ilişkiye yer verilerek Türk Ceza Kanunu’nun 123/A maddesinin uygulamadaki yerine de ayna tutulmasını hedeflemekteyiz. Zira ısrarlı takip suçunun daha uygulamanın en başında doğru ve amacına uygun olarak fiiliyata konulmasının kanunilik ilkesi ve kişilerin hukuk sistemine karşı duyduğu güven bağlamında fazlasıyla önem taşıdığını belirtmek isteriz.

³ Türkân Yalçın, Türk Ceza Hukukunda Kadın, Savaş Yayınları, Ankara, 2019, s. 314.

I. ISRARLI TAKİP KAVRAMI VE KAVRAMIN TÜRK HUKUK LİTERATÜRÜNE GİRİŞİ

A. Israrlı Takip Kavramı

Tüm dünya genelinde benzer anlamlar ihtiva eden ısrarlı takip bir kimse- nin onun onayı olmadan devamlı olarak gözetlemek anlamını taşımaktadır.⁴ Buna mukabil Literatüre İngilizce “*stalking*” kelimesinden girmiş olan ısrarlı takip kelimesinin Türkçe karşılığı “*musallat olma*” veya “*dadanma*”dır.⁵ Ancak Stalking kavramı Türkçeye, ilk olarak “ısrarlı takip”, “tek taraflı ısrarlı takip”, “taciz amacı olan takip”, “takipçi tacizcilik” benzeri farklı muhtevalarda ter- cüme edilerek girmiştir.⁶ Dilimize bakıldığında “takip” ibaresi ise “yakalamak, yetişmek ya da bulmak için bir kimsenin arkasından gitmek ve onu izleme” “ardınca gelme ya da gitme” anlamlarını taşımaktayken Israrlı sözcüğü “tek- raren devam etmekte olan eylem” içeriğini taşımaktadır. Fakat belirtmek ge- rekir ki ısrarlı takip suçunda takip tanımından asıl anlaşılması gereken bireyin ardından gitmek demek olmadığıdır. Mağdur kimse ısrarlı takip suçunda karşı karşıya kaldığı ısrarla devam eden bir başka deyişle temadi eden eylemler so- nucunda kendisini failin denetimi ve gözetimi altında hissetmekte ve bir nevi fail tarafından mağdur üzerinde psikolojik baskı ve şiddet uygulanmaktadır. Failin denetimi mağdurun gittiği veya gidecek olduğu yerlerin takip edilmesi suretiyle olacağı gibi failin mağdura mektup ve/veya mesaj göndermesi, tele- fonla sürekli olarak arayarak rahatsız etmesi ve benzeri yollarla veya internet aracılığıyla da meydana gelebilir. Israrlı takip suçunun birbirinden çeşitli ni- telikte birden fazla fiille işlenebilmesi mümkün olması hasebiyle bu fiillerin bütünü kapsamına alacak bir kelimeyle hukuk âleminde yerini almasının pek mümkün görünmediği kanaatindeyiz. Ancak görüleceği üzere Türk hukuk doktrininde yapılan çeşitli tanımlamalar mukayeseli hukukun izini giderek kavrama benzer anlamlar yüklemektedir. Yapılan bir tanımlamaya göre ısrarlı takip; tekrarlanan davranışlarla mağdurun taciz ve takip edilmesinin sonucun- da korku duyması durumudur.⁷ Diğer bir tabire göre ilgili eyle ısrarlı şekilde fail tarafından gerçekleştirilmekte olan ve mağdurun yakınları ya da kendisinin güvenliği ile alakalı korku duymasına yol açacak özellikteki rahatsız eden dav-

⁴ https://tr.wikipedia.org/wiki/Israrlı%C4%B1_takip, Erişim Tarihi: 19.07.2024.

⁵ Recep Doğan, Kadına Yönelik Şiddetin Bir Türü Olarak, Israrlı Takip (Stalking) Kavramı ve Suçu”, Ankara Barosu Dergisi, 2014, s. 138.

⁶ Özar, s. 1400.

⁷ Ahmet Türkmen, “Yeni Bir Hukuki Olgu Olarak Israrlı Takip ve Taciz (Stalking) ve Bunun Türk Medeni Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 11. Sayı, 2010, s. 1394.

ranıştır.⁸ Başka bir tanıma göreyse ilgili suç; tehdit, cinsel taciz, cebir, şantaj, özel yaşamın gizliliğinin ihlal edilmesi vb. gibi suçların maddi öğelerini kapsayabilen, birbirlerinden bağımsız ve biri diğerinin üzerine inşa edilmiş olan ve birbirini takip eden filler dizisine karşılık gelmektedir.⁹

Bu tanımlamalar üzerine belirtmek gerekir ki, doktrindeki bazı yazarlar tarafından ısrarlı takibin muhtevasında cinsel özgürlüğü çiğneyen bir yapısının olduğu iddia edilmektedir. Buna göre bakıldığında *Celia Wells*'e göre ise ilgili suç çoğunlukla mağdura karşı açık ya da gizli cinsel istek nedeniyle failin sarkıntılık veya taciz olarak nitelendirilen eylemleriyle meydana gelir.¹⁰ *Richard Lingg* düşüncesine göreyse ilgili suç sarkıntılık ya da taciz fiillerinin başka bir ifade şeklidir.¹¹ Ancak belirtmek isteriz ki bu görüşe katılmıyoruz. Zira ısrarlı takip suçuna vücut veren eylemlerin her ne kadar bünyesinde cinsel dokunulmazlığı ihlal edebilecek nitelikte olma ihtimali olsa da her ısrarlı takip eylemi cinsel dokunulmazlığa yönelik olarak değil başka bir deyişle mağdura duyulan cinsel bir istek veya yönelim sebebiyle değil her seferinde bünyesinde farklı bir kastı (öç alma, sırf rahatsızlık verme, psikolojik şiddet ile fiziksel şiddete yol açma vb.) barındırarak işlenmektedir. Bu nedenle ısrarlı takip suçunun kapsamının yalnızca cinsel dokunulmazlığın ihlali veya mağdura duyulan cinsel istek olarak nitelendirilmesinin daha ilk bakışta kanun maddesinin özüne de aykırılık teşkil etmesi sebebiyle bu görüşüne katılmadığımızı belirtmek isteriz.

Israrlı takip veya “stalking” kelimesinin kökeni ise avcılık faaliyetlerine uzanmakta, kelime avını dikkat ve sessizlikle izledikten sonra ava sezdirmeden ve onu ürkütmeden yaklaşma anlamına gelmektedir.¹² Buna göre ısrarlı takip suçunu işleyen fail aslına bakıldığında bir nevi bir avcı bu fiilin mağduru ise elde edilmek istenen av olarak düşünülebilir. Bu avlanma yani ısrarlı takip suçu da bünyesinde barındırdığı farklı “avlanma” yöntemleriyle meydana gelmektedir.¹³ Çünkü fail avını izleyen bir avcıymışçasına mağduru takip etmekte ve kişiyi her zaman gözetimi altında tutmaktadır. Belirtmek gerekir ki avını yakalamadan koparmadan evvel onu gizli bir şekilde takip ederek ürkütmeden ve sezdirmeden yaklaşan avcının fiilinin bir bireyin takip edilmesi durumu

⁸ Türkoğlu, s. 13.

⁹ Doğan, s. 138.

¹⁰ Özar, s. 1401.

¹¹ Özar, s. 1401.

¹² Özar, s. 1400.

¹³ Ali Emrah Bozbayındır / Murat Önok, Alman ve İtalyan Ceza Hukukunda Israrlı Takip Suçu, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2022, s. 300.

için benzer şekilde kullanılıp netice itibariyle öldürme eylemi ile sona ermesi maalesef ki ülkemiz ve tüm dünya standartlarında şaşırtıcı bir durum değildir.¹⁴

Cinsiyet Eşitliği Avrupa Enstitüsü'nün (EIGE) yapmış olduğu tanımlamaya da bakılacak olursa; *ısrarlı takip*, mağdurun yaşayış biçimine hiçte yadsınamayacak bir biçimde zarar veren ve hedeflenen mağdurda doğrudan veya dolaylı şekilde korku, hasar ya da endişe uyandırma biçiminde yakınlık kurmak isteme uğraşdır. Bahsi geçen kavramın doğmuş olduğu Amerikan doktrininde ise yine benzer biçimde, makul bir kişinin tehdit edildiğini düşüneneceği ya da korkacağı biçimde tek-raren ve takiple meydana gelen kasıtlı eylemler *ısrarlı takip* olarak tanımlanmıştır.¹⁵

Tüm bunların yanında ısrarlı takip, suçun faili ve işleniş biçimi açısından farklı sınıflandırmalara da tabi tutulmuştur. Fail açısından bakıldığında eski eş veya sevgili takibi, tanıdık bir kimse takibi, yabancı kimse tarafından gerçekleştirilmiş olan takip biçiminde bir tasnif yapılırken suçun işleniş biçimi açısından da gerçek takip ve siber takip şeklinde *çeşitli tasnifler* mevcuttur.¹⁶

Tüm bu açıklamalar ışığında bir ısrarlı takip kavramı tanımına bakıldığında; ısrarlı takip, bir şahsın bir başka şahısla rızası olmaksızın iletişim kurma ve mağduru gözetim ve denetim altında tutmak suretiyle psikolojik şiddete maruz bırakma maksadıyla meydana getirdiği tekrarlayan ve ısrarla devam eylemlerinin tamamını ihtiva etmektedir.

B. İsrarlı Takip Kavramının Türk Hukuk Literatürüne Girişi

Bütün dünya ülkeleri kapsamında, ailenin tüm fertlerine ve pek tabii olarak bilhassa kadına karşı şiddetin engellenmesi ve ilgili açıdan ısrarlı takipten mağdur olan kimsenin korunmasının güncel hukuk nazarında köklü bir problem şeklinde kabul edilmeye başlanması ile ilgili problemin çözümlenmeye çabalanması ve netice itibariyle failin cezalandırılması hususunun tarihi çok eskiye dayanmamaktadır. 1970'li yıllardan sonra konuşulmaya başlanan bu problemler ve çözüme ilişkin çalışmalar 1990'lı yılların akabinde milletlerarası hukukta tanınan anlaşmalarla kaleme alınmıştır. Bu bağlamda, 1979 tarihli CEDAW yani Kadına Yönelik Her Türlü Ayrımcılığın Kaldırılmasına Dair Sözleşme 1981 yılında yürürlüğe konulmuş, akabinde İstanbul Sözleşmesi

¹⁴ Türkoğlu, s. 23.

¹⁵ Alper Uyumaz / İdris Akdağ, "Türk Özel Hukukunda Şiddet ve İsrarlı Takip Kavramı ile İsrarlı Takip Mağdurunun Korunması", Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 19. sayı, 2015, s. 53.

¹⁶ Demet Başar, Stalking as a New Form of Violence: Its Relationship with Ambivalent Sexism, Honor Endorsement and Gender-Based Violence Attitudes, Yüksek Lisans Tezi ODTÜ SBE 2019, s 5.

Türkiye'nin de içerisinde bulunduğu birçok ülke tarafından kabullenilmiş olan meri hukuk sistemleri bahsi geçen sözleşmede yer almakta olan ilkelere göre yeniden şekillendirilmiştir. Bu kapsamda belirtmek gerekir ki Türk hukukunda ısrarlı takip konusunda mağdur olan kimselerin korunması ile şiddetin önüne geçilmesine ilişkin mevzuatın çağdaş hukukta kaydedilen gelişmelere paralel bir şekilde biçimlenmesinde ülkemizin de taraf olduğu uluslararası nitelik taşıyan antlaşmaların oldukça önemli bir etkisinin bulunduğu inkâr edilmemelidir.¹⁷ Buna göre bakıldığında çalışmamıza konu ısrarlı takip kavramı 2011 yılında İstanbul Sözleşmesi *stalking* başlığı taşıyan madde 34'te "bir başka kişiye yönelik şekilde gerçekleştirilmiş olan ve ilgili kişiyi, kişinin kendini güvende hissetmesini engelleyecek biçimde korkutacak, bilinçli bir şekilde yinelenen tehditkâr davranışlar" biçiminde açıklanmıştır.¹⁸

Kavramın mevzuatımıza ilk kez girişi ise 08.03.2012 tarihli 6284 sayılı yasa madde 1 ile olmuştur. Bunun yanında bu kanun kapsamında 08.03.2012 Tarihli 6284 Sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine İlişkin Yasaya Dair Uygulama Yönetmeliğinde¹⁹ tek taraflı ısrarlı takip tanımına yer verilmiş, Kanunun koruma kapsamında yer alan kişiler arasında ısrarlı takip mağdurları da sayılmıştır. Buna rağmen kanun koyucu TCK'nın 123/A. Maddesini kaleme alana kadar ısrarlı takip kapsamında yer alan eylemleri suç olarak düzenleyen bir madde TCK'da yer almamaktaydı. İlgili süreç içerisinde ısrarlı takibin bir suç gibi düzenlenmesi ile alakalı çalışmalara hız veren iki mühim konudan bir tanesi 9 Haziran 2009 tarihinde AİHM'in *Opuz-Türkiye* kararı²⁰, başka bir tanesi ise 11 Mayıs 2011 tarihini taşıyan İstanbul Sözleşmesidir.

19 Mart 2021 tarihli Cumhurbaşkanlığı Kararı²¹ sonucunda her ne kadar bahsi geçen İstanbul Sözleşmesinden çekinilmiş olsa da ısrarlı takip çerçevesindeki eylemlerinin müstakil bir suç olarak kaleme alınması konusundaki çalışmalar devam etmiş ve sonuç olarak, TCK madde 123/A' ile ısrarlı takibin suçu ceza hukuku mevzuatımızda kendine yer bulmuştur.

¹⁷ Akdağ, s. 61.

¹⁸ https://istanbulsozlesmesi.org/sozlesmenin-tammetni/?gclid=CjwKCAiAtt2tBhBDEiwALZuhAOgN8NdcgTKyfB8NfeXmal3n-kVtH5yzDipfX78faJ6F4dlpkiOhFBoCmgUQAvD_BwE, Erişim Tarihi: 19.07.2024.

¹⁹ <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2013/01/20130118-2.htm>, Erişim Tarihi: 19.07.2024, 18.01.2013 Tarih 28532 Sayılı Resmi Gazete.

²⁰ Ayşe Havutcu, Devletin Kadına Yönelik Şiddeti Önleme Görevi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin *Opuz-Türkiye* Kararı, *Fasikül Hukuk Dergisi*, 6. Baskı, 2014, s. 8.

²¹ <https://www.resmigazete.gov.tr/fihrist?tarih=2021-03-19> 19.03.2021 Tarih, 31428 Sayılı Resmi Gazete.

II. SUÇUN KANUNİ TANIMI VE UNSURLARI

A. Suçun Kanuni Tanımı ve Korunan Hukuki Değer

5237 sayılı yasanın ikinci kitabının “Hürriyete Karşı Suçlar” başlığını taşıyan yedinci bölümünde kanunun 123/A maddesi şeklinde ısrarlı takip suçu düzenlenmiştir.

5237 sayılı yasa madde 123/A ele alındığı zaman;

“(1) Israrlı bir biçimde; fiziki olarak takip etmek veya iletişim ve haberleşme araçlarını, bilişim sistemleri ya da üçüncü şahısları kullanıp temasa geçmeye çalışarak bir kişinin üzerinde büyük bir huzursuzluğun oluşmasına veya yakınlarından birinin ya da kendisinin güvenliğinden tedirginlik duymasına yol açan fail 6 aydan 2 seneye kadar hapis cezasına çarptırılır.

(2) Suçun;

a) Çocuğa veya ayrılmaya karar veren ya da boşanmış olduğu eşe karşı olarak işlenmesi,

b) Mağdur kimsenin işyerini, okulunu, yaşadığı yeri değiştirmesine veya işini ya da okulunu bırakmasına yol açması,

c) Hakkında uzaklaştırma veya okula, iş yerine ya da konuta yaklaşmama tedbirine ilişkin bir karar verilmiş olan fail tarafından işlenmesi durumunda faille 1 seneden 3 seneye kadar hapis cezası verilmektedir.

(3) İlgili maddede düzenlenmiş olan suçun kovuşturulması ile soruşturulması şikâyete bağlıdır.”²²

B. Korunan Hukuki Değer, Fail ve Mağdur

1. Korunan Hukuki Değer

Mevcut yasal düzenleme ile hangi hukuki değer korunduğunun tespiti için ilgili suç tipinin yasal mevzuatın hangi bölümde düzenlendiğinin tespiti gerekmektedir.²³ Buna göre bakıldığında çalışmamıza konu ısrarlı takip suçu hürriyete karşı suçlar bölümünde kaleme alınmış olduğundan kanun koyucunun korumayı hedeflediği öncelikli hukuki değer kişilerin hürriyeti oldu-

²² <https://www.mevzuat.gov.tr/>, Erişim Tarihi: 19.07.2024.

²³ Ümit Kocasakal, “Kişilerin Huzur ve Sükununu Bozma Suçu”, Ankara Barosu Dergisi, 2. Sayı, 2015 s. 115.

ğu sonucuna ulaşmış bulunmaktayız. Bu kapsamda kanaatimizce ısrarlı takip suçu ile ayrıca kanunun 123. maddesinde kaleme alınmış olan kimselerin sükun ile huzurunu bozma suçunun da korumayı hedeflediği hukuki değerler olan kişinin rahatsız edilmeme, huzur ve sükunun korunması hakkı mağdurun psikolojik özgürlüğü ve vücut dokunulmazlığı, mahremiyet ve yalnız bırakılma hakları da koruma altına alınmıştır.²⁴ Ayrıca bu suç tipi kaleme sağlıklı yaşama hakkı ve şahsi özel hayatına yönelik olarak hiçbir baskı ve tesir altında kalmadan kendi iradesi ile serbestçe karar verebilme özgürlüğünün²⁵ de korunduğu yönündeki görüşe katılmaktayız.

Buna göre yukarıdaki açıklamalar ışığında bakıldığında ısrarlı takip suçu ile korunması amaçlanan hukuki değerün bünyesinde birden fazla niteliği taşıdığını söylemek yanlış olmaz.²⁶ Görüleceği üzere, kanun koyucu ısrarlı takip suçu ile mağdurun tüm sosyal yaşantısında huzur ve sükûnet içerisinde yaşamasını amaçlamaktadır. O halde ısrarlı takip suçuyla korunması amaçlanan hukuki değerın “iç refah” olduğu rahatlıkla ifade edilebilir.²⁷

Israrlı takip suçu, mağdurunu Anayasada koruma altına alınan bazı temel hak ve hürriyetlerini koruma altına alan bir suç tipidir. Örneğin özel hayatın gizliliği, seyahat ve yerleşme özgürlüğü ve benzeri haklar ısrarlı takip suçunda mağdurların ihlal edilen temel hak ve özgürlükleridir. Bunun yanında ısrarlı takip suçu her ne kadar vücut ve cinsel dokunulmazlık karşısında gerçekleştirilmiş olan suçlar kapsamında kaleme alınmamış olsa bile suça vücut veren eylemlerin mağdur kimsenin vücut ve/ya da cinsel dokunulmazlığını çiğneme tehlikesi mevcut bulunduğundan mağdurun cinsel ve dolayısıyla vücut dokunulmazlığının da korunması hedeflenmiştir.²⁸

²⁴ Muharrem Özen, Atacan Köksal; “Kişilerin Huzur ve Sükununu Bozma Suçu”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı 68, 2019, s. 482.

“Kişilerin huzur ve sükununu bozma suçu ile korunan hukuki yarar kişi özgürlüğünün korunması ve bireyin, psikolojik ve ruhsal bakımdan rahatsız edilmemesi ve yaşamını sağlıklı bir şekilde sürdürmesi olarak tanımlanmaktadır” (Yargıtay 4. CD. 4.11.2021 Tarih, 2019/3545 E., K. 2021/26383 K. sayılı kararı).

²⁵ İzzet Özgenç, “Israrlı Takip” Suçu Üzerine Hukukî Değerlendirmeler, <https://izzetozgenc.com/makale/israrli-takip-sucu-uzerine-hukuki-degerlendirmeler>, Erişim Tarihi: 19.07.2024.

²⁶ Murat Balcı, Kerim Çakır, “Israrlı Takip Suçu (TCK 123/A)”, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 10, Sayı 2, 2022, s. 326.

²⁷ Özar, s. 1406.

²⁸ Kocasakal, s. 118.

2. Fail ve Mağdur

Israrlı takip, mağdur veya fail yönünden herhangi bir özellik teşkil etmez. Yani herkes bu suçun faili olabileceği gibi mağduru da olabilir. Buna rağmen suçun muhtevası gereği fail çoğunlukla mağduru tanıyan ve geçmişte mağdurla kısa veya uzun herhangi bir ilişkisi bulunan bir kişi olmaktadır.²⁹ Ancak pek tabi olarak fail ve mağdurun birbirini tanımayan iki kişi olması ihtimali de mümkündür.

Madde metnindeki “bir kimse” ifadesine dikkat edildiğinde ise kanunda suça vücut veren fiillerin ancak belli bir kişiye karşı işlenebileceği sonucu ortaya çıkmaktadır.³⁰ Buna göre bilinmelidir ki mağduru belli olamayan ısrarlı takip suçu olmaz. Nitekim Yargıtay’ın TCK 123 hakkındaki görüşü de benzer şekildedir:

*“Sanıklar ile alakalı “sükun ile huzuru bozma” suçundan 5237 Sayılı yasa madde 123/1’e göre cezalandırılmaları istemi ile kamu davaları açılrsa da, sanıkların belli bir kimseyi veya kişiyi hedef almadan, genel kastla sokakta bağırarak iddia edilip ilgili şekilde fiilleri kişilerin sükun ile huzurunu bozma suçunun **mağdurunun sadece belli kişi veya kişiler olabileceği, suçun sadece sükun ve huzuru bozmak amacıyla yani özel bir kasıt ile işlenebileceği, ilgili sebeple suçun unsurları doğmadığından** verilmiş olan beraat kararında isabetsizlik yoktur.”³¹*

Yukarıda belirtildiği üzere ısrarlı takip suçunun fail ve mağdurunun herkes olabileceği açıklanmış olmakla birlikte kanun maddesi ikinci fıkrada fail veya mağdurun şahsından kaynaklı olarak bir takım nitelikli hallere yer vermiştir. Örneğin suçun mağdurunun çocuk veya failin ayrıldığı veya boşandığı eşi olması halinde faile daha ağır ceza verilecektir. Buna mukabil ayrıca belirtmek gerekir ki failin cezalandırılabilmesi için ayrıca mağdurun da suça vücut veren her türlü fiilin kendisinde psikolojik olarak huzursuzluk vereceğini algılayabilir düzeyde olması gerekmektedir. Eğer mağdurda suça vücut veren fiilleri algılama ve/veya anlama yeteneği yoksa suçun da meydana gelmeyeceğini ayrıca belirtmek gerekmektedir.³²

²⁹ Özlem Yenerer Çakmut, Kişilerin Huzur ve Sükununu Bozma ve Gürültüye Neden Olma Suçları, Beta Yayıncılık, İstanbul 2014, s. 80.

³⁰ Kocasakal, s. 132.

³¹ <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay-kararlari>, Erişim Tarihi: 19.07.2024. (Yargıtay 12. CD. 9.11.2021 T, 2021/2474 E., K. 2021/7814 K. sayılı kararı).

³² Köksal, Özen, s. 484.

C. Suçun Maddi Unsurları

1. Hareket

Çalışmaya konu bu suç tipinin hareket unsuruna ısrarlı biçimde; fiziki olarak takip etmek veya bilişim sistemlerini, iletişim ve haberleşme araçlarını ya da üçüncü şahıslar aracılığı ile temasta bulunmaya çalışmak eylemleri vücut verir. Görüleceği üzere bu suç tipi seçimlik hareketli olup bağlı hareketli bir suç tipi değildir.

Suçta vücut veren eylemler detaylarıyla incelenecek olursa ilk seçimli hareket fiziken takip etmek, yalnızca mağdurun takip edilmesinden ibaret değildir. Buna ek olarak madde gerekçesinden³³ yola çıkılarak söylenebilir ki; mağdurun bulunduğu ortamlarda bulunarak rahatsız edilmesi ya da mütemadiyen karşısına çıkmak veya konutuna yakın yerlerde beklemek gibi hallerde fiziken takip etme kavramı içerisinde yer alır. Bunun yanında fiziksel takip hareketinin suça vücut verebilmesi için yukarıda bahsi geçen eylemlerin yalnız uygulanması yeterli değildir. Bu hareketlerin mağdur tarafından fark edilip rahatsızlık duyulması gerekmektedir. Zira mağdurca fark edilmeme ve/veya algılanamama durumunda suça konu eylemlerin suçun neticesini oluşturmayla elverişli olduğundan bahsedilemez. Bu kapsamda değinilmesi gereken bir diğer husus; suçun failinin mağduru gizlice takip ettiğinin mağdur tarafından daha sonra anlaşılması halinde failin mağdur tarafından fark edilme anından sonra suça vücut veren hareketlere devam edip etmediği önem taşımaktadır. Bu durumda belirtmek gerekir ki suçun vücut bulabilmesi için yalnızca hareketin süreklilik arz edip meydana gelmesi değil bunun yanında failin hareketlerinin mağdur tarafından da sürekli olarak fark edilip sürekli olarak algılanabilmesi gerekmektedir. Dolayısıyla tesadüf üzerine tarafların karşılaşması halinde de suç vücut bulmuş olmamaktadır. Yukarıdaki izahlardan anlaşılacağı üzere fiziken takip hareketi ile suçun vücut bulabilmesi için failin bu fiili yerine getirmekteki maksadı mağduru takip ederek rahatsız etmek olmalıdır.

İkinci seçimlik hareket temas kurmaya çalışma hareketinin detaylarına bakılacak olursa ilk izah edilmesi gereken husus bu seçimlik hareketin suça vücut verebilmesi için kanuni tanıma göre eylemin bilişim sistemleri, iletişim ile haberleşme araçları veya üçüncü şahısların aracılığıyla meydana getirilmesi gerekmektedir. Temas kurmaya çalışmak hareketiyle kastedilen esasen eyle-

³³ <https://29b13951316a490bc215ebb98f180002769de725.vetisonline.com/mevzuat/gerekceler/turk-ceza-kanunu-madde-gerekceleri/1>, Erişim Tarihi: 19.07.2024.

min mağdur ile herhangi bir şekilde iletişim kurmaktır. Israrlı takip suçuna vücut veren bu seçimlik hareket ve md. 123 arasındaki farkta tam burada ortaya çıkmaktadır.³⁴ Fiziki takip seçimlik hareketinde olduğu gibi bu hareket tipinde de hareketin mağdur tarafından fark edilip algılanması gerekir. Bu sebeple bir kişiyi sosyal medya hesaplarından gizlice takip etmek ve kişiyi araştırmak ısrarlı takip suçuna vücut vermez. Buna rağmen failin kimliğinin yalnızca mağdur ya da mağdura dahil hiç kimse tarafından bilinmiyor olması bu suç tipinin oluşmasına engel değildir. Haberleşme ve iletişim araçlarına telefon etme, mail ve mesaj atma mektup göndermek gibi sair fiiller örnek gösterilebilir. Bilişim sistemleri kavramından ise dijital platformlarda iletişim kuran bütün yöntemler anlaşılmalıdır.

Kanun maddesinde sayılan bir diğer seçimlik hareket ise üçüncü kişileri kullanarak temas kurmaya çalışmaktır. Burada üçüncü kişi kavramı ile fail ve mağdur dışındaki diğer herkes kast edilmektedir. Nitekim üçüncü kişinin, failin suç işleme kastını bilip bilmemesi de önem taşımamaktadır. Zira üçüncü kişi bu seçimlik harekette bir nevi mağdura iletişim kurmaya yarar bir aracı vazifesi görür. Bu hususa ayrıntılı olarak iştirak başlığı altında değinilecektir. Üçüncü kişinin sosyal medya hesabı telefonu veya sair bilişim sistemleri kullanılarak da bu seçimlik hareket meydana getirilebilir. Ayrıca bu seçimlik hareket için failin üçüncü kişiyle görüşmesi seçimlik hareketin suça vücut vermesi için yeterli gelmemektedir. Bu noktada önem arz eden husus aracı olan üçüncü kişinin failin istemi üzerine hareket etmiş olmasıdır. Bunun yanında doktrinde yer alan bir görüşe göre de failin mağdura hediye göndermesi veya çiçek yollaması da bu hareket kapsamında sayılmaktadır.³⁵

³⁶ Zira bilindiği üzere bu suç tipini diğer benzerlerinden ayıran özellik ısrardır ve bu nedenle kanaatimizce de ısrarla mağdura temas kurmaya yarayan her türlü eylem suça vücut verebilir niteliktedir. Bilindiği üzere çalışmaya konu ısrarlı takip suçu, ısrar unsuru nedeniyle birden fazla hareketli bir suç tipidir. Bu açıdan bakıldığında ısrar kavramının meydana gelebilmesi için benzer eylemlerin defalarca meydana gelmesi gerekli değildir. Failin suça vücut veren yukarıda sayılan seçimlik hareketleri icra etmesiyle de suçun ısrar unsuru oluşmuş olur. Ayrıca burada değinilmesi gerekirse ısrar unsurunun meydana

³⁴ Ahmet Kılıç, İsrarlı Takip Suçu (TCK m. 123/A), Suç ve Ceza 15, No. 3, 2022, s. 536.

³⁵ Murat Volkan Dülger, "Normatif Düzenleme Açısından İsrarlı Takip Suçu". İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Temmuz 2023, s. 21-57, s. 40.

³⁶ Mahmut Koca / İlhan Üzülmüş, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 15. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 140.

gelebilmesi için asgari veya azami bir hareket sayısından bahsedilmez. Bu kapsamda bakıldığında ısrar kavramının mağdur üzerinde huzursuzluk ve psikolojik baskı oluşturma noktasında belli bir ağırlığa ulaşmış olması gerekmektedir. Bu ağırlığa ulaşan her bir seçimlik hareket haksızlık özelliği taşımaktadır. Fakat bu haksızlığında cezalandırılabilmesi için yine belli bir ölçüde ağırlık taşıması gerekmektedir. Burada ise madde gerekçesinde³⁷ de izah edildiği üzere³⁸ mağdura yapılan haksızlığın ağırlığı ısrar unsurunun varlığıyla sağlanmış olur.

Çalışmaya konu suçun hareket unsuru açısından önem taşımakta olan bir diğer husus ise; fail ve mağdur arasında rızaya dayalı iletişim ve ilişkilerle mağdurun rızası olmaksızın kurulmaya çalışılan iletişim veya ilişki çabalarının zamansal olarak birbiriyle iç içe geçmiş olmasıdır. Burada dikkat edilmesi gereken husus mağdurun rızasıyla fail ile görüşmesi, konuşması, bilişim sistemleri aracılığıyla iletişim kurması gibi sair eylemlerin failin ısrar kastıyla yapmış olduğu seçimlik hareketlerde kesinti oluşturmalarına rağmen mağdurun rızası hilafına mağdurla ısrarla iletişim kurulmaya çalışılması ve rahatsız edilmesi halinde suç vücut bulacaktır. Bu hususa ilişkin bir örnek vermek gerekirse; mağdurun, failin ısrarlı tekliflerinden sonra rızasıyla faille konuşmayı kabul etmesi ancak konuşma bittiğinde faille bir daha görüşmek istemediğini söylemesi şeklinde gerçekleşen olayda failin, mağdurun rızasının kalktığı andan itibaren ki eylemleri ile mağduru konuşmaya ikna etme sırasındaki hareketleri arasında bir temadiden söz edilemez. Zira burada suça vücut veren eylemlerin başlangıcı olarak mağdurun psikolojik olarak kendini huzursuz hissettiği an esas alınmalıdır.

2. Netice

Suçta vücut veren hareketlerin icra edilmesi ile mağdur üzerinde bir huzursuzluk ile kendisi ve yakınları açısından endişe duyulması neticesi oluşmaktadır. Başka bir deyişle suçun sübuta erebilmesi için mağdurun psikolojik özgürlüğünün en azından geçici olarak baskılanması ve etkilenmesi gerekir. Bu açıklamalar ışığında görülmektedir ki ısrarlı takip suçu bir zarar suçu niteliğindedir.

Buna göre seçimlik hareketlerle meydana gelmesi amaçlanan netice açısından bakıldığında, objektif kriterlere bağlı olarak suça vücut veren eylemle-

³⁷ <https://29b13951316a490bc215ebb98f180002769de725.vetisonline.com/mevzuat/gerekceler/turk-ceza-kanunu-madde-gerekceleri/1>, Erişim Tarihi: 19.07.2024.

³⁸ 7406 sayılı Kanun 8. Madde Gerekçesi: “*Israr, failin haksızlık içeriği bakımından cezayı gerekli kılacak boyuta erişmesini ifade eden bir ölçüttür.*”

rin cezasız kalabilmesi ancak bu eylemlerden dolayı mağdurun huzursuzluk ve geniş manada endişe duymamasına bağlıdır. Ancak suç netice bakımından incelendiğinde bir zarar suçu olarak düzenlenmesinin kanun maddesinin kaleme alınış amacına aykırı olduğu düşüncesindeyiz. Zira bu husus daha ilk aşamada hürriyete karşı suçların korumayı hedeflediği hukuki değerlerin korunması amacıyla bağdaşmamaktadır. Nitekim mukayeseli hukukta da benzer görüş hâkimdir. Şöyle ki; İtalya, Amerika gibi birçok ülkenin ceza hukuku mevzuatında ısrarlı takip suçu tehlike suçu olarak kaleme alınmış ve neticeten suçun vücut bulabilmesi için failin seçimlik hareketlerinin illa ki mağdura bir huzursuzluk, korku ve endişe yaratması şartı aranmamıştır.

Bunun yanında ısrar unsurunun mağdurun temel hak ve hürriyetlerinin ihlali bakımından suçun doğası gereği temadi etmesi gerektiği, dolayısıyla çalışmaya konu suç tipinin mütemadi bir suç tipi olduğu dikkatlerden kaçmamalıdır.

Öte yandan belirtmek gerekir ki ısrarlı takip suçuna vücut veren hareketler ile netice itibariyle failin kast ettiğinden daha ağır nitelikte bir netice vücut bulursa neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç vücut bulmayacaktır. Zira kanun koyucu tarafından neticesi sebebiyle ağırlaşmış ısrarlı takip suçu kaleme alınmamıştır. Bu durumda failin ısrarlı takibe yönelik seçimlik hareketleriyle kastından daha ağır bir sonuç ortaya çıkarsa cezai sorumluluğu genel hükümlere tabi olarak hesap edilecektir. Ancak madde gerekçesinde açıkça belirtildiği gibi ısrarlı takip eylemleri ile mağdura failin kastından çok daha farklı ve ağır neticelerin ortaya çıkması olağan görünmektedir.³⁹ Bu halde örneğin mağdurun ruh sağlığının bozularak akıl hastanesine yatırılması ya da baskılardan kurtulmak maksadıyla intihar etmesi gibi pek çok ciddi sonucu ortaya çıkabilir. Bu gibi hallerde genel hükümlere göre neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçtan ceza verilecekken eğer ilgili maddeye özgü olarak neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç hali kaleme alınsaydı failin hareketi ve meydana getirmiş olduğu haksız fiili daha fazla cezalandırılacaktı.⁴⁰ Bu nedenle kanun maddesinde suç tipinin neticesi sebebiyle ağırlaşmış halinin bu suç tipine özgü olarak ayrıca kaleme alınmamış olmasını eksik ve hatalı buluyoruz.

³⁹ Veli Özer Özbek, "Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlar", Ceza Hukuku Dergisi, 2. Sayı, 2007, s. 229.

⁴⁰ Buket Soygüt, "Kadına Yönelik Erkek Şiddetinin Önlenmesi Bağlamında Stalking (İsrarlı Takip) ve Cezasızlık Sorunu". Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 5. Sayı, 2020, s. 2808.

D. Suçun Manevi Unsuru

5237 sayılı kanun madde 123/A uyarınca kaleme alınan ısrarlı takibe dair suçun vücut bulabilmesi için genel kast yeterli ve gereklidir. Suçun oluşabilmesi için ayrıca özel kast aranmaz. Bunun yanında ilgili suç tipi pek tabii olarak olası kast kurumuyla da bir araya gelebilir. Ayrıca belirtmek gerekir ki bu suç tipinde benzer suç tipi olan kimselerin sükun ile huzurunu bozma suçundaki gibi belirli amaç unsuruna yer verilmediğini görüyoruz. Nitekim bu kapsamda failin duygusal veya cinsel amaçla ya da sırf arkadaş olma amacıyla veya ekonomik menfaat elde etme amacıyla ya da sırf baskı oluşturmak maksadıyla suça vücut veren eylemleri özel bir amaç taşımadan icra etmesi mümkündür.

Bu kapsamda kanun koyucu tarafından failin suç işlemekteki kastında özel bir amaç aranmamış olmasının doğru bir yaklaşım olduğu kanaatindeyiz. Zira failin bu fiilleri işlerken özel kastı aranması ihtimalinde bu suç tipi kadına karşı şiddete karşı mücadele bağlamında ayak bağı olmaktan öteye gidemeyecekti.

Ayrıca kast unsuru bahsinde değinmek gereken bir başka husus ise hata-
tadır. Çalışmamıza konu suç tipinde özellikle mağdurun fail tarafından fiziki olarak takip edildiği ya da bilişim sistemleri kullanılarak ısrarlı olarak takibi halinde 5237 sayılı TCK'nın 30. Maddesinde kaleme alınan hata gündeme gelebilir. Şöyle ki; örneğin failin yolda yürüyen iki arkadaştan birini ısrarlı bir şekilde takip etme kastı varsa buna rağmen takip etmeyi amaçladığı mağdur değil yanındaki arkadaşını mağdur sanmışsa netice itibariyle de mağdurun fail tarafından takip edildiğini fark etmesi halinde suçun maddi unsuru olan mağdurda (kişide) hata kavramı gündeme gelir ancak buna rağmen kanaatimizce fail kastından sorumlu tutulmalıdır.⁴¹ Zira fail netice itibariyle bir tehlike meydana getirmekte ve baskı oluşturmaktadır. Ayrıca kanaatimizce bu hususun kadına karşı şiddetle mücadele kapsamında fazlasıyla önem arz ettiği de dikkatlerden kaçmamalıdır.

E. Hukuka Aykırılık

Israrlı takip suçu vücut veren fiilleri hukuka uygun hale getiren ilk unsur rızadır. Suçun soruşturulma ve kovuşturulması şikayete bağlı olduğundan rahatlıkla söylenebilir ki rıza bu suç tipi bakımından hukuka aykırılığı ortadan kaldıran bir haldir. O halde kanun koyucunun amacına göre mağdur failin ısrarlı takiplerini algılamış ve fark etmiş olmasına rağmen ilgili kurum ve kuruluş-

⁴¹ Aksi yönde görüş için bkz. Kılıç, s. 546.

lara şikayette bulunmuyorsa mağdurun rızasının olduğu kabul edilmektedir.⁴² Konuya ilişkin olarak örnek verilecek olursa; fail tarafından mağdura sürekli olarak sosyal medya üzerinden mesaj atılması, telefonla aranması bunun yanında sürekli olarak karşısına çıkıp iletişim kurulmaya çalışılmasına rağmen mağdur tarafından failin mezkur hareketleri nedeniyle rahatsızlık duyulmayıp veya görmezden gelinerek ilgili makamlara şikayette bulunulmadığı hallerde neticenin oluşmadığı görülmektedir. Buna göre kanun koyucunun amacına göre rızanın varlığı ve mezkur suçun oluşmasını engeller bu nedenle de fail cezalandırılmaz. Kanun koyucunun amacına göre rıza vardır ve fail fiilleri nedeniyle cezalandırılmaz. Ancak bu noktada belirtmek gerekir ki mağdurun iradesinin fail veya üçüncü bir kişi tarafından baskı altına alınıp ve/veya tehdit edilip şikayet hakkı engellenmiş olabilme ihtimali bilhassa bu suç tipinde fazlasıyla mümkündür. Bu nedenle suçla mücadele kapsamında alt başlık olarak ise kadına yönelik şiddetin önlenmesi kapsamında suçun ancak mağdurun şikayeti neticesinde soruşturulması ve kovuşturulması hususunda kanun koyucu ile aynı görüşte olmadığımızı belirtmek isteriz.

İkinci hukuka aykırılığı ortadan kaldıran hale ise kanun hükmünü icra başlıklı TCK md. 24/1 örnek gösterilebilir. Bu kapsamda ise örneğin mağdur hakkında ilgili merciler tarafından CMK Madde 135 kapsamında iletişimin tespiti, dinlenmesi kayıt altına alınmasına yönelik olarak karar alınmışsa ve ilgili kapsamda fail ısrarlı bir biçimde ilgili kişilerce takip ediliyorsa faile TCK Madde 24/1 hükmünün amir olması sebebiyle ceza verilmesi söz konusu olmaz. Aynı şekilde CMK Madde 139 hükmü kapsamında gizli soruşturmacı koruma tedbiri ile mağdurun ısrarlı bir biçimde takip ediliyor olması halinde TCK md. 24/1 hükmü dolayısıyla faile ceza verilmesi söz konusu olmamaktadır.

Bu kapsamda bakılacak olursa; taraflar arasındaki bir borç ilişkisine dayanılarak alacaklı tarafından borçlunun ısrarla aranması takip edilmesi veya farklı kanallarla iletişim kurulmaya çalışılması halinde doktrinde bir görüşe göre⁴³ her ne kadar suç oluşmayacağı görüşüne yer verilse de kanaatimizce bu fiillerin mağdurda ciddi huzursuzluk oluşturmaları halinde mezkur suç vücut bulmuş olacaktır. Nitekim aynı doğrultuda Yargıtay Ceza Dairesi K: 2019/11771 E: 2019/3198 Esas sayılı kararında;

⁴² Koca, Üzülmüş, s. 539.

⁴³ Zeki Hafizoğulları / Muharrem Özen, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, US-A Yayıncılık, Ankara, 2012, s. 214.

*“Dosyaya yansımış olan olayda, şikâyetçinin vekili, iki cihaz adına da şikâyetçiye borç çıkarıldığını, ilgili borç sonucunda devamlı şikâyetçinin arandığını, şikâyetçiye mesaj gönderildiğini iddia etmiştir. Borçların nasıl tahsil edilebilecek olduğu, borçlar ile icra iflas hukuku çerçevesinde saptanmıştır. Hukuki yöntemlere başvurulmadan evvel borçlunun borcundan haberinin olması için borçluya uyarı yazısı, mesaj veya ihtar gönderilmesi ya da borçlunun telefon ile aranması olasıdır. **Fakat ilgili uyarı yazısı, mesaj veya ihtarın ya da aramanın devamlılık arz etmemesi ve muhatapları bakımından çekilmez bir duruma gelmemesi lazımdır.***

Bu doğrultuda, Cumhuriyet Başsavcılığınca şikâyetçinin iddia etmiş olduğu mesaj gönderme ile arama sıklığının saptanması açısından şikâyetçinin telefon dökümlerine ulaşılması, mesaj gönderme ya da arama sıklığı göz önünde bulundurularak gerektiği zaman, şüpheliler saptanarak savunmalarının alınması, netice uyarınca bir karara varılması gerekmektedir.” şeklinde hüküm kurmuştur.

Ayrıca değinilmesi gereken bir başka konu ise yapılan işin doğası gereği gazetecilerin, magazincilerin ya da diğer basın mensuplarının ünlü kişileri sosyal medya hesapları üzerinden gizlice takip etmesi ya da iletişim kurmak ve bilgi almak maksadıyla fiziken takip etmeleri durumunda ısrarlı takibinin meydana gelmediği kanısındayız. Buna benzer durumlarda ancak özel hayatın gizliliği suçunun söz konusu olabileceğini belirtmekle birlikte mağdurda ünlü bir kişi olsa da ciddi huzursuzluk ve kendisi ya da yakınları için endişelenme hali söz konusuysa mezkur suç bakımından da failin cezai sorumluluğuna gidilebilecektir.

Bunun yanında suçun hukuka aykırılık unsurunun eşler arasında suçun ortaya çıkış halleri bakımından ele alınması halinde ise; örneğin eşi tarafından aldatıldığı şüphesi içinde olan failin, mağdur sıfatına haiz diğer eşi sırf şüphelerinden ötürü takip etmesi halinde kanaatimizce hukuka uygunluk hallerinin uygulanması doğru değildir. Zira aldatıldığını iddia eden eş sırf şüpheleri nedeniyle yapmış olduğu takipleri dolayısıyla diğer eşte ciddi manada huzursuzluk yaratabilir ya da ona karşı psikolojik bir baskı uygulayabilir. Dolayısıyla da suçun yukarıda detaylarıyla izah olan neticelerinden bir veya birden fazlasının meydana gelmesi nedeniyle suç vücut bulmuş olacaktır.

Buna mukabil olarak, ailelerin çocukları kötü ortamlar ve bir takım zararlı davranışlardan ya da kişilerden korumak maksatlı olarak takip etmesinin

ve bu kapsamda çocukla temas kurmaya çalışmasının Türk Medeni Kanunu kapsamında anne ve babanın gözetim ve bakım yükümlülüğü kapsamında olduğu aşikardır. Ancak bu noktada dikkat edilmesi gereken husus TMK 324. maddenin “... Ana ve babadan her biri, diğerinin çocuk ile kişisel ilişkisini zedelemekten, çocuğun eğitilmesi ve yetiştirilmesini engellemekten kaçınmakla yükümlüdür. Kişisel ilişki sebebiyle çocuğun huzuru tehlikeye girer veya ana ve baba bu haklarını birinci fıkra da öngörülen yükümlülüklerine aykırı olarak kullanırlar veya çocuk ile ciddi olarak ilgilenmezler ya da diğer önemli sebepler varsa, kişisel ilişki kurma hakkı reddedilebilir veya kendilerinden alınabilir.”⁴⁴ şeklinde kaleme alınan hükmüdür. Zira dikkat edilirse anne veya baba ile çocuğun kişisel ilişki kurması esnasında çocuk üzerinde ciddi veya ciddi sayılabilecek herhangi bir huzursuzluk yaratması ya da çocuğun kendi veya yakınlarının güvenliği hakkında endişe duyması halinde ebeveynlerin ısrarlı takip suçunun faili olabileceği söylenebilir. Ancak ısrarlı takip suçuna vücut veren ve bazen de çocukta huzursuzluk yaratmasına rağmen bakım ve gözetim aynı zamanda terbiye hakkının gereği olan bir takım fiillerin ısrarlı takip suçu kapsamında değerlendirilemeyeceği kanaatindeyiz.

F. Nitelikli Haller

5237 sayılı TCK madde 123/A fıkra ikide ilgili suçun tipinin nitelikli halleri sıralanmıştır. Bu doğrultuda suçun çocuğa veya ayrılmaya karar veren ya da boşanmış olduğu eşe yönelik işlenmiş olması halinde failin cezası ağırlaştırılacaktır. Failin eylemleri dolayısıyla, mağdur okulunu, işyerini, konutunu değiştirmek zorunda kalmışsa ya da okulunu veya işini bırakmışsa da failin cezasının ağırlaştırılması gerektiği hüküm altına alınmıştır. Son bentte ise failin eylemi nedeniyle uzaklaştırma veya fail tarafından mağdurun konut, okul ya da işyerine yaklaşmama kararı alınmışsa fail icra ettiği eylemlerden ötürü ağırlaştırılmış ceza alacaktır. Buna rağmen son bentteki ağırlaştırıcı nedenin ancak yalnızca mağdurun fail tarafından fiziken takip edilmesi durumunda söz konusu olması kanaatimizce eksiktir. Çünkü ısrarlı takip suçunun hareket unsurunda detaylarıyla izah edildiği üzere failin mağduru yalnızca fiziki olarak değil bilişim sistemlerini kullanarak ya da sosyal medya üzerinden ısrarlı takibi de kaleme alınmıştır. Bu nedenle son bent kapsamına fiziki takip yanında yukarıda sayılan ısrarlı takip türlerinin de eklenmesinin suçun kaleme alınış amacına daha uygun olacağı kanaatindeyiz.

⁴⁴ <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuatmetin/1.5.4721.pdf>, Erişim Tarihi: 19.07.2024.

Tüm bunların yanında dünya genelinde yapılan bir takım araştırmalardan yola çıkılarak söylenebilir ki ısrarlı takip suçuna vücut veren eylemlere maruz kalan mağdurların büyük çoğunluğunu kadınlar ve çocuklar oluşturmaktadır.⁴⁵

Bu sebeplere dayanılarak kanun koyucu tarafından suç vücut veren fiillerin çocuk veya failin boşanmış ya da ayrılmış olduğu eşine karşı işlenmiş olmasının nitelikli hal olarak kaleme alması kanaatimizce yerinde bir yaklaşım olmakla birlikte eksiktir. Zira kanun koyucunun nitelikli haller arasında mağdurun eş sıfatı bulunmadan yalnız kadın olması halini de kaleme alması ülkemiz şartlarında kanaatimizce zaruridir.

Tüm bunların yanında, ısrarlı takip suçunun mağdurun engelli⁴⁶ ya da kendisini savunamayacak derecede kısıtlı olması halinin de suçun ağırlaştırıcı nedeni olarak düzenlenmesi gerektiği kanısında olduğumuzu belirtmek isteriz.

G. Suçun Özel Görünüş Biçimleri

1. Teşebbüs

Israrlı takip, suçunun bakımından kanaatimizce yalnızca suçun hareketlerinin tamamlanmamış olmasına rağmen suçun kanuni tanımındaki neticenin meydana gelmediği hallerde teşebbüs kurumu gündeme gelebilir. Zira mezkûr suçun kanuni tanımında failin icra ettiği eylemler neticesinde mağdurun ciddi bir huzursuzluk duyması ya da kendi veya yakınlarının güvenliği açısından endişe duyması hali ısrarlı takip suçunun neticesi hareketten ayrılabilen bir suç tipi olduğunu göstermektedir. Bu nedenle bu suç tipinde teorik açıdan bakıldığında teşebbüsün meydana gelebilmesi mümkündür. Şöyle ki; fail suça vücut veren hareketlerine başlamış olmakla birlikte mağdur tarafından bu hareketler dolayısıyla rahatsızlık duyulmaması veya ciddi bir endişe içine girilmemiş olması halinde suç teşebbüs aşamasında kalacak, suçun kanuni tanımındaki netice oluşmamış olacaktır. Nitekim netice oluşmamasına rağmen suçun icra hareketlerinin tamamlanmış olması halinde kast unsurunun teşhis ve tespiti⁴⁷ de oldukça zor olacaktır.⁴⁸

Bu kapsamda değinilmesi gereken bir diğer husus ısrarlı takip suçuna vücut veren hareketlerin en önemli unsuru ısrar kavramının oluşabilmesi için

⁴⁵ Şaban Cankat Taşkın, "Israrlı Takip Suçu", İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1. Sayı, 2023, s. 111.

⁴⁶ Bozbayındır, Önok, s. 363.

⁴⁷ Meral Ekici Şahin, "Kişilerin Huzur ve Sükûnunu Bozma Suçu (TCK m. 123)", Ceza Hukuku Dergisi, Sayı 23, 2013, s. 43.

⁴⁸ Köksal, Atacan, s. 504.

hareketlerin birden fazla kez icra edilmesi gerektiğinden mezkur suçta vücut veren her hareketin bir kez icra edilmesi durumunda suçun teşebbüs aşamasında olup olmadığı hususunun değerlendirilmesi elzemdir. Şöyle ki; suçun vücut bulabilmesi için hareketlerin ısrar unsuru taşıması gerektiği bu nedenle ısrar niteliği taşımayan tek bir hareketin de bu suç tipini oluşturmaya yarayan bir eylem olmadığı değerlendirildiğinde tek bir kez yapılan hareket daha başlangıçta ısrar unsuru taşımadığından suçta vücut veren hareket sayılmayacak ve dolayısıyla suçun teşebbüs aşamasında kaldığı yönünde bir değerlendirme yapılamayacaktır.

Bu hususa bir örnek verilecek olursa failin mağdurun evinin etrafında yalnız bir kez dolaşması ya da mağdurun yalnızca bir kez karşısına çıkması veya mağdurun sosyal medya hesabı üzerinden bir kez mesaj göndermesi halinde suçun icra hareketleri başlamış olmakla birlikte bu durumda henüz ısrar unsuru oluşmadığından teşebbüsten de bahsedilmemelidir. Zira bu hallerde faile ceza verilmesi halinde cezaların son çare oluşu (ultima ratio) ilkesi çiğnenmiş olur.

2. İştirak

Israrlı takip suçunun failleri yönünden iştirak kurumunun gündeme gelmesinin önünde bir engel bulunmamaktadır. İlk olarak faillerin müşterek fail olarak suçu işlemeleri mümkündür. Ancak müşterek failliğin gündeme gelebilmesi için faillerin tamamının suçun ısrar unsuru üzerinde fiili hakimiyeti olmasıdır. Bir başka deyişle failler suç işleme kararını birlikte vermeli ve suçta vücut eylemleri birlikte icra etmelidirler. Örneğin faillerin mağduru birlikte takip etmeleri ya da mağdurun karşısına bir gün biri bir gün diğeri çıkması şeklinde gerçekleşen hallerde müşterek faillik söz konusu olacaktır. Aksi durumunda ısrar unsuru üzerinde hâkimiyeti olmayan fail yardım eden ya da somut olaya göre azmettiren sıfatıyla cezalandırılır.

İştirak bahsinde yardım eden sıfatına haiz suç ortağı açısından konuya bakılacak olursa; bu kapsamda özellik arz eden husus failin eylemlerinin ısrarlı bir biçimde devam ettiğinin bilinmediği durumlarda failin eylemlerine yardım eden kişi suçta yardım eden sıfatıyla iştirak etmiş olmaz.

İştirak bahsinde ele alınması gereken bir diğer konu ise üçüncü kişinin kullanılması bakımından ısrarlı takip suçunun vücut bulması halinde, mağdurla temas kurmak için kullanılan üçüncü kişinin bu suçta iştirak etme iradesiyle hareket edip etmediğidir. eğer üçüncü kişi failin ısrar kastından haberdar de-

ğilse ya da mağdura yönelik eylemlerinde bir ısrar kastı yoksa üçüncü kişinin cezai sorumluluğuna gidilmemelidir. Doğrudan temas kurma çabası içerisindeki fail cezalandırılmalıdır. Fakat üçüncü kişi, failin ısrar kastından haberdar olmasına rağmen yine de failin mağdura temas kurma çabasına yardımcı oluyorsa yardım eden sıfatıyla cezalandırılacaktır. Failin her fiilinde farklı bir üçüncü kişiyi kullanması halindeyse üçüncü kişiler açısından ceza hukuku sorumluluğu TCK m. 37/2'de dolaylı faillik olarak düzenlenmiştir.⁴⁹ Şöyle ki bir mafyanın takıntılı olduğu kişiyi yanındaki kişilere takip ettirmesi halinde de dolaylı faillik söz konusu olacaktır.

Aynı zamanda failin suçun işlenmesinde kullandığı üçüncü kişinin kusur yeteneği olmaması halinde suçun cezası artırılarak verilecektir. Bize göre ısrarı oluşturan çok sayıda temas kurma hareketinden yalnızca birinin bile kusur yeteneği olmayan bir kişiye yaptırılması halinde TCK m. 37/2 c. 2 gereğince faile cezası artırılarak verilmelidir.

3. İçtima

a. Zincirleme Suç

Israrlı takip suçu TCK madde 43/1'e göre zincirleme bir suç kapsamında değerlendirildiğinde; bilindiği gibi ısrarlı takip birden çok hareketin bir araya gelmesi ile oluşan bir suç tipidir. Başka bir deyişle suçun olmazsa olmazı ısrar unsurunun oluşması için failin hareketlerin hukuki bir bütünlük içerisinde meydana gelmesi gerekir. Bu kapsamda bu hareketler TCK md. 43/1 kapsamında zincirleme suç olarak değil bir bütünlük içerisinde tek bir ısrarlı takip suçuna vücut verecektir. Tekraren meydana getirilen hareketlerin farklılaşması halinde de örneğin failin mağduru bir gün araması ertesi gün evinin önüne gitmesi ertesi gün ise sosyal medyadan mesaj atması halinde tek bir ısrarlı takip suçu vardır. Nitekim aynı doğrultuda Yargıtay 4. Ceza Dairesi 2018/7076 Esas, 2021/18701 karar sayılı kararı kapsamında "... Sanığın, çeşitli zamanlarda ve birden fazla defa arama, mesaj iletme ile konutunun önüne notlar bırakma biçiminde gerçekleştirmiş olduğu suça konu fiillerinde, TCK madde 123'te düzenlenmiş olan kimselerin sükun ile huzurunu bozma suçunun **"İsrar" unsurunun oluşmasının karşısında, zincirleme suç hükümlerinin uygulanma şartlarının olmadığı gözetilmeksizin**, yine bu yasa madde 43/1'in tatbiki sureti ile fazla ceza saptanması" şeklinde hüküm kurmuştur. Bu kapsamda ısrarlı takip suçu bakımından da aynı değerlendirmenin yapılması gerektiği kanısındayız.

⁴⁹ Dülger, s. 41.

Zira tekraren ve ısrarlı bir biçimde meydana gelen eylemlerin tamamının ısrarlı takip suçuna vücut vereceği bilindiğinden bu suçun bir mağdura karşı zincirleme suç hükümleri kapsamında değerlendirilmesi pek olası görünmemektedir.

Bunun yanında belirtmek gerekir ki mezkur suç pek tabii olarak TCK Md. 43/2 kapsamında hukuki manada yalnızca bir hareketle birin üzerinde kişiye de işlenebilir. Fakat bu durumun meydana gelebilmesi için failin kastı içerisinde birden fazla kişiyi rahatsız etmek olmalıdır.⁵⁰

b. Fikri İçtima

5237 Sayılı TCK madde 44'e göre icra ettiği eylem ile birin üzerinde suç tipinin meydana gelmesine neden olan fail oluşan bu suç tiplerinden en ağır cezayı hangisi gerektiriyorsa ondan dolayı cezalandırılır. Bu tanımlamadan sonra ısrarlı takip suçuna bu açıdan bakıldığında, neticesi hareketten ayrılabilen bir suç tipi olması sebebiyle md. 44 kapsamında fikri içtimanın vücut bulabileceği düşünülse de mezkur suç tipi mütemadi bir suç olması sebebiyle bu ihtimal oldukça zayıftır. Zira mütemadi suç tipleriyle ani suç tiplerinin fikri olarak bir araya gelebilmesi bir başka deyişle suçlara vücut veren icra hareketlerinin denk gelebilmesi mümkün görünmemektedir. Bu kapsamda mütemadi bir suç ancak mütemadi bir suçun icra hareketleriyle bir araya gelebilir ancak bu durumda uygulamada görülmesi yine zor bir durumdur.⁵¹

Suçun ısrarlı bir biçimde temas kurma amacı taşıması halinde de hareketin fikri içtimaa vücut verebilmesi teorik açıdan mümkün görünmekle birlikte pratikte pek mümkün görünmemektedir. Zira aksi yönde görüşler mevcut olmakla birlikte⁵² kanaatimizce örneğin mağdurla temas kurmaya çalışan fail bir aramasında mağdurla cinsel içerikli konuşmuş, diğer aramasında mağduru tehdit etmiş ya da mağdura hakaret etmişse faile gerçek içtima kapsamında hem tehdit/hakareten hem cinsel taciz ve hem de ısrarlı takip suçundan ayrıca ceza verilmelidir. Zira neticelerinin farklı olması ve farklı hukuki değerleri ihlal etmeleri hasebiyle her bir suç ayrı ayrı muhakemeye konu olur. Dolayısıyla burada aynı neviden fikri içtima hükmü (TCK m. 44) uygulama alanı bulmaz.⁵³

⁵⁰ Özen, Köksal, s. 507.

⁵¹ Nur Centel, Hamide Zafer, Özlem Çakmut, Türk Ceza Hukukuna Giriş, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 520; Dönmezer, Sulhi, Erman, Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Der Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 684.

⁵² Veli Özer Özbek, Koray Doğan, Pınar Bacaksız, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s. 490.

⁵³ Dülger, s. 51. Bu konu madde gerekçesinde de "... Belirtmek gerekir ki, ısrarlı takip suçunun işlenmesi sırasında mağdura yönelik gerçekleştirilen fiillerin başka bir suç oluşturması halinde fail,

H. Israrlı Takip Suçunun Muhakeme Usulü ve Yaptırımı

Öncelikle belirtmek gerekir ki suçun nitelikli ve temel hallerinin soruşturulma ve kovuşturulması da hiç şüphesiz şikâyetle tabiidir. Buna rağmen suçun nitelikli halleri bakımından şikâyetle bağlı olmaması halinde suçla korunmak istenen hukuki değerlerin daha etkin bir şekilde korunacağı kanaatindeyiz. Öyleyse mağdurun fiil ve faili öğrenmesinden itibaren TCK md. 73/2 uyarınca 6 ay içinde şikâyetini bildirmesi gerekmektedir. Mezkûr suç ani hareketli değil mütemadi gerektiren bir suç tipi olması sebebiyle 6 aylık şikâyet süresi ancak temadinin kesilmesinden itibaren başlamalıdır.⁵⁴

Bunun yanında CMK md. 253/3 uyarınca ısrarlı takip suçu uzlaştırma kapsamına alınmamıştır. Ayrıca CMK md. 171 kapsamında da savcı kamu davasının açılmasını erteleyebilir. Görevli ve yetkili mahkeme açısından bakıldığında ise CMK md. 12/2'e göre etkili mahkeme mütemadi suçlardan temadinin sona ermiş olduğu yer mahkemesi olmakla birlikte görevli mahkeme asliye ceza mahkemesi olacaktır.

Failin alacağı ceza bakımından ise fail eğer suçun temel halini işlemişse 6 aydan 2 seneye kadar, nitelikli durumlar söz konusuysa 1 seneden 3 seneye kadar cezalandırılacaktır. Seçimlik ceza kurumu ilgili suç tipi için düzenlenmemiştir.

III. ISRARLI TAKİP SUÇUNUN BENZER SUÇ TİPLERİYLE KARŞILAŞTIRILMASI

A. Israrlı Takip ve Kişilerin Huzur ve Sükûnunu Bozma Suçu Arasındaki İlişki

TCK madde 123'te kaleme alan kimselerin sükun ile huzurunu bozma suçu Hürriyete Karşı Suçlar başlıklı bölümde düzenlenmektedir. 123. maddenin metnine bakıldığında kimselerin sükun ile huzurunu bozma suçunun daha öncede bahsi geçen ısrarlı takip suçu ile pek çok açıdan benzerlik taşıdığı görülmektedir. Zira 123. maddenin kaleme alınmasıyla kanun koyucu tarafından hedeflenen kişilerin hayatlarını huzurlu ve her türlü rahatsızlıktan uzak geçirmelerini garanti altına almaktır.⁵⁵ Bu kapsamda belirtmek gerekir ki

suç teşkil eden bu fiillerden de cezalandırılabilir. Örneğin, ısrarlı takip fiili kapsamında mağdura yönelik gerçekleştirilen hareketlerden bir veya birden fazlasının hakaret veya tehdit suçunu oluşturması durumunda ısrarlı takip suçunun yanı sıra işlenen bu suçlardan dolayı da fail ayrıca cezalandırılabilir." şeklinde kaleme alınmıştır. Buna rağmen Yargıtay tarafından konuya emsal olabilecek bir karar henüz verilmemiştir.

⁵⁴ Feridun Yenisey / Ayşe Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin yayıncılık, Ankara, 2020, s. 590.

⁵⁵ Çakmut, s. 52; Özer Özbek / Doğan / Bacaksız / Tepe, s. 485; Kocasakal, s. 115.

bireylerin sürekli olarak rahatsız edici ve endişe verici hareketlerle muhatap oluyor olması daha ilk başta bireyin psikolojik bir baskı ve tedirginlik yaşmasına sebebiyet verir.⁵⁶ Bu nedenle ısrarlı takip ve bireylerin sükun ile huzurunu bozma suçuyla korunmuş olan yasal değerlerin benzer olduğunu söylemekte bir sakınca görülmemektedir.

Bireylerin sükun ile huzurunu bozma suçunun hareket ögesi bağlamında Yargıtay'a bakılacak olursa; *"suç doğuran eylemler açısından hiçbir sınırlama getirilmemesinden serbest; ısrarlı bir şekilde işlenmesi gerekliliğinden ötürü de bağlı hareketli suç doğuracağı"* şeklinde görüş bildirmiştir.⁵⁷ Bu kapsamda belirtmek gerekir ki yukarıdaki açıklamalar ışığında ısrarlı takip suçunun hareket unsuru bakımında da md. 123 ile benzer olduğu ve serbest hareketli olarak işlenebildiği görülmektedir. Böylelikle bireylerin sükun ile huzurunu bozmak suçu serbest hareketli olarak işlenebilmesiyle birlikte hareket unsurunun bünyesinde ısrarın bulunması halinde failin fiilleri ısrarlı takip suçundan dolayı cezalandırılabilir. Aynı doğrultuda Yargıtay bazı kararlarında ısrarlı takibin en belirgin örneklerinden olan mağdurun araç marifetiyle takibinin madde 123 kapsamında değerlendirilmesi gerektiği yönünde görüş bildirilmiştir.⁵⁸

Mezkur suç tiplerinin manevi unsuruna bakılacak olursa daha öncede bahsedilen bireylerin sükun ile huzurunu bozma suçu yalnızca özel bir kasıtlı işlenebilmektedir. Bu nedenle bu suç tipinin vücut bulabilmesi için mağdura yönelen hareketin sırf sükun ile huzurunu bozma kastıyla yapılmış nitelikte olması gerekmektedir. Bu bahsedilen duruma rağmen ısrarlı takip suçunda buradaki gibi özel kast aranmaz. Failin genel kastı yeterli olacaktır. ısrarlı takip suçunun amacı açısından da bakıldığında genel kast ile işlenebileceğinin kaleme alınması isabetli olmuştur.

Tüm bunların yanında kanaatimizce ilgili suç tipleri arasında farklılık oluşturan en önemli unsur failin icra ettiği hareketlerin nitelik olarak ağırlığıdır.

⁵⁶ Ekici Şahin, s. 126.

⁵⁷ Yargıtay CGK, E. 2014/4-821, K. 2018/45, T. 13.2.2018 (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>, Erişim Tarihi: 19.07.2024).

⁵⁸ Yargıtay 14. CD, E. 2012/8472 K. 2014/1008 T. 28.1.2014, *"Mahkemeye, müştekinin çocuğu ile sağlık ocağına gittiği sırada şüphelinin içinde bulunduğu araç ile kendisini takip ettiği, sağlık ocağında yaklaşık 20 dakika kadar kalıp çıktığında da kapı önünde beklediğini gördüğü ve yine araçla peşinden geldiği, müştekinin durumu haber vermek için eşinin iş yerine yöneldiği halde şüphelinin takibine devam ettiğinin ve iş yerine girince şüphelinin de aracını park ettiği, durumu eşine anlatması ve eşinin isteği üzerine caddeye çıkıp yürüdüğünde şüphelinin yeniden aracını çalıştırıp takibe geçtiği oluşturma uygun olarak kabul edilmiş ve açıklanan eylemin kişilerin huzur ve sükununu bozma suçunu oluşturduğuna ilişkin vasıflandırmanın doğru olduğu anlaşıldığından hükmün onanmasına karar verilmiştir."* (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>, Erişim Tarihi: 19.07.2024).

Zira yukarıda detaylarıyla izah edildiği üzere ısrarlı takip suçunda fail icra hareketleriyle, mağdurun yaşam biçimine daha ağır bir zarar verip etki bırakmaktadır. Buna rağmen kişilerin huzur ve sükununu bozma suçunun vücut bulabilmesi için failin icra hareketlerinin mağdur üzerinde bu denli bir etki bırakması beklenmez. Bir başka deyişle failin ısrarlı takip suçuna vücut veren her hareketi TCK md. 123'ü de ihlal edebilir kapasitedeyken, failin md. 123'e vücut veren her hareketi ısrarlı takip niteliğini taşımaya haiz olamayabilir.⁵⁹

B. Israrlı Takip ve Tehdit Suçu Arasındaki İlişki

5237 sayılı kanun madde 106'da kaleme alınan bir suç olan tehdit; ısrarlı takip suçu ile kimi zaman benzerlik göstermesinin yanında kimi zamanda ısrar unsuru içinde bir nevi eriyip ısrarla birlikte iç içe geçmiş vaziyette de vücut bulabilmektedir.

İlgili maddeler ile korunan hukuki değer kapsamında da benzerlikler olduğu söylenebilir. Şöyle ki tehdit suçunu düzenleyen 106. maddenin gerekçesinde de ısrarlı takibinkine benzer bir biçimde korunan hukuki değer bireylerin huzur ve sükûn içerisinde yaşamalarıdır. Bu halde korunan hukuki değerlerin benzer olması yanında ilgili suç tipleri ile bireylerin huzur ve sükunu farklı icra hareketleriyle ihlal edilmekte, bireyler üzerinde farklı icra hareketleriyle endişe ve psikolojik baskı oluşturulmaktadır.

Tehdit suçunda failin bir takım söylemleriyle ileride gerçekleşebilecek olgular nedeniyle mağdur korkutulup etki altında bırakılarak baskı altına alınmak istenmektedir. Bu nedenle ısrar kavramı ve tehdit kavramı amaçlanan sonuç anlamda birbiriyle çok da uzak olmayan kavramlardır.⁶⁰ Bu kapsamla rahatlıkla belirtilebilir ki ısrar da tehdit de bünyesinde pek tabii olarak korku unsuru taşır. Burada değinilmesi gereken diğer bir husus ise ısrarlı takip suçunda korku yaratan davranışın niteliğinden daha ziyade sayısı ve devamlılığıyken tehdit suçundaki korku unsurunun yöneldiği ve ihlalinden dolayı korku duyulacak davranışların niteliğidir. Bu nedenle tehdit suçunda korku yaratan davranışlara devamlılık aranmazken ısrarlı takipte korku unsuru taşıyan davranışların devamlılık arz edip etmediği suçun oluşması açısından önem taşımaktadır.

⁵⁹ Rezzan İtişgen, Kişilerin Huzur ve Sükununu Bozma Suçu, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 9. Sayı, 2014, s. 116.

⁶⁰ Adem Sözüer, "Tehdit Suçu", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 54, 1994, s. 130.

Tehdit suçu vücut bulabilmesi için tehdit içeren ve mağdurun kendisi ya da yakınlarına karşı meydana getirilecek bir kötülük olgusu içeren beyanın mağdura ulaşması gerekir.⁶¹ Buna rağmen ısrarlı takip suçunda fail tarafından mağdura iletilen beyanlar veya temaslar her ne kadar mağdur üzerinde kendisine veya yakınlarına karşı bir tehlike oluşacağından bahisle korku uyandırır da burada tehdit suçunda olduğu gibi mağdura karşı gelecekte meydana getirilecek bir kötülük olgusu yer almamaktadır. Zira ısrarlı takip suçunda mağdurun korku duyduğu kötülük olgusu yalnızca varsayımdan ibarettir. İlgili suç tipleri arasında korku unsuru bakımından en belirgin fark budur. Kanaatimizce ısrarlı takip suçunda failin eylemlerinin suça vücut verebilmesi için mağdura karşı bir kötülük olgusunun bildirilmesini şartının aranmaması isabetli olmuştur.

C. İsrarlı Takip ve Cinsel Taciz Suçu Arasındaki İlişki

5237 sayılı yasa madde 105'te yasal düzenleme altına alınan cinsel taciz suçu ancak ve ancak bir mağdurun vücut dokunulmazlığını ihlal etmemek suretiyle meydana gelebilir.⁶² Bu suç tipiyle korunması hedeflenen hukuk değeri ise bireylerin cinsel özgürlüklerinin korunarak yaşaması ve cinsel yönden rahatsızlığa maruz kalmaması şeklinde ifade edilebilir.⁶³

İlgili suç tipleri arasındaki ilişki incelendiğinde belirtildiği üzere ısrarlı takip suçu bünyesinde cinsel taciz amacı taşımaya elverişlidir. Ancak daha önce de belirtildiği üzere ısrarlı takibin yalnız cinsel saikle işlenebileceği yönündeki görüş eksik ve hatalıdır. Bu nedenle ısrarlı takip suçunun kapsamının yalnızca cinsel dokunulmazlığın ihlali veya mağdura duyulan cinsel istek olarak nitelendirilmesinin ısrarlı takip yasal düzenlemesinin amacına aykırılık teşkil etmesi sebebiyle bu hususa katılmadığımızı yineliyoruz.

Bu kapsamda her iki suç ile fail mağdur üzerinde bir huzursuzluk yaratmaktadır. Ancak ısrarlı takipte bu huzursuzluk her türlü saikle meydana gelebilirken cinsel tacizde mağdurun rahatsız olduğu davranış cinsel içerikli olmalıdır.⁶⁴ Nitekim aynı doğrultuda **Yargıtay 14. Ceza Dairesi 2014/6837 Esas 2017/3304 Karar Sayılı kararı kapsamında; "... Müştekinin aşamalarda**

⁶¹ Durmuş Tezcan, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 16. baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s. 478.

⁶² Tezcan, s. 452.

⁶³ Mehmet Emin Artuk / Ahmet Gökçen, Gerekçeli Ceza Kanunları, 19. baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, s. 143.

⁶⁴ Fahri Gökçen Taner, Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, 2. baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017, s. 409.

bulunan beyanları, savunmayla bütün dosya içeriği uyarınca sanığın herhangi bir suç işleme kararının icrası çerçevesinde müştekinin telefonuna **cinsel içerik taşıyan mesajlar iletme**, sık sık arama biçimindeki fiillerinin **bir bütün şeklinde zincirleme olarak cinsel taciz suçunu doğurduğu** göz önünde bulundularak bireylerin sükun ile huzurunu bozma suçundan bir hüküm kurulmasına hiçbir **yer bulunmadığına** karar verilmesi lazımdır.” şeklinde hüküm kurmuştur. Bu nedenle ısrarlı takip suçunun meydana gelebilmesi için münhasıran bünyesinde cinsel bir amaç taşınması gerekmediğinden cinsel taciz suçundan bu kapsamda farklılık göstermektedir.

D. Israrlı Takip ve Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçu Arasındaki İlişki

En başta bilinmektedir ki fail tarafından bir ısrarlı takip suçunun eylemleri meydana getirilirken mağdurun özel hayatının gizliliği her şekilde ihlal edilmektedir. Zira zaten ısrarlı takip suçunda failin asıl amacı mağdura yakın olmaktadır. Nitekim mukayeseli hukukta ısrarlı takip düzenlemesi içerisinde özel hayatın gizliliği kavramının yer aldığı da görülmektedir.⁶⁵ Kanaatimizce ısrarlı takibin yasal düzenlemesi içerisinde özel hayatın gizliliğinin de alınması isabetlidir. Zira özel hayatın gizliliği 1982 Anayasasının 20. maddesiyle güvence altına alınmış ayrıca da TCK’nın 134. maddesiyle de ihlal cezai yaptırıma bağlanmıştır.⁶⁶ Görüldüğü üzere özel yaşamın gizliliğini ihlal etme suçu ısrarlı takip suçu ile yakın ilişki içerisinde. TCK’nın 134. maddesinin gerekçesinde yer alan şekliyle özel yaşamın gizliliğini ihlal etme suçuyla “özel hayat alanına girip ya da bir başka amaç ile başkalarınca görülmesi olası olmayan özel bir yaşam hadisesinin saptanması ile kaydedilmesinin cezalandırıldığı” beyan edilmektedir.⁶⁷ Bu hususlara dayanılarak TCK md. 134 ile kişilerin rahat ve özgür bir biçimde özel hayatını devam ettirebilme özgürlüğü hukuki değerinin korunması amaçlanmaktadır. Bilindiği üzere ısrarlı takip suçu ile de kimi zaman mağdurun gizli yaşam alanına girilmekte başkaları tarafından bilinmeyen özel yaşantısına vakıf olunmaktadır. Bu duruma özgü ısrarlı takip eylemlerinin incelenmesi halinde görülmektedir ki aslında daha ısrarlı takip suçunun eylemlerinin başlangıç aşamasında özel hayatın gizliliğinin ihlal edildiğinin görülmesi halinde fail henüz icra hareketlerini tamamlayamadan bir başka deyişle ısrarlı takip suçunu neticesinde daha ağır sonuçlar oluşmadan mağdurun özel haya-

⁶⁵ Türkoğlu, s. 81.

⁶⁶ Sultan Tahmazoğlu Üzeltürk, “Özel Hayatın Korunmasına İlişkin Başlıca Sorunlar, GÜHFD, 1. Sayı, 2008, s. 96.

⁶⁷ Artuk / Gökçen, Gerekçeli Ceza Kanunları, s. 179.

tının gizliliğini ihlal ettiği gerekçesiyle cezalandırılabilir. Bunun yanında özel hayat kavramı ile kast edilen husus mağdurun her türlü etkinliği değilse bu durumda mağdura yönelik her özel hayatın gizliliğini ihlal hareketinin ısrarlı takip suçu kapsamında değerlendirilmesi mümkün olmayacaktır.⁶⁸

SONUÇ

5237 sayılı TCK madde 123/A ile kaleme alınan daha öncede bahsedilmiş olan ısrarlı takip suçu nihayet geç de olsa Türk ceza hukukunda yerini almıştır. Bu açıdan şiddetin bir türü olduğu düşünülen huzursuzluk ve baskı altında hissettirmeye neden olan ısrarlı takip unsuru içeren eylemlerin cezalandırılması amacıyla ilgili kanun maddesinin kaleme alınması fazlasıyla yerinde bir düzenleme olmuştur. Zira çalışmamızın başında detaylarıyla izah olunduğu üzere ısrarlı takip esasen şiddetin bir türü olarak görülmektedir ve çoğunlukla kadına yönelik şiddetin başlangıç hareketlerini içererek mağdur kadına karşı fiziki şiddetin hemen öncesinde meydana gelerek mağdur kadını ilk aşamada psikolojik şiddetle yıldırmaya maruz bırakmaktadır. Bu nedenle ısrarlı takip suçunun kaleme alınmasıyla kadına karşı şiddet bağlamında oldukça önemli bir hamle yapılmıştır. Zira yasa koyucu ne kadar da mağdurun erkek olması önüne bir engel koymamış olsa da görülmektedir ki bu suç büyük çoğunlukla faili erkek mağduru kadın olarak meydana gelmektedir.

Bunun yanında şiddete karşı mezkur düzenleme önemli ve gerekli bir adım olsa da bu adımın yeterli olduğunu söyleyebilmek şu aşamada kanaatimizce mümkün değildir. Pek tabii olarak ısrarlı takip suçuna vücut veren eylemlerin tek tek sayılmasının mümkün olmayacağı açıktır. Fakat kanun koyucu tarafından psikolojik şiddetin önlenmesi ve mağdurların huzur ve sükununu bozulmadan yaşama özgürlüğünü korumak maksadıyla suça vücut veren hareketlerin kapsamı daha geniş olarak kaleme alınabilirdi. Bu bakımdan tabikin illa fiziki olması gerekmediği ya da dijital araçlarla takip hususlarının bu kapsama dahil edilmesi yerinde olabilirdi.

Ayrıca değinilmesi gereken bir başka husus ise suçun neticesinin oluşabilmesi için failin icra hareketlerinin mağdur üzerinde ciddi biçimde endişe

⁶⁸ Güçlü Akyürek, "Kameralarla Kuşatılmış Özel Hayat", *Güncel Hukuk Dergisi*, s. 42. Yargıtay 12. CD, 14.10.2015 Tarih, 2015/2312 K. 2015/15366 sayılı kararı; "... *sanığın, müşteki ve katılanın evlerinin yatak odasının penceresinden bakma eyleminin kişilerin huzur ve sükunun bozma suçunu değil, 5237 sayılı TCK'nın 134/1-1. cümlesinde düzenlenen özel hayatın gizliliğini ihlal suçunu oluşturduğu gözetilerek sanık hakkında mahkumiyet kararı verilmesi gerektiği gözetilmeden beraat kararı verilmesi*" (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>, Erişim Tarihi: 19.07.2024).

ve huzursuzluk yaratması şartı aranmaktadır. Ancak görüldüğü üzere suçun tehlike suçu olarak değil zarar suçu olarak kaleme alınmış olması kanun koyucunun amacıyla bağdaşmamaktadır. Zira suçun zarar suçu olarak kaleme alınması mezkur suçun uygulama alanını fazlasıyla daraltmaktadır. Aynı zamanda failin icra hareketleriyle mağdur üzerinde ciddi huzursuzluk ve endişe oluştuğunun tespiti de fazlasıyla güç bir durumdur. Bu kapsamda ciddi huzursuzluk ve endişe oluşması durumunun hangi kriterlere bağlı olduğu hususu madde hükmünün uygulaması bağlamında ciddi sorunları da beraberinde getirecektir.

Ayrıca daha önce değinildiği gibi ısrarlı takip suçu pek çok suç tipinin çıkış noktasıdır. Her fail ilk aşamada mağdurunu izlemek, takip etmek ve bazı hallerde onunla temas kurmak istemektedir. Bu sebeplerden ötürü suçun kaleme alması esnasında neticesi sebebiyle ağırlaşmış ısrarlı takip suçunun da özel olarak kaleme alınmasını gerektiği kanaatindeyiz. Zira kanun koyucunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış ısrarlı takip suçu hususunda kanunda boşluk bırakması esasen madde ile korunması hedeflenen hukuki değerler konusunda da zaafiyet göstermektedir.

Ayrıca ve açıkça eleştirilmesi gereken bir başka husus ise suçun temel halinin de nitelikli hallerinin de şikayete tabi olup resen takip edilmiyor olması yanında nitelikli hallerin kapsamının oldukça dar tutulmasıdır. Bu kapsamda suçun kadına, eski nişanlıya veya engelli ya da kendisini savunamayacak derecede kısıtlı kişilere karşı işlenmesi ya da silah aracılığıyla işlenmesi hallerinin de nitelikli haller arasında kaleme alınmaması durumunun kadına karşı şiddetle mücadele ve kanun koyucunun maddeyi kaleme almaktaki amacıyla bağdaşmadığına dikkat çekmek isteriz.

KAYNAKÇA

- Akyürek, Güçlü: “Kameralarla Kuşatılmış Özel Hayat”, Güncel Hukuk Dergisi, sy. 173-05, s. 42.
- Artuk, Mehmet Emin / Gökçen, Ahmet: Gerekçeli Ceza Kanunları, 19. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, s. 143.
- Balcı, Murat / Çakır, Kerim: “Israrlı Takip Suçu (TCK 123/A)”, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 10, Sayı 2, 2022, s. 326.
- Başar, Demet: Stalking as a New Form of Violence: Its Relationship with Ambivalent Sexism, Honor Endorsement and Gender-Based Violence Attitudes, Yüksek Lisans Tezi ODTÜ SBE 2019, s. 5.
- Bozbayındır, Ali Emrah / Önok, Murat: Alman ve İtalyan Ceza Hukukunda Israrlı Takip Suçu, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2022, s. 300.
- Centel, Nur / Zafer, Hamide / Çakmut Özlem: Türk Ceza Hukukuna Giriş, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 520.
- Doğan, Recep: Kadına Yönelik Şiddetin Bir Türü Olarak, Israrlı Takip (Stalking) Kavramı ve Suçu”, Ankara Barosu Dergisi, 2014, s 135-154.
- Dönmezer, Sulhi / Erman, Sahir: Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Der Yayıncılık, İstanbul. 2019, s. 684.
- Dülger, Murat Volkan: “Normatif Düzenleme Açısından Israrlı Takip Suçu”. İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Temmuz 2023, s. 21-57, s. 40.
- Ekici Şahin, Meral: “İştirak Halinde İşlenen Suçlarda Suça Etki Eden Nedenlerin Şeriklere Sirayeti”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 64. Sayı, 2015, s. 637-686.
- Ekici Şahin, Meral: “Kişilerin Huzur ve Sükûnunu Bozma Suçu (TCK m. 123)”, Ceza Hukuku Dergisi, Sayı 23, 2013, s. 43.
- Hafizoğulları, Zeki / Özen, Muharrem: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, US-A Yayıncılık, Ankara, 2012, s. 214.
- Havutcu, Ayşe: Devletin Kadına Yönelik Şiddeti Önleme Görevi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Opuz-Türkiye Kararı, Fasikül Hukuk Dergisi 6. Baskı, 2014, s. 6-16.
- İtişgen, Rezzan: Kişilerin Huzur ve Sükununu Bozma Suçu, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 9. Sayı, 2014, s. 113-114.
- Kılıç, Ahmet: Israrlı Takip Suçu (TCK m. 123/A). Suç ve Ceza 15, No. 3, 2022, s. 529-563.
- Koca, Mahmut / Üzülmaz, İlhan: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 15. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, S. 140.
- Kocasakal, Ümit: “Kişilerin Huzur ve Sükununu Bozma Suçu”, Ankara Barosu Dergisi, 2. Sayı, 2015 s. 115.

- Özar, Süleyman: Israrlı Takip Suçu (TCK m. 123/A), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 71. Sayı 2022, s. 1397-1430.
- Özbek, Veli Özer: “Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlar”, Ceza Hukuku Dergisi, 2. Sayı, 2007, s. 223-246.
- Özbek, Veli Özer / Doğan, Koray / Bacaksız, Pınar: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s. 490.
- Özen, Muharrem / Köksal, Atacan: “Kişilerin Huzur ve Sükununu Bozma Suçu”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı 68, 2019, s. 482.
- Öztürk, Bahri / Erdem, Mustafa Ruhan: Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku Seçkin yayınları, Ankara 2020, s. 438.
- Soygüt, Buket: “Kadına Yönelik Erkek Şiddetinin Önlenmesi Bağlamında Stalking (Israrlı Takip) ve Cezasızlık Sorunu”. Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 5. Sayı, 2020, s. 2808.
- Sözüer, Adem: “Tehdit Suçu”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 54, 1994, s. 130.
- Şaban Cankat Taşkın, “Israrlı Takip Suçu”, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1. Sayı, 2023, s. 91-135, 111.
- Tahmazoğlu Üzeltürk, Sultan: “Özel Hayatın Korunmasına İlişkin Başlıca Sorunlar, GÜHFD, 1. Sayı, 2008, s. 96.
- Taner, Fahri Gökçen: Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, 2. baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017, s. 409.
- Tezcan, Durmuş: Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 16. baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s. 478.
- Türkmen, Ahmet: “Yeni Bir Hukuki Olgu Olarak Israrlı Takip ve Taciz (Stalking) ve Bunun Türk Medeni Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 11. Sayı, 2010, s. 1387-1434.
- Türkoğlu, Selin: Ceza Hukuku Açısından Israrlı Takip, 1. Baskı, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2020, s. 13.
- Uyumaz, Alper / Akdağ İdris: “Türk Özel Hukukunda Şiddet ve Israrlı Takip Kavramı ile Israrlı Takip Mağdurunun Korunması”, Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 19. sayı, 2015, s. 45-94.
- Yalçın, Türkan: Türk Ceza Hukukunda Kadın, Savaş Yayınları, Ankara, 2019, s. 314.
- Yenerer Çakmut, Özlem: Kişilerin Huzur ve Sükununu Bozma ve Gürültüye Neden Olma Suçları, Beta Yayıncılık, İstanbul 2014, s. 80.
- Yenisey, Feridun / Nuhoğlu, Ayşe: Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin yayıncılık, Ankara, 2020, s. 590.

İnternet Kaynakları

- <https://29b13951316a490bc215ebb98f180002769de725.vetisonline.com/mevzuat/gerekceler/turk-ceza-kanunu-madde-gerekceleri/1>, Erişim Tarihi: 19.07.2024.
- https://istanbulsozlesmesi.org/sozlesmenin-tammetni/?gclid=CjwKCAiAtt2tBhBDE-iwALZuhAOgN8NdcgTKyfB8NfeXmal3n-kVtH5yzDipfX78faJ6F4dlpkiOhFBoCmgUQAvD_BwE, Erişim Tarihi: 19.07.2024.
- <https://izzetozgenc.com/makale/israrli-takip-sucu-uzerine-hukukî-degerlendirmeler>, Erişim Tarihi: 19.07.2024.
- https://tr.wikipedia.org/wiki/Israrlı%C4%B1_takip, Erişim Tarihi: 19.07.2024.
- <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay-kararlari>, Erişim Tarihi: 19.07.2024.
- <https://www.mevzuat.gov.tr/>, Erişim Tarihi: 19.07.2024.
- <https://www.mevzuat.gov.tr/>, Erişim Tarihi: 19.07.2024.
- <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuatmetin/1.5.4721.pdf>, Erişim Tarihi: 19.07.2024.
- <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2013/01/20130118-2.htm>, Erişim Tarihi: 19.07.2024, 18.01.2013 Tarih 28532 Sayılı Resmi Gazete.

Yargıtay Kararları

- Yargıtay 4. CD., T. 4.11.2021, E. 2019/3545, K. 2021/26383 sayılı kararı.
- Yargıtay 12. CD, T. 14.10.2015, E. 2015/2312, K. 2015/15366 sayılı kararı
(<https://karararama.yargitay.gov.tr/>, Erişim Tarihi: 19.07.2024).
- Yargıtay 12. CD, T. 09.11.2021, E. 2021/2474, K. 2021/7814 sayılı kararı
(<https://karararama.yargitay.gov.tr/>, Erişim Tarihi: 19.07.2024).
- Yargıtay 14. CD, T. 28.01.2014, E. 2012/8472, K. 2014/1008 sayılı kararı
(<https://karararama.yargitay.gov.tr/>, Erişim Tarihi: 19.07.2024).
- Yargıtay CGK, T. 13.02.2018, E. 2014/4-821, K. 2018/45 sayılı kararı
(<https://karararama.yargitay.gov.tr/>, Erişim Tarihi: 19.07.2024).