

**T.C.
ERCIYES ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI**

**ALACAKLISINI ZARARA SOKMA KASTIYLA
MEVCUT EKŞİLTME SUÇU (İİK m.331)**

**Hazırlayan
Süleyman KUYUMCU**

**Danışman
Yrd. Doç. Dr. Fatih BİRTEK**

Yüksek Lisans Tezi

**Eylül 2014
KAYSERİ**

BİLİMSEL ETİĞE UYGUNLUK

Bu çalışmadaki tüm bilgilerin, akademik ve etik kurallara uygun bir şekilde elde edildiğini beyan ederim. Aynı zamanda bu kural ve davranışların gerektirdiği gibi, bu çalışmanın özünde olmayan tüm materyal ve sonuçları tam olarak aktardığımı ve referans gösterdiğimi belirtirim.

Süleyman KUYUMCU

İmza

YÖNERGEYE UYGUNLUK

“Alacaklısını Zarara Sokma Kastıyla Mevcut Eksiltme Suçu (İİK m. 331)” adlı Yüksek Lisans tezi, Erciyes Üniversitesi Lisansüstü Tez Önerisi ve Tez Yazma Yönergesi’ne uygun olarak hazırlanmıştır.

Hazırlayan
Süleyman KUYUMCU

Danışman
Yrd. Doç. Dr. Fatih BİRTEK

.....ABD Başkanı

Ad Soyad İmza

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜ'NE

Yrd. Doç. Dr. Fatih BİRTEK danışmanlığında Süleyman KUYUMCU tarafından hazırlanan “ALACAKLISINI ZARARA SOKMAK KASTIYLA MEVCUT EKSİLTME SUÇU (İİK. M. 331) ” adlı bu çalışma, jürimiz tarafından Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimleri EnstitüsüKamu Hukuku..... Anabilim Dalında **Yüksek Lisans** tezi olarak kabul edilmiştir.

16 / 07 / 2014

JÜRİ:

Danışman : Yrd. Doç. Dr. Fatih BİRTEK

Üye : Doç. Dr. Ahmet BAŞÖZEN

Üye : Yrd. Doç. Dr. Gülden ŞİŞMAN

F. Birtel
A. Başözen
G. Şişman

ONAY:

Bu tezin kabulü Enstitü Yönetim Kurulunun 05/07/2014 tarih ve 23 sayılı kararı ile onaylanmıştır.



Prof. Dr. Lütfullah CEBECİ
Enstitü Müdürü

**ALACAKLISINI ZARARA SOKMA KASTIYLA
MEVCUT EKSİLTME SUÇU (İİK m. 331)**

Süleyman KUYUMCU

**Erciyes Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü
Yüksek Lisans Tezi, Temmuz 2014
Danışman: Yrd. Doç. Dr. Fatih BİRTEK**

ÖZET

Mevcut eksiltme suçu, İİK m. 331’de düzenlenmiş olup, borçlunun alacaklısını zarara sokmak maksadıyla mallarını veya bunlardan bir kısmını mülkünden çıkararak, telef ederek veya kıymetten düşürerek hakiki surette yahut gizleyerek muvazaa yoluyla başkasının uhdesine geçirerek veya asil olmayan borçlar ikrar ederek mevcudunu suni surette eksiltmesi ve alacaklının borçlu aleyhine aciz belgesi aldığını veya alacağını alamadığını ispat etmesi halinde meydana gelen suç tipi olarak tanımlanmaktadır.

Mevcut eksiltme suçunun faili, alacaklısını zarara sokma kastıyla mevcudunu azaltan borçludur. Mevcut eksiltme suçu bakımından konusu, alacaklısına zarar verme kastıyla hareket edilmek suretiyle gerçekleştirilen ve borçluya ait olup azaltılan “malvarlığı”dır. Mevcut eksiltme suçunun oluşumu açısından fiilin gerçekleştirildiği malvarlığının bizzat borçluya ait olması şarttır.

Mevcut eksiltme suçunda şikayetten vazgeçme –TCK sistematğinde olduğu gibi– sadece hüküm kesinleşinceye kadar değil, hüküm kesinleştikten sonra da ve hatta hüküm infaz edilirken dahi mümkün olmaktadır.

Mevcut eksiltme suçuna yaptırım olarak hem hapis cezası hem de adli para cezası öngörülmüştür.

Anahtar Kelimeler: Mevcut, Mevcut Eksiltme, Mevcut Eksiltme Suçu, İcra ve İflâs Kanunu Madde 331, Suç, Suçun Konusu, Fail, Şikayetten Vazgeçme.

**THE CRIME OF FRAUDELENT CONVEYANCE
(EBL ARTICLE 331)**

Suleyman KUYUMCU
Erciyes University, Institute of Social Science
M. Sc. Thesis, July 2014
Advisor: Assist. Prof. Dr. Fatih BIRTEK

ABSTRACT

Assets decrement crime which is arranged in EBL article 331, is defined as the type of crime which the debtor commits with the intention of giving the creditor damage/loss by removing or wasting or value-lowering some or all of his property or by genuine or collision law passing them under someone else's undertaking or by professing unreal debts and thus decreasing assets artificially and it occurs when the creditor takes an unable certificate against the borrower/debtor or proves that he cannot receive what he is owed.

The perpetrator of the assets decrement crime is the debtor who reduces his assets with the intentions of giving loss to the creditor. Asset decrement crime's subject is the "*asset*" that belongs to the debtor and which is reduced by the debtor's actions with the intent of harming the creditor. In order for the asset decrement crime to materialize, the asset on which the crime is acted has to belong to the debtor in person.

Renouncing the complaint of the asset decrement crime -as it exists in the Turkish Penal Code (TPC) systematics- is not only possible until the verdict is finalized but it also is possible after the final verdict and even while the verdict is being executed.

Sanctions for the asset decrement crime are prescribed both as imprisonment and criminal fines.

İÇİNDEKİLER

BİLİMSEL ETİĞE UYGUNLUK	i
YÖNERGEYE UYGUNLUK	ii
ONAY	iii
ÖZET	iv
ABSTRACT	v
İÇİNDEKİLER	vi
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

GENEL OLARAK VE SUÇUN TARİHİ GELİŞİMİ

I- GENEL OLARAK	4
A. Tanım	4
B. Suç Tipinin Tarihsel Gelişimi	5
II- MEVCUT EKSİLTME SUÇUNUN AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ VE ANAYASA AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ	7
III- SUÇ TİPİNE İLİŞKİN KANUNİ DÜZENLEMENİN DEĞERLENDİRİLMESİ	12
A. Mevcut Düzenleme	12
B. Genel Kanun – Özel Kanun İlişkisi	16
C. Mevcut Eksiltme Suçu ile 6183 sayılı Kanun'un 110. Maddesinde Düzenlenen Suç Tipinin Karşılaştırılması	20

İKİNCİ BÖLÜM

ALACAKLISINI ZARARA SOKMA KASTIYLA

MEVCUT EKSİLTME SUÇU

I. TANIMI	23
II. KORUNAN HUKUKİ DEĞER	24
III. SUÇUN UNSURLARI	25
A. Tipiklik	25
B. Maddi Unsurlar	26
1. Fiil	27
a. Borçlunun Mevcudunu Azaltması	28
aa. Mallarını veya bunlardan bir kısmını mülkünden çıkarması	28
bb. Mallarını telef etmesi	34

cc. Mallarının kıymetini düşürmesi	34
dd. Mallarını hakiki surette yahut gizleyerek muvazaa yoluyla başkasının uhdesine geçirmesi	36
ee. Asıl olmayan borçların ikrar edilmesi	43
b. Borçlunun Mevcudunu Azaltması Olarak Sayılan Eylemlerini Belli Bir Zaman Diliminde Gerçekleştirmiş Olması	46
aa. Haciz yoluyla takip talebinden sonraki zamanda	46
bb. Haciz yoluyla takip talebinden önceki iki yıl içinde	48
cc. İflâs takibinden önceki zamanda	49
dd. Doğrudan doğruya iflâs hallerinde iflâs talebinden önceki zamanda ..	51
ee. Konkordato mühletinden önceki iki yıl içinde	52
ff. İflâsın ertelenmesi talebinden önceki iki yıl içinde	55
gg. Konkordato mühletinden sonraki zamanda	57
hh. İflâsın ertelenmesinden sonraki zamanda	57
c. Alacaklının, Borçlu Aleyhine Aciz Belgesi Aldığını Veya Alacağını Alamadığını İspat Etmiş Olması	58
2. Fail	68
3. Mağdur	75
4. Suçun Konusu	79
C. Manevi Unsur	85
D. Hukuka Aykırılık Unsuru	94
a. Kanun Hükmünü Yerine Getirme	95
b. Meşru Müdafaa	95
c. Hakkın Kullanılması	99
d. İlgilinin Rızası	100

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ VE CEZAYI AĞIRLAŞTIRAN

NİTELİKLİ HALLER

I. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ	102
A. Teşebbüs	102
B. İştirak	107
C. İçtima	108
II. CEZAYI AĞIRLAŞTIRAN NİTELİKLİ HALLER	112

III. YARGILAMA VE YAPTIRIM	115
A. Görev	116
B. Yetki	116
C. Şikayet	117
D. Yargılama Süreci	128
E. Uzlaşma	133
F. Zamanaşımı	136
G. Yaptırım	139
H. Kanun Yolları	143
KAYNAKÇA	150
ÖZGEÇMİŞ	156

GİRİŞ

İcra hukuku, özel hukuk alanında yer almasına rağmen; alacaklının borçludan olan alacağını tahsili amacıyla devletin cebri gücünün de kullanılması nedeniyle, icra hukukunun kamu hukukuna ait yönleri de bulunmaktadır. Nasıl ki cezaevleri kişinin hürriyetinden iradesi dışında mahrum bırakılmasına neden oluyorsa, icra hukukunda da borçlunun malları üzerindeki tasarruf yetkisi iradesi dışında mahrum bırakılmasına neden olmaktadır. Bu yönüyle; alacaklı ile borçlu arasındaki özel hukuk ilişkisine devletin, toplumda hukuk ve adaletin hâkim olması amacıyla müdahalesi mümkündür. Bu müdahalenin amacı; sosyal hayatta adaletin sağlanması olup, temelinde kamu yararı bulunmaktadır. Gerçekten de, borçlu olan bir kişinin, borcunu ödememesi, başta ticaret olmak üzere sosyal hayatın birçok alanında olumsuz etkiler ortaya çıkarmaktadır. Bu etkileri nedeniyle devletin, özel hukuk ilişkisine müdahalede bulunmasındaki neden, kamu yararadır.

Bireyler, ihtiyaçlarını, birbirleriyle alış-veriş yaparak temin eder. Alış-veriş faaliyetleri sırasında, taraflar alacaklı veya borçlu konumunda olabilirler. Bir tarafın (borçlu) kendi borcunu yerine getirmemesi üzerine diğer taraf (alacaklı) cebri icra vasıtasıyla alacağını tahsil edilmesini talep edebilir. Devlet tarafından yerine getirilen cebri icra işlemleri sırasında borçlunun, alacaklının alacağına kavuşmasını engellemek amacıyla bir takım olumsuz işlemlerde bulunduğu da görülmektedir.

Özellikle ekonomik sıkıntıların yaşandığı durumlarda alacaklı ile borçlu arasında ilişki -daha önceden çok iyi olsa bile- bozulabilmektedir. Bu durumda borçlu, kendisi hakkında icra takibi yapan alacaklısının zararına olması amacıyla elindeki malları çıkarmakta, telef etmekte veya muvazaalı olarak güvendiği başka bir kişiye devretmektedir. Bireylerin bu yola başvurma sebepleri arasında, borçlunun kendisine karşı takip talebinde bulunmuş olan ve arasındaki ilişkinin bozulduğu alacaklısının alacağını almasını engellemek suretiyle alacaklının mağdur olmasına sebebiyet verme

isteği, kendisine karşı yapılan işlemlere ilişkin olarak karşı bir hamle yapma isteği gibi hususlar gösterilebilir.

Bu şekilde işlem yapılması usulü ise şu gerekçelerle kabul edilemez: İlk olarak, alacaklının yapmış olduğu işlemler, hukuk kuralları çerçevesinde yapılmış olmasına karşın, borçlunun işlemleri ise dürüstlük kuralına aykırı olup, kötü niyeti ifade etmektedir. Bu durum 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 2. maddesinde belirtilen;

“Herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır.

Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz.” hükmüne aykırılık teşkil etmektedir.

Ayrıca ticaret hayatında tarafların edimlerini yerine getirmesi dürüstlük kuralı çerçevesinde kendilerinden beklenir. Ancak, borçlu taraf edimini yerine getirmez ise, bu defa devletin cebri gücü devreye girer. Böylece alacaklı alacağına kavuşur. Borçlunun alacaklıyı zarara sokmaya yönelik eylemleri ise alacaklının zararına yapılmış olup, aynı zamanda devletin cebri icra gücünü de devre dışı bırakmaya yöneliktir. Bu nedenle, hem ticaret yapan kişilerin güveninin sarsılmasına hem de devletin gücünün bu konuda zayıfı gibi gösterilmesine neden olmaktadır.

Taşıdığı hukuka aykırılıklar ve neden olduğu olumsuz toplumsal sonuçlar sebebiyle bu suç tipi üzerinde daha çok durulması gereken bir hal almıştır. Özellikle ticaret hayatının hızlandığı ve borcunu ödeyemeyen borçluların sayısının arttığı ve borçlarını da ödemek istemeyerek mal kaçırma yoluna sıkça başvurulduğu göz önüne alındığında konu daha önemli ve ilgi çekici bir hal almaktadır. Bu nedenle de kanun koyucu, borçlunun bu eylemine ceza hukuku bakımından bir sonuç doğurması gerektiği düşüncesiyle, bu fiilleri suç saymıştır. Bu suç tipi, 2004 sayılı İcra ve İflâs Kanunu'nun 331. maddesinde *“alacaklısını zarara sokma kastıyla mevcut eksiltme suçu”* olarak düzenlenmiştir.

Çalışmamızın amacı, alacaklıyı zarara sokma kastıyla mevcut eksiltme suçunu, ceza hukuku bakımından incelenmek ve bu suça ilişkin cezalandırma koşullarını bütün şartlarıyla ortaya koymaktır. Suç tipinin adının uzun olması sebebiyle, çalışmanın

akıcılığını ve terim birliğini sağlamak adına çalışmamızda bu suçu karşılamak üzere “mevcut eksiltme suçu” ifadesi kullanılacaktır.

BİRİNCİ BÖLÜM

GENEL OLARAK VE SUÇUN TARİHİ GELİŞİMİ

I- GENEL OLARAK

A. Tanım

“Suç” ve “ceza” kavramlarına ilişkin olarak doktrinde birçok tanımın bulunduğunu söyleyebiliriz. Genel kabul gören tanıma göre suç; *toplumsal düzenin devamı açısından korunması gereken hukuki değerlerin açık ve bilinçli bir ihlali veya en azından bu değerleri korumaya yönelik olan kurallara özensizlik niteliği taşıyan insan davranışları* olarak tanımlanmaktadır¹. Başka bir tanımlamaya göre ise suç; *yasal tanıma (“tipe”) uygun, hukuka aykırı olan kusurlu insan davranışdır*². Ceza ise; *“suç teşkil eden eylemi nedeniyle suçlu hakkında yargı organlarınca hükmedilen bir mahkûmiyetin infazı çerçevesinde tatbik olunan ve esasen ıslahı sağlamaya yönelik ızdırıp verici, korkutucu ve caydırıcı bir müeyyide”* olarak tanımlanmaktadır³. Başka bir tanıma göre ise ceza; *“suç karşılığında devlet tarafından uygulanan yaptırımdır”*⁴.

İcra suçları, 2004 sayılı İcra ve İflâs Kanunu’nda 16. bapta yer alan ve 331. ilâ 354. maddeleri arasında düzenlenmiştir. İcra suçları, genel ceza kanunu olan Türk Ceza Kanunu’nda değil de İcra ve İflâs Kanunu’nda düzenlenmiş olması nedeniyle bu isimle anılmaktadır.

¹ Özgenç, İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 9. Baskı, Seçkin Yayınevi, 2013, s. 156.

² Özbek, Veli Özer/Kanbur, M. Nihat/Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar/Tepe, İlker, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 2. Baskı, 2011, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2011, s. 192.

³ Artuk, M. Emin/Gökçen, Ahmet/Yenidünya, A. Caner, Ceza Hukuku Genel Hükümler(Genel Hükümler), Yeniden Gözden Geçirilmiş 5. Baskı, Ankara 2011, s. 704 – 705.

⁴ Centel, Nur/Zafer, Hamide/Çakmut, Özlem, Türk Ceza Hukukuna Giriş, Yenilenmiş ve Gözden Geçirilmiş 7. Bası, İstanbul 2011, s. 525.

İcra suçlarının diğer suç tiplerinden tek farkı, TCK'da düzenlenmemiş olması değildir. Bu suçlar, içerisinde taşımış oldukları bazı özellikler sebebiyle de TCK'daki suçlardan farklılık göstermektedir. İcra suçlarının bir kısmının yaptırımı hapis veya adli para cezasından farklı olarak disiplin hapsi veya tazyik hapsi olarak karşımıza çıkmaktadır.

Disiplin hapsi CMK'da tanımlanmıştır. CMK'da disiplin hapsi; *"kısmi bir düzeni korumak amacıyla yaptırım altına alınmış olan fiil dolayısıyla verilen, seçenek yaptırımlara çevrilemeyen, ön ödeme uygulanamayan, tekröre esas olmayan, şartla salıverilme hükümleri uygulanamayan, ertelenemeyen ve adli sicil kayıtlarına geçirilemeyen hapis"* olarak tanımlanmaktadır. (CMK. m. 2/1-1)

Tazyik hapsi ise; CMK'da tanımlanmamıştır. Ancak; tazyik hapsinin de disiplin hapsi gibi seçenek yaptırımlara çevrilemeyen, ön ödeme uygulanamayan, tekröre esas olmayan, şartla salıverilme hükümleri uygulanamayan, ertelenemeyen ve adli sicil kayıtlarına geçirilmeyen hapis olduğu konusunda doktrin ve uygulamanın ittifak ettiği ifade edilmektedir⁵.

Bu bağlamda icra suçları; 2004 sayılı İcra ve İflâs Kanunu'nda yazılı olan ve adli para cezası veya hapis cezası veya tazyik hapsi ile disiplin hapsi cezasını gerektiren icrai veya selbi nitelikteki kasıtlı hareketle işlenebilen suç olarak tanımlanmış eylemler olarak tanımlanmaktadır⁶.

Tüm bu bilgiler ışığında icra suçunu; İcra ve İflâs Kanunu'nda düzenlenen ve icra hukukunda bulunan kamu düzeninin sağlanmasına yönelik hükümlerin hukuka aykırı olarak kusurlu insan davranışıyla ihlal edilmesi olarak tanımlayabiliriz.

B. Suç Tipinin Tarihsel Gelişimi

Eski sistemlerde borçlu borcunu ödemediği takdirde borçlunun borcunu zorla ödemesi yoluna gidilmekte ve buna ilave olarak alacaklının özel hapisanesinde hapsedilebileceği gibi, köle kabul edilmesi ve hatta öldürülebilmesi mümkün olup; On

⁵ Uyar, Talih, "5358 Sayılı ve 31.05.2005 Tarihli "İcra ve İflâs Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un" Getirdiği Yenilikler", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 59, Yıl: 2005, s. 320, 321.

⁶ Halman Çetin, Emine, İcra-İflâs Suçları ve Yargılama Usulü, Genişletilmiş 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012, s. 1.

İki Levha Kanunu'nda borcun ödenmemesinin yaptırımını olarak gerektiğinde borçlunun vücudunun parçalanması öngörülmüştür⁷.

Roma Hukuku'nda ise önceleri, borç sebebiyle, borçlunun şahsı üzerinde icra gerçekleşmekte olup; borçlunun alacaklının evinde zincire vurularak hapsedilmesi, borcunu ödemediği takdirde, alacaklısının kölesi olduğu bir sistem bulunmaktadır⁸.

Daha sonraki dönemlerde, borçlunun borcunu ödememesi durumunda alacaklının bizzat kendi alacağını tahsili (ihkak-ı hak) yoluna gidilmiştir. Yine, borçlunun borcunu ödememesi nedeniyle borcunu ödeyinceye kadar hapsedilmesi yani borç için esaret müessesesi; Hammurabi Kanunu, eski İsrail Kanunu, eski Yunanistan Kanunu ve Roma Hukuku'nda da uygulanan bir sistem olarak karşımıza çıkmaktadır⁹. Bu dönemde kişinin şahsı üzerinde hapis yoluyla tazyik söz konusu olmaktadır.

İslam Hukuku'nda ise öncelikle; Kur'an'da ödeme gücü olmayan borçlular için mehil verilmesini, hapsen tazyik edilmemesini veya cezalandırılmamasını emreden ayetler bulunmaktadır (Bakara suresi, 280. ayet)¹⁰. Yine, borçlu borcunu ödememiş ise, bu durumda Roma Hukuku'nun aksine, borç için esaret kurumu söz konusu olmayıp borçlunun borcunu ödeyinceye kadar hapsedilmesi söz konusudur¹¹. Burada borçlu, borcunu ödemesi amacıyla hapsedilmektedir. Borçlunun borcunu ödemesi amacıyla hapsedilmesi bir cezadan ziyade borcun ödenmesine yönelik tazyik hapsi niteliğindedir. Zira, borçlu borcu ödediği takdirde hapis uygulaması sona ermekte ve kişi serbest bırakılmaktadır.

Osmanlı devletinde ise; borcun ödenmemesi durumunda borçlunun borcunu ödeyinceye kadar hapsedilmesi sistemi kabul edilmiş olup; borç sebebiyle hapsedilmiş olan kişinin borcu taksitlendirilmiş ise alacaklının da muvafakat etmesiyle borçlunun salıverildiği

⁷ Pekcanitez, Hakan/ Atalay, Oğuz/ Sungurtekin Özkan, Meral/Özekes, Muhammet, İcra ve İflâs Hukuku, İİK ve Temel Kanunlardaki Son Değişikliklere Göre Gözden Geçirilmiş 10. Bası, Ankara, 2012, s. 50.

⁸ Soyer Güleç, Sesim, Borç İçin Hapis Yasağı ve Karşılıksız Çek Suçu, Yeni Çek Kanunu Hükümlerine Göre Gözden Geçirilmiş 2. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2011, s. 39.

⁹ Halman Çetin, s.2; Sarı, Rıfat, İcra Suçları, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi> e.t.11/11/2013, s. 15; Kardeşler, Erdoğan, 2004 Sayılı İcra ve İflâs Kanununda Düzenlenen İcra Suçları ve Cezaları, Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi> e.t.11/11/2013, s. 6.

¹⁰ Avcı, Mustafa, "Borç İçin Hapis Yasağı", Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı, İstanbul, 2004, s. 118. Kur'an'da Bakara suresinin 280. ayetinde; "Eğer borçlu darlık içindeyse, ona eli genişleyinceye kadar mühlet verin" denilmektedir.

¹¹Halman Çetin, s. 2, Sarı, s. 20 – 21.

veya ödeme gücü olmayan borçlunun boş yere hapsedilmemesi için ödeme gücüne kavuşuncaya kadar tahliye edildiği gibi örnekler de bulunmaktadır¹².

Son dönemlerde ise, hapis usulünden ziyade borçluya yazılı ödeme emri gönderildikten sonra borçlunun malının hâkim tarafından satılması usulü uygulanmıştır¹³. Borçlunun devlete ve özel kişilere olan borcunun ödenmemesi durumunda, mallarının haczedilip satılarak, önce özel kişilere olan borcun ödenmesi, yetmezse alacakları oranında eksilterek paylaşılması, artarsa kalanın devlete olan borç yerine hazineye irat kaydedilmesi usulü uygulanmaktaydı¹⁴.

Hukukun gelişimiyle birlikte; modern hukuk sistemlerinde artık borç için hapis uygulaması terk edilmiştir. Bunun yerine günümüzde şahıs üzerinde cebri icra yerine, borçlunun malvarlığı üzerine cebri icra söz konusu olmaktadır¹⁵.

İİK'nın sistematüğini incelediğimizde de; borçlunun sadece borcunu ödememiş olması durumu suç olarak sayılmamakta; borçlunun borcunu ödememek adına yaptığı bazı kötü niyetli davranışlar cezalandırılmaktadır. Söz gelimi; borçlunun borcunu ödeyememesi suç olarak kabul edilmezken; borçlunun alacaklısının alacağına kavuşmasına engel olmak amacıyla bir takım kötü niyetli eylemlerle yapması halinde, borçlu borcunu ödeyemediği için değil, bu kötü niyetli eylemleri nedeniyle cezalandırılmaktadır.

II- MEVCUT EKSİLTME SUÇUNUN AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ VE ANAYASA AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Anayasamızın 38. maddesine Avrupa Birliği'ne uyum amacıyla 03/10/2001 tarihli ve 4709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun'un 15. maddesiyle "*Hiç kimse, yalnızca sözleşmeden doğan bir yükümlülüğü yerine getirememesinden dolayı özgürlüğünden alıkonulamaz.*" fıkrası eklenmiştir. Bu fıkranın eklenmesine ilişkin madde gerekçesine baktığımızda ise "*4 nolu protokol gereği sözleşmeden doğan bir yükümlülük nedeniyle hiç kimsenin*

¹² Avcı, s. 122.

¹³ Avcı, s. 122; Soyer Güleç, s. 40.

¹⁴ Avcı, s. 121.

¹⁵ Halman Çetin, s. 2,

özgürlüğünden alıkonulamayacağı hükmü eklenmiştir. Sözleşmeden doğan yükümlülük içinde borçlar da vardır”¹⁶ denildiği görülmektedir.

Anayasa değişikliğinde bahsi geçen 4 nolu protokol; İnsan Hakları ve Ana Hürriyetlerin Korunmasına Dair Avrupa Sözleşmesi'ne Ek Birinci Protokol'de Tanınmış Bulunan Haklardan ve Özgürlüklerden Başka Haklar ve Özgürlükler Tanıyan 4 Numaralı Protokol'dür. Bu protokolün “*Borçtan dolayı özgürlüğünden yoksun bırakılma yasağı*” başlıklı birinci maddesinde “*Hiç kimse, yalnızca akdi ilişkiden doğan bir yükümlülüğü yerine getirememiş olmasından dolayı özgürlüğünden yoksun bırakılamaz*” denilmektedir¹⁷. 4 Nolu Protokol, 16 Eylül 1963 tarihinde Strasbourg'da imzaya açılmış ve 2 Mayıs 1968 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye 4 Nolu Protokolü 19 Ekim 1992'de imzalamış ve 23 Şubat 1994 tarihinde onaylamıştır. 3975 sayılı Onay Kanunu 26 Şubat 1994 tarihli ve 21861 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

4 nolu protokolün 1. maddesinin yansıması olarak Anayasamıza da giren “*yalnızca sözleşmeden doğan yükümlülük*” nedeniyle özgürlüğünden alıkonulamama durumunda, yalnızca sözleşmeden doğan yükümlülüğün ne olduğu konusu tartışmalıdır. Maddede de açıkça yazıldığı üzere; yükümlülük nedeni yalnızca “*sözleşmeden*” doğmuş olmalıdır. Sözleşme ise “*Hukuki sonuç doğurmak amacıyla iki veya daha çok kişinin, kuruluşun karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarıyla gerçekleşen işlem, bağıt, akit, mukavele, kontrat*”¹⁸ olarak ifade edilmektedir.

Sözleşme, iki taraflı olabileceği gibi, çok taraflı da olabilmekte, ayrıca özel hukuk kişileriyle olabileceği gibi kamu hukuku kişileriyle ve bunların birbirleri arasında da akdedilebilmektedir. Sözleşmedeki borç, bir paranın verilmesi olabileceği gibi; bir eşyanın verilmesi, yapılması veya olumsuz edim olarak yapılmaması da olabilir¹⁹. Burada önemli olan husus, bu sözleşmenin hukuken geçerli olması gerektiği hususudur. Yoksa sözleşmeyi kimin yaptığının veya ifanın ne olduğunun önemi bulunmamaktadır.

¹⁶ <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem21/yil01/ss737m.htm> e.t, 4/12/2013 4709 sayılı Kanunun sıra sayısı.

¹⁷ <http://www.ombudsman.gov.tr/contents/files/199a4--Insan-Haklari-ve-Ana-Hurriyetlerin-Korunmasına-Dair-Avrupa-Sozlesmesi%E2%80%99ne-Ek-Birinci.pdf> e.t. 4/12/2013.

¹⁸ Türkçe Sözlük, Türk Dil Kurumu Yayınları, 10. Baskıdan Yapılan Tıpkıbasım, Ankara, 2009, s.1806.

¹⁹ Çolak, Haluk, İcra- İflâs Suçları ve Yargılama Usulleri, Bilge Yayınevi, Güncelleştirilmiş 2.Baskı, Ankara, 2005, s.266.

Böylece, özgürlükten alıkonulamama durumu, yükümlülüğün yalnızca sözleşmeden doğduğu durumlarda söz konusu olacaktır. Sözleşme dışında başka bir nedenden kaynaklanan yükümlülükler, Anayasa’da belirtilen yasağın kapsamına girmemektedir²⁰. Çünkü kanun koyucu, bu hususu madde metninde açıkça ifade etmiştir. Maddeyle korunan hukuki menfaat; borçlunun sadece ödeme gücünde bulunması sebebiyle borcunu ödeyemediği durumlarda onun özgürlüğünün kısıtlanmaması gerektirir²¹. Yani, ortada bir sözleşme yoksa bu hükümden yararlanılması mümkün olmayacaktır.

Sonuç olarak, Anayasa’nın 38. maddesinde bulunan bu hükümden yararlanabilmek için; öncelikle hukuken geçerli bir sözleşme olmalı, ortada bir borç bulunmalı ve bu borç sözleşmeden doğan bir borç olmalı ve borçlu da bu borcunu malvarlığının bulunmaması nedeniyle çaresizliğinden yerine getiremiyor olmalıdır²². Yoksa borçlunun, çaresizlikten değil de hileyle ve kasten borcunu ifa etmekten kaçınması durumunda bu hükümden yararlanması mümkün olmayacaktır²³. Bu nedenle, borçlunun hileyle veya kötü niyetli hareket etmesi halinde, protokolün 1. maddesinden de yararlanması mümkün değildir²⁴.

Mevcut eksiltme suçunun Anayasa’ya aykırı olduğu gerekçesiyle Anayasa Mahkemesi’ne 331. maddenin (İİK’da sayılan bazı maddelerle birlikte)²⁵ iptali amacıyla başvuruda bulunulmuştur. Anayasa Mahkemesi konuyla ilgili olarak 21/12/2001 tarih ve 2001/415 E., 2002/166 K., sayılı ilamıyla karar vermiştir. Karar, 28/2/2003 tarihli ve 25034 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanmıştır.

Anayasa Mahkemesi’ne yapılan başvuruyu, bu suçlara o dönem bakmakla görevli icra ceza mahkemeleri yapmıştır. Başvuruda gerekçe olarak; hakkında icra talebi (takibi)

²⁰ Feyzioğlu, Metin, “Sözleşmeden Kaynaklanan Yükümlülükler Nedeniyle Hürriyetin Kısıtlanması-Anayasa ve Caza Hukuku Açısından Bir İnceleme-” AİHS ve Anayasa m. 38 f. 8 Açısından Ödenmeyen Para Borçlarında Yaptırımlar Sempozyumu, Bildiriler-Tartışmalar-Panel, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara 1 Aralık 2001, s. 34.

²¹ Yıldız, Hasan, İcra ve İflâs Suçları, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi> e.t.11/11/2013, s.25.

²² Çolak, s. 266.

²³ Duygulu, İsmail, “Genel Olarak İcra- İflâs Suçları”, Legal Hukuk Dergisi, Cilt:3, Sayı:35, Yıl:2005, s.3961.

²⁴ Akıllıoğlu, Tekin, “Sözleşmeden Kaynaklanan Yükümlülükler Nedeniyle Hürriyetin Kısıtlanması-Anayasa ve Caza Hukuku Açısından Bir İnceleme-” AİHS ve Anayasa m. 38 f. 8 Açısından Ödenmeyen Para Borçlarında Yaptırımlar Sempozyumu, Bildiriler-Tartışmalar-Panel, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara 1 Aralık 2001, s. 7.

²⁵ Anayasa mahkemesine, İİK’nın 331. maddesinin 1. 4. ve son fıkraları, 337. maddesinin 1. fıkrası, 338. maddesinin 1. fıkrası, 340. maddesi, 352. maddesinin(a) bendiyle ilgili başvuru yapılmış olup; aralarındaki hukuki irtibat nedeniyle bu başvurular birleştirilmiş ve tek bir esas üzerinden karar verilmiştir.

yapılan borçluya, haciz takibini karşılıksız bırakmak amacıyla sahibi olduğu taşınmazı satarak alacaklıyı zarara uğrattığı; diğer kişilerin ise suça bilerek iştirakte bulunması nedeniyle hapis cezası öngören kuralın Anayasa'nın 38. maddesinin 8. fıkrasına aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Anayasa Mahkemesi mevcut eksiltme suçuyla ilgili kararında;

“İtiraz başvurusunda, bonoya dayalı borç nedeniyle yapılan haciz takibinde, alacağı karşılıksız bırakmak amacı ile mevcudundaki malları üçüncü şahıslara muvazaalı olarak devreden borçlu ile bu eyleme yardım ve iştirakte bulunanlar hakkında öngörülen hürriyeti bağlayıcı cezanın, Anayasa'nın 38. maddesinin sekizinci fıkrasına aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

331. maddenin birinci fıkrasında, haciz takibi talebinden sonra veya talepten önceki iki yıl içinde borçlunun, mallarının tamamını veya bir kısmını muvazaa yoluyla başkasının uhdesine geçirmesi veya aslı olmayan borç ikrarı ile aleyhine aciz belgesi düzenlenmesini sağlayarak alacaklıyı zarara uğratması eylemi nedeniyle hürriyeti bağlayıcı ceza öngörüldüğü; dördüncü fıkrasında, alacaklının uğradığı zararın miktarı esas alınarak borçluya verilecek temel cezada indirim veya artırım yapılacağı; altıncı fıkrasında, borçlu lehine bu fiillere bilerek yardım ve iştirak eden kimselerin cezalandırılacağı belirtilmiştir.

Anayasa'nın 38. maddesinin sekizinci fıkrasında, “Hiç kimse, yalnızca sözleşmeden doğan bir yükümlülüğü yerine getirememesinden dolayı özgürlüğünden alıkonulamaz”; maddenin gerekçesinde de “... 4 nolu protokol gereği sözleşmeden doğan bir yükümlülük nedeniyle hiç kimsenin özgürlüğünden alıkonulamayacağı hükmü eklenmiştir. Sözleşmeden doğan yükümlülük içinde borçlarda vardır.” denilmiştir.

İtiraz konusu kuralla, alacaklının alacağını alabilmek için yürüttüğü icra takibinde, borçlunun bu takibi karşılıksız bırakıp alacaklıyı zarara sokmaya ilişkin giriştiği işlem ve eylemler müeyyideye bağlanmış olup, kuralda belirtilen hürriyeti bağlayıcı ceza, borçlu ile alacaklı arasında önceden var olan sözleşmeden doğan yükümlülüğün yerine getirilememesinden dolayı öngörülen ceza olmayıp kanunda belirtilen şartların yerine getirilmemesinden doğan bir yaptırımdır.

*Bu nedenle, kural Anayasa'nın 38. maddesinin sekizinci fıkrasına aykırı değildir. İtirazın reddi gerekir*²⁶ denilmiştir.

Bu kararla Anayasa Mahkemesi, mevcut eksiltme suçunda belirtilen cezanın; borçlu ile alacaklı arasında sözleşmeden doğan yükümlülüğün yerine getirilememesinden dolayı öngörülen bir ceza olmadığını; kanun koyucunun, alacaklının alacağını alabilmek için yürüttüğü icra takibinde, borçlunun takibi karşılıksız bırakıp alacaklıyı zarara sokmaya yönelik giriştiği işlem ve eylemlere ilişkin olarak bir ceza hükmü koyduğunu kabul etmiştir.

Öğretide Ercan, doğrudan doğruya sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerin yerine getirilmemesine ilişkin hürriyeti bağlayıcı cezaların Anayasa'ya aykırı olacağını ancak, ihlali cezalandıran yükümlülük doğrudan doğruya sözleşmeden doğmuyor araya başka bir otorite giriyorsa bu otoritenin ihlalinin söz konusu olduğunu, bu nedenle doğrudan doğruya sözleşmeden doğan bir borcun yerine getirilmediğinden söz edilemeyeceğinden bir ihlalin söz konusu olmayacağını belirtmektedir²⁷. Gerçekten de burada cezalandırılan husus, borçlunun sözleşme ilişkisi olmayıp; borçlunun iyi niyetli ve dürüst davranmayarak alacaklısını zarara sokma kastıyla bilerek ve isteyerek yapmış olduğu eylemlerin suç olarak kabul edilmesi ve bu eylemlerin cezalandırılmasıdır²⁸.

Kanaatimizce, Anayasa Mahkemesi'nce verilen karar yerindedir. Çünkü kararda da belirtildiği üzere; mevcut eksiltme suçunda cezalandırılan husus, borçlunun sözleşme nedeniyle doğmuş olan yükümlülüğünü yerine getirememesi olmayıp, alacaklısının alacağına kavuşmasını engellemek amacıyla yapmış olduğu bir takım doğru olmayan davranışlardır.

Kanun koyucu, borçlunun, alacaklısının alacağına kavuşmasına engel olan davranışlarda bulunmamasını teminen, bu davranışları suç olarak kabul etmekte ve bu davranışların yapılmasını cezalandırmaktadır. Örneğin, borçlunun elindeki malvarlığı suni olarak değil gerçek yollardan -söz gelimi ticari başarısızlık, enflasyon, devalüasyon vb.- elinden çıktığında, borçlu borcunu ödeyemediği durumlarda mevcut eksiltme suçu

²⁶ R.G. 28/2/2003 tarih ve 25034 sayı.

²⁷ Ercan, İbrahim, "İcra ve İflâs Suçları Üzerine Bazı Düşünceler", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:13, Sayı:1, Yıl:2005, s.24.

²⁸ Aşık, İbrahim, "İcra ve İflâs Kanununda Yer Alan Cezai Hükümler ve Anayasanın 38. Maddesinin Sekizinci Fıkrası", e- Akademi, Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi, Şubat 2007 sayı: 60 <http://www.e-akademi.org/makaleler/iasik-2.htm> e.t. 6/12/2013.

oluşmayacaktır. Çünkü mevcut eksiltme suçunda cezalandırılan husus, borçlunun borcunu ödememesi değil, alacaklısının alacağına kavuşmasını engellemeye yönelik davranışlarıdır.

Yukarıda açıklanan nedenlerle, mevcut eksiltme suçunun Anayasa'nın 38. maddesinde belirtilen "*Hiç kimse, yalnızca akdi ilişkiden doğan bir yükümlülüğü yerine getirememiş olmasından dolayı özgürlüğünden yoksun bırakılamaz*" hükmüne aykırı olmadığını düşünmekteyiz.

III- SUÇ TİPİNE İLİŞKİN KANUNİ DÜZENLEMENİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Mevcut eksiltme suçu, ceza hukukuna ilişkin temel kanun olan Türk Ceza Kanunu'nda değil, İcra ve İflâs Kanunu'nda düzenlenmiştir. İcra ve İflâs Kanunu; borcunu rızasıyla ödemeyen borçluya karşı alacaklının kullanacağı hukuki yolları düzenleyen bir kanun olması nedeniyle, alacaklının kullanacağı bu yolları kendi davranışıyla etkisiz hale getirmeye çalışan borçlunun cezalandırılmasını düzenleyen mevcut eksiltme suçunun da İcra ve İflâs Kanunu'nda yer almasının kanun yapım tekniği açısından uygun olduğunu düşünmekteyiz.

A. Mevcut Düzenleme

Bu bölümde öncelikle mevcut eksiltme suçunun düzenlendiği kanun maddesinin ilk halini ve maddenin gerekçesini, maddede 4949 sayılı ve 5358 sayılı kanunlarla yapılan değişiklikleri ve değişiklik gerekçelerini değerlendirmeye alacağız.

Mevcut eksiltme suçu 9/6/1932 tarihli ve 2004 sayılı İcra ve İflâs Kanunu'nun 331. maddesinde düzenlenmiştir. Mevcut eksiltme suçunu düzenleyen İcra ve İflâs Kanunu'nun 331. maddesi, 1932 tarihinden beri yürürlükte olup; günümüze kadar madde iki defa değiştirilmiştir. Maddeye ilişkin değişiklikler 2003 ve 2005 yıllarında yapılmıştır.

Mevcut eksiltme suçunu düzenleyen 331. maddenin 1932 tarihli ilk haline bakalım: Maddenin ilk hali;

“Haciz yolile takip olunan borçlu alacaklısını zarara sokmak maksadile mallarını veya bunlardan bir kısmını mülkünden çıkararak, telef ederek veya kıymetten düşürerek hakikî surette, yahut gizleyerek, muvazaa yolile başkasının uhdesine geçilerek veya aslı olmayan borçlar ikrar ederek sun’î surette mevcudunu eksiltir ise aleyhinde aciz vesikası istihlal eden alacaklının vaki olacak şikâyeti üzerine üç aydan üç seneye kadar hapis ile cezalandırılır ve zararın miktarına göre Türk Ceza Kanununun 522 nci maddesi hükümleri dahi tatbik olunur.

Borçlunun lehine bu hareketlere bilerek yardım ve iştirak eden kimseler Türk Ceza Kanununun (65) inci maddesi delâletile bu maddeye göre cezalandırılır” şeklindedir.

Bu maddenin madde gerekçesine baktığımızda ise;

*“Ceza hükümlerini istilzam eden fiiller 331 den 344 üncüye kadar on dört maddede tavzih ve alacaklıyı ızzar ettiği derecelerde adilâne nisbet esası gözetilerek cezaları tayin kılınmıştır”*²⁹ denilmektedir.

Maddenin 1932 tarihli ilk haline baktığımızda; hakkında haciz yoluyla takip yapılan borçlunun, alacaklısını zarara sokma kastıyla yapmış olduğu bir kısım eylemler nedeniyle alacaklının şikayeti üzerine cezalandırıldığı görülmektedir. Yine, borçlu lehine bu bir kısım eylemlere bilerek yardım ve iştirak eden kimselerin de cezalandırıldığı görülmektedir.

Bilindiği üzere; İcra ve İflâs Kanunu 1932 tarihinden itibaren yürürlükte olup, madde ilk haliyle 2003 yılına kadar uygulama alanı bulmuştur. 2003 yılında 4949 sayılı kanunla değişiklik yapılmıştır. Bu değişiklik esaslı bir değişiklik olup ceza miktarlarında artış öngörmektedir. Değişiklik gerekçesinde; *“Maddeyle alacaklısını zarara sokmak kasdiyle mevcudunu eksiltme suçunun düzenlendiği 331 inci maddedeki, cezaların caydırıcılığını sağlamak amacıyla, cezalar artırılmıştır.*

Maddenin ikinci fıkrasıyla, birinci fıkrada yazılı suçların iflâs takibinden önce işlenmesi suç hâline getirilmiş, böylece külli icra takibinde borçlu tarafından alacaklıların alacaklarına kavuşmasını engelleyici, alacakların tahsilini geciktirici fiiller madde

²⁹ <http://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d04/c008/tbmm04008056ss0151.pdf>
13/12/2013.

kapsamına alınmıştır. Bu suçun işlenmiş sayılabilmesi için birinci fıkra yazılı unsurların gerçekleşmesi aranacaktır.

Maddenin üçüncü fıkrası kapsamına “Konkordato mühleti talebinden sonraki fiiller de dahil edilmek suretiyle, konkordatoda alacaklıların haklarının cezaî hükümlerle teminat altına alınması amaçlanmıştır”³⁰ denilmektedir.

Maddede 2003 yılında yapılan değişiklikle; mevcut eksiltme suçunu işleyenlere verilen ceza miktarı, caydırıcı olması amacıyla artırılmıştır. 2003 yılındaki değişiklikle birlikte borçlunun alacaklısını zarara sokma kastıyla yapmış olduğu bir kısım eylemler sadece haciz yoluyla takip yapılması durumunda değil, iflâs yoluyla takip veya konkordato mühletinden sonraki zaman diliminde yapılmış olması durumunda da mevcut eksiltme suçunu oluşturacaktır. Böylece, 2003 yılındaki değişiklikle birlikte, mevcut eksiltme suçunun kapsamının genişletilmiş olduğunu söyleyebiliriz.

Bu değişiklikten sonra madde 2005 yılında tekrar değişikliğe uğramıştır. Bu değişiklikle birlikte madde şu anki halini almıştır.

“Alacaklısını zarara sokma kastiyle mevcudunu eksilten borçluların cezası” başlıklı 331. maddeye ilişkin mevcut düzenleme ise;

“Haciz yolu ile takip talebinden sonra veya bu talepten önceki iki yıl içinde borçlu; alacaklısını zarara sokmak maksadıyla, mallarını veya bunlardan bir kısmını mülkünden çıkararak, telef ederek veya kıymetten düşürerek hakiki surette yahut gizleyerek muvazaa yoluyla başkasının uhdesine geçirerek veya asıl olmayan borçlar ikrar ederek mevcudunu suni surette eksiltirse, aleyhine aciz belgesi aldığını veya alacaklı alacağını alamadığını ispat ettiği takdirde, altı aydan üç yıla kadar hapis ve bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.

İflâs takibinden veya doğrudan doğruya iflâs hallerinde iflâs talebinden önce birinci fıkradaki fiilleri işleyen borçlu hakkında da bu fiiller başka bir suç oluştursa dahi bu hükümler uygulanır.

³⁰

<http://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d22/c023/tbmm22023108ss0225.pdf>
e.t.13/12/2013.

Konkordato mühleti veya iflâsın ertelenmesi talebinden önceki iki yıl içinde ya da konkordato mühleti talebi veya iflâsın ertelenmesi süresinden sonra birinci fıkradaki fiilleri işleyen borçlu hakkında da bu hükümler uygulanır.

Taşınmaz rehni kapsamında bulunan eklentinin rehin alacaklısına zarar vermek kastı ile taşınmaz dışına çıkarılması halinde, eklentinin zilyedi iki yıldan dört yıla kadar hapis ve bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.

*Bu suçlar alacaklının Őikyeti zerine takip olunur” Şeklinde*dir.

Maddenin nceki hali ile 2005 değişikliği arasında, suçun unsurlarına ilişkin bir değişiklik olmayıp, sadece yukarıda da belirtildiği üzere; 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’na uyum sağlama amacıyla yapılan değişiklik

5358 sayılı kanunun genel gerekçesine baktığımızda “5327 sayılı Türk Ceza Kanununun genel hükümleri bakımından özel ceza kanunları ile ceza içeren kanunlarda gerekli değişikliklerin yapılması zorunlu bulunmaktadır.

31.3.2005 tarihli ve 5328 sayılı Kanunla yeni Türk Ceza Kanunu ve buna bağlı olarak bazı kanunların 1 Nisan 2005 olan yürürlük tarihleri 1 Haziran 2005 olarak yeniden belirlenmiştir. Bu çerçevede 2004 sayılı İcra ve İflâs Kanununun ceza içeren hükümlerinin yeni Türk Ceza Kanunu çerçevesinde yeniden değerlendirilmesi gerekmektedir.

2004 sayılı İcra ve İflâs Kanununda yukarıda açıklanan nedenlerle gerekli değişiklikleri yapmak amacıyla bu Kanun Teklifi hazırlanmıştır”³¹ denilerek Türk Ceza Kanunu’na uyum sağlamanın hedeflendiği görülmektedir. Madde gerekçesinde ise; “Maddede tanımlanan suça karşılık, hapis veya adli para cezası ngrlmŐtir. Bu değişiklik çerçevesinde madde metni içerisinde yer alan gereksiz hükümler metinden çıkarılmıştır. Ayrıca birinci fıkrada sayılan fiillerin bilinçli taksirle işlenmesi durumunda ise verilecek cezada indirim yapılması ngrlmŐtir”³² denilmektedir.

³¹ <http://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d22/c086/tbmm22086105ss0915.pdf> e.t.13/12/2013.

³² <http://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d22/c086/tbmm22086105ss0915.pdf> e.t. 13/12/2013. Madde gerekçesinde, “birinci fıkrada sayılan fiillerin bilinçli taksirle işlenmesi durumunda ise verilecek cezada indirim yapılması ngrlmŐtir” denilmiş ise de kanunda böyle bir hüküm bulunmamaktadır. Bunun nedeni ise; madde gerekçelerinin kanun teklifiyle birlikte verilmesidir. Kanun teklifinin ilk halinde maddenin ikinci fıkrasında “Birinci fıkrada tanımlanan fiillerin bilinçli taksirle

Maddedeki 2005 yılında yapılan değişikliğin amacı, TCK'ya uyum sağlamak olup; suçun esasına ilişkin değildir. Değişiklikle birlikte genel kanun olan Türk Ceza Kanunu ile özel kanun olan İcra ve İflâs Kanunu arasında uyum sağlanmıştır.

Mevcut eksiltme suçunu düzenleyen İİK'nın 331. maddesine ilişkin 2003 yılında yapılan değişiklikle, maddenin uygulama alanının genişletildiğini, 2005 yılında yapılan değişiklikle ise, yeni Türk Ceza Kanunu'na uyumun sağlandığını ifade edebiliriz.

2005 yılında yapılan kanun değişikliğinin genel gerekçesinden ve madde gerekçesinden de açıkça anlaşılacağı üzere; madde 26/92004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'na uyum amacıyla değiştirilmiştir. O halde; genel kanun olan Türk Ceza Kanunu'na göre, suç ve cezalarla ilgili özel bir kanun olan İcra ve İflâs Kanunu'nda değişiklik yapılması arasındaki ilişkiyi inceleyelim:

B. Genel Kanun – Özel Kanun İlişkisi

Ceza hukukuna ilişkin olan tüm suç ve cezalar sadece Türk Ceza Kanunu'nda düzenlenmemiştir. Türk hukukunda Türk Ceza Kanunu haricinde de ceza hükümleri ve normları içeren kanunlar bulunmaktadır³³. Gerçekten de ceza hukukunda düzenlenen tüm suç ve cezaların tek bir kanunda (Türk Ceza Kanunu) düzenlenmesi hem çok zahmetli hem de çok kazuistik bir yol olacaktır. Ayrıca böyle bir yol tercih edilirse, bazı eylemlere suç ve ceza bağlanması gözden kaçıp unutulurken hukuk düzeninde bir boşluğun doğmasına neden olabilecektir. Bu nedenle, ceza hükmü taşıyan Türk Ceza Kanunu haricinde başka kanunlar da bulunmaktadır. Ayrıca, özel kanunlarda düzenlenen alanın daha etkin uygulanabilmesi, işlerlik kazandırılması amacıyla da ceza yaptırımlarına ihtiyaç duyulmaktadır³⁴. Bu nedenlerle özel kanunlarda da ceza hükümleri bulunmaktadır.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ile yürürlükten kaldırılan 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 10. maddesindeki hükümde genel kanun - özel kanun arasındaki ilişki düzenlenmekteydi. Maddede “*Bu kanundaki hükümler, hususî ceza kanunlarının buna*

işlenmesi halinde, verilecek ceza üçte biri oranında indirilir” hükmü bulunmaktaydı. Bu fıkra Adalet Komisyonu tarafından da kabul edilmiştir. Ancak Genel Kurul aşamasında bu fıkra kabul edilmemiş ve madde şu anki mevcut haliyle kabul edilmiştir.

³³ Soyaslan, Doğan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Güncelleştirilmiş 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012, s. 122.

³⁴ Özbek/Kanbur /Doğan /Bacaksız /Tepe, s. 198.

muhalif olmayan mevaddı hakkında da tatbik olunur” denilmek suretiyle bir konuyla ilgili olarak özel kanunlarda, özel bir hüküm bulunuyorsa; Türk Ceza Kanunu hükümleri değil, özel kanun hükmü uygulanma kabiliyeti bulacaktır³⁵. Böylece, 765 sayılı Türk Ceza Kanunu özel kanunlarda hüküm bulunmadığı takdirde genel kanunun uygulanacağını belirtmekteydi.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ise durumu tersine çevirmiştir³⁶. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, 5. maddesinde *“Bu Kanunun genel hükümleri, özel ceza kanunları ve ceza içeren kanunlardaki suçlar hakkında da uygulanır”* hükmünü getirmiştir.

Türk Ceza Kanunu’nun 5. maddesinin madde gerekçesinde ise; *“Özel ceza kanunlarında ve ceza içeren kanunlarda suç tanımlarına yer verilmesinin yanı sıra, çoğu zaman örneğin teşebbüs, iştirak ve içtima gibi konularda da bu kanunda benimsenen ilkelerle çelişen hükümlere yer verilmektedir. Böylece, ceza kanununda benimsenen genel kurallara aykırı uygulamaların yolu açılmakta ve temel ilkeler dolanılmaktadır. Tüm bu sakıncaların önüne geçebilmek bakımından, ayrıca hukuk uygulamasında birliği sağlamak ve hukuk güvenliğini sağlamak için; diğer kanunlarda sadece özel suç tanımlarına yer verilmesi ve bu suçlarla ilgili yaptırımların belirlenmesi ile yetinilmelidir. Buna karşılık, suç ve yaptırımlarla ilgili olarak bu kanunda belirlenen genel ilkelerin, özel kanunlarda tanımlanan suçlar açısından da uygulanmasının temin edilmesi gerekmektedir. Aksi yöndeki düzenlemelerin hukuk devleti ve eşitlik ilkelerine aykırılık oluşturması nedeniyle Hükümet Tasarısındaki madde metni değiştirilmiştir”*³⁷ denilmektedir. Böylece, artık özel bir kanunda Türk Ceza Kanunu’nun genel hükümlerine ilişkin bir düzenleme olduğunda, özel kanunda belirtilen düzenleme uygulanamaz hale gelmiştir³⁸.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu 5. maddesinde belirtilen emredici düzenlemenin bir sonucu olarak; Türk Ceza Kanunu’nun 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe girmesiyle birlikte, diğer kanunlarda yer alan ve 5. maddeye aykırı hükümler içeren hükümler artık uygulanamayacak hale gelmiştir. Bu hükümlerin 5. madde karşısında uygulanamayacak

³⁵ Özgenç, s. 89.

³⁶ Bakıcı, Sedat, 5237 Sayılı Yasa Kapsamında Ceza Hukuku Genel Hükümleri, Adalet Yayınevi, Ankara, 2007, s. 35.

³⁷ <http://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d22/c059/tbmm22059119ss0664.pdf> e.t. 13/12/2013

³⁸ Demirbaş, Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınları, Güncellenmiş 5. Baskı, Ankara, 2007, s. 98.

hale gelmesi aslında bu maddelerin zımni olarak mülga edildiği anlamına gelmekteydi³⁹. Ancak Türk Ceza Kanunu'nda yapılan bu değişiklik sonrası diğer kanunlarda yer alan hükümlerin hemen Türk Ceza Kanunu'na uyumu mümkün değildir. Çünkü bu işle ilgili olarak tüm kanunlar gözden geçirilecek olup; kendi düzenlemelerinin 5. maddeye aykırı olup olmadığı değerlendirilmeli; aykırı olduğu düşünülüyorsa bu hükümlerin ya kaldırılması ya da 5. maddeye uygun hale getirilmesi gerekmektedir. Bu durumun güçlüğü ve zaman gerektirmesi aynı zamanda uygulamada ortaya çıkabilecek olumsuzlukların da önüne geçilebilmesi amacıyla kanun koyucu 5. maddenin yürürlüğünü ertelemiştir⁴⁰. Bu erteleme 11/5/2005 tarihli ve 5349 sayılı kanunla 4/11/2004 tarihli ve 5252 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un geçici 1. maddesi kapsamında yapılmıştır. Maddede *“Diğer kanunların, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun Birinci Kitabında yer alan düzenlemelere aykırı hükümleri, ilgili kanunlarda gerekli değişiklikler yapılınca ve en geç 31 Aralık 2006 tarihine kadar uygulanır”* denilmek suretiyle diğer kanunların 31 Aralık 2006 tarihine kadar 5. maddeye uyumlu hale getirilmesi amaçlanmıştır.

Bu maddenin gerekçesinde ise; *“765 sayılı Türk Ceza Kanununun 10 uncu maddesindeki “Bu kanundaki hükümler, hususi ceza kanunlarının buna muhalif olmayan mevaddı hakkında da tatbik olunur” hükmü, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda, ceza hukuku sistemini belirli bir disiplin altında toplamak amacıyla, 5 inci maddede “Bu Kanunun genel hükümleri, özel ceza kanunları ve ceza içeren kanunlardaki suçlar hakkında da uygulanır” şeklinde düzenlenmiştir.*

5 inci maddesindeki hüküm karşısında, özel ceza kanunları ve ceza içeren kanunlardaki 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun genel hükümlerine uymayan hükümlerin uygulanma kabiliyeti kalmadığından, söz konusu kanunlarda gerekli değişikliklerin yapılması gerekmektedir.

³⁹ Özgenç, s. 90.

⁴⁰ Bakıcı, s. 36.

Söz konusu değişiklikler yapılıncaya kadar uygulamada herhangi bir boşluğun doğmaması bakımından 5252 sayılı Kanuna bir geçici madde eklenmesi amacıyla bu madde düzenlenmiştir”⁴¹ denilmektedir.

Ancak, gerek sürenin azlığı, gerekse uyum amacıyla gözden geçirilecek kanunların çok olması karşısında kanun koyucu 6/12/2006 tarihli ve 5560 sayılı kanunla, 31 Aralık 2006 olarak belirlenen tarihi 31 Aralık 2008 tarihi olarak değiştirilmiştir. Değişiklik gerekçesinde ise; “*ilgili kanunlarda gerekli değişikliklerin yapılmasına imkan sağlamak amacıyla*”⁴² yapıldığı belirtilmektedir.

Bu hüküm gereğince Kanun koyucu değişik kanunları gözden geçirerek uyumu sağlamaya çalışmıştır. Birçok kanun bu kapsamda değiştirilmiştir⁴³. Ayrıca bazı kanunlar yürürlükten kaldırılmış, yerine uyumu sağlayan kanunlar çıkarılmıştır. Böylece 31 Aralık 2008 tarihine kadar özel kanunlarla Türk Ceza Kanunu arasındaki uyumun sağlandığını söyleyebiliriz.

Ancak; asıl sorun 31 Aralık 2008 tarihinden sonra çıkacak olan kanunlarda gündeme gelecektir. Kanun koyucu 31 Aralık 2008 tarihinden sonra çıkaracağı kanunlarda Türk Ceza Kanunu’nun 5. maddesine aykırı bir düzenleme yapabilir mi? Yaparsa bu hüküm 5. maddesi kapsamında uygulama alanı bulabilecek midir?

Öncelikle; kanun koyucunun, 31 Aralık 2008 tarihinden sonra, yine bir kanunla 5. maddeye aykırı bir düzenleme yapabilmesi mümkündür. Çünkü kanun koyucu herhangi bir kanunu hazırlanırken, hukuki olarak sadece yeni yapılacak olan kanunun Anayasaya aykırı olmaması kuralı ile sınırlıdır. Bunun dışında, kanun koyucu Anayasaya aykırı olmayan bir kanunu hazırlama hak ve salahiyetine sahiptir. Bu yüzden, kanun koyucu 31 Aralık 2008 tarihinden sonra TCK’nın 5. maddesine aykırı bir düzenleme yapabilir⁴⁴. Çünkü TCK’nın 5. maddesi de sonuç itibarıyla bir kanun hükmü olup; Anayasa hükmü değildir. Bu yüzden bu hükmü, başka bir kanun hükmü ile istisna tutulabilmesini

⁴¹ <http://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d22/c084/tbmm22084097ss0898.pdf> e.t. 13/12/2013

⁴² <http://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d22/c137/tbmm22137025ss1255.pdf> e.t.13/12/2013

⁴³ Ayrıntılı bilgi için bkz. 5728 sayılı Temel Ceza Kanunlarına Uyum Amacıyla Çeşitli Kanunlarda ve Diğer Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun.

⁴⁴ Koca, Mahmut/ Üzülmüş, İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 4. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2011, s.69.

öngören hükümlerin konulması her zaman mümkün olabilmektedir⁴⁵. Bu nedenlerle; her ne kadar genel hüküm olarak konulmuşsa da TCK'nın 5. maddesi; 31 Aralık 2008 tarihinden sonra çıkacak özel ceza kanunları ve ceza içeren kanunlar bakımından emredici ve bağlayıcı olmayıp, sadece tavsiye niteliğinde olacaktır⁴⁶. Bu nedenle, TCK'nın 5. maddesindeki genel hükme rağmen her özel kanunda kendine has hükümlerin bulunması mümkün hale gelebilecektir⁴⁷.

Ceza adalet sisteminin bütünlüğü ve ceza ilkelerinin teklifi açısından kanun koyucunun, diğer kanunlarla TCK'nın 5. maddesindeki düzenlemenin aksine bir düzenleme yapmamasının gerekliliği savunulabilir. Ancak bu durumda TCK'nın 5. maddesindeki düzenlemenin diğer kanun hükümlerinden üstün olduğu anlamı çıkmaktadır. Hukuk sistemimiz açısından bir kanunun diğer bir kanuna -velev ki o kanun temel kanun olsa bile- üstünlüğü yoktur. TCK'nın 5. maddesindeki düzenleme de bir kanun hükmü olup, kanun koyucunun daha sonra çıkaracağı herhangi bir kanundaki TCK'nın 5. maddesindeki düzenlemeye aykırı bir düzenleme de kanun hükmü olacaktır. Kanaatimizce, kanun koyucunun bir kanun hükmüyle, diğer kanunların da nasıl çıkarılacağına ilişkin emredici hükümler ihtiva etmesinin kanun yapım tekniği açısından doğru bir yol değildir. Bu nedenle TCK'nın 5. maddesindeki düzenlemeyle, kanun koyucunun diğer kanunları hazırlarken ceza adalet sisteminin bütünlüğüyle bağdaşmıyor olsa da sınırlandırılmaması gerektiğini düşünmekteyiz.

C. Mevcut Eksiltme Suçu ile 6183 sayılı Kanun'un 110. Maddesinde Düzenlenen Suç Tipinin Karşılaştırılması

Mevcut eksiltme suçuna ilişkin olarak Kanun koyucu tarafından konulmuş olan benzer bir düzenleme de 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un 110. maddesinde görmektediriz. 6183 sayılı Kanun'un 110. maddesinde;

"Amme alacağının tahsili için hakkında takip muamelelerine başlanan borçlu kısmen veya tamamen tahsile engel olmak veya tahsili zorlaştırmak maksadiyle mallarından bir kısmını veya tamamını:"

⁴⁵ Zafer, Hamide, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 2. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2011, s. 67.

⁴⁶ Zafer, s. 67.

⁴⁷ Uğur, Hüsamettin, "Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi ve Anayasa Mahkemesi Kararları Karşısında Yaptırımsız Kalan Bazı Suçlar", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2010/91, s.333.

1. Mülkünden çıkararak, telef ederek yahut değerden düşürerek gerçek surette,
2. Gizleyerek, kaçıırarak muvazaa yolu ile başkasının uhdesine geçirerek veya aslı olmayan borçlar ikrar ederek, yahut alındılar vererek gerçeğe aykırı surette, varlığını yok eder veya azaltır ve geri kalan mallar borcu karşılamaya yetmezse altı aydan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır." hükmü yer almaktadır.

Buna göre, 6183 sayılı Kanun kapsamında bulunan bir alacağa yönelik olarak, alacağın tahsiline engel olmak veya tahsilini zorlaştırmak için mallarından bir kısmını veya tamamını mülkünden çıkaran, telef eden yahut değerden düşürerek gerçek surette gizleyen, kaçıırarak muvazaa yolu ile başkasının uhdesine geçiren veya aslı olmayan borçlar ikrar eden, yahut alındılar vererek gerçeğe aykırı surette, varlığını yok eden veya azaltan ve geri kalan mallar borcu karşılamaya yetmeyen borçlu altı aydan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacaktır. Görüldüğü üzere, 6183 sayılı Kanun'un 110. maddesi ile incelemekte olduğumuz İİK'nun 331. maddesinde suçun unsurlarının birbirleriyle aynı olduğunu görmekteyiz. Ayrıca, her iki suçun oluşumu için, failin fiili gerçekleştirmiş olması tek başına yeterli olmayıp, fiilden sonra borçlunun kalan malvarlığından alacağın tahsil edilememiş olması gerekmektedir. Yani, her iki suç bakımından suçun oluşumu, failin suç teşkil eden fiili işlemiş olmasının yanında alacaklıların alacaklarına kavuşamaması halinde söz konusu olacaktır.

İncelemiş olduğumuz iki kanuni düzenleme arasında suçun unsurları aynı olsa bile, alacağın niteliğinden kaynaklanan farklılıklar mevcuttur. 6183 sayılı Kanun kapsamına, alacaklıya olan tüm alacaklar değil, sadece 6183 sayılı Kanun'un 1. maddesinde sayılan alacaklar girmektedir. Buna göre 6183 sayılı Kanun kapsamına;

"Devlete, vilayet hususi idarelerine ve belediyelere ait vergi, resim, harç, ceza tahkik ve takiplerine ait muhakeme masrafı, vergi cezası, para cezası gibi asli, gecikme zammı, faiz gibi fer'i amme alacakları ve aynı idarelerin akitten, haksız fiil ve haksız iktisaptan doğanlar dışında kalan ve amme hizmetleri tatbikatından mütevellit olan diğer alacakları ile; bunların takip masraflarına" ilişkin olan alacaklar girmektedir. Bu alacaklara kanunun isminden dolayı amme (kamu) alacakları denilmektedir.

6183 sayılı Kanun'da bir alacağın kamu alacağı olması halinde, normal takip usullerine göre daha kolay ve hızlı tahsil edilebilme imkanı sağlayan yollar öngörülmüştür. 6183

sayılı Kanun'un 54. maddesinde göre, ödeme süresi içinde ödenmemiş olan kamu alacağının tahsil dairesi tarafından cebren tahsil edileceği öngörülmektedir. Normal alacaklar için öngörülmeeyen cebri tahsil yolu, kamu alacakları için öngörölmüş olduğu için, bir alacağın kamu alacağı olması onun imtiyazlı alacak olduğu anlamına gelmektedir. Bunun gibi, 6183 sayılı Kanun gereğince kamu alacağına ilişkin uygulanacak olan takip ve tahsile ilişkin normal icra prosedüründen kaynaklanan farklılıklar mevcuttur.

İİK'nun 331. maddesinde düzenlenen suç ile 6183 sayılı Kanun'un 110. maddesinde düzenlenen suçta korunan hukuki değer ikisinde de alacak hakkı olup birbirinin aynısıdır. Ancak, İİK'dan kaynaklanan alacak hakkının niteliği ile 6183 sayılı Kanun'dan kaynaklanan alacak hakkının niteliği birbirlerinden farklıdır. İİK'dan kaynaklanan alacak hakkı hukuken korunan her türlü alacak hakkı olabilirken, 6183 sayılı Kanun'dan kaynaklanan alacak hakkı sadece Kanun'un 1. maddesinde sayılan kamu alacakları olmaktadır. Bu nedenle İİK'dan kaynaklanan alacak hakkının, 6183 sayılı Kanun'dan kaynaklanan alacak hakkından daha geniş olduğunu ifade edebiliriz.

Yukarıda açıklanan nedenlerle; bir alacak 6183 sayılı Kanun kapsamına giren bir kamu alacağı niteliğinde ise; borçlunun bu alacağın tahsil edilmemesine yönelik olarak yapmış olduğu filler İİK'nun 331. maddesinde belirtilen mevcut eksiltme suçunu değil, 6183 sayılı Kanun'un 110. maddesinde belirtilen suçu oluşturacağını düşünmekteyiz.

İKİNCİ BÖLÜM

ALACAKLISINI ZARARA SOKMA KASTIYLA

MEVCUT EKSİLTME SUÇU

I. TANIMI

Alacaklısını zarar sokma kastıyla mevcut eksiltme suçu İcra ve İflâs Kanunu'nun 331. maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddeye göre;

“Haciz yolu ile takip talebinden sonra veya bu talepten önceki iki yıl içinde borçlu; alacaklısını zarara sokmak maksadıyla, mallarını veya bunlardan bir kısmını mülkünden çıkararak, telef ederek veya kıymetten düşürerek hakiki surette yahut gizleyerek muvazaa yoluyla başkasının uhdesine geçirerek veya asıl olmayan borçlar ikrar ederek mevcudunu suni surette eksiltirse, aleyhine aciz belgesi aldığı veya alacaklı alacağını alamadığını ispat ettiği takdirde, altı aydan üç yıla kadar hapis ve bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.

İflâs takibinden veya doğrudan doğruya iflâs hallerinde iflâs talebinden önce birinci fıkradaki fiilleri işleyen borçlu hakkında da bu fiiller başka bir suç oluştursa dahi bu hükümler uygulanır.

Konkordato mühleti veya iflâsın ertelenmesi talebinden önceki iki yıl içinde ya da konkordato mühleti talebi veya iflâsın ertelenmesi süresinden sonra birinci fıkradaki fiilleri işleyen borçlu hakkında da bu hükümler uygulanır.

Taşınmaz rehni kapsamında bulunan eklentinin rehin alacaklısına zarar vermek kastı ile taşınmaz dışına çıkarılması halinde, eklentinin zilyedi iki yıldan dört yıla kadar hapis ve bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.

Bu suçlar alacaklının şikâyeti üzerine takip olunur”

Maddenin birinci fıkrasının yazımından da anlaşılacağı üzere; bu fıkra suçun tanımı yapılmaktadır. Buna göre mevcut eksiltme suçu; *“Haciz yolu ile takip talebinden sonra veya bu talepten önceki iki yıl içinde borçluya; alacaklısını zarara sokmak maksadıyla mallarını veya bunlardan bir kısmını mülkünden çıkararak, telef ederek veya kıymetten düşürerek hakiki surette yahut gizleyerek muvazaa yoluyla başkasının uhdesine geçirerek veya asil olmayan borçlar ikrar ederek mevcudunu suni surette eksiltirse, aleyhine aciz belgesi aldığını veya alacaklı alacağını alamadığını ispat ettiği durumda”*⁴⁸ söz konusu olacaktır.

II. KORUNAN HUKUKİ DEĞER

Korunan hukuki değer; “kanun koyucu tarafından bir eylemi suç olarak düzenlemeye iten soyut menfaat”⁴⁹ olarak ifade edilmektedir.

Korunan hukuki değer ile suçun konusu birbirinden farklıdır. Korunan hukuki değer; kanun koyucunun bir eylemi suç olarak kabul edip etmemeye iten ve olayda bulunan soyut fayda iken; suçun konusu, “bu umulan soyut fayda olmayıp, tipe uygun hareketin üzerinde gerçekleştiği maddi şey”⁵⁰ olarak karşımıza çıkmaktadır.

Mevcut eksiltme suçu açısından; hareketin konusunun bir malvarlığı veya malvarlığının bir kısmı olduğunu belirtebiliriz. Buradaki malvarlığı, para, eşya ya da herhangi bir mal olabilir. Mevcut eksiltme suçunda, borçlunun eylemleriyle alacaklının alacak hakkına kavuşmasını engellemesi cezalandırıldığı için; korunan hukuki değer, alacak hakkıdır. Çünkü alacak hakkı, kişinin sahip olduğu ve hukuken korunan bir haktır. Borçlunun gerçekleştirmiş olduğu eylemler ile alacak hakkına kavuşmasını engellenen alacaklının menfaati ihlal edilmektedir.

Alacak hakkı; bir borç ilişkisi nedeniyle doğan ve borçlunun alacaklıya karşı borçlanmış olduğu edimi, alacaklının talep etme hakkı olarak ifade edilmektedir⁵¹. Alacak hakkı, bir borç ilişkisinden doğduğu için sadece borç ilişkisinin tarafları açısından hüküm ifade

⁴⁸ Sarı, s. 77.

⁴⁹ Özbek/Kanbur /Doğan /Bacaksız /Tepe, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 198.

⁵⁰ Özbek/Kanbur /Doğan /Bacaksız /Tepe, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 198.

⁵¹ Eren, Fikret, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yayınevi, 14. Baskı, Ankara, 2012, s. 50.

etmektedir. Alacaklı, alacak hakkını borçlu dışındaki üçüncü kişilere karşı kural olarak ileri süremez⁵².

Alacak hakkı, genel itibarıyla borçlu tarafından alacaklıya ödenecek olan bir miktar para olabileceği gibi, bir eşyanın teslim edilmesi, bir işin yapılması olarak da karşımıza çıkabilir. Taraflar borç ilişkileriyle, alacak hakkı olarak başkaca haklar da belirleyebilmektedirler. Bir borç ilişkisinde borçlunun ediminin para ödeme olarak belirlendiği durumlarda, alacaklının borçludan parayı talep etme hakkı, alacaklı açısından alacak hakkını oluşturmaktadır.

Gerçekten de; alacak hakkı; alacaklıya borçludan bir miktar para, eşya ya da malın teslimini isteme yetkisi veren bir haktır. Alacaklının bu hakkı, geçerli bir hukuki işlemde doğmuş olabilir. Söz gelimi; satış sözleşmesinde satıcıya malın bedelini isteme hakkı doğmaktadır. Alıcı bu bedeli ödemediği takdirde alacaklının hukuken geçerli olan bu alacağını cebri icra organları vasıtasıyla isteme hakkı ve yetkisi mevcuttur. İşte tam da bu sırada kanun koyucu, borcunu ödemeyen borçluya karşı devletin cebri icra gücü kullanılarak yapılan icra takibi sırasında, borçlunun bir takım kötü niyetli davranışlarla alacaklının alacak hakkına ve dolayısıyla alacağına kavuşmasını engellemek amacıyla eylemlerde bulunmasını, alacak hakkına zarar vereceği düşüncesiyle yasaklamış ve suç saymıştır.

Yukarıda açıklanan nedenlerle; kanun koyucuyu mevcut eksiltme suçunu suç olarak düzenlemeye iten sebebin, hukuken geçerli olan ve korunması gereken alacaklının alacak hakkının, borçlu tarafından alacaklının bu hakkına kavuşmasının engellenilmesi amacıyla yapılan eylemlerle alacaklıya zarar verilmesini önlemek olduğunu söyleyebiliriz.

III. SUÇUN UNSURLARI

A. Tipiklik

Kanun koyucu, bir kısım fiillerin yapılmasını yasaklayabilir. Bu durumda kanun koyucu bu fiilin yapılmaması için gerekli tedbirleri alır. Bu tedbirlerden biri de, fiilin suç olarak tanımlanması olarak karşımıza çıkmaktadır. Kanun koyucu bir fiil ile ihlal edilmiş olan

⁵² Eren, s. 28.

hukuksal değerlere verilen önem çerçevesinde o fiilin suç teşkil edip etmeyeceğine karar vermektedir⁵³. Hangi fiilin suç olacağı ve hangi durumda cezalandırılacağı ise kanunlarda açıkça yazmalıdır ki, hukuk devleti ilkesinin bir gereği yerine getirilmiş olsun. Yani kişinin eylemi ile cezalandırılması arasında kanuni bir bağ bulunmalıdır. Bu nedenle; tipiklik bir fiilin cezalandırılabilmesi için bulunması gerekli olan özelliklerin bütünü olarak ifade edilmektedir⁵⁴. Bir fiilin suç teşkil edebilmesi için, hareketin kanundaki tarife yani model veya tipe uygun olması gerekmektedir⁵⁵.

Mevcut eksiltme suçu açısından tipikliğin özelliklerini incelediğimizde; İİK'nın 331. maddesinde haciz yolu ile takip talebinden sonra veya bu talepten önceki iki yıl içinde borçlunun; alacaklısını zarara sokmak maksadıyla, mallarını veya bunlardan bir kısmını mülkünden çıkararak, telef ederek veya kıymetten düşürerek hakiki surette yahut gizleyerek muvazaa yoluyla başkasının uhdesine geçirerek veya asıl olmayan borçlar ikrar ederek mevcudunu suni surette eksiltmesi halinde, alacaklının borçlu aleyhine aciz belgesi aldığı veya alacağını alamadığını ispat etmesi koşuluyla cezalandırılacağı belirtilmektedir.

Bu suç bakımından işlenen fiilin tipik sayılabilmesi için borçlunun alacaklısını zarara sokma kastıyla kendisine ait olan mallarını veya bunlardan bir kısmını mülkünden çıkarması, telef etmesi veya kıymetten düşürmesi, hakiki surette yahut gizleyerek muvazaa yoluyla başkasının uhdesine geçirmesi veya asıl olmayan borçlar ikrar etmesi gerekir. Bu nedenle borçlunun kendisinin olmayan bir malı telef etmesi durumunda fiil tipik olmadığı için mevcut eksiltme suçu oluşmayacaktır. Söz gelimi, borçlu alacaklının kendisi hakkında yaptığı icra takibine sinirlenerek oğluna ait arabayı -belki alacaklı alacağını oğlumun mallarından da alabilir düşüncesiyle- benzin dökerek yakması durumunda tipe uygun olmayan borçlunun eylemi suç oluşturmayacaktır.

B. Maddi Unsurlar

Mevcut eksiltme suçunun oluşabilmesi için, failin haciz yolu ile takip talebinden sonra veya bu yolla takip talebinden veya konkordato mühleti talebinden önceki iki yıl içinde alacaklısını zarara sokma kastıyla mevcudunu azaltan eylemler yapması

⁵³ Artuk/Gökçen/Yenidünya, Genel Hükümler, s. 7.

⁵⁴ Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 196.

⁵⁵ Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 227.

gerekmektedir⁵⁶. Nitekim Yargıtay’a göre de suçun oluşması için “*Haciz yolu ile takip talebinden sonra veya bu talepten önceki iki yıl içinde borçlunun alacaklısını zarara sokmak maksadıyla mevcudunu suni surette eksiltmesi, alacaklının borçlu aleyhine aciz belgesi aldığını veya alacağını alamadığını ispat etmesi*”⁵⁷ gerekmektedir.

1. Fiil

Mevcut eksiltme suçunun kanuni tanımında, borçlunun fiilleri alacaklısını zarara sokma kastıyla, “*mallarını veya bunlardan bir kısmını mülkünden çıkarması, telef etmesi, kıymetten düşürmesi, hakiki surette yahut gizleyerek muvazaa yoluyla başkasının uhdesine geçirmesi veya asıl olmayan borçlar ikrar ederek mevcudunu suni surette eksiltmesi*” şeklinde tarif edilmiştir. Bu durumda, kanunda sayılmış olan fiillerden birinin yapılması mevcut eksiltme suçunun oluşumu açısından yeterli olacaktır.

İncelemiş olduğumuz suç açısından, borçlunun alacaklısını zarara sokma kastıyla mallarını mülkünden çıkarmış olması veya mallarını telef etmesi veya mallarını kıymetten düşürmesi veya başkasının uhdesine geçirmesi veya asıl olmayan borçlar ikrar etmesi fiillerinden herhangi birini gerçekleştirilmesi halinde mevcut eksiltme suçu oluşacaktır.

Yukarıda açıklanan nedenlerle; mevcut eksiltme suçunda, suçun oluşumu için kanuni tarifte belirtilen tüm fiillerin değil, sadece bir tanesinin yapılmış olması suçu meydana getirecektir. İşte, suçun kanuni tanımında birbirinden bağımsız olan ve birbirinin alternatifini gösteren hareketlerden birinin gerçekleşmesiyle işlenebilen suçlar fiilin niteliğine göre, “seçimlik hareketli suç” olarak ifade edilmektedir⁵⁸. Bu nedenle; mevcut eksiltme suçu, fiilin niteliğine göre seçimlik hareketli suç olarak karşımıza çıkmaktadır.

Seçimlik hareketli suçlarda; kanuni tanımda sayılmış olan seçimlik hareketlerden birinin yapılmasıyla suç oluşmakta olup, birden fazla hareketin yapılması durumunda birden fazla suçun oluştuğu değil, yine bir suçun oluştuğu kabul edilmektedir⁵⁹. Bu nedenle borçlunun, alacaklısını zarara sokma kastıyla yapmış olduğu mallarını telef etmesi ve

⁵⁶ Çolak, s. 36.

⁵⁷ Yargıtay 17. H.D., 15/3/2007, 2006/4127 E., 2007/821 K., UYAP Portal e. t. 13/12/2013

⁵⁸ Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 208; Koca/Üzülmez, s. 109.

⁵⁹ Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 258; Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 208; Koca/Üzülmez, s. 109.

asıl olmayan borçlar ikrar etmesi durumunda sadece bir mevcut eksiltme suçu oluşacaktır.

Kanuni tanıtmda birden fazla fiili gerçekleştiren borçluya bir suçtan ceza verilecek olmakla birlikte, bu durumda faile verilecek olan ceza miktarı TCK'nın 61. maddesi gereğince artırılarak verilmesi mümkündür⁶⁰. Birden fazla fiilin gerçeklemesi durumunda faile verilecek olan ceza miktarının artırılması bir zorunluluk olmayıp, hakim, cezanın artırılmasına karar verilebilir.

Kanaatimizce, bir fiil gerçekleştiren fail ile birden fazla fiil gerçekleştiren faile aynı miktar cezanın verilmesinin, adaletin sağlanması adına eksiklik olacağı dűřünülererek, birden fazla fiili gerçekleştiren faile verilen cezanın artırılmasının daha uygun olacağını dűřünmekteyiz. Bu nedenle; mevcut eksiltme suçunda alacaklısını zarara sokma kastıyla, mallarını telef eden ve asıl olmayan borçlar ikrar eden borçluya verilecek olan ceza miktarının hakim tarafından TCK'nın 61. maddesi gereğince artırılmasının, adalet duygusunu daha çok tatmin edeceğini dűřünmekteyiz.

Çalışmamızın bu kısmında borçlunun yapmış olduğu fiillerden hangilerinin mevcut eksiltme suçunu oluşturacağını inceleyelim.

a. Borçlunun Mevcudunu Azaltması

Mevcut eksiltme suçunun oluşabilmesi için, borçlunun maddede sayılan eylemlerden birini yapmış olması gerekir. Kanunda sayılan bu eylemleri inceleyelim:

aa. Mallarını veya bunlardan bir kısmını műlkűnden çıkarması

Burada; borçlunun mallarını veya bunlardan bir kısmını műlkűnden çıkarması gerekmektedir. Mal kavramı kelime anlamı olarak; “*bir kimsenin veya tűzel kiřinin műlkiyeti altında bulunan, tařınır veya tařınmaz varlıkların bűtűnű*”⁶¹ řeklinde ifade edilmektedir. Buna gűre, suçun oluřumu için borçlunun, malvarlıėının bir kısmını veya tamamını elden çıkarmıř olması gerekmektedir. Elden ıkarma iřlemi, malın gerçek deėerinden daha ařaėı bir fiyata satmak suretiyle olabileceėi gibi, kendine yakın hissettiėi bir yakınına, bir akrabasına satıř, devir, baėıř sűzleřmesi gibi yollarla da

⁶⁰ Artuk/Gűkcen/Yenidűnya, s. 258; zbek/Kanbur /Doėan /Bacaksız /Tepe, s. 208; Koca/ zűlmez, s. 109.

⁶¹ Tűrke Sűzlűk, s.1334.

gerçekleşmiş olabilmektedir. Bu saydığımız yollar sınırlı olmayıp herhangi bir şekilde de mal elden çıkarılmış olabilir. Önemli olan borçlunun malvarlığında bir eksilmenin meydana gelmesidir.

Yargıtay da bir kararında “*Müşteki tarafça, sanığın icra takibinden önce ortak oldukları taksii satarak kendisine bir ev satın alındığı, bunu da bilahare mal kaçırma kastıyla eniştesine devrettiği ileri sürüldüğüne göre; ticari taksinin satış ve apartman dairesini alış tarihlerinin ilgili kurumlardan sorulmak suretiyle tespiti, ticari taksinin satıldığı tarih ile evin satın alındığı tarihler karşılaştırılarak ticari taksii satış bedelinin ev alımında kullanılıp kullanılmadığının, dolayısıyla satış işleminin muvazaaya dayalı olup olmadığının değerlendirilmesi, sanığın satın aldığı apartman dairesini eniştesine sattığı iddia edilmesine göre; buna ilişkin satış belgelerinin ve aralarındaki akrabalık derecesini gösteren nüfus aile kayıt tablolarının getirtilerek, bu konuda gerektiği takdirde tanık da dinlenilerek apartman dairesi alım satımının muvazaalı olup olmadığının belirlenmesi, sanığın sosyal yaşantısı ve geliri ile orantılı harcama yapıp yapmadığı konusunda da usulüne uygun inceleme yapılmasının gerekli olduğunu*”⁶² belirtmiştir.

Anılan kararda, sanığın eniştesine devretmiş olduğu ev ile ilgili olarak, bu devir işleminin bir muvazaalı bir işlem olup olmadığının tespit edilmesi gerektiği belirtmiştir. Bu tespit; tanık dinlenmek suretiyle de olabileceği gibi, devrin hangi hal ve şartlar altında meydana geldiğinin araştırılması suretiyle de yapılabilecektir. Yapılan işlemlerde muvazaa olduğu tespit edilirse, borçlunun bu işlemi alacaklısının alacağına kavuşmasını engellemek amacıyla yaptığından mevcut eksiltme suçunun oluşacağını, aksi takdirde unsuru olmayan suçun oluşmayacağını ifade edebiliriz.

Yine bir kararında Yargıtay “*Ortakları ve yetkilileriyle kuruluş tarihlerini de içerir kayıtlar Ticaret Sicil Memurluğundan getirtilerek, mal varlığının aktarıldığı iddia edilen şirketlerin ortakları ile sanıkların akrabalık bağları olup olmadığının tespiti yönünde nüfus kayıtları celb edilip, şirketlerin hisse devirleri ve yeni malikleri araştırılarak, borçlu şirketin mal varlığının aktarıldığı iddia edilen şirketlerle, borçlu şirkete ait tüm defter ve kayıtlar getirtilerek karşılaştırılmalı olarak bilirkişi*

⁶² Yargıtay 16. H.D., 26/2/2008 2008/236 E., 2008/1093 K., Uyar,Talih, İcra ve İflâs Kanunu Şerhi, Genişletilmiş 2. Baskı, 2010, s. 20954-20955.

*incelemesine tabi tutularak karar verilmesi gerektiğini*⁶³ belirtmiştir. Kararda, borçlu şirketin malvarlığının, diğer bir şirkete aktarılması üzerine; ikinci şirketin kimlerden oluştuğunun tespiti ile borçlu şirket sahipleriyle aynı olup olmadıklarının veya aralarında akrabalık ilişkisinin bulunup bulunmadığının tespit edilmesi gerektiğini belirtmiştir. Mevcut eksiltme suçunun oluşabilmesi için elden çıkarılan bu malvarlıklarının devrinin ticari bir işlem olarak mı yapıldığı ya da muvazaalı olarak mı yapıldığının tespiti önemlidir. Bu yüzden devir işlemiyle ilgili şirkete ait defter ve kayıtların da tetkikiyle, konusunda uzman, bilirkişi incelemesi yapılması gerekmektedir.

Yargıtay'a göre; *“Sanık M.nin işyerini alacaklısını zarara uğratmak amacıyla oğluna devrettiği iddia edilmesine karşılık sanığın önce işi bırakıp durumu Maliyeye bildirdiğini, işyerindeki malların da vergi borcu nedeniyle haczedilip satıldığı, işyerini oğluna devretmeyip oğlu sanık H.nin yeni bir işyeri açtığı şeklindeki savunması karşısında, sanık M.nin borçlanma, sanık H.nin işyerinde faaliyete başlama tarihlerinin birbirine yakınlığı gözetildiğinde, sanık M.nin işi bırakma tarihi ile işyerindeki mallarının vergi borcu nedeniyle satılıp satılmadığının, satılmışsa ne şekilde satıldığı, icra marifetiyle satılmışsa icra dosyasının incelenmesi, haricen satılmışsa buna ilişkin faturaların tetkiki yoluna gidilmeden, diğer taraftan H.nin açtığı işyerindeki eşyaların babası M.ye ait işyerinden intikal edip etmediği araştırılması*⁶⁴ gerekmektedir. Kararda da belirtildiği üzere, sanık açısından mevcut eksiltme suçunun oluşabilmesi için; sanığın işyerindeki malların haczedildiğini söylemesi karşısında, bu malların akıbetinin araştırılması gerekir. Gerçekten de mallar vergi borcu için satılmış ise, icra dairesi aracılığıyla satış olmuşsa icra dosyası, harici satış olmuşsa faturalar istenilmelidir. Böylece, ortada icra dosyası ya da fatura yoksa sanığın mallarını elden çıkararak alacaklısını zarara sokmaya çalıştığı ve mevcut eksiltme suçunu işlediğini kabul edebiliriz.

Sanık H. açısından mevcut eksiltme suçunun oluşabilmesi için; diğer sanık M.'nin borçlanma tarihine yakın bir tarihte açmış olduğu işyerindeki malların içerisinde H.'ye ait malların bulunup bulunmadığının tespit edilmesi gerekmektedir. H.'nin işyerinde

⁶³ Yargıtay 16. H.D., 11/3/2008 2008/1423 E., 2008/1441 K., UYAP Portal e. t. 13/12/2013.

⁶⁴ Yargıtay 16. H.D., 15/4/2008 2008/1391 E., 2008/2598 K., UYAP Portal e. t. 13/12/2013.

M.'ye ait malların bulunması halinde H açısından mevcut eksiltme suçunun oluştuğunu (iştirak) söyleyebiliriz.⁶⁵

Nitekim Yargıtay'a göre; *"borçlu sanık V. Kılıç'ın icra takibinden kısa bir süre önce kendisine ait aracı yakını olan diğer sanık R. Kılıç'a hangi bedelle sattığının araştırılmasının gerektiği"*⁶⁶ belirtilmiştir. Kanaatimizce karar son derece yerindedir. Çünkü buradaki satış yapılan kişi ile sanığın akrabalık bağı mevcuttur. Bu nedenle aracın satıldığı bedel ile gerçek bedeli karşılaştırılmalıdır. Her iki bedel arasında bir fark yok veya çok az bir fark varsa, diğer hususlar da göz önünde bulundurularak bir karar verilmeli; fark çok ise, bu işlemin alacaklısını zarara sokma kastıyla yapıldığı ve mevcut eksiltme suçunu oluşturduğunu ifade edebiliriz⁶⁷.

Yine konuyla ilgili bir kararda; *"sanığın kendisine ait aracı icra takibi başladıktan sonra devrettiğinin anlaşılmasına ve satış gerekçesi olarak da sıkışıklığını ileri sürmesine göre, sanığın bu gerekçesinin haklı olup olmadığı, borcunu karşılayacak başkaca malvarlığının bulunup bulunmadığı ve hakkında aciz belgesi alınıp alınmadığı araştırılarak sonucuna göre bir karar verilmesi gerektiği"*⁶⁸ belirtilmiştir. Böylece,

⁶⁵ Benzer bir kararda, *"müşteki tarafın sanığın kendisine ait taşınmazlarını alacaklılarını zarara uğratmak amacıyla devrettiğini, sanığın ise diğer borçlarını ödemek amacıyla taşınmazlarını sattığını savunması karşısında, sanığa isnat edilen suç kastının oluşup oluşmadığının tespiti açısından devredilen taşınmazlardan elde edilmiş olan meblağların diğer borçların ödenmesi amacıyla kullanılıp kullanılmadığı ile sanık adına kayıtlı diğer taşınmazların üzerinde hacizler olması nedeniyle, bu taşınmazların değerleri saptanarak, hacizli dosyaların borçları ile birlikte bu dosya borcunu karşılamaya yeterli olup olmadığı araştırılmasının gerektiği"* belirtilmiştir.(Yargıtay 16. H.D., 12/1/2009 2008/9500 E., 2009/50 K., UYAP Portal e. t. 13/12/2013).

Kararda sanık taşınmazlarını diğer borçlarını ödemek amacıyla devrettiğini, müşteki ise alacaklılarını zarara uğratmak amacıyla devrettiğini iddia etmektedir. Burada sanığı yapmış olduğu devir sonucu eline geçen parayı nasıl kullandığının tespiti önemlidir. Sanık parayı diğer dosya borçlarının ödenmesi için kullanmışsa, alacaklısının zararına hareket ettiğini söylemek güç olur. Ancak sanık parayı borçlar için değil başkaca ve alacaklının alacağını almasına engel olacak biçimde kullanmış ise mevcut eksiltme suçunun oluştuğunu söyleyebiliriz.

⁶⁶ Yargıtay 17. H.D., 15/3/2007, 2006/4127 E., 2007/821 K., UYAP Portal e. t. 13/12/2013

⁶⁷ Yüksek mahkeme başka bir kararında *"yapılan haciz işleminde de borçlu şirketin ticaret sicilinde kayıtlı adresinde Ö. Ç. Petrol Nakliye Otomotiv Gıda İnşaat Taahhüt Ticaret ve Sanayi Limited Şirketinin bulunmasına, müştekinin iddiası gibi, borçlu şirkete ait araçların, yukarıda anılan şirkete icra takip işleminden önce devredildiğinin anlaşılması karşısında, bu devrin İİK'nın 331. maddesinde yazılı, "alacaklıları zarara sokmak maksadıyla" yapılıp yapılmadığının, her iki şirkete ait defter ve belgeler üzerinde karşılaştırmalı bilirkişi incelemesi yaptırılıp belirlenerek, takip borçlusu şirket hakkında aciz belgesi alınıp alınmadığı ve borcu karşılamaya yetecek başka mal varlıkları bulunup bulunmadığı konusunda icra takip dosyasında yapılan araştırma yeterli görülmediği takdirde, yargılama aşamasında söz konusu araştırma yapılıp sonucuna göre sanıkların yetki durumları da belirlendikten sonra hukuki durumlarının tayininin gerektiğini"* belirtilmiştir.(Yargıtay 17. H.D., 15/3/2007, 2006/5673 E., 2007/822 K., UYAP Portal e. t. 13/12/2013).

⁶⁸ Yargıtay 17. H.D., 29/3/2007, 2007/235 E., 2007/1033 K., UYAP Portal e. t. 13/12/2013

sanığın aracını ekonomik sıkışıklığı sebebiyle satıp satmadığının tespiti suçun oluşumu açısından önem taşımaktadır.

Bu hususa ilişkin Yargıtay tarafından; *“sanığın kendisine ait taşınmazları kızı olan diğer sanık Ç.ye devrettiği göz önüne alındığında, sanığın iddiaları doğrultusunda tapu kayıtları getirtilip incelenerek, borçlunun borcu karşılamaya yetecek başka mal varlığı bulunup bulunmadığı ve takip borçlusu sanık hakkında aciz belgesi alınıp alınmadığı da araştırılarak sonucuna göre sanıkların hukukî durumunun tayininin gerektiği”*⁶⁹ belirtmiştir.

Ayrıca; *“malvarlığı dilekçesi verdiği tarihten bir gün önce taşınmazını başkasına devrederek elden çıkartan borçlu sanığın bu davranışının İİK. 331. maddede tanımı yapılan suç olarak değerlendirileceği”*⁷⁰ şeklinde kararlar da mevcuttur. Burada, borçlunun malvarlığı dilekçesini vermeden bir gün önce kendisine ait olan taşınmazını başkasına devretmesi fiilinin, mevcut eksiltme suçunu oluşturacağı ifade edilmektedir.

Yine bir kararda; *“avukatına borçlu olduğu vekâlet ücretini vermeme maksadıyla malını elinden çıkaran borçlunun bu eyleminin İİK. 331’e göre suç sayılacağı”*⁷¹ belirtmiştir. Bu kararda borçlu, alacaklısının bir alacağını almasını engellemek amacıyla yapmış olduğu eyleminin mevcut eksiltme suçunu oluşturacağı ifade edilmektedir.

Borçlunun, alacaklısını zarara sokma kastıyla kendine ait olan mallarını mülkünden çıkarması mevcut eksiltme suçunu oluşturacaktır. Peki, borçlu lüks bir hayat yaşıyorsa, borçlunun lüks yaşaması eylemi, mevcut eksiltme suçunu oluşturacak mıdır?

Borçlunun, lüks hayat sürerek malvarlığını eksiltmesi, suçun kanuni tanımında yer alan tipikliğe uygun olabilir. Ancak, ceza hukuku anlamında tipik, hukuka aykırı ve kusurlu her eylemin cezalandırılması, ceza hukukunun “ultima ratio” (son araç, son çare) özelliğine aykırı olacaktır⁷². Bu nedenle, tipik olan her eylemin cezalandırılması yerine, eylemin, suç ile korunan hukuki değerini ciddi ölçüde ihlal edip etmediğini

⁶⁹ Yargıtay 17. H.D., 7/12/2006, 2006/5089 E., 2006/8898 K., UYAP Portal e. t. 13/12/2013.

⁷⁰ Bknz: 8. CD. 27.9.1999 T. 13606/12649(Naklen; SUNAR, Gülcan, “Hacizdeki Borç Ödenmeden Aciz Vesikasının Ceza Hukuku Bakımından Hüküm ve Sonuçları” Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2005/1, s, 248.

⁷¹ Yargıtay İİD, 19/12/1957, 373/668, (Naklen; Kaçak, Nazif, İcra ve İflâs Kanunu Şerhi, 2. cilt, Gözden Geçirilmiş Genişletilmiş 3. Baskı, Seçkin Yayınevi, 2007, s. 2151).

⁷² Hakeri, Hakan, “Ceza Hukukunda Önemsiz Hareketler”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 69, Yıl: 2007, s. 92.

değerlendirmek gerekecektir. Önemsiz, değersiz olmakla birlikte, tipikliği gerçekleştirmiş olan ve korunan hukuksal yararın ihlalinin önemsiz derecede olduğu hareketler; ceza hukukunun müdahale sahasından çıkarılmalıdır⁷³.

Bazı eylemler, örf ve adet bakımından uygun olarak kabul edildiği için, eylem haksız olmakla birlikte, cezalandırılmamaktadır. Toplumsal uygunluk kriteri açısından, bu eylemler, haksız bir eylem olmakla birlikte, fiilin ifade ettiği haksızlık içeriği, cezaya layık, cezayı gerektirici boyutta olmadığı kabul edilmektedir.⁷⁴ Nitekim, doktrinde ve Yargıtay uygulamasında da “*değersiz, az miktarda veya geleneklere uygun, alışkanlık olduğu*” gerekçesiyle tipik olmasına rağmen cezalandırılmayan hareketlerin olması, bu hareketlerin sosyal bakımdan uygun olmasından, mazur görülebilir olmasından kaynaklanmaktadır⁷⁵.

Konuyla ilgili Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun bir kararında;⁷⁶ “*Arkadaşlarıyla, mağdura ait bahçenin yakınında oyun oynamakta olan sanığın, bahçesindeki elma ağaçlarından bir kaç elma koparıp yemesinden ibaret olan eylemin törelere, örf ve adetlere göre süregelen toplumsal bir alışkanlığın ve genel hoşgörünün doğal ve olağan bir tezahürüdür. Bu eylemde suça yönelik irade varlığından söz edilemeyeceği gibi, hırsızlık suçunun oluşması için suçun nicelik yeterliği açısından gereken boyutlara ulaşmadığı neticesine varılmalıdır*” denilerek bir yandan kast yokluğundan, bir yandan da “*suçun nicelik yeterliği açısından gereken boyutlara ulaşmadığı*” denilerek hareketin önemsizliğinden bahsedilmektedir⁷⁷.

Kanaatimizce de; mağdurun bahçesine yakın bir yerde oyun oynayan sanığın birkaç elma yemesi fiili, hırsızlık suçu açısından tipikliğe uygun olsa da, davranışın örf ve adete uygun olması ve mazur görülebilir nitelikte olması nedeniyle cezalandırılmamasının kanun koyucunun iradesine uygun ve daha adaletli bir çözüm olduğunu düşünmekteyiz.

Mevcut eksiltme suçu açısından, borçlunun lüks hayat yaşaması, tipikliğe uygun olarak kabul edilebilse bile, bu davranış, sosyal bakımdan mazur görülebilir bir davranış

⁷³ Hakeri, s. 94.

⁷⁴ Hakeri, s. 76.

⁷⁵ Hakeri, s. 94.

⁷⁶ Yargıtay CGK, 26.10.1987, 406 E./499 K., YKD 1988, 265, (Nakleden, Hakeri, s.56).

⁷⁷ Hakeri, s. 56.

olarak kabul edilmesi gerektiği için cezalandırılmamalıdır. Borçlunun, alacaklısına borcu olması nedeniyle, lüks yaşamasının sınırlandırılması veya lüks yaşaması nedeniyle mevcut eksiltme suçundan cezalandırılmasının kanun koyucunun iradesine ve ceza hukukunun “ultima ratio” (son araç, son çare) özelliğine aykırı olacağını düşünmekteyiz.

bb. Mallarını telef etmesi

Bu seçimlik hareket bakımından; borçlunun malını telef etmesi gerekmektedir. Kelime anlamıyla telef, “*yok etme, boş yere harcama, yıpratma*”⁷⁸ dir. Buna göre, suçun oluşumu için borçlunun malını telef etmiş olması gerekmektedir. Bu telef etme işlemi, malın yakması suretiyle olabileceği gibi, kırılması, bozulması, yıkılması, herhangi bir parçasının sökülmesi veya çalışamaz hale getirilmesi suretiyle de gerçekleştirilebilir. Bu saydığımız yollar sınırlı olmayıp; bunlar dışında da herhangi bir şekilde mal telef edilmiş olabilir. Önemli olan borçlunun malının telef edilmiş olmasıdır. Örnek olarak borçlunun kendisine ait olan ve deposunda bulunan buğdayı yakması verilebilir.

Konuyla ilgili Yargıtay 16. H.D.’nin 6/6/2009 tarihli ve 2011/102 E., 2011/3309 K., sayılı kararında “*saniğin 22/5/2009 tarihinde yapılan haciz esnasında, bilgisayar ekranı, klavye ve yazıcıyı kırması daha sonra 9/9/2009 tarihli hacizde de haczi kabil mal bulunamaması karşısında suçun oluştuğunun kabulü gerekir*”⁷⁹ denilmektedir. Kararda da belirtildiği üzere; borçlu haciz sırasında, daha sonraki aşamada satışı yapılarak alacaklının alacağına kavuşacağı malları kırdığından ve borçlunun başka bir malı da bulunmadığı için alacaklı alacağına kavuşamamıştır. Bu nedenle; borçlunun, alacaklısını zarara uğratmak amacıyla malını telef etmek suretiyle (örneğimizde kırarak) mevcut eksiltme suçunu işlediğini söyleyebiliriz.

cc. Mallarının kıymetini düşürmesi

Bu seçimlik hareket bakımından; fiil unsuru borçlunun mallarının kıymetini düşürmüş olmasıdır. Çünkü, borçlu mallarının kıymetini düşürdüğü takdirde alacaklının alacağını almasını engelleyebilecektir. Bu malın kıymetini düşürme işlemi, malın bir parçasını sökmek suretiyle çalışamaz hale getirmek suretiyle olabileceği gibi, kırmak, bozmak,

⁷⁸ Türkçe Sözlük, s.1941.

⁷⁹ Halman Çetin, s. 567 – 568.

çizmek, suretiyle de gerçekleştirilebilir. Bu saydığımız yollar sınırlı olmayıp herhangi bir şekilde de malın kıymeti düşürülmüş olabilir. Önemli olan borçlunun malının kıymetinin düşürülmüş olmasıdır. Borçlunun kendisine ait olan değerli bir kol saatini sivri bir cisimle çizmesini örnek olarak verebiliriz.

Konuyla ilgili “*sanığın alacaklısını zarara uğratmak kastıyla alacaklı banka lehine rehinli bulunan ...plakalı aracın hacizden önce ön lastiklerini, motorunu, şanzımanını, arka kasasını, şaft milini ve motor beynini sökerek değerini düşürdüğü iddia edilmiş ise de,..... sanığın yetkilisi olduğu şirkete ait bir çok aracın her biri üzerine ayrı ayrı çok sayıda haciz konulmuş olup..... sanığın beraati yerine cezalandırılması nedeniyle bozulmasına karar verilmelidir.*”⁸⁰ denilmektedir.

Kararda belirtildiği üzere, sanığın yapmış olduğu eylem nedeniyle ceza almaması, alacaklının alacağına o araçtan olmasa bile, borçluya ait diğer bir araçtan kavuşma imkânının bulunması sebebiyledir. Eğer ki olayımızda, sanığın her biri üzerinde ayrı ayrı haciz bulunan çok sayıda aracı olmayıp, sadece o aracı olsaydı ve alacaklı da alacağına kavuşmamış olsaydı sanığın burada yapmış olduğu eylemler, (aracın ön lastiklerini, motorunu, şanzımanını, arka kasasını, şaft milini ve motor beynini sökmesi) malın kıymetinin düşürülmesi suretiyle mevcut eksiltme suçunu oluşturacaktı. Çünkü, sanığın başka aracı varsa alacaklı alacağını diğer araçların satış bedeli üzerinden alabilecektir. Ancak, sanığın tek malvarlığı o araç olsa ve sanık aracının ön lastiklerini, motorunu, şanzımanını, arka kasasını, şaft milini ve motor beynini sökmesi durumunda aracın kıymetinde ciddi bir azalma olacaktır. Bu nedenle sanığın eylemi, malın kıymetini düşürme fiil unsurunu gerçekleştirmiş olduğundan, sanığın eylemi mevcut eksiltme suçunu oluşturacaktır.

Konuya ilişkin olarak 2014 tarihli bir Yargıtay kararında; “*Katılanın alacağına karşılık olarak sanık N. B.'den senet aldığı, sanık R. B.'nin ise kefil olduğu ayrıca sanık N.B. adına kayıtlı taşınmaz üzerinde 13.11.2009 tarihinde katılan lehine ipotek kurulduğu, borcun ödenmemesi nedeniyle icra takibi başlatılarak 07.01.2010 tarihinde taşınmaza ihtiyati haciz konduğu, 29.07.2010 tarihinde fili haciz için gidildiğinde, taşınmazdan toprak alınması nedeniyle büyük çukurlar oluştuğu ve taşınmazın tarla vasfını yitirdiğinin tespit edildiği, hacedilen taşınmazın daha sonra 30.09.2011 tarihinde açık*

⁸⁰ Yargıtay 16. H.D.6/12/2010, 2010/5490 E., 2010/7190 K., Karar için bkz. Halman Çetin, s. 583.

artırmada katılan tarafından satın alındığı olayda; iddianamede sanıkların fiili haciz işleminin yapıldığı 29.07.2010 tarihinden önce taşınmazın toprağını satarak ipotek alacaklısının zararına neden olduklarının iddia olunması, mahkemece de oluşun bu şekilde kabul edilmesi karşısında; söz konusu taşınmazdan katılana tesliminden önce toprak alınması şeklinde gerçekleştiği iddia olunan eylemin hırsızlık suçunu oluşturmadığı ancak İcra İflas Kanunu'nun 331. maddesinde düzenlenen alacaklısını zarara uğratmak kasdiyle mevcudunu eksiltmek suçunu oluşturabileceği, bu suçla ilgili davaya bakmanın ve delilleri değerlendirmenin aynı Kanun'un 346. maddesi uyarınca İcra Mahkemesinin görevi kapsamında olduğu gözetilerek görevsizlik kararı verilmesi gerekir⁸¹ denilmektedir. Buna göre borçlunun kendisine ait ve alacaklısı adına ipotek tesis edilmiş taşınmazından toprak alarak büyük çukurlar oluşmasına sebebiyet vermesi ve taşınmazın tarla vasfını yitirerek değerinin azalması fiili, malın kıymetinin düşürülmesi suretiyle mevcut eksiltme suçunu oluşturacaktır.

dd. Mallarını hakiki surette yahut gizleyerek muvazaa yoluyla başkasının uhdesine geçirmesi

Bu seçimlik hareket bakımından; fiil unsuru borçlunun malını hakiki surette yahut gizleyerek muvazaa yoluyla başkasının uhdesine geçirmesidir. Bu malın başkasının uhdesine geçirme işlemi, gerçekten de tarafların iradelerinin malın mülkiyetinin geçirilmesini de isteme olabileceği gibi; gizleyerek muvazaa yoluyla aslında iradelerinin malın mülkiyetinin geçirilmesinin istenmemesi yoluyla da olabilir.

Borçlu, mallarını iki ayrı yoldan başkasının uhdesine geçirmektedir. Birinci yol, borçlu kendisine ait olan malın mülkiyetini gerçekten başkasına geçirmek istiyor ve geçiriyor. İkincisinde ise, borçlu malın mülkiyetini gerçekten geçirmek istemiyor ancak haciz baskısı nedeniyle, üçüncü kişilerce mülkiyetin başkasına geçirilmiş olarak algılanmasını istiyor. Şimdi bu iki yolu inceleyelim:

Birinci yolda, borçlu kendisine ait malın mülkiyetini gerçekten başkasının uhdesine geçirmek istiyor ve yapmış olduğu işlemler de mülkiyetin de geçmesine yönelik işlemlerdir. Örneğin, borçlu alacaklısını zarara sokma kastıyla bir kısım mallarını değerinden daha düşük fiyatla veya değerinde satabilir. Borçlu, alacaklısını zarara

⁸¹ Yargıtay 2. C.D., 29/5/2014, 2014/16616 E., 2014/15086 K., UYAP Portal e. t. 29/8/2014.

sokma kastıyla mallarını değerinde satarak, parayı da başkaca yerlerde kullanarak, alacaklı alacağına kavuşamadığı durumda – diğer şartların da varlığı halinde – sadece borçlu açısından mevcut eksiltme suçu oluşacaktır. Borçlu, alacaklısını zarara sokma kastıyla mallarını değerinden çok aşağı bir fiyata satıyorsa ve bu malları alan kişi, borçlunun da bu kastını biliyor ve borçluya bu maksatla yardım ediyorsa –diğer şartların da varlığı halinde– hem borçlu, hem de malları alan kişi açısından mevcut eksiltme suçu oluşacaktır. Yapılan eylemler, borçlu açısından mevcut eksiltme suçunu oluşturacak olup; borçlunun bu kastını bilen ve borçluya bu maksatla yardım eden kişinin eylemi ise, TCK'nın 37 - 41. maddelerinde düzenlenen iştirak hükümlerine göre belirlenmesi gerekmektedir.

İkinci yolda ise; borçlu kendisine ait malın mülkiyetini devretmek istememektedir. Ancak, mülkiyeti devretmediği takdirde alacaklı alacağını bu mallardan alabilecektir ki borçlu aslında bu durumu hiç istememektedir. Bu nedenle borçlu istememesine rağmen mallarının mülkiyetini üçüncü bir kişiye devretmektedir. Üçüncü kişi de eğer borçlunun alacaklısını zarara sokma kastıyla bu mallarını devrettiğini biliyor ve bu maksatla borçluya yardım ediyorsa, TCK'nın 37 - 41. maddelerinde düzenlenen iştirak hükümlerine göre cezalandırılacaktır.

Borçlunun yapmış olduğu bu eylemler ceza hukuku anlamında suç teşkil etmektedir. Bu suç teşkil eden eylemlerle yapılmış olan hukuki işlemler, özel hukuk anlamında geçerli kabul edilip hüküm ve sonuç doğurmakta mıdır? Söz gelimi, borçlunun yapmış olduğu bu işlemler geçerli midir? veya iptal edilebilir midir? Bu sorunun cevabını borçlunun mallarını devrederken hangi yolu kullandığına göre ayrı ayrı inceleyelim:

Borçlu mallarını devrederken birinci yolu kullanıyorsa; (yani, borçlunun kendisine ait malın mülkiyetini gerçekten başkasının uhdesine geçirmek istiyor ve yapmış olduğu işlemlerle de mülkiyeti geçiriyor ise) yapılan işlemler hukuka uygun olarak yapıldığı için, geçerli olarak kabul edilmektedir. Ancak, bu işlemlerin geçerli olması, iptal edilemeyecekleri anlamına gelmemektedir. Nitekim İİK'nın 277. maddesinde iptal davası ve usulü düzenlenmektedir. Buna göre; yapılan işlemin iptal edilmesi amacıyla alacaklı tarafından iptal davası açılabilecektir.

İptal davasını İİK'nın 277. maddesine göre, elinde geçici yahut kesin aciz belgesi bulunan her alacaklı açabilmektedir. Peki, hangi işlemlere karşı iptal davası açılabilir?

İptal davası açılabilir olan durumlar İİK'nın 278. ve 279. maddelerinde belirtilmiştir. İİK'nın 278 ve 279. maddelerine göre aşağıdaki işlemler iptal davasına konu edilebilir:

- Olağan hediyeler hariç olmak üzere, borçlu tarafından yapılan bütün bağışlamalar ve ivazsız tasarruflar,
- Borçlu tarafından eşi ile usul ve furu, neseben veya sıhren üçüncü dereceye kadar (bu derece dahil) hısımlar, evlat edinilenle evlatlık arasında yapılan ivazlı tasarruflar,
- Borçlunun akdin yapıldığı sırada, kendi verdiği şeyin değerine göre ivaz olarak pek aşağı bir fiyat kabul ettiği akitler,
- Borçlunun kendisine yahut üçüncü bir şahıs menfaatine kaydı hayat şartıyla irat ve intifa hakkı tesis ettiği akitler ve ölünceye kadar bakma akitleri,
- Borçlunun teminat göstermeği evvelce taahhüt etmiş olduğu haller müstesna olmak üzere borçlu tarafından mevcut bir borcu temin için yapılan rehinler,
- Para veya mutat ödeme vasıtalarından gayri bir suretle yapılan ödemeler,
- Vadesi gelmemiş borç için yapılan ödemeler,
- Kişisel hakların kuvvetlendirilmesi için tapuya verilen şerhler.

Bu durumlarda, kanunda aranan diğer şartların da varlığı halinde alacaklı tarafından iptal davası açılabilir. Ayrıca özel hukuk anlamında İİK'da borçlunun alacaklısına zarar verme kastıyla yapmış olduğu işlemlerin iptal edilebileceğini düzenlenmektedir. Bu düzenleme İİK'nın 280. maddesinde yer almaktadır. İİK'nın 280. maddesinde bu durum;

“Malvarlığı borçlarına yetmeyen bir borçlunun, alacaklılarına zarar verme kastıyla yaptığı tüm işlemler, borçlunun içinde bulunduğu malî durumun ve zarar verme kastının, işlemin diğer tarafınca bilindiği veya bilinmesini gerektiren açık emarelerin bulunduğu hâllerde iptal edilebilir” denilmek suretiyle ifade edilmektedir.

Buna göre; borçlunun alacaklısını zarara sokma kastıyla yapmış olduğu işlemlerin kanunda yazılı olan diğer şartların da varlığı halinde iptal edilmesi mümkündür. Bunun için bu işlemlerin alacaklısını zarara sokma kastıyla yapılmış olması gerekmektedir.

Borçlu mallarını devrederken ikinci yolu kullanıyorsa; (yani, borçlu malın mülkiyetini gerçekten geçirmek istemiyor ancak haciz baskısı nedeniyle üçüncü kişilerce başkasına geçirilmiş olarak algılanmasını istiyor ise) yapılan işlemlerde muvazaa söz konusu olacaktır.

Muvazaa, kelime anlamı olarak “*danışık, danışıklık*”⁸² şeklinde ifade edilmektedir. Hukuk terimi olarak ise; “ *tarafların üçüncü kişileri aldatmak amacı ile ve fakat gerçek iradelerine uymayan ve aralarında hüküm ve sonuç doğurmayan bir görünüş yaratmak konusunda anlaşmaları*”⁸³ şeklinde tanımlanabilir.

Bir işlemin muvazaalı olması için şu üç unsurun birlikte bulunması gereklidir:

- Tarafların iç iradeleri ile beyanları arasında bilerek meydana getirilen uygunsuzluk,
- Üçüncü kişileri aldatmak niyeti,
- Tarafların aralarında muvazaa konusunda anlaşmış olmaları⁸⁴.

Bu üç unsurun varlığı halinde muvazaa söz konusu olacaktır. Muvazaanın yaptırımı ise; butlan olarak karşımıza çıkmaktadır⁸⁵. Butlan durumunda, sözleşme hükümsüz olduğundan, sözleşmenin tarafları için herhangi bir hak veya borç doğmayacaktır. Bu nedenle butlan durumunda işlem hükümsüz olup, muvazaanın tespit

⁸² Türkçe Sözlük, s. 1426.

⁸³ Yılmaz, Hukuk Sözlüğü, s. 474.

⁸⁴ Yavuz, Nihat, Uygulamada ve Öğretide Muvazaa, İnançlı İşlem, Nam- ı Müstear ve Kanuna Karşı Hile Davaları, En Son İçtihatlarla Birlikte Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2008, s. 3- 4

⁸⁵ Tekinay, Selahattin Sulhi/ Akman, Sermet/ Burcuoğlu, Haluk/ Altop, Atilla, Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yeniden Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 7. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993, s.411, Yavuz, s. 5.

edilmesi için tespit davası açılabilir. Bu tespit davası, muvazaalı işlemin hükümsüz olması nedeniyle; herhangi bir süreye tabi değildir. Yine, muvazaa durumunda işlem hükümsüz olduğu için, muvazaa nedeninin ortadan kalkması veya belirli bir sürenin geçmesiyle dahi, hukuken geçerli hale gelmesi mümkün değildir. Hatta muvazaalı işlemin taraflarca yerine getirilmiş olması durumunda dahi işlem, geçerli olmamaktadır⁸⁶.

Nitekim Yargıtay uygulamasında da muvazaalı işlemin yaptırımının butlan olduğu ifade edilmektedir. Konuyla ilgili olarak Yargıtay;

“...Davacı muvazaa hukuksal nedenine dayandığını bildirmiş, iptal ve tescil isteğinde bulunmuştur. Mahkemece zamanaşımı gerçekleştirildiğinden söz edilerek davanın reddine karar verilmiştir. Ne var ki, muvazaalı işlemin hiçbir hüküm doğurmayacağı ve böyle bir işlemin zaman geçmekle de geçerlilik kazanamayacağı kararlılık gösteren yargısal uygulamada ve öğretide açıkça vurgulanmış bulunmaktadır....”⁸⁷ şeklinde ifade etmektedir.

Muvazaa durumunda işlem butlan yaptırımına tabi olup; hükümsüz olan işlemin tespiti için herhangi bir süreye bağlı olmadan dava açılabilir.

Yukarıda açıklanan nedenlerle; borçlunun mallarını devrederken başvurduğu yola göre İİK'daki iptal davası ile muvazaa davası açılması mümkündür. İİK'nın 277. ve devamı maddelerinde düzenlenen iptal davası ile muvazaa davası amaç itibarıyla birbirinin aynısı olmasına rağmen; özellikleri, dava açma şartları gibi hususlar nedeniyle birbirlerinden farklı dava türleri olarak karşımıza çıkmaktadır.

Ancak, önemle ifade etmemiz gerekir ki; Yargıtay, borçlunun yapmış olduğu ve geçerli olan tasarrufları veya hukuken geçerli olmayan muvazaalı işlemleri için, takip hukuku alanında herhangi bir ayırım gözetmeksizin İİK'nın 277. ve devamı maddelerinin uygulanması gerektiğini ifade etmektedir⁸⁸. Yargıtay'a göre;

⁸⁶ Yavuz, s. 6, 41.

⁸⁷ Yargıtay 1. H.D., 8/2/1991, 1991/14140 E., 1991/1517 K. ,(YKD., sayı:10, 1991, s.1473.),(Naklen; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/ Altop, s.411- 412.).

⁸⁸ Yavuz, s. 141.

“... Borçlunun malvarlığını alacaklıdan kaçırmak için yakın akrabasına doğrudan ve dolaylı olarak devretmesi muvazaalı bir işlem olup; İİK.277 vd. gereğince tasarrufun iptaline konu olur....”⁸⁹

Yine; “... Alacağın tahsilini imkânsız bırakmak için sahibi olduğu taşınmazı davalıya temlik edildiğinden bahisle açılan dava İİK.277 vd maddelerde yer alan tasarrufun iptaline ilişkin”⁹⁰ kabul edilmektedir.

Bu nedenle; borçlunun mallarını devrederken yapmış olduğu işlemlerin, takip hukukunda İİK’nın 277. ve devamı maddeleri gereğince, iptal davasına konu olduğunu ifade edebiliriz.

Borçlunun, mallarını, hakiki surette yahut gizleyerek muvazaa yoluyla başkasının uhdesine geçirmesi karşısında; alacaklı tarafından özel hukuk alanında İİK’nın 277 ve devamı maddeleri gereğince hukuk mahkemelerinde iptal davası açılabileceği gibi, ceza hukuku alanında da İİK’nın 331. maddesi gereğince cezalandırılması istemiyle ceza mahkemelerinde dava açılabilecektir. Ancak, burada mevcut eksiltme suçu açısından şu hususa dikkat edilmesi gereklidir:

Borçlunun yapmış olduğu işlemlere karşı iptal davası açılmış ise; mevcut eksiltme suçuna ilişkin ceza yargılamasında bir karar verilebilmesi için; iptal davasının sonucu beklenmesi gerekmektedir⁹¹. Çünkü hukuk mahkemesince iptal davasında, yapılan işlem iptal edildiği takdirde işlem neticesindeki malvarlığı tekrar borçluya geçecektir. Böyle bir durumda da alacaklının alacağına bu malvarlığı üzerinden kavuşması mümkün olacaktır. Alacaklı alacağına kavuştuğu takdirde mevcut eksiltme suçu da oluşmayacaktır. Bu nedenle mevcut eksiltme suçuna ilişkin yargılama yapan ceza mahkemesi, iptal davasına bakan mahkemenin kararını bekleyerek, mahkemeden çıkacak olan karara göre bir hüküm vermesi gerekmektedir.

Konuyla ilgili olarak Yargıtay da iptal davasının sonucunun beklenmesinin gerektiği ifade etmektedir. Yargıtay’a göre;

⁸⁹ Yargıtay 15. H.D., 26/4/1984, 1984/775 E., 1984/1466 K. , (Naklen; Yavuz, s. 141.).

⁹⁰ Yargıtay 15. H.D., 22/1/1987, 1987/49 E., 1987/96 K. , (Naklen; Yavuz, s. 141.).

⁹¹ Kürtül, Mehmet, Açıklamalı- Örnekli – İçtihatlı İcra ve İflâs Suçları, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 2.Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014, s. 26 – 27.

“...Şikayetçi vekilinin 19/4/2010 havale tarihli dilekçesinde, sanığın alacaklıyı zarara sokmak kastıyla ...plakalı aracı ileköyü, parsel sayılı taşınmazdaki payını kardeşine sattığını iddia etmesi karşısında; ... suça konu tasarrufların iptaline ilişkin açılanAsliye Hukuk Mahkemesinin ... esas sayılı dosyasının sonucunun beklenilmesinden sonra tüm deliller birlikte değerlendirilerek karar verilmesi gerekir...”⁹² denilmektedir.

Bir başka karara göre de; “... Suça konu taşınmazlara ilişkin tasarrufun iptali talebiyle açılan ... Asliye Ticaret Mahkemesinin ... esas sayılı dosyası üzerinden yürütülen davanın sonucunun kesinleşmesi beklenilip sonucuna göre hukuki durumun takdir ve tayini gerekirken, eksik araştırma ile yazılı şekilde mahkumiyete karar verilmesi”⁹³ kanuna aykırı bulunmuştur.

Kanaatimizce de, Yargıtay’ın hukuk mahkemesinde açılmış olan tasarrufun iptali davasının sonucunun beklenilmesi gerektiğine ilişkin kararları son derece yerindedir. Çünkü, borçlunun başkasının üzerine geçirmiş olduğu iddia edilen malvarlığı gerçekten de muvazaalı bir şekilde geçirmiş ise, borçlunun eylemi tipe uygun olacaktır. Ancak borçlunun eylemi, her ne kadar tipe uygun olsa da, hukuk mahkemesince, tasarrufun iptaline karar verildiği takdirde, malvarlığı tekrar borçlunun üzerine geçeceği için, alacaklının alacağına bu malvarlığı üzerinden kavuşma imkanı doğacaktır. Alacaklı alacağına bu malvarlığı üzerinden kavuşursa, borçlu muvazaalı olarak mallarını kaçırmış olsa bile cezalandırılmayacaktır. Bu nedenle, tasarrufun iptali davasında, muvazaa kabul edilmiş olsa bile, muvazaalı mal tekrar borçluya döneceği için ve alacaklının da alacağını bu maldan alabileceği için, mevcut eksiltme suçu oluşmayacaktır. Bu nedenle hukuk mahkemesinin kararı beklenilmelidir.

Hukuk mahkemesinde, borçlunun malvarlığını muvazaalı olarak geçirdiğine ilişkin olarak açılan tasarrufun iptali davası esastan reddedilirse; yani, borçlunun malvarlığını muvazaalı olarak devretmediğine karar verilirse, bu durumda da, alacaklının iddia etmiş olduğu muvazaa iddiası hukuk mahkemesi tarafından kabul edilmediği için, ortada muvazaalı bir işlem yoktur. Muvazaalı bir işlem olmadığı için ise, suçun unsurları oluşmayacağından; mevcut eksiltme suçundan da bahsedilemeyecektir. Çünkü,

⁹² Yargıtay 11. C.D., 7/2/2013, 2012/12758 E., 2013/1909 K., UYAP Portal e. t. 27/12/2013.

⁹³ Yargıtay 11. C.D., 28/2/2013, 2012/17415 E., 2013/3314 K., UYAP Portal e. t. 27/12/2013.

malvarlığının muvazaalı bir şekilde başkasına devredilmesi suçun unsuru olup, hukuk mahkemesi devrin muvazaalı olmadığına karar vermişse, ortada muvazaa olmadığı için mevcut eksiltme suçu da olmayacaktır.

Bu nedenle, tasarrufun iptali amacıyla hukuk mahkemesinde açılan, tasarrufun iptali davasında malvarlığı muvazaalı olarak devredilmiştir veya devredilmemiştir şeklindeki iki türlü kararı da, mevcut eksiltme suçunun oluşup oluşmadığı veya borçlunun geri dönen malvarlığı nedeniyle cezalandırılıp cezalandırılmayacağına tespiti açısından önemli olduğu için, hukuk mahkemesinin vereceği karar beklenilmelidir.

ee. Asıl olmayan borçların ikrar edilmesi

Borçlu, alacaklısını zarara sokma kastıyla malvarlığının aktifini azaltabileceği gibi, (mallarını mülkünden çıkarması, telef etmesi vb.) pasifini (borçlarını) de artırabilir. Borçlunun, pasifini yeni borçlar altına girmek suretiyle artırabilmesi her zaman mümkündür.

Mevcut eksiltme suçu açısından, borçlunun pasifinin artması, gerçek borçlar altına girmesiyle değil, asıl olmayan borç altına girmesi, asıl olmayan borçlar ikrar etmesi suretiyle gerçekleşmektedir.. Bu asıl olmayan borçların ikrar edilmesi işlemi, herhangi bir yazılı belgeyle yapılabileceği gibi, kendisi aleyhine açılan ve aslında haksız olan davanın kabulü suretiyle olabileceği gibi, aleyhine başlatılan ve aslında haksız olan takibin kabulü suretiyle de gerçekleştirilebilir. Bu saydığımız yollar sınırlı olmayıp herhangi bir şekilde de olmayan bir borç ikrar edilmiş olabilir. Bu seçimlik hareket bakımından önemli olan borçlunun aslında olmayan bir borcu ikrar etmesidir. Örnek olarak borçlunun alacaklısından mal kaçırmak amacıyla kayınbiraderinin kendisi aleyhine açmış olduğu ve belgeye dayanmayan yüksek meblağlı alacak davasını kabul etmesi verilebilir.

İkrar, kelime anlamı olarak “*benimseme, onama, kabul, tasdik*”⁹⁴ şeklinde ifade edilmektedir. Hukuk terimi olarak ise; “*tanıma, kabullenme, bir tarafın ileri sürdüğü bir olayın doğruluğunu beyan etmek*”⁹⁵ şeklinde tanımlanabilir.

⁹⁴ Türkçe Sözlük, s.950.

⁹⁵ Yılmaz, Hukuk Sözlüğü, s. 304.

İkrar, mevcut bir davada, bir tarafın diğer tarafın ileri sürmüş olduğu ve niteliği itibarıyla kendisi aleyhine hukuki sonuç doğurabilecek olan maddi bir vakıanın (olayın) doğrulunun kabul edilmesi olarak da ifade edilmektedir⁹⁶. Bir vakıa, taraflardan herhangi biri tarafından ikrar edildiği takdirde çekişmeli olmaktan çıkacaktır. Bu nedenle taraflardan herhangi biri tarafından yapılan ikrara ilişkin vakıanın ayrıca ispatına gerek kalmayacaktır⁹⁷. Bu husus 12/1/2011 tarihli ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 188. maddesinde “*Tarafların veya vekillerinin mahkeme önünde ikrar ettikleri vakıalar, çekişmeli olmaktan çıkar ve ispatı gerekmez*” denilmek suretiyle de açıkça ifade edilmiştir.

İkrar, tüm hukuk davalarında değil, sadece taraflarca hazırlanma ilkesinin geçerli olduğu davalar açısından hüküm ve sonuçlarını doğurur⁹⁸. Böylece, mahkeme tarafından re’sen araştırma ilkesinin geçerli olduğu davalara ilişkin vakılarda ikrar mümkün değildir. Örnek olarak, re’sen araştırma ilkesinin uygulandığı boşanma davasında tarafların bir vakıayı ikrar etmesi hâkimi bağlamayacaktır⁹⁹.

Kural olarak, ikrar edilen bir vakıa, ikrar eden kişi açısından bağlayıcı olup; kişi ikrarından dönemez¹⁰⁰. Bu kuralın istisnası, ikrar eden kimse, yapmış olduğu ikrarın maddi bir hatadan kaynaklandığını iddia ve ispat ederse ikrarından dönebilir. Bu durum HMK'nun 188. maddesinin 2. fıkrasında “*Maddi bir hatadan kaynaklanmadıkça ikrardan dönülemez*” denilerek açıkça ifade edilmiştir.

Taraflarca hazırlanma ilkesinin geçerli olduğu davalarda usulüne uygun olarak yapılan ikrar hâkim için bağlayıcı niteliktedir¹⁰¹. Bu nedenle, borçlunun mahkemede veya kendisine karşı yapılan icra takibinde, asıl olmayan borç ikrar etmesi durumunda mevcut eksiltme suçu oluşacaktır.

Yargıtay'ın konuyla ilgili bir kararında; “... *Sanığın, birinci dereceden akrabası olan diğer sanığın hakkında başlattığı icra takibi nedeniyle aynı gün icra dairesine giderek*

⁹⁶ Karşlı, Abdurrahim, Medeni Muhakeme Hukuku, 6100 sayılı HMK Hükümlerine Göre Yargıtay Kararları İşlenmiş ve Gözden Geçirilmiş 3. Baskı, Alternatif Yayınevi, İstanbul, 2012, s. 599.

⁹⁷ Pekcanitez, Hakan/ Atalay, Oğuz/ Özekes, Muhammet, Hukuk Muhakemelerine Göre Medeni Usul Hukuku, Yetkin Yayınevi, 13. Baskı, Ankara, 2012, s. 698.

⁹⁸ Karşlı, s.600.

⁹⁹ Kuru, Baki/Arslan, Ramazan/ Yılmaz, Ejder, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, 6100 sayılı HMK'na Göre Yeniden Yazılmış 22. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2011, s. 635.

¹⁰⁰ Karşlı, s.602.

¹⁰¹ Karşlı, s.603.

borcu kabul etmesi ve sürelerden de feragat etmesi ile aynı tarihte taşınmazlarına ve araçlarına konulan haciz müzekkerelerinin elden takipli olarak işlem görmesi nedeniyle aynı gün hacizlerin işlendiğinin anlaşılmasının karşısında, sanık ile diğer sanık arasındaki borç ilişkisinin neden kaynaklandığı ve borç ilişkisinin hayali borç ikrarı niteliğinde olup olmadığı tartışılmalıdır”¹⁰² denilmektedir. Böylece; sanığın birinci derece bir akrabasının kendisine karşı takip yapması, sanığın da yapılan takipteki borcu kabul etmesi ve sürelerden de feragat ederek kararı kesinleştirip kendi mallarına haciz konulmasını sağladığı, haciz müzekkerelerinin elden takipli olarak aynı gün işleme konulması karşısında; sanıkların çok yakın akraba olmaları, hemen borcu kabul etmesi, süreden feragat etmesi, elden takiple haczi aynı gün işlettirmelerinin asıl olmayan bir borcun ikrar edilmesi olarak kabul edilerek mevcut eksiltme suçunun oluştuğunu ifade edebiliriz.

Yargıtay’ın başka bir kararında; “....Müştekinin alacağını tahsil için başlattığı icra takibi nedeniyle çıkarılan ödeme emrinin 24/8/2009 tarihinde tebliğinden kısa bir süre sonra 3/9/2009 tarihinde sanık M.S.A.’nin, kayınbiraderi diğer sanık N.Y. ile aralarında düzenledikleri bonoya dayanarak icra takibi başlattırıp, aynı gün birlikte icra dairesine giderek ödeme emrini tebellüğünü müteakip süreden de feragat ederek haczi kesinleştirdiği ve maaşına haciz tatbik edilmesine muvafakat etmek suretiyle asıl olmayan borç ikrar ederek alacaklılarını zarara soktuğunun iddia edilmesi nedeniyle, savunmaları doğrultusunda sanık N.Y.’nin hangi taşınmazlarını kime ve ne kadarlık bir fiyatla satarak sanık M.S.A.’ya borç para verdiği, satış tarihi ile satışa ilişkin kayıtların tapudan getirtilerek dosyaya konulması, borç alınmışsa bu para ile hangi borçların ödendiği hususları araştırılıp sonucuna göre sanıkların hukuki durumunun takdiri yerine eksik inceleme ile beraatlarına karar verilmesi isabetsizdir”¹⁰³ denilmektedir. Böylece, sanığın kayınbiraderi olan diğer sanıkla birlikte icra dairesinden aynı gün hem ödeme emrini tebliğ alıp, hem borcu kabul edip, hem itiraz etmeyerek kesinleştirip, diğer alacaklıların başlatmış olduğu takibin önüne geçerek alacaklılarının alacağına kavuşmasına engel olması eyleminin borcun doğumu, sanıkların akrabalık dereceleri, aynı gün tebliğin alınması, itiraz edilmeyerek ve hatta feragat edilmesinin alacaklılarını zarara sokma kastıyla yapıp yapılmadığı değerlendirilmelidir.

¹⁰² Yargıtay 16. H.D., 26/12/2011, 2011/7230 E., 2011/9947 K., (Nakleden, Kürtül, s. 56-57).

¹⁰³ Yargıtay 16. H.D., 26/12/2011, 2011/7230 E., 2011/9947 K., (Nakleden, Kürtül, s.84).

Yukarıda açıklanan durumlar, normal bir icra prosedürü olmayıp, tebliğin elden alınması ve itiraz edilmeyerek feragat edilmesi ve bu eylemlerin borçluya karşı başkaca normal seyrinde yürüyen bir icra işleminden hemen sonra kayınbiraderi ile bonoya dayalı bir borç nedeniyle yapılması, kanundaki diğer unsurlarla birlikte değerlendirilmek kaydıyla suçun oluşumu için yapıldığına yönelik olduğunu düşündürmektedir. Olayımızda bu durumda yapılan işlemler alacaklısını zarara sokma kastıyla yapılmış olduğunu ifade edebiliriz.

Ancak; normal bir icra prosedürünün uygulanmaması, tebliğin bizzat elden aynı gün alınması, tek başına suçun oluştuğu anlamına gelmez. Sadece, bu işlemlerin yapılmış olması, suçun oluştuğu anlamına gelmemekle birlikte; suça ilişkin olarak karine teşkil etmektedir. Mevcut eksiltme suçunun oluştuğunu kabul etmemiz için; karine olan işlemin muvazaalı olarak yapıldığının, dosyada bulunan diğer olay ve delillerle ispat edilmesi gerekir. Bu nedenle; her somut olayın içinde bulunan durum ve karineler, delillerle ilişkilendirilmek suretiyle, o somut olay açısından değerlendirilmelidir.

b. Borçlunun Mevcudunu Azaltması Olarak Sayılan Eylemlerini Belli Bir Zaman Diliminde Gerçekleştirmiş Olması

İİK'nın 331. maddesinde düzenlenen mevcut eksiltme suçunun oluşabilmesi için, borçlunun maddede sayılan eylemlerden birini belirli bir zaman diliminde yapmış olması gerekir. Kanunda sayılan bu zaman dilimleri; haciz yoluyla takip talebinden sonraki zamanda, haciz yoluyla takip talebinden önceki iki yıl içinde, iflâs takibinden önceki zamanda, doğrudan doğruya iflâs hallerinde iflâs talebinden önceki zamanda, konkordato mühletinden önceki iki yıl içinde, iflâsın ertelenmesi talebinden önceki iki yıl içinde, konkordato mühletinden sonraki zamanda ve iflâsın ertelenmesinden sonraki zamandadır.

aa. Haciz yoluyla takip talebinden sonraki zamanda

Mevcut eksiltme suçunun oluşabilmesi için, borçlunun yukarıda sayılan eylemleri haciz yoluyla takip talebinden sonraki bir zamanda yapmış olması gerekmektedir. Takip talebi, alacaklının borçludan olan alacağını, kamu gücü yardımıyla almak için icra dairesinden kanunda belirtilen şartlar çerçevesinde yapmış olduğu başvuru şeklinde tanımlanabilmektedir. Bir takip talebinin nasıl ve ne şekilde olacağı, İİK'nın 58.

maddesinde belirtilmiştir. Buna göre; “*takip talebi, icra dairesine yazılı veya sözlü olarak ya da elektronik ortamda yapılır*” denilmek suretiyle ifade edilmiştir. Alacaklı borçludan olan alacağını hukuken icra dairesine takip talebi vasıtasıyla yapar. Burada yapılacak olan takip yolunun bir önemi olmayıp, tüm takip yolları bir takip talebiyle başlamaktadır¹⁰⁴. Takip talebinde bulunulmasıyla birlikte İİK’nın 60. maddesine göre, icra müdürü takip talebinin kanunda öngörülen şartları içerdiğine karar verirse ödeme emri düzenler. İcra müdürü tarafından düzenlenen bu ödeme emri, borçluya İİK’nın 60. maddesine göre takip talebinden itibaren en geç üç gün içinde tebliğe gönderilir.

Takip talebinde bulunmanın icra hukuku ve maddi hukuk bakımından bazı sonuçları bulunmaktadır. Bu sonuçların birkaçından bahsedelim:

- Takip talebinde bulunmakla birlikte, işlemekte olan zamanaşımı süreleri kesilir. Bu durum 11/1/2011 tarihli ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun 154. maddesinde alacaklının icra takibinde bulunmasıyla zamanaşımının kesileceği belirtilmektedir. Maddede geçen icra takibinde bulunma ibaresi, alacaklının borçlu aleyhine icra takibi yapması demek olup; icra takibi de ancak takip talebiyle yapılmaktadır. Bu nedenle, kanunda geçen icra takibinde bulunma ibaresinden takip talebinde bulunma kastedilmektedir.
- Takip talebinde bulunmakla birlikte, borçlu daha önceden temerrüde düşürülmemişse, temerrüde düşme noktasında Yargıtay takip tarihini esas alarak borçlunun artık temerrüde düştüğünü kabul etmektedir¹⁰⁵. Bununla birlikte doktrinde borçlunun ödeme emrinin tebliği ile temerrüde düşmüş sayılmasının gerektiği de ifade edilmektedir¹⁰⁶.

Kanaatimizce, borçlunun borcunu o ana kadar ödemeyerek alacaklının kendisi aleyhine takip talebinde bulunmasıyla birlikte temerrüde düştüğünün kabulü daha uygundur. Bu nedenle, her ne kadar borçlu, kendisine ödeme emri tebliğ edilene kadar takipten haberi yok denilse bile alacaklıya olan borcun ödenmemiş olması nedeniyle temerrüde düşme tarihinin takip tarihi olarak kabul eden Yargıtay uygulamasının yerinde olduğu kanaatini paylaşmaktayız.

¹⁰⁴ Pekcanitez/ Atalay/ Özekes, s. 173.

¹⁰⁵ Yargıtay 13. H.D., 20/4/1987, 1987/2054 E., 1987/2376 K.,(YKD., Cilt:14, Sayı:3 Mart 1988, s.380).

¹⁰⁶ Pekcanitez/ Atalay/ Özekes, s. 177.

- Takip talebinde bulunmakla birlikte, takip hukukuna bağlı kanunda belirtilen bazı sonuçlar da ortaya çıkmaktadır. Örneğin, İİK'nın 100. maddesine gereğince hacze iştirakte takip talebi esas alınır veya İİK'nın 72. maddesinin 3. fıkrası gereğince kural olarak, takip talebinden sonra açılan menfi tespit davası, yürümekte olan takibi durdurmaz¹⁰⁷.
- Takip talebinde bulunmakla birlikte, yürüyen bir takip talebi olduğu için takip artık derdest hale gelecektir. Bunun sonucu olarak alacaklı, aynı alacak için aynı borçluya karşı kural olarak ikinci bir takip yapıp ödeme emri gönderemeyecektir¹⁰⁸.

bb. Haciz yoluyla takip talebinden önceki iki yıl içinde

Borçlu, mevcut eksiltme suçu açısından, mevcudunu azaltma olarak kabul edilen fiilleri, alacaklısının kendisi hakkında haciz yoluyla takip yapmasından önce de gerçekleştirmiş olabilir. Söz gelimi, borçlunun kendisinden alacağını isteyen alacaklının, alacağının ödenmemesi halinde takip yapacağını söylemesi üzerine, henüz takip yapılmadan önce mevcudunu azaltma olarak sayılan fiilleri yapması mümkündür.

Burada, borçlunun mevcudunu azaltma sayılan fiilleri haciz yoluyla takip talebinden önceki iki yıl içinde yapmış olması gerekmektedir. Takip talebinin İİK'nın 58. maddesi gereğince icra dairesine yapılacağı, bu talebin yazılı veya sözlü olarak ya da elektronik ortamda da yapılabileceği açıkça belirtilmektedir. Bu durumda takibin ne zaman yapıldığı, diğer bir ifadeyle takibin ne zaman başladığı önem arz etmektedir. Çünkü mevcut eksiltme suçu için borçlunun eylemini takip talebinden önceki iki yıl içinde yapmış olması gerekmektedir. İki yıldan daha önceki bir zaman diliminde yapılmış olan eylem kanunda sayılan diğer tüm şartları taşıyor olsa bile suç teşkil etmeyecektir. Bu yönüyle takibin başlangıç tarihi önemlidir.

Takibin ne zaman başladığı ise yine İİK'nın 58. maddesinden çıkarmaktayız. Buna göre takip, alacaklı tarafından icra dairesine yazılı veya sözlü olarak ya da elektronik ortamda yapacağı başvuru ile başlar. Alacaklının icra dairesine takip talebi için başvuruda bulunduğu gün, takip talebinin başladığı gün olarak kabul edilir. Nitekim

¹⁰⁷ Pekcanitez/ Atalay/ Özekes, s. 177.

¹⁰⁸ Pekcanitez/ Atalay/ Özekes, s. 177.

İİK'nın 58. maddesinin son fıkrasında “*Alacaklıya takip talebinde bulunduğu ve verdiği belgelere, talep ve takip masraflarına dair bedava ve pulsuz bir makbuz verilir*” denilerek alacaklı tarafından takip talebine başlanıldığını ifade eden bir makbuz verilmesi gerektiği ifade edilmektedir.

Takip talebinin ne zaman başladığını tespit ettikten sonra, bu tarihten itibaren iki yıl geriye gitmek suretiyle borçlu tarafından yapılan eylemin bu tarihten önce veya sonra yapılıp yapılmadığına göre bir karar vermek gerekecektir.

Eğer ki borçlunun eylemi, takip talebinden önceki iki yıl içinde yapılmış ise; diğer şartların da varlığı halinde mevcut eksiltme suçu oluşacaktır. Ancak, borçlunun eylemi, takip talebinden önceki iki yıldan daha eski bir tarihte yapılmış ise; mevcut eksiltme suçu oluşmayacaktır.

Kanaatimizce, borçlunun mevcudunu azaltma sayılan fiilleri ne zaman yaptığı tespit edilemiyorsa; söz gelimi borçlu, alacaklısını zarara sokma kastıyla aracının motorunu sökmüş ve bu sökme işi takip talebinden önceki iki yıl içinde yapılıp yapılmadığı tespit edilemiyorsa, “şüpheden sanık yararlanır” ilkesi gereğince, fiilin takip talebinden önceki iki yıl içinde yapılmadığının kabul edilmesi gerekmektedir.

cc. İflâs takibinden önceki zamanda

Mevcut eksiltme suçu açısından iflâsa tabi olan bir borçlu, mevcudunu azaltma olarak kabul edilen fiilleri kendisi hakkında iflâs yoluyla takip yapılmasından önce de gerçekleştirmiş olabilir. Söz gelimi, iflâsa tabi olan borçludan alacağını isteyen alacaklının, alacağının ödenmemesi halinde iflâs takibi yapacağını söylemesi üzerine borçlu, henüz iflâs takibi yapılmadan önce mevcudunu azaltma sayılan fiilleri yapmış olabilir.

Burada, borçlunun yukarıda sayılan eylemleri iflâs takibinden önceki bir zamanda yapmış olması gerekmektedir. Burada iflâs takibinin ne olduğuna kısaca değinelim:

İflâs takibi, diğer adıyla genel iflâs yoluyla takip; alacaklının, alacağına kavuşmak için borçlu aleyhine yapmış olduğu takibin “iflâs talepli” olmasıdır. Alacaklı tarafından borçluya karşı diğer takip yollarının yanında iflâs yoluyla takip de yapılabilir. İflâs

yoluyla takip yapılabilmesi için öncelikle alacaklı İİK'nın 58. maddesine göre hazırladığı takip talebine, iflâs takip talebini seçtiğini açıkça yazmak zorundadır.

İflâs takibinin şartlarına baktığımızda ise; alacaklının iflâsa tabi olan borçlusundan muaccel bir alacağının olması ve bu alacak miktarının borçlu tarafından ödenmemiş olması gerekmektedir. Bunun dışında başkaca bir sebep veya şarta gerek bulunmamaktadır¹⁰⁹. İflâs takibi, yukarıda belirtildiği üzere, sadece iflâsa tabi olan kişilere karşı uygulanan bir takip yoludur. Yani, alacaklı bir borçlusu hakkında iflâs takibinde bulunmak istiyorsa, öncelikle borçlusunun iflâsa tabi kişilerden olması gerekmektedir. Çalışmamızın bu kısmında kimlerin ve hangi şartlarda iflâsa tabi olduklarını inceleyelim.

Türk Ticaret Kanunu'na göre öncelikle tacirler iflâsa tabidirler. Bu hüküm Türk Ticaret Kanunu'nun 18. maddesinde; *“Tacir, her türlü borcu için iflâsa tabidir”* denilmek suretiyle açıkça ifade edilmiştir. TTK'nun 12. maddesinde ise, *“Bir ticari işletmeyi, kısmen de olsa, kendi adına işleten kişiye tacir denir”* denilmek suretiyle tacirin kim olduğu belirtilmektedir. Burada önemli olan husus, bu kişinin TTK çerçevesinde tacir sayılmasıdır. Bu nedenle, bir ticari işletmeyi kısmen de olsa kendi adına işleten gerçek kişi, tacir olmasa bile, tacir sayılır.

Mevcut eksiltme suçu açısından gerçek kişinin, ticari işletmeyi, kısmen de olsa, kendi adına işletmesi yeterli olup, TTK'nun 12. maddesinin 2. fıkrasında belirtilen işlemleri icra etmesi gerekmeyecektir¹¹⁰.

Ayrıca, TTK'nun 12. maddesinin 3. fıkrası gereğince, bir ticari işletme açmış gibi, ister kendi adına, ister adi bir şirket veya her ne suretle olursa olsun hukuken var sayılmayan diğer bir şirket adına ortak sıfatıyla işlemlerde bulunan kimse, iyi niyetli üçüncü kişilere karşı tacir gibi sorumlu olacağı açıkça belirtildiğinden, bu kişilerin de iflâsı istenebilecektir¹¹¹.

Yine, İİK'nın 44. maddesinin 2. fıkrası gereğince ticareti terk ederek tacir sıfatı kalkan kişinin, ticareti terk ettiğini ilan etmesinden itibaren bir yıl daha iflâs yoluyla takip yapılabileceği, böylece bir yıl daha iflâsa tabi oldukları açıktır.

¹⁰⁹ Pekcanitez/ Atalay/ Özekes, s. 614.

¹¹⁰ Çolak, s. 165.

¹¹¹ Pekcanitez/ Atalay/ Özekes, s. 602.

Yine, TTK'nun 238. ve 240. maddeleri gereğince de, alacaklı diğer şartların da varlığı halinde şirketle birlikte kolektif şirketlerin ortaklarının da iflâslarına karar verilmesini mahkemeden isteyebilir. Ayrıca Bankacılık Kanunu'nun 110. maddesine göre iflâsa tabi olmamalarına rağmen bankanın yöneticilerinin ve denetçilerinin de maddede sayılan diğer şartların da varlığı halinde iflâsları istenebileceği açıktır¹¹².

dd. Doğrudan doğruya iflâs hallerinde iflâs talebinden önceki zamanda

Burada, borçlunun yukarıda sayılan eylemleri doğrudan doğruya iflâs hallerinde iflâs talebinden önceki bir zamanda yapmış olması gerekmektedir. Burada doğrudan doğruya iflâs ile doğrudan doğruya iflâs sebeplerinin neler olduğunun ortaya konulması gerekmektedir.

Doğrudan doğruya iflâs, iflâsa tabi olan borçluya karşı herhangi bir takip yapmaksızın, kanunda belirtilen bazı şartların bulunması halinde alacaklının doğrudan ticaret mahkemesine başvurup borçlunun iflâsını isteyebileceği iflâs türü olarak tanımlanabilir¹¹³. Doğrudan doğruya iflâs yoluna başvurabilmek için, kanunda belirtilen bazı şartların olması gerekir. Bu şartlar mevcut değilse, doğrudan doğruya iflâs prosedürü başlatılamayacaktır.

Doğrudan doğruya iflâs yoluna sadece alacaklı değil, borçlu da ticaret mahkemesinden kendisinin iflâsını istemek suretiyle başvurabilir¹¹⁴. Hatta bazı hallerde borçlu, mahkemeye başvurup kendisinin iflâsını istemeye mecburdur¹¹⁵.

Doğrudan doğruya iflâs yoluna başvurmak için aranan şartlar İİK'nın 177. maddesinde sayılmıştır. Bu durumlar;

- Borçlunun yerleşim yerinin belli olmaması,
- Borçlunun taahhütlerinden kurtulmak amacıyla kaçması,

¹¹² Pekcanitez/ Atalay/ Özekes, s. 603.

¹¹³ Pekcanitez/ Atalay/ Özekes, s. 630.

¹¹⁴ Pekcanitez/ Atalay/ Özekes, s. 630.

¹¹⁵ Pekcanitez/ Atalay/ Özekes, s. 630. Borçlunun kendi iflâsını istemesi gereken durum, İİK'nın 178/3. fıkrasında belirtilmiştir. Fıkarda "*İflâsa tabi bir borçlu aleyhine alacaklılardan birinin haciz yolu ile takibi neticesinde yapılan haciz borçlunun yarı mevcudunun elinden çıkmasına sebep olup da kalanı muaccel ve vadesi bir sene içinde hülül edecek diğer borçlarını ödemeye yetişmiyorsa borçlu derhal aczini bildirerek iflâsını istemeye mecburdur*" denilerek borçlunun kendi iflâsını isteme zorunda olduğu ifade edilmektedir.

- Borçlunun alacaklıların haklarını ihlal eden hileli muamelelerde bulunması ya da bunlara teşebbüs etmesi,
- Borçlunun haciz yoluyla yapılan takip sırasında mallarını saklaması,
- Borçlunun ödemelerini tatil etmiş olması,
- Konkordatonun tasdik edilmemiş olması veya konkordato mühletinin kaldırılması veya konkordatonun tamamen feshedilmesi,
- İlama dayanan alacağın icra emriyle istenildiği halde ödenmemiş olmasıdır.

Bu sayılan haller mevcut ise, alacaklı borçlu aleyhine doğrudan doğruya iflâs yoluna başvurabilme hakkına sahiptir.

ee. Konkordato mühletinden önceki iki yıl içinde

Bazı durumlarda borçlu, borçlarını ödemek istemekte ve kötü niyetli olmamasına rağmen, tüm borçlarını ödemesi, enflasyon, devalüasyon, piyasa şartları gibi nedenlerle mümkün olmayabilir. Borçludan alacağı olan alacaklıların vadesinde alacaklarını istemesi durumunda, borçlunun ekonomik geleceği tehlike altına girebilir ve alacaklıların tamamının veya bir kısmının alacaklarına kavuşmaları imkansız hale gelebilir. Bu durumda, borçlu alacaklılarıyla mahkeme denetiminde anlaşarak borç miktarının belirli bir oranını ödemekle veya borçların vadesinin yeniden düzenlenerek tamamının ödenmesiyle borcundan kurtulmasına imkan tanıyan kanuni bir yol bulunmaktadır ki bu yola konkordato denilmektedir¹¹⁶.

Konkordato, borçlunun iflâsını önlemek ve borçlunun muhtemel takiplerden de kurtulmasını sağlamayı amaçlayan bir müessese olarak karşımıza çıkmaktadır¹¹⁷. Bu yönüyle konkordatoyu, borcunu ödemek isteyen iyi niyetli borçlunun borcunu ödemesine imkan tanıyan ve alacaklıların alacaklarını - borçlunun iflâs ederek alacaklarını alamamalarını engelleyen- almalarına imkan sağlayan bir müessese olarak ifade edebiliriz.

¹¹⁶ Pekcanitez/ Atalay/ Özekes, s. 757-758.

¹¹⁷ Karslı, Abdurrahim, İcra ve İflâs Hukuku, Yenilenmiş ve Gözden Geçirilmiş 3. Baskı, Alternatif Yayınevi, İstanbul, 2014, s. 533; Pekcanitez/ Atalay/ Özekes, s. 758.

Konkordato müessesesinden yararlanmak isteyen borçlunun, mahkemeden konkordato mühleti alması gerekmektedir. Konkordato mühleti; borçlu tarafından hazırlanan konkordato önerisinin alacaklılar tarafından incelenmesi ve borçlunun konkordatoyu hazırlayabilmesi için mahkeme tarafından verilen süre olarak ifade edilmektedir¹¹⁸. Bu süre içerisinde, borçluya karşı takip yapılamayacağı için, borçlunun durumunun daha da kötüye gitmesi engellenerek borçlunun rahat bir ortamda alacaklıları ile konkordato yapılması amaçlanmaktadır¹¹⁹.

Borçlu, faaliyetlerinde bulunurken bazen ekonomik sıkıntıya girebilir. Borçlunun girmiş olduğu bu ekonomik sıkıntı, alacaklıları tarafından kendisine karşı takip yapılmaması halinde borçlu tarafından atlatılabilecek bir durum olabilir. İşte bu nedenle, işlerinde doğru çalışan ve gereken dikkat ve özeni gösteren mali durumu bozulan ancak, kendisine karşı takip yapılmadığı takdirde, mali durumun daha kötüye gitmesini engelleyebilecek olan borçluya işlerini toparlayabilmesi için verilen bu zaman dilimi konkordato mühleti olarak ifade edilmektedir¹²⁰.

Konkordato mühleti, kanunda belirtilen şartlar dâhilinde borçlu tarafından icra mahkemesine başvuruda bulunması üzerine, icra mahkemesince verilir¹²¹. Konkordato mühleti, mahkeme tarafından mülhet kararı verildiği andan itibaren işlemeye başlar ve hüküm ve sonuç doğurur¹²².

Konkordato mülhetinin verilmesinin sonuçları İİK'nın 289 - 290. maddelerinde düzenlenmiştir. Buna göre;

Konkordato mülheti içinde borçlu aleyhine 6183 sayılı kanuna göre yapılan takipler de dahil olmak üzere hiçbir takip yapılamaz ve evvelce başlamış takipler durur, ihtiyatî haciz kararları uygulanmaz, bir takip muamelesi ile kesilebilen zamanaşımı ve hak düşüren müddetler işlemez.

¹¹⁸ Yılmaz, Hukuk Sözlüğü, s.392 – 393.

¹¹⁹ Pekcanitez/ Atalay/ Özekes, s. 766- 767.

¹²⁰ Pekcanitez/ Atalay/ Özekes, s. 766.

¹²¹ İcra mahkemesi burada, borçlunun durumunu, malvarlığı ve gelirlerini, taahhütlerini yerine getirmesine engel olan sebepleri ve konkordatonun başarı ihtimali ve projenin alacaklıları zarara sokmak kastından arı olup olmasına göre bir karar verecektir.(İİK. 286/1).

¹²² Pekcanitez/ Atalay/ Özekes, s. 768.

Konkordato mühleti sırasında taşınır veya taşınmaz rehniyle temin edilmiş alacaklar nedeniyle rehnin paraya çevrilmesi yoluyla başlamış olan takiplerde muhafaza tedbirleri alınamaz ve rehinli malın satışı gerçekleştirilemez.

Konkordato aksine hüküm içermediği takdirde mühlet, rehinle temin edilmemiş her türlü alacağa faiz işlemesini durdurur.

Borçlu, konkordato komiserinin nezareti altında işlerine devam edebilir. şu kadar ki, icra mahkemesi bazı işlemlerin geçerli olarak ancak komiserin katılımı ile yapılmasına veya borçlunun yerine komiserin işletmenin faaliyetini devam ettirmesine karar verebilir.

Borçlu, icra mahkemesinin izni dışında mühlet kararından itibaren rehin tesis edemez, kefil olamaz, taşınmaz ve işletmenin devamlı tesisatını kısmen dahi olsa devredemez ve takyit edemez ve ivazsız tasarruflarda bulunamaz. Aksi hlde yapılan işlemler hükümsüzdür.

Borçlu bu hükme yahut komiserin ihtarlarına aykırı davranırsa veya iyi niyetinden şüpheyi haklı gösterir bir harekette bulunursa icra mahkemesi komiserin raporu üzerine, mümkün ise borçluyu ve gerektiğinde alacaklıları dinledikten sonra borçlunun malları üzerindeki tasarruf yetkisini veya mühleti kaldıracabilir.

Bu yönüyle konkordato, borcunu ödemek isteyen iyi niyetli borçluya, durumun düzeltmesi ve borçlarını ödeyebilmesi için kanunen verilmiş bir imkan olarak karşımıza çıkmaktadır. Borçlu kendisine verilen bu süre (konkordato mühleti) içinde, iyi niyetli olarak işlemlerine devam etmelidir.

Kanaatimizce, borçlunun kendisine verilen süre içinde hukuki korumalardan faydalanarak borcunu ödemek yerine alacaklısını zarara sokma kastıyla mevcudunu eksiltmesi, kanun koyucu tarafından suç olarak kabul edilmiştir. Borçluya iyi niyeti düşünülerek verilen sürenin, alacaklısını zarara sokma kastıyla mevcudunu eksiltme işleminde kullanmasının suç olarak kabul edilmesi yerinde bir düzenlemedir. Hatta borçlunun konkordato mühleti almadan önce de alacaklısını zarara sokma kastıyla mevcudunu eksiltme işleminde bulunması mümkün olduğu için, borçlunun konkordato mühletinden önceki fiillerinin de suç sayılması, konkordato mühletinin hukuki

korumalarından yararlanmak isteyen kötü niyetli olan borçlunun cezalandırılmasını amaçlamaktadır. Bu nedenle, borçlunun konkordato mühletinden önceki iki yıl içindeki fiillerinin de suç olarak kabul edilmesinin yerinde olduğunu düşünmekteyiz.

Mevcut eksiltme suçu açısından, borçlunun eylemini, icra mahkemesi tarafından konkordato mühleti kararı verilmesinden önceki iki yıl içinde işlemiş olması gerekmektedir. Aksi takdirde mevcut eksiltme suçu oluşmayacaktır.

ff. İflâsın ertelenmesi talebinden önceki iki yıl içinde

Borçlunun, bazı durumlarda borcunu ödemeye yetecek malvarlığı bulunsa dahi, nakit sıkıntısı nedeniyle iflâsına karar verilebilmesi mümkündür¹²³. Borçlunun iflâsına karar vermek yerine, borçluya borcunu ödemesi amacıyla verilen diğer bir imkan ise iflâsın ertelenmesidir.

İflâsın ertelenmesi; borca batık olan bir sermaye şirketinin, kanunda belirtilen şartların varlığı halinde ticaret mahkemesince iflâs kararı verilmeyerek, iflâsın önlenmesi amacıyla yönelik bir kurum olarak nitelendirilmektedir¹²⁴. Gerçekten de iflâsın ertelenmesi, borcu itibarıyla iflâs etmesi gereken bir sermaye şirketinin, kendisine karşı takip ve borç baskısı altında olmadan iyileştirme projesi kapsamında faaliyetlerini rahatça yürütüp borca batık olma durumundan kurtulmasına hizmet eden bir kurumdur. Nitekim Yargıtay da bir kararında “ ... esasen iflâsın ertelenmesinin şirketler hukukuna özgü geçici bir koruma olduğunu...”¹²⁵ belirtmektedir. Bu nedenle, iflâsın ertelenmesi, borçlunun iflâs etmesini engelleyen bir kurum olarak karşımıza çıkmaktadır¹²⁶.

İflâsın ertelenmesi kararı verilebilmesi için aranan şartlar İİK'nın 179. maddesinde sayılmıştır. Bu şartlar;

- Başvuranın sermaye şirketleri veya kooperatif tarafından yapılmış olması,
- Borçlarının aktifinden fazla olması (borca batık olması),
- İflâsın ertelenmesi talebinin olması,

¹²³ Karşlı, İcra ve İflâs Hukuku, s. 495.

¹²⁴ Pekcanitez/ Atalay/ Özekes, s. 647.

¹²⁵ Yargıtay 12. H.D., 17/2/2006,(Nakleden, Pekcanitez/ Atalay/ Özekes, s. 647).

¹²⁶ Karşlı, İcra ve İflâs Hukuku, s. 495.

- İyileştirme projesinin hazırlanıp, mahkemeye sunulması,
- Mahkemenin projeyi ciddî ve inandırıcı bulmasıdır.

Bu şartların varlığı halinde ticaret mahkemesince iflâsın ertelenmesine karar verilecektir. İflâsın ertelenmesi kararı, mahkeme tarafından iflâsın ertelenmesine karar verildiği andan itibaren işlemeye başlar ve hüküm ve sonuç doğurur¹²⁷.

İflâsın ertelenmesi kararı verilmesinin sonuçları İİK'nın 179/b maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre;

İflâsın ertelenmesi kararı üzerine, borçlu aleyhine 6183 sayılı kanuna göre yapılan takipler de dahil olmak üzere hiçbir takip yapılamaz ve evvelce başlamış takipler durur; bir takip muamelesi ile kesilebilen zamanaşımı ve hak düşüren müddetler işlemez.

Erteleme sırasında taşınır, taşınmaz veya ticarî işletme rehniyle temin edilmiş alacaklar nedeniyle rehnin paraya çevrilmesi yoluyla başlamış olan takiplerde muhafaza tedbirleri alınmaz ve rehinli malın satışı gerçekleştirilemez.

Bu yönüyle iflâsın ertelenmesi, borcunu ödemek isteyen iyi niyetli borçluya, durumunu düzeltmesi ve borçlarını ödeyebilmesi için kanunen verilmiş bir imkan olarak karşımıza çıkmaktadır. Borçlu, iflâsın ertelenmesi kararından sonra, iyi niyetli olarak işlemlerine devam etmelidir.

Kanaatimizce, borçlunun iflâsın ertelenmesi kararıyla birlikte, hukuki korumalardan faydalanarak alacaklısını zarara sokma kastıyla mevcudunu eksiltmesi, kanun koyucu tarafından suç olarak kabul edilmiştir. Borçluya iyi niyeti düşünülerek verilen sürenin, alacaklısını zarara sokma kastıyla mevcudunu eksiltme işleminde kullanmasının suç olarak kabul edilmesi yerinde bir düzenlemedir. Hatta borçlunun iflâsın ertelenmesi kararından önce de alacaklısını zarara sokma kastıyla mevcudunu eksiltme işleminde bulunması mümkün olduğu için, borçlunun iflâsın ertelenmesi kararından önceki fiillerinin de suç sayılması, iflâsın ertelenmesi kararının hukuki korumalarından

¹²⁷ İİK' nın 179/a maddesinde “Mahkeme, iflâsın ertelenmesi isteminde bulunulması üzerine, envanter düzenlenmesi ve yönetim kurulunun yerine geçmesi ya da yönetim kurulu kararlarını onaylanması için derhal bir kayyım atar; ayrıca şirketin ve kooperatifin malvarlığının korunması için gerekli diğer önlemleri alır” denilmektedir. Böylece mahkeme, kendisinden talep edilen bir iflâsın ertelenmesi talebi karşısında daha henüz bir karar vermeden önce malvarlığının korunmasına yönelik koruyucu tedbirleri ve kayyım atama işini yapmak zorundadır.

yararlanmak isteyen kötü niyetli olan borçlunun cezalandırılmasını amaçlamaktadır. Bu nedenle, borçlunun iflâsın ertelenmesi kararından iki yıl önceki fiillerinin de suç olarak kabul edilmesinin yerinde olduğunu düşünmekteyiz.

Mevcut eksiltme suçu açısından, borçlunun eylemini, ticaret mahkemesi tarafından iflâsın ertelenmesi kararı verilmesinden önceki iki yıl içinde işlemiş olması gerekmektedir. Aksi takdirde mevcut eksiltme suçu oluşmayacaktır.

gg. Konkordato mühletinden sonraki zamanda

Konkordato mühleti ile birlikte, borçluya karşı takip yapılması İİK'nın 289. maddesi gereğince mümkün değildir. Borçlu, kendisine karşı yeni bir takip yapılamayacağı için, işlemlerini daha rahat bir ortamda yapma imkanı kazanmış olacaktır.

Burada, borçlunun yukarıda sayılan eylemleri konkordato mühletinden sonraki bir zamanda yapmış olması gerekmektedir. Konkordato mühletinin icra mahkemesi tarafından İİK'nın 286. maddesine göre verileceğine yukarıda değinmiştik. İcra mahkemesi tarafından borçluya konkordato mühleti verilmesinden sonra konkordatonun hüküm ve sonuçları meydana gelmeye başlamaktadır.

Konkordato, borcunu ödemek isteyen iyi niyetli borçluya, durumun düzeltilmesi ve borçlarını ödeyebilmesi için kanunen verilmiş bir imkan olarak karşımıza çıkmaktadır. Borçlu kendisine verilen bu süre (konkordato mühleti) içinde, iyi niyetli olarak işlemlerine devam etmelidir.

Kanaatimizce, borçlunun kendisine verilen süre içinde hukuki korumalardan faydalanarak, borcunu ödemek yerine alacaklısını zarara sokma kastıyla mevcudunu eksiltmesi, kanun koyucu tarafından suç olarak kabul edilmiştir. Borçluya iyi niyeti düşünülerek verilen sürenin, alacaklısını zarara sokma kastıyla mevcudunu eksiltme işleminde kullanmasının suç olarak kabul edilmesinin yerinde olduğunu düşünmekteyiz.

Mevcut eksiltme suçu açısından, borçlunun eylemini, icra mahkemesi tarafından konkordato mühleti kararı verilmesinden sonraki bir zaman diliminde işlemiş olması gerekmektedir. Aksi takdirde mevcut eksiltme suçu oluşmayacaktır.

hh. İflâsın ertelenmesinden sonraki zamanda

İflâsın ertelenmesi kararı ile birlikte, borçluya karşı takip yapılması İİK'nın 179/b. maddesi gereğince mümkün değildir. Borçlu, kendisine karşı yeni bir takip yapılamayacağı için, işlemlerini daha rahat bir ortamda yapma imkanı kazanmış olacaktır.

Burada, borçlunun yukarıda sayılan eylemleri iflâsın ertelenmesinden sonraki bir zamanda yapmış olması gerekmektedir. İflâsın ertelenmesi kararının ticaret mahkemesi tarafından İİK'nın 179. maddesine göre verileceğine yukarıda değinmiştik. Ticaret mahkemesi tarafından iflâsın ertelenmesi kararı verilmesinden sonra iflâsın ertelenmesinin hüküm ve sonuçları meydana gelmeye başlamaktadır.

İflâsın ertelenmesi, borcunu ödemek isteyen iyi niyetli borçluya, durumun düzeltilmesi ve borçlarını ödeyebilmesi için kanunen verilmiş bir imkan olarak karşımıza çıkmaktadır. Borçlu, iflâsın ertelenmesi kararından sonra, iyi niyetli olarak işlemlerine devam etmelidir.

Kanaatimizce, borçlunun iflâsın ertelenmesi kararıyla birlikte, hukuki korumalardan faydalanarak borcunu ödemek yerine, alacaklısını zarara sokma kastıyla mevcudunu eksiltmesi, kanun koyucu tarafından suç olarak kabul edilmiştir. Borçluya iyi niyeti düşünülerek verilen sürenin, alacaklısını zarara sokma kastıyla mevcudunu eksiltme işleminde kullanmasının suç olarak kabul edilmesinin yerinde olduğunu düşünmekteyiz.

Mevcut eksiltme suçu açısından, borçlunun eylemini, ticaret mahkemesi tarafından iflâsın ertelenmesi kararı verilmesinden sonraki bir zaman diliminde işlemiş olması gerekmektedir. Aksi takdirde mevcut eksiltme suçu oluşmayacaktır.

c. Alacaklının, Borçlu Aleyhine Aciz Belgesi Aldığını Veya Alacağını Alamadığını İspat Etmiş Olması

Mevcut eksiltme suçunun oluşabilmesi için, maddede sayılan eylemlerle birlikte alacaklının borçlu aleyhine aciz belgesi aldığını veya alacağını alamadığını ispatlamış olması gerekmektedir. Burada aciz belgesinin ne olduğuna kısaca değinmek gerekmektedir.

Aciz belgesi, icra takibi sonucunda borçlunun haczedilen mallarının satışı neticesinde alacaklının alacağına tamamen kavuşamaması halinde, alamadıkları kısım için kendilerine verilen belge olarak tanımlanmaktadır¹²⁸.

Aciz belgesi İİK'nın 143. maddesinde düzenlenmiştir¹²⁹. Aciz belgesi, haczedilen malların paraya çevrilmesi sonunda, alacağı tamamen ödenmeyen alacaklıya icra memuru tarafından verilir¹³⁰.

Aciz belgesinin İİK'ya göre iki yolla verilebilmesi mümkündür. Bunlar;

a) İcra memuru tarafından yapılan haciz sonucunda, satılan bedelin alacaklının tüm alacak miktarını karşılamaması durumunda aciz belgesi verilir. (İİK. m. 143.) Uygulamada bu belgeye kesin aciz belgesi denilmektedir. Bir aciz belgesinin kesin aciz belgesi sayılabilmesi için; İİK'nın 143. maddesine göre verilmiş olması gerekmektedir. Buna göre kesin aciz belgesi verilmesinin koşullarını şöyle sıralayabiliriz:

- Öncelikle alacaklı tarafından borçlu aleyhine bir takip yapılmış olması gerekmektedir. Bu belge sadece borçluya karşı takip yapmış olan alacaklıya verilir. Borçludan alacaklı olan ancak borçlu aleyhine takip yapmamış alacaklıya bu belgenin verilmesi mümkün değildir.
- Alacaklı tarafından yapılan takip neticesinde borçlunun mallarına haciz konulmuş ve bu mallarla ilgili olarak satış ve paraların paylaşılması safhalarının sona ermiş olmalıdır. Öncelikle satış aşamasında malların satılıp, paranın alacaklıya ödenmesi gerekir. Haciz konulan mallarla ilgili olarak daha henüz satış aşamasına gelmeden, borçlunun malların borcu ödemeye

¹²⁸ Yılmaz, Hukuk Sözlüğü, s. 105.

¹²⁹ Her ne kadar, İİK'nın 331. maddesinde “*aciz belgesi*” ibaresi bulunuyor ise de; İİK'nın 143. maddede “*aciz vesikası*” ibaresi kullanılmaktadır. Kanunun 1932 tarihli olmasından dolayı ve 143. maddenin ilk halinde de aciz vesikası denilmiş olup, maddede yapılan 1940 ve 2003 değişikliklerinde de aciz vesikası ibaresi kullanılmış, 331. madde ise 2005 yılında yapılan değişiklikle aciz vesikası yerine aciz belgesi ibaresini benimsemiş olup; bu fark sadece bir tercih olup, hukuki anlamda fark bulunmamaktadır. Bu nedenle, çalışmamızın devamında günümüz Türkçesine daha uygun olan aciz belgesi ibaresi kullanılacaktır.

¹³⁰ Sarı, s. 82–83.

yetmeyeceğine dair beyanda bulunması ve alacaklının da bu beyanı kabul etmesi halinde dahi bu belge düzenlenemez¹³¹.

- Satış aşamasına gelen mallar dışında borçlunun başkaca haczi kabil malının bulunmaması gerekmektedir. Takip dosyasında alacaklının alacağına kavuşması için borçlunun malları üzerine haciz konulup, bu malların cebri icra yoluyla satışı gerçekleştirilir. Yapılan satış neticesinde elde edilen para alacaklıya ödenir. Fakat elde edilen para alacaklının alacağının tamamını ödemeye yetmezse, icra memuru İİK'nın 139. maddesi gereğince kendiliğinden yeni hacizler yaparak haczi tamamlar. Yeniden haczedilen mallar ayrıca satış talebine hacet kalmaksızın ve mümkün olduğu kadar çabuk satılır ve alacaklıya kalan miktarı ödenir. Uygulamada bu haczin İİK'nın "*İcra dairesinin tamamlama hacizleri*" başlıklı 139. maddesi gereğince yapılmış olmasından dolayı "*tamamlama haczi*" denilmektedir. Nitekim Yargıtay kararlarında da "*tamamlama haczi*" ibaresinin kullanıldığı görülmektedir¹³². İşte, aciz belgesi düzenlenebilmesi için, borçlunun tamamlama haczinin yapılmasını gerektirecek haczi kabil malının bulunmaması gerekmektedir.
- Alacaklının alacağının tamamını alamamış olması gerekmektedir. Alacaklının yapılan satış neticesinde alacağının tamamını alamamış olması aciz belgesinin düzenlenmesi için gerekli olan son ve en önemli olan şarttır. Burada alacaklının alacağını masraf ve faizleriyle birlikte tamamını alamamış olması gerekmektedir¹³³.

b) İcra memuru tarafından yapılan haciz sırasında, borçlunun haczi kabil malı bulunmazsa, borçlunun haczi kabil herhangi bir malının bulunmadığı haciz tutanağına yazılır. İşte böyle düzenlenmiş olan haciz tutanağı aciz belgesi hükmünde sayılır (İİK.

¹³¹ Uyar, Talih, "Takip Hukukunda Borç Ödemeden Aciz Vesikası(İİK. Mad. 143.)" Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2007,sayı 70, s. 348.

¹³² "... işyerinde 4.5.2007 tarihinde haczedilen ve 16.5.2007 tarihinde tamamlama haczi ile muhafaza altına alınan bir kısım mahcuzların müvekkilinin mesleği için zaruri eşyalar olup, İİK'nın 82. maddesi uyarınca haczedilemeyeceğini ve 16.5.2007 tarihinde yapılan tamamlama haczinin İİK'nın 139. maddesine aykırı olduğunu ileri sürerek ..." Yargıtay 17. H.D., 22/4/2010, 2009/8722 E., 2010/3732 K., UYAP Portal e. t. 12/6/2014, "... sıra cetvelinin 1.sirasında kayıtlı olan SGK İl Müdürlüğü'nün tüm alacağının daha önceki sıra cetvelinden pay ayrılmak suretiyle ödendiğini, alacağının kalmadığını, buna rağmen tamamlama haczi ile satışı yapılan 5196 parsel numaralı taşınmazın satış bedelinin paylaşılması sırasında..." Yargıtay 19. H.D., 14/4/2010, 2010/2307 E., 2010/4377 K., UYAP Portal e. t. 12/6/2014,

¹³³ Uyar, s. 349.

m. 105). Bu durumda alacaklıya ayrıca bir aciz belgesi verilmez, tutulan haciz tutanağı aciz belgesi yerine geçer¹³⁴. Bu belgeye geçici aciz belgesi denilmektedir. Geçici aciz belgesi, İİK'nın 143. maddesinde belirtilen kesin aciz belgesi gibi icra memuru tarafından ayrıca düzenlenen bir belge değildir. Haciz sırasında tutulan haciz tutanağı aynı zamanda geçici aciz belgesi olarak kabul edilmektedir. Ancak, geçici aciz belgesinin, düzenlenebilmesi için borçlunun sadece haczin yapıldığı yerde değil başka yerlerde de haczi kabil mallarının bulunmaması gerekmektedir¹³⁵.

Aciz belgesinin icra memuru tarafından verileceğine yukarıda değinmiştik. Peki, İİK'nın 143. maddesine göre verilmesi gereken aciz belgesi icra memuru tarafından doğrudan mı verilmeli yoksa alacaklının bu konuda bir talebinin olması mı gereklidir? Doktrinde; aciz belgesinin şartları oluşmuş olsa dahi doğrudan değil, alacaklının bu belgenin verilmesi konusunda talebinin de şart olduğu görüşünü ifade eden yazarlar bulunmaktadır¹³⁶. Bu görüşün aksine olarak, aciz belgesinin icra müdürü tarafından şartları oluştuğu takdirde re'sen verilen bir belge olduğunu ifade eden yazarlar da bulunmaktadır¹³⁷. Kuru, icra dairesinin bu belgeyi kendiliğinden vermesi gerektiğini ifade etmektedir¹³⁸. Uyar ise, uygulamada icra memurları ancak "talep halinde" alacağını tamamen alamamış olan alacaklılara bu belgeyi vermekte olduğunu söylemektedir¹³⁹.

Kanımızca icra memurunun aciz belgesini talep halinde vermesi uygulamasının doğru olmadığını düşünmekteyiz. Çünkü bir hukuk devletinde tüm kamu görevlileri gibi icra müdürlerin de işlemlerini kanunlara uygun olarak yerine getirmeleri gerekmektedir. Bu nedenle bu hususla ilgili kanuni düzenlemeye bakmamız gereklidir. İcra memurunca aciz belgesi verilmesini düzenleyen İİK'nın 143. maddesine baktığımızda "*Alacaklı alacağının tamamını alamamış ve aciz vesikası düzenlenmesi için gerekli şartlar yerine gelmişse, icra dairesi kalan miktar için hemen bir aciz vesikası düzenleyip alacaklıya ve bir suretini de borçluya verir*" hükmü bulunmaktadır. Bu hükümde, alacaklının bir

¹³⁴ Pekcanitez/ Atalay/ Özekes, s. 395.

¹³⁵ Pekcanitez/ Atalay/ Özekes, s. 393.

¹³⁶ İnan, Yusuf Ziya, İcra Tatbikatında Suç Sayılan Fiiller ve Ceza Davaları, Yeni Savaş Matbaası, İstanbul, 1968, s. 55.

¹³⁷ Oskay, Mustafa/ Koçak, Coşkun/ Deynekli, Adnan, İcra İflâs Kanunu Şerhi, cilt:3, Turhan Kitabevi, Ankara, 2007, s. 3589 – 3590.

¹³⁸ Kuru, Baki, İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı, Türkmen Kitabevi, İkinci Tıpkı Baskı, İstanbul, 2006, s.635.

¹³⁹ Uyar, s. 345-346.

talepte bulunmasının gerektiğine dair bir düzenleme bulunmadığı gibi, “*verebilir*” yerine “*verir*” denilmekle icra memurunca verilmesine yönelik emredici bir düzenleme bulunmaktadır. Kanundaki düzenleme gereğince; icra memurunun, şartları olduğu takdirde verilmesi gereken aciz belgesini alacaklı tarafından herhangi bir talep olmaksızın düzenleyip, alacaklıya vermelidir. Aksi takdirde, gecikme nedeniyle bir zarar doğduğu takdirde icra memurunun bu eyleminden dolayı, İİK’nın 5. maddesi gereğince devletin sorumluluğunun doğacağını düşünmekteyiz.

Mevcut eksiltme suçunun oluşabilmesi için, maddede sayılan eylemlerle birlikte alacaklının borçlu aleyhine aciz belgesi almamış dahi olsa, alacağını alamadığını ispatlamış olması gerekmektedir. Burada alacaklının alacağının tamamını alamamış olması gerekmektedir. Yoksa alacaklı alacağının bir kısmını almış dahi olsa; alacağının tamamını alamadığı için kanunda yazılan diğer şartların da bulunması halinde mevcut eksiltme suçu oluşacaktır¹⁴⁰. Peki, alacaklının “*alacağının tamamı*” kavramından ne anlaşılması gerekmektedir?

Alacaklının alacağının tamamı denilerek kastedilen hususun içerisine öncelikle, “asıl alacak miktarı” girmektedir. Buna göre, alacaklının borçludan alacaklı olduğu miktar alacağın tamamı kavramına dâhildir. Örneğin alacaklının borçludan 100 TL alacaklı olduğunu varsayarsak, 100 TL alacağın tamamına dâhil edilen bir bedeldir.

Ayrıca, asıl alacak için işlemiş olan “faiz” de alacağın tamamı kavramı içerisine girmektedir. Bu durum İİK’nın 58. maddesinin 3. fıkrasında takip talebinde; “*Alacağın veya istenen teminatın Türk parasıyla tutarı ve faizli alacaklarda faizin miktarı ile işlemeye başladığı gün*” gösterilmesi gerekir denilerek ifade edilmektedir. Böylece, alacaklı takip talebiyle birlikte, alacağıyla birlikte faiz de isteyebilecektir.

Burada faiz, takip talebiyle birlikte istenecek olup; faizin miktarı ile ne zamandan beri işlediğinin takip talebine açıkça yazılması gerekmektedir.

Uygulanacak olan faizin türü ise Türk Borçlar Kanunu’nun 88. maddesine göre; taraflar sözleşmeyle bir faiz oranı belirlemişlerse sözleşmedeki faiz, yani akdi faiz; sözleşmeyle bir faiz oranı belirlenmemiş ise kanuni faiz olacaktır. Nitekim bu durum Türk Borçlar Kanunu’nun 88. maddesinde; “*Faiz ödeme borcunda uygulanacak yıllık faiz oranı,*

¹⁴⁰ Belgesay, Mustafa Reşit, İcra ve İflâs Kanunu Şerhi, 2.cilt, M. Sıralar Matbaası, İstanbul, 1955, s.538.

sözleşmede kararlaştırılmamışsa faiz borcunun doğduğu tarihte yürürlükte olan mevzuat hükümlerine göre belirlenir” denilmek suretiyle açıkça ifade edilmiştir.

Ancak burada şu hususa dikkat etmek gerekir: Alacaklı, takip talebinde faiz istediğini söylemiş ve faizin türünü belirtmemiş ise, sözleşmeyle belirlenen akdi faiz olsa bile, icra memuru tarafından akdi faiz değil, kanuni faiz hesaplanacaktır¹⁴¹. Bu nedenle alacaklı, sözleşmeyle belirlemiş olan akdi faizi istiyorsa, takip talebine açıkça akdi faiz istediğini yazmalıdır.

Ayrıca, alacaklı faizin işlemeye başladığı günü de takip talebinde belirtmelidir. Alacaklı takip talebinde faiz istediğini söylemiş ve faizin işlemeye başladığı günü göstermemiş ise, icra memuru tarafından faiz “takip talebinden itibaren” geçerli olarak hesap edilecektir¹⁴². Bu nedenle alacaklı, faizin takip tarihinden daha önceki bir tarihten itibaren işlemesini istiyorsa (söz gelimi borçlunun temerrüt tarihinden itibaren) takip talebinde bu hususu açıkça belirtmelidir.

Yine, alacaklının borçlu aleyhine yapmış olduğu “takip masrafları” da alacağın tamamı kavramı içerisine girmektedir. Çünkü İİK’nın 59. maddesinde, “*takip masrafları, borçluya aittir.*” hükmü bulunmaktadır. Genel bir düzenlemede İİK’nın 15. maddesinde bulunmaktadır. Buna göre; “*Kanunda hilaflı yazılı değilse, bütün harç ve masraflar borçluya ait olup neticede ayrıca hüküm ve takibe hacet kalmaksızın tahsil olunur.*” Alacaklı, yapılmasını talep ettiği muamelenin masrafını ileride borçludan almak kaydıyla avans olarak peşinen öder. Örneğin; alacaklının takip boyunca, 20 TL masraf yaptığını ve harç miktarı olarak da peşinen borçlu namına 5 TL ödediğini düşünürsek; 100 TL alacak miktarına ilave olarak 25 TL (20+5) daha eklenerek alacak miktarı 125 TL olmaktadır.

Ayrıca, alacaklı takip talebini bir avukat aracılığıyla yerine getirmiş ise; bu durumda vekâlet ücreti de takip masraflarına dâhil edilecektir. Çünkü İİK’nın 138. maddesinin 3. fıkrasına göre vekâlet ücretinin de takip masraflarına dâhil olduğu açıktır. Ancak, burada dikkat edilmesi gereken husus, vekâlet ücretinin miktarı, alacaklı ile borçlu arasında yapılmış sözleşmeye bakılmaksızın, icra memuru tarafından avukatlık ücret tarifesine göre hesaplanan miktardır. Örneğin, 100 TL alacak miktarı, 25 TL takip

¹⁴¹ Pekcanitez/ Atalay/ Özekes, s. 175.

¹⁴² Pekcanitez/ Atalay/ Özekes, s. 175.

masrafı yaptığı takipte alacaklının bu takibi avukat vasıtasıyla yaptığını düşündüğümüzde; İİK'nın 138/3 gereğince icra memuru tarafından avukatlık ücret tarifesine göre hesaplanan 10 TL vekâlet ücreti de takip masrafına dâhil olduğunu düşünürsek, "alacağın tamamı" 100+25+10 olmak üzere toplam 135 TL olacaktır.

Yukarıda açıklandığı üzere; takip sonunda alacaklının asıl alacağı ve faiz alacağıyla birlikte yapmış olduğu takip masraflarını da dâhil edilmiş olan alacağının tamamını alamamış olması durumunda mevcut eksiltme suçunun oluşacağını ifade edebiliriz.

Mevcut eksiltme suçunun oluşabilmesi için alacaklının borçlu aleyhine aciz belgesi alması gerektiğini ya da alacağını alamadığını ispat etmesi gerektiğine yukarıda değinmiştik. Burada alacaklı açısından seçimlik bir durum söz konusudur. Alacaklı, ya borçlu aleyhine aciz belgesi almış olmalı ya da alacağını alamadığını ispat etmelidir. Kanun metninde de aleyhine aciz belgesi aldığını veya alacaklı alacağını alamadığını ispat ettiği takdirde, denilmektedir.

Konuyla ilgili olarak Yargıtay, bir kararında kanun maddesine uygun olarak "*...Atılı suçun oluşumu için aciz belgesinin alınması zorunlu olmayıp, alacaklının alacağını alamadığını ispatlaması halinde de suçun oluşması mümkündür....*"¹⁴³ demiş olup, diğer bir kararında; "*...Sanıklara isnat edilen suçun oluşabilmesi için aciz belgesi alınması zorunlu değilse de, aciz belgesinin alınmadığı hallerde alacaklı tarafına alacağını alamadığını ispatlaması gerekir....*"¹⁴⁴ şeklinde karar vermiştir. Bir başka karara göre de, "*... sanığa isnat edilen suçun oluşması için aciz belgesinin alınması şart olmayıp, alacaklının alacağını alamadığını ispatlaması halinde de suçun oluşabileceği gözetilmeden borçlu aleyhine aciz vesikası düzenlenmediği gerekçesiyle beraatine karar verilmesini...*"¹⁴⁵ bozma gerekçesi sayarak, alacaklının borçlu aleyhine aciz belgesi alması veya alacağını alamadığını ispat etmesi arasında seçimlik bir durumun varlığını teyit etmektedir.

Mevcut eksiltme suçu için alacaklı, alacağını alamadığını nasıl ispat edecektir? Bunun için alacaklı borçlu aleyhine takip yapıp, borçlunun haczi kabil malının bulunmadığının icra memuru tarafından tutanakla tespit edilmesi bir yol olarak karşımıza çıkmaktadır.

¹⁴³ Yargıtay 16. H.D., 28/5/2012, 2012/1698 E., 2012/4630 K., UYAP Portal e. t. 17/2/2014.

¹⁴⁴ Yargıtay 16.H.D., 27/12/2010, 2010/5498 E., 2010/7825 K., UYAP Portal e. t. 17/2/2014.

¹⁴⁵ Yargıtay 16.H.D., 13/4/2009, 2009/1192 E., 2009/2562 K., UYAP Portal e. t. 17/2/2014.

Çünkü bu durumda borçlunun başkaca mal varlığı da bulunmadığı için alacaklının alacağına almasına imkân yoktur. Borçlunun malvarlığının bulunmaması, gerçekten de kendisine ait malvarlığının bulunmaması olabileceği gibi, kendisine ait mallarının olmasına karşılık alacaklının alacağına kavuşmasını engellemek amacıyla daha önceden başka birine devredilmiş olabilir¹⁴⁶. Bu sebeple suçun oluşumu için malvarlığının bulunmaması halinin hangi sebebe dayandığı araştırılmasının zorunlu olduğunu; bu sebep muvazaaya dayanan bir sebep ise, diğer şartların da varlığı halinde suçun oluşabileceğini ifade edebiliriz.

Alacaklının alacağını alamadığını ispat etmesinin diğer bir yolu da; borçlu aleyhine takip yapıp, borçlunun icra müdürlüğü tarafından kendisine gönderilen ve ödeme emrinde de açıkça yazan mal beyanında bulunması gerekliliğini yerine getirerek, herhangi bir haczi kabil malının bulunmadığını belirtmesi ve daha sonra yapılan inceleme ve araştırmalarda malının bulunmadığının anlaşılmasıdır. Gerçekten de borçlunun haciz, satış gibi aşamalara gelmeden daha ödeme emrinin gönderildiği aşamada da haczi kabil herhangi bir malı bulunmayabilir. Borçlunun malvarlığının bulunmaması, gerçekten de kendisine ait malvarlığının bulunmaması olabileceği gibi, kendisine ait mallarının olmasına karşılık alacaklının alacağına kavuşmasını engellemek amacıyla daha önceden başka birine devredilmiş olabilir¹⁴⁷. Bu sebeple suçun oluşumu için malvarlığının bulunmaması halinin hangi sebebe dayandığının araştırılması gerekmekte ve muvazaaya dayanan bir sebep var ise, diğer şartların da varlığı halinde borçlunun eylemi suç teşkil edecektir.

Mevcut eksiltme suçu açısından alacaklının alacağını alamadığını ispat etmesi için gereken araçlar sınırlı olmayıp; burada seçimlik bir durum söz konusudur. Yani, alacaklı alacağını alamadığını birkaç yola değil hukuken geçerli olan her türlü yolla ispat edebilir¹⁴⁸. Yeter ki alacağını alamadığını ispat edebilsin.

Burada alacaklı alacağını tam ve eksiksiz olarak alamadığını ispat etmesi gerekir. Alacaklı, alacağını alamadığını ispat etmesi için gerekli olan delillerini dilekçesinde

¹⁴⁶ Bu durum muvazaa ile yapılan bir işlem olup; muvazaa kısmında açıklandığı için burada ayrıca değinilmeyecektir.

¹⁴⁷ Bu durum muvazaa ile yapılan bir işlem olup; muvazaa kısmında açıklandığı için burada ayrıca değinilmeyecektir.

¹⁴⁸ Alasu, Yılmaz, Hukukumuzda İcra- İflâs Suçları, Adil Yayınevi, Genişletilmiş 3. Baskı, Ankara, 1998, s.847.

belirtmelidir¹⁴⁹. Bu nedenle alacaklıya alacağını alamadığını ispat külfeti yüklenmiştir. Nitekim bu durum mevcut eksiltme suçunu düzenleyen İİK'nın 331. maddesinde açıkça “... alacaklı alacağını alamadığını ispat ettiği takdirde ... borçlu cezalandırılır” denilmek suretiyle ifade edilmektedir.

Yargıtay da bir kararında “Sanığın üzerine atılı suçun oluşması için, İİK'nun 331. maddesinde düzenlendiği üzere, borçlunun alacaklısını zarara sokmak maksadıyla mallarının veya bunlardan bir kısmını mülkünden çıkararak, telef ederek veya kıymetten düşürerek hakiki surette yahut gizleyerek muvazaa yoluyla başkasının uhdesine geçirerek veya asıl olmayan borçlar ikame ederek mevcudunu suni surette eksilmesi gerekmekte olup, şikayet dilekçesinde sanığın alacaklıyı zarara sormak kastıyla işyerini devrettiği belirtilmiş olmakla birlikte, yukarıda sayılan hiçbir özelliklere dayanılmadığı gibi, satışın muvazaalı olduğu konusunda dilekçede herhangi bir delil gösterilmediğinden, şikayet dilekçesinde gösterilmeyen delillerin yargılama sırasında re'sen toplanmasına yasal dayanak da bulunmamaktadır”¹⁵⁰ demek suretiyle borçlunun eyleminin kötü niyetli olup olmadığı araştırmasının, hakim tarafından re'sen yapılamayacağını, bunun yerine alacaklının şikayet dilekçesinde dayanmış olduğu delilleri de göstermesi gerektiğini, böylece alacaklının alacağını alamadığını ispat etmesi gerektiğini belirtmiştir.

Mevcut eksiltme suçunun önemine rağmen, ispattaki güçlükler yönünden maddenin geniş bir uygulama alanının olmadığı ifade edilmektedir¹⁵¹. Üstelik mevcut eksiltme suçu, ceza hukuku anlamında bir suç olmasına rağmen, ceza hukukunda geçerli olan re'sen araştırma ilkesi bu suç için geçerli olmayıp, alacaklı ispat yükü altındadır. Re'sen araştırma ilkesi yerine alacaklının ispatının aranması, ceza hukukunun temel ilkeleri ile uyumlu olmayıp, alacaklının ispat etmesinin istenmesi ise maddenin uygulama alanını daraltmaktadır. Gerçekten de, mahkemece delillerin araştırılması yerine alacaklının ispatının aranması uygulamada suçun ispatına yönelik zorluk olarak karşımıza çıkmaktadır.

¹⁴⁹ Özkan, Hasan, İzahlı, İçtihatlı İcra İflâs Davaları ve Tatbikatı, İstanbul Üniversite Kitabevi Ercivan Matbaası, İstanbul, 1977, s. 801.

¹⁵⁰ Yargıtay 16. H.D., 29/5/2012, 2012/545 E., 2012/4707 K., UYAP Portal e. t. 17/2/2014.

¹⁵¹ Postacıoğlu, İlhan, İcra Hukuku Esasları, Fakülteler Matbaası, 4. Bası, İstanbul, 1982, s. 747.

Ayrıca, maddi gerçeğin araştırılması ilkesinin geçerli olduğu ceza yargılamasında; mahkemenin alacaklı tarafından belirtilmeyen delilleri toplayamamasının da doğru olmadığını düşünmekteyiz. Çünkü ceza yargılamasında mahkeme, sanığa yüklenen fiilin sanık tarafından işlenip işlenmediğini, yargılama faaliyetinde bulunanların istek ve amaçlarıyla ve hatta sanığın ikrarı ile dahi bağlı olmaksızın araştırmakla yükümlüdür¹⁵². Bu durum CMK'nın 225. maddesinin 2. fıkrasında “*Mahkeme, fiilin nitelendirilmesinde iddia ve savunmalarla bağlı değildir*” denilmek suretiyle açıkça ifade edilmektedir.

Ceza yargılamasında amaç maddi gerçeğin araştırılmasıdır. Maddi gerçeğin araştırılması için, mahkemece tarafların talebine bağlı olmaksızın da delil toplanması mümkündür. Bu nedenle; mevcut eksiltme suçunda da, ceza yargılamasında geçerli olan maddi gerçeğin araştırılması ilkesiyle uyumlu olarak, mahkemece re'sen delil toplanmasının uygun olacağını düşünmekteyiz.

Mevcut eksiltme suçuna ilişkin olarak diğer tüm unsurlar gerçekleşmiş olsa dahi, suçun oluşumu için alacaklının alacağını alamamış olması gerekmektedir. Bu nedenle; borçlu alacaklısını zarara sokma kastıyla mevcudunu eksiltmiş olsa dahi, alacaklı alacağına kavuşmuş ise suç oluşmayacaktır.

Yukarıda açıklanan nedenlerle mevcut eksiltme suçunun oluşması için; borçlunun, suçun kanuni tanımında yazılı olan tipe uygun davranışı yapmış olması tek başına yeterli olmayıp; borçlunun bu fiili nedeniyle, alacaklının alacağına kavuşamamış olması gerekmektedir. Bu nedenle, suçun oluşumu, borçlunun tipe uygun davranışı gerçekleştirmiş olmasıyla değil, alacaklının alacağına kavuşamamış olması halinde gerçekleşecektir. Bu nedenle; mevcut eksiltme suçunda “*alacaklının alacağını alamamış olması*” suçun unsuru değil, objektif cezalandırılabilme şartıdır.

Objektif cezalandırılma şartı; suçun unsurları dışında kalan ve suça ilişkin bütün unsurlar gerçekleştikten sonra söz konusu olan ve gerçekleşmediği takdirde failin suç teşkil eden fiilinden dolayı cezalandırılmasını engelleyen şartlar olarak ifade edilmektedir¹⁵³.

¹⁵² Parlar, Ali/ Hatipoğlu, Muzaffer/ Yüksel, Erol Güngör, Açıklamalı- İçtihatlı Ceza Muhakemesi Hukukunda Deliller Çapraz Sorgu ve İspat, Ankara, 2008, s. 2.

¹⁵³ Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 569; Koca/ Üzülmüş, s. 295.

Mevcut eksiltme suçunda da, suça ilişkin bütün unsurlar gerçekleştiikten sonra, failin fiili nedeniyle cezalandırılabilmesi için “*alacaklıının alacağını alamamış olması*” şartı gerçekleşmelidir. Alacaklıının alacağını alamamış olması şartı gerçekleşmediği takdirde, failin suç teşkil eden fiilinden dolayı cezalandırılması mümkün değildir. Bu nedenle; mevcut eksiltme suçunda “*alacaklıının alacağını alamamış olması*” objektif cezalandırılabilme şartıdır.

Mevcut eksiltme suçunun oluşabilmesi için, maddede sayılan eylemlerden herhangi birini belirli bir zaman diliminde yapmış olması ve bunun sonucunda alacaklıının alacağına kavuşmamış olması gerekmektedir. Bu yönüyle incelemiş olduğumuz suç tipi, seçimlik hareketli suç olarak karşımıza çıkmaktadır.

Yukarıda açıklanan nedenlerle; mevcut eksiltme suçun açısından, *alacaklıının alacağını alamamış olmasının* objektif cezalandırılabilme şartı olduğunu ifade edebiliriz.

2. Fail

Kanunda suç olarak belirtilen bir fiili ancak bir insan işleyebilmektedir. Çünkü ceza hukukunda, fiili işleyebilme yeteneği, insana özgü bir özellik olarak kabul edilmektedir. Bu nedenle; ceza hukuku anlamında hayvanların yada eşyaların veya ölmüş olan kişilerin hareket yeteneği bulunmadığından suçun faili olarak kabul edilmemektedir¹⁵⁴. Yine, fiili işleme yeteneği insana özgü bir özellik olması ve cezaların şahsiliği ilkesi gereğince tüzel kişilerin de bir suçun faili olması mümkün değildir¹⁵⁵. Bu açıklamalar ışığında, suçun faili yaşayan bir insan olarak karşımıza çıkmaktadır.

Mevcut eksiltme suçuna ilişkin kanunda sayılan fiillerin tüzel kişi adına ve hesabına yapılması halinde, tüzel kişi suçun faili olamayacaktır. Çünkü tüzel kişi, gerçek kişi olmadıkları için hareket kabiliyetleri de yoktur ve suçu işleyen, tüzel kişinin kendisi değil, tüzel kişi yetkilisi veya temsilcisidir.¹⁵⁶ Bu suç, tüzel kişi lehine işlenmiş olsa dahi sorumlu yine de suçu işleyen gerçek kişi olacaktır. Çünkü suç, tüzel kişi lehine işlenilmiş olsa dahi, fiil gerçek kişi tarafından yapılmaktadır. Bu nedenle; gerçek

¹⁵⁴ Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 295.

¹⁵⁵ Koca/ Üzülmöz, s. 100.

¹⁵⁶ Artuk/Gökçen/Yenidünya; s. 308; Özbek/Kanbur /Doğan /Bacaksız /Tepe, s. 207.

kişinin yapmış olduğu fiil neticesinde tüzel kişinin cezalandırılması, cezaların şahsiliği ilkesine aykırı olacaktır¹⁵⁷.

Tüzel kişilerin bir suçun faili olamayacaklarına ilişkin de TCK'nın 20. maddesinin 2. fıkrasının birinci cümlesinde; “*Tüzel kişiler hakkında ceza yaptırımını uygulanamaz*” şeklinde hüküm bulunmaktadır. Bu nedenle ceza hukukumuz açısından tüzel kişilerin bir suçun faili olabilmesi mümkün değildir.

Tüzel kişi her ne kadar bu suçun faili olamasa da, tüzel kişinin borçlu olması ve bu suça ilişkin fiilin tüzel kişi adına ve hesabına yapılması durumunda tüzel kişinin yetkilisi bu suçun faili olacaktır¹⁵⁸. Bir kişinin, tüzel kişi borçlunun eylemi dolayısıyla mevcut eksiltme suçunun fail olması için;

- Öncelikle borçlunun tüzel kişi olması gereklidir. Gerçekten de borç o kimseye aitse kişi kendi eyleminden dolayı sorumlu olacak olup; ortada bir tüzel kişi olmadığından tüzel kişinin eyleminden da bahsedilmeyecektir.
- Tüzel kişi borçlu adına bu işlemi şirketi temsile yetkili bir kişi tarafından yapılmalıdır. Bu eylem, tüzel kişinin çalışanları, denetleyicisi veya başka biri tarafından değil, tüzel kişi adına işlem yapan kişi tarafından yerine getirilmiş olmalıdır.

Nitekim Yargıtay konuyla ilgili olarak bir kararında “.....suça konu taşınmazlar hakkında borçlu şirkete ait ortaklar kararı bulunup bulunmadığı, şirketi temsil yetkisinin kime ve ne şekilde olduğu ticaret sicili memurluğundan sorulmalıdır.....”¹⁵⁹ diyerek eylemin şirketi temsile yetkili kişi tarafından yapıp yapılmadığının tespit edilmesinin gerektiğini belirtmiştir.

Yargıtay bir kararında; “.... Saniğin, borçlu şirket yönetim kurulunun 15/8/2005 tarih ve 53 sayılı kararı ile üç yıl süre ile temsil ve ilzama yetkili kılınmasına ve bu sürenin sona ermesine rağmen yenisi seçilmemiş ise, şirket ana sözleşmesinde üç yıllık görev süresinin sona ermesi halinde bu sıfatın kendiliğinden düşeceğine dair bir hükmün bulunup bulunmadığı araştırılarak, bu konuda bir hüküm

¹⁵⁷ Artuk/Gökçen/Yenidünya; s. 308; Özbek/Kanbur /Doğan /Bacaksız /Tepe, s. 207.

¹⁵⁸ Kürtül, s.28.

¹⁵⁹ Yargıtay 16.H.D., 27/12/2010, 2010/5498 E., 2010/7825 K., UYAP Portal e. t. 17/2/2014.

*bulunmadığının saptanması durumunda temsil yetkilisinin yeni yetkili seçilinceye kadar devam edeceğinin kabulü gerekmektedir...*¹⁶⁰ demektir. Bu sebeple şirketi temsile yetkili kişi tarafından şirket adına yapılan bu eylem nedeniyle kişinin sorumluluğu gündeme gelecektir.

Başka bir Yargıtay kararında ise; “... *Sanığın yetkilisi olduğu şirkete ait 49 villa ve 10 apartı alacaklılarını zarara sokmak kastıyla büyük ortağı olduğu diğer bir şirketine devretmesi karşısında alacaklısını zarar sokmak kastıyla mevcut eksiltme suçunun oluştuğunun kabulü gerekmektedir*”¹⁶¹ denilmektedir. Böylece, şirket yetkilisi olan sanığın şirketin alacaklılarından mal kaçırıp, onları zarara sokmak kastıyla şirket mallarını kendisinin büyük ortağı bulunduğu diğer bir şirkete devretmesi mevcut eksiltme suçunu oluşturacaktır.

- Bu eylem, tüzel kişinin temsile yetkili kişisi tarafından, tüzel kişinin namı ve hesabına yapılmalıdır. Tüzel kişinin temsile yetkili kişisi eylemi, kendi adına değil, tüzel kişinin adına ve onun hesabına yapmış olduğu takdirde, mevcut eksiltme suçu söz konusu olacaktır.

Tüzel kişi her ne kadar bir suçun faili olamasa da; gerçek kişi tarafından suç tüzel kişinin adına ve hesabına işlendiği takdirde; tüzel kişiye kanunda öngörülen güvenlik tedbirlerine hükmolunabilecektir. Nitekim bu durum, TCK’nın 20. maddesinin 2. fıkrasının ikinci cümlesinde; “*Ancak, suç dolayısıyla kanunda öngörülen güvenlik tedbiri niteliğindeki yaptırımlar saklıdır*” denilerek açıkça ifade edilmiştir. Buna göre; tüzel kişi adına ve hesabına bir suç işlenmesi durumunda, tüzel kişiye karşı güvenlik tedbiri uygulanabilecektir.

Tüzel kişiye karşı uygulanacak olan güvenlik tedbirlerinin neler olduğu TCK’nın 60. maddesinde belirtilmiştir. TCK’nın 60. maddesinde uygulanacak olan güvenlik tedbirleri; izin iptali ve müsadere olarak karşımıza çıkmaktadır. Ancak burada şu hususa dikkat etmek gerekir: Tüzel kişi hakkında güvenlik tedbirine hükmedilebilmesi için; o suç açısından kanunda açıkça güvenlik tedbirinin uygulanacağı öngörülmüş olmalıdır¹⁶². Nitekim bu husus; TCK’nın 60. maddesinin 4. fıkrasında; “*Bu madde*

¹⁶⁰ Yargıtay 16.H.D., 1/12/2011, 2011/7214 E., 2011/8407 K., UYAP Portal e. t. 17/2/2014.

¹⁶¹ Yargıtay 16.H.D., 13/12/2011, 2011/3189 E., 2011/8858 K., UYAP Portal e. t. 17/2/2014.

¹⁶² Özbek/Kanbur /Doğan /Bacaksız /Tepe, s. 611; Koca/Üzülmez, s. 526.

hükümleri kanunun ayrıca belirttiği hallerde uygulanır” denilerek açıkça ifade edilmiştir. Bu nedenle; tüzel kişi açısından güvenlik tedbiri uygulanabilmesi ancak kanunda açıkça yazılmış olmasına bağlıdır.

Mevcut eksiltme suçunu düzenleyen İcra ve İflâs Kanunu’nun 331. maddesinde; bu suçtan dolayı tüzel kişi hakkında güvenlik tedbirine hükmedileceği yazmamaktadır. Bu nedenle; TCK’nın 60. maddesinin 4. fıkrası gereğince, mevcut eksiltme suçunda tüzel kişiye karşı güvenlik tedbirinin uygulanması (izin iptali veya müsadere) mümkün değildir.

Kanaatimizce de, mevcut eksiltme suçunda tüzel kişi aleyhine güvenlik tedbirlerinin uygulanmaması yerinde bir düzenlemedir. Çünkü TCK’da tüzel kişi aleyhine güvenlik tedbirlerinin uygulanmasına karar verilen suçları incelediğimizde; soykırım, insanlığa karşı suçlar, göçmen kaçakçılığı, insan ticareti, uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti suçları, ihaleye fesat karıştırma, tefecilik, rüşvet gibi suçlar çıkmaktadır. Bu suç tiplerini incelediğimizde; hem takibi şikayete bağlı olmayan suçlar olduğu, hem de ceza miktarlarının yüksek ve nitelikli suçlar olduğu görülmektedir. Bu nedenle, takibi şikayete bağlı olan ve yaptırımını altı aydan üç yıla kadar hapis ve bin güne kadar adli para cezası olan mevcut eksiltme suçunda tüzel kişi aleyhine güvenlik tedbirlerinin uygulanmamasının yerinde bir düzenleme olduğunu düşünmekteyiz.

Bazı suç tiplerinde fail genel bir kişi olarak “her kim”, “kimse”, “bir kimse”, “kişi” olarak ifade edilmektedir¹⁶³. Örneğin TCK’nın 101. maddesinde “*Bir erkek veya kadını rızası olmaksızın kısırlaştırma - kimse - üç yıldan altı yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır*” hükmü, yine aynı maddede “*Fil, kısırlaştırma işlemi yapma yetkisi olmayan - bir kimse - tarafından yapılırsa, ceza üçte bir oranında artırılır*” hükmü, 105. maddesinde “*- Bir kimseyi - cinsel amaçlı olarak taciz eden kişi hakkında, mağdurun şikayeti üzerine, üç aydan iki yıla kadar hapis cezasına veya adli para cezasına hükümlenir*” hükümleri bulunmaktadır.

Buna karşılık bazı suçlar kanunlarda belirtilen her kim, bir kimse kişi tarafından değil de sadece bazı özel durumda bulunan veya özel niteliklere sahip kişiler tarafından işlenebilmektedir. Bu nedenle herkes tarafından olmayıp sadece belli kişiler tarafından

¹⁶³ Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 296.

işlenebilen suçlar da mevcut olup; bu suçlara özgü suçlar denilmektedir¹⁶⁴. Örneğin TCK'nın 247. maddesinde düzenlenen zimmet suçunu her kim veya kimse değil sadece kamu görevlisi işleyebilmektedir. Bu nedenle zimmet suçunun özgü suç olduğunu ifade edebiliriz.

Doktrinde özgü suç kavramı ikiye ayrılmaktadır. Bunlar; gerçek özgü suç ve görünüşte özgü suçtur. Gerçek özgü suç, suçun temel şeklinin oluşması bakımından failde bulunması gereken niteliklerin arandığı suçlara denilmektedir¹⁶⁵. Örneğin, görevi kötüye kullanma suçu, sadece kamu görevlisi tarafından işlenebilen ve kamu görevlisi olmayanların fail olmasının mümkün olmadığı bir suçtur. Görevi kötüye kullanma suçu sadece kamu görevlisi tarafından işlenebilen bir suç olduğu için, bu suç “gerçek özgü suç” olarak karşımıza çıkmaktadır¹⁶⁶.

Görünüşte özgü suç ise; bazı durumlarda suçun oluşması için yeterli olan temel şekli herkes, her kim, bir kimse tarafından işlenebilmektedir. Ancak, herkes tarafından işlenebilen bir suçun, belirli özelliklere sahip olan kimseler tarafından işlenmesi o suç açısından cezanın artırılması veya hafifletilmesi sonucunu doğuran nitelikli halini oluşturabilmektedir. Örneğin, TCK'nın 81. maddesinde düzenlenen kasten öldürme suçunu herkes işleyebilir. Ancak, bu suçun anne, baba veya eşe karşı işlenmesi halinde kişiye daha ağır bir ceza verilmektedir. (TCK. m. 82/1-d). İşte, bu tür suçlara ise “görünüşte özgü suçlar” denilmektedir¹⁶⁷. Yine, TCK'nın 136. maddesinde düzenlenen verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme suçu herkes tarafından işlenebilen bir suçtur. Ancak, bu suçun kamu görevlisi tarafından ve görevinin verdiği yetki kötüye kullanılmak suretiyle işlenmesi halinde daha ağır bir cezaya hükmolünmayacağı belirtilmektedir. (TCK. m. 137/1-a)¹⁶⁸. Bu nedenle verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme suçunun, kamu görevlisi tarafından ve görevinin verdiği yetki kötüye kullanılmak suretiyle işlenmesi durumunda bu suç “görünüşte özgü suç” olarak karşımıza çıkmaktadır.

¹⁶⁴ Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 296; Özbek/Kanbur /Doğan /Bacaksız / Tepe, s. 198.

¹⁶⁵ Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 296, Özbek/Kanbur /Doğan /Bacaksız / Tepe, s. 198.

¹⁶⁶ Koca/ Üzülmöz, s. 101.

¹⁶⁷ Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 296, Özbek/Kanbur /Doğan /Bacaksız / Tepe, s. 198.

¹⁶⁸ Koca/ Üzülmöz, s. 101.

Çalışmamızın bu kısmında mevcut eksiltme suçuna ilişkin olarak kimlerin fail olabileceğine değineceğiz. Mevcut eksiltme suçunun faili, alacaklısını zarara sokma kastıyla mevcudunu azaltan borçludur.

Burada fail olarak belirtilen “borçlu” kavramını açıklamamız gerekmektedir.

Borçlu; iki veya daha çok kişi arasında kurulan ve borç ilişkisiyle birlikte alacaklıya karşı bir edimi ifa etme ile yükümlü kılınan kişi olarak ifade edilmektedir¹⁶⁹. Borçlu, borç ilişkisiyle kararlaştırılan edimi ifa etmekle yükümlüdür. Taraflar, bir borç ilişkisiyle borçlunun ifa etmesi gereken edimi kararlaştırabilirler. Bu edim, bir miktar paranın ödenmesi olabileceği gibi, bir eşyanın teslim edilmesi veya bir işin yapılması olabilir. İşte, parayı ödemesi, eşyayı teslim etmesi, işi yapması gereken kişi borçludur.

Mevcut eksiltme suçu açısından borçlu kavramı, takip hukukunda geçerli olan borçlu kavramına denk gelen bir kavramdır. Bu sebeple takip hukukunda geçerli olan tanımları incelememizde yarar olduğunu düşünmekteyiz.

Takip hukukunda diğer taraf aleyhine takip talebinde bulunan kişinin talebi talepte bulunan kişi açısından alacak, aleyhine takipte bulunulan kişi açısından borç olarak ifade edilmektedir. Takip talebinde bulunan kişiye alacaklı, aleyhine takip talebinde bulunulan kişiye ise borçlu denilmektedir. Ancak önemle belirtmek gerekir ki; burada alacaklı ve borçlu kavramları özel hukukun bir dalı olan borçlar hukukundan daha geniş bir anlama karşılık gelmektedir¹⁷⁰.

Taraflar maddi hukuk açısından durumları farklı da olsa ve hatta ortada borçlar hukuku bağlamında bir borç olmasa dahi takip hukuku açısından önemli olan takip talebiyle talebini elde etme çabasında olan kimse alacaklı, takibin karşı tarafı ise borçlu olarak ifade edilmektedir¹⁷¹. Bu nedenle yukarıda da belirtildiği üzere, mevcut eksiltme suçu açısından borçlu kavramını borçlar hukuku anlamında değil, takip hukuku bağlamında anlamamız gerekmektedir.

Mevcut eksiltme suçunun failinin alacaklısını zarara sokma kastıyla mevcudunu azaltan borçlu olduğunu yukarıda belirtmiştik. Bu nedenle, takip hukuku bağlamında borçlu

¹⁶⁹ Eren, s. 1.

¹⁷⁰ Pekcanitez/ Atalay/ Özekes, s. 53.

¹⁷¹ Pekcanitez/ Atalay/ Özekes, s. 53.

olarak kabul edilmeyen kişiler bakımından mevcut eksiltme suçunun işlenebilmesi söz konusu değildir. Bu niteliği itibarıyla mevcut eksiltme suçu herkes tarafından işlenebilen bir suç değildir.

Kanaatimizce, mevcut eksiltme suçunun herkes tarafından işlenememesi, suçun failinin “borçlu” sıfatına sahip olması gerektiği için bu suç, “gerçek özgü suç” olarak karşımıza çıkmaktadır.

Borçlunun borcunu başka bir kişinin yerine getirmesi, alacaklının da rızasının olması kaydıyla mümkündür. Borcun üstlenilmesi olarak adlandırılan bu müessese, Türk Borçlar Kanunu’nun 195-204. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Borcun üstlenilmesiyle birlikte, borçlunun “borçlu” sıfatı ortadan kalkmakta olup alacaklı açısından ise; alacaklının borçluya karşı ileri sürebileceği tüm asli ve fer’i hakları, aynen borcu üstlenen kişiye karşı da ileri sürebilmesi mümkündür¹⁷². Böylece borcu üstlenen kişi, borcun üstlenilmesi sözleşmesiyle borçlu sıfatını kazanmakta ve alacaklıya karşı borcu yerine getirme mükellefiyeti altına girmektedir.

Mevcut eksiltme suçu açısından; alacaklısını zarara sokma kastıyla mevcudunu eksiltten borçlunun borcun üstlenilmesi sözleşmesiyle, borçlu sıfatı ortadan kalkacak olsa dahi, suçun işlendiği tarihte borçlu sıfatına sahip olması nedeniyle fail olma sıfatında değişiklik olmayacaktır. Borcu üstlenen kişinin ise, diğer borçlunun fiili nedeniyle, cezaların şahsiliği ilkesi gereğince cezalandırılmasının ve suçun faili olmasının mümkün olmadığını düşünmekteyiz.

Borcun üstlenilmesi sözleşmesiyle borçlu sıfatını kazanan yeni kişi, alacaklısını zarara sokma kastıyla mevcudunu eksiltmeye yönelik fiil gerçekleştirirse, borçlu sıfatına haiz olduğu için, bu kendi fiili nedeniyle suçun faili olabileceğini düşünmekteyiz.

Yukarıda açıklanan nedenlerle; mevcut eksiltme suçu; herkes tarafından işlenemeyen, sadece borçlu sıfatına sahip gerçek kişi tarafından işlenebilen özgü suç türüdür. Mevcut eksiltme suçu açısından fail tüzel kişi olamaz ancak fiili gerçekleştirmiş olan kişi suçun

¹⁷² Kılıçoğlu, Ahmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yeni Borçlar Kanunu’na Göre Hazırlanmış Genişletilmiş 16. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2012, s. 812.

faili olarak karşımıza çıkmaktadır¹⁷³. Gerçek kişinin, tüzel kişinin fiili nedeniyle sorumlu tutulabilmesi için yukarıda belirtilen şartların da bulunması gerekmektedir.

Mevcut Eksiltme Suçu ile 6183 sayılı Kanun'un 110. Maddesinde Düzenlenen Suç Tipinin Karşılaştırılması başlığı altında incelemiş olduğumuz ve mevcut eksiltme suçu ile suçun unsurları, korunan hukuki değer gibi hususlarda aynı özellikler gösteren 6183 sayılı Kanun'un 110. maddesindeki suçun faili de mevcut eksiltme suçunda olduğu gibi "borçludur". Ancak, burada bahsedilen borçlu kavramı, tüm borçlular olmayıp, sadece 6183 sayılı Kanun kapsamına giren bir kamu alacağının borçlusudur. Bu yönüyle mevcut eksiltme suçunun failiyle 6183 sayılı Kanun'un 110. maddesindeki suçun faili arasında fark bulunduğunu ifade edebiliriz. Böylece, borçlunun yapmış olduğu fiilin suç teşkil etmesi halinde, eğer borç kamu alacağından kaynaklanmıyorsa mevcut eksiltme suçu, borç kamu alacağından kaynaklanıyorsa 6183 sayılı Kanun'un 110. maddesindeki suç oluşacağı düşünülmektedir.

Yukarıda açıklandığı üzere; bir alacağın 6183 sayılı Kanun'dan doğan bir alacak olması yani kamu alacağı olması halinde, normal takip usullerine göre daha kolay ve hızlı tahsil edilebilme imkanı sağlayan yollar öngörülmektedir. 6183 sayılı Kanun'un 54. maddesinde göre, ödeme süresi içinde ödenmemiş olan kamu alacağının tahsil dairesi tarafından cebren tahsil edileceği belirtilmektedir. Normal alacaklar için öngörülme-yen cebri tahsil yolu, kamu alacakları için öngörülmüş olduğu için, bir alacağın kamu alacağı olması onun imtiyazlı alacak olduğu anlamına gelmektedir. Bunun gibi, 6183 sayılı Kanun gereğince kamu alacağına ilişkin uygulanacak olan takip ve tahsile ilişkin normal icra prosedüründen kaynaklanan farklılıklar mevcuttur.

3. Mağdur

Mağdur, bir suçla ilgili olarak korunmak istenen hukuki yarara sahip olan kişi olarak ifade edilmektedir¹⁷⁴. Her suçun bir mağduru bulunmaktadır. Ancak önemle ifade etmemiz gerekir ki; bir suçun mağduru ancak gerçek kişi olabilir¹⁷⁵.

Hizmet etmek ve birey lehine kullanılmasını sağlamak üzere görev alan devletin, toplumun, toplulukların taşıyıcılık ve temsilciliğini yaptığı tüm hukuksal değerlerin

¹⁷³ Karşlı, İcra ve İflâs Hukuku, s. 593.

¹⁷⁴ Özbek/Kanbur /Doğan /Bacaksız /Tepe, s. 198.

¹⁷⁵ Özgenç, s. 213, Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 313, Koca/Üzülmez, s. 102.

sahibinin yalnızca “birey” olması sebebiyle, birey dışında tüzel kişilerin, tüzel kişiliği olmayan aile, toplum vb. grupların mağdur sıfatı bulunmamaktadır¹⁷⁶. Bu yüzden tüzel kişiler, bir suçun mağduru olamazlar¹⁷⁷. Tüzel kişiler, ancak bir suçtan zarar gören olabilmektedir.

Mağdur ile suçtan zarar gören kavramı birbirlerinin aynısı olmayıp, aralarında bazı farklar bulunmaktadır. Suçtan zarar gören kavramı, mağdur kavramına göre daha geniş ve kapsamlı bir kavram olarak karşımıza çıkmaktadır. Suçtan zarar gören, bir suç işlenmesi nedeniyle, hukuken korunan menfaatleri doğrudan veya dolaylı olarak ihlal edilen kimse olduğu için, bu kavram mağdur kavramının daha da üstünde bulunmaktadır. Bir suç sebebiyle mağdur olan kişi aynı zamanda o suçtan zarar gören kimsedir. Örneğin, kasten yaralama suçunun mağduru olan kimse aynı zamanda bu suçtan zarar gören kimsedir. Ancak bazı suçlarda, bu suçun mağdurundan başkaca kimselerin de hukuken korunan menfaatleri ihlal edilmiş olabilir. Hukuken korunan menfaatleri ihlal edilmiş olan bu kişilerin ceza davasına suçtan zarar gören olarak katılmaları da mümkündür. (CMK. m. 237/1). Ayrıca, suçtan zarar görenin davaya katılması halinde, CMK'nın 234. maddede belirtilen hakları da kullanabilmesi mümkündür.

Çalışmamızın bu kısmında mevcut eksiltme suçuna ilişkin olarak kimlerin mağdur olabileceklerine değineceğiz. Mevcut eksiltme suçunun mağduru, alacağına kavuşamayan alacaklıdır. Burada mağdur olarak belirtilen “alacaklı” kavramının açıklanması gerekmektedir.

Alacaklı; iki veya daha çok kişi arasında kurulan ve borç ilişkisiyle birlikte borçluya karşı bir edimin ifa edilmesini isteme hakkı verilen kimse olarak ifade edilmektedir¹⁷⁸. Alacaklı, borçludan edimin ifasını isteme hakkına sahiptir. Bu edim, bir miktar paranın ödenmesi olabileceği gibi, bir eşyanın teslim edilmesi veya bir işin yapılması olabilir. İşte, paranın ödenmesini, eşyanın teslimini, işin yapılmasını talep etme yetkisi olan kişi alacaklıdır.

¹⁷⁶ Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 314.

¹⁷⁷ Aksi yönde görüş için bkz. Özbek/Kanbur /Doğan /Bacaksız /Tepe, s. 198.

¹⁷⁸ Eren, s. 1.

Mevcut eksiltme suçu açısından alacaklı kavramı, borçlar hukukunda geçerli olan alacaklı kavramına ilave olarak takip hukukundaki alacaklı kavramına denk gelen bir kavramdır. Bu sebeple takip hukukunda geçerli olan tanımları incelememizde yarar olduğunu düşünmekteyiz.

Takip hukukunda diğer taraf aleyhine takip talebinde bulunan kişinin talebi talepte bulunan kişi açısından alacak, aleyhine takipte bulunulan kişi açısından borç olarak ifade edilmektedir. Takip talebinde bulunan kişiye alacaklı, aleyhine takip talebinde bulunulan kişiye ise borçlu denilmektedir. Ancak önemle belirtmek gerekir ki; burada alacaklı ve borçlu kavramları özel hukukun bir dalı olan borçlar hukukundaki anlamından daha geniş bir anlama karşılık gelmektedir. Taraflar maddi hukuk açısından durumları farklı da olsa ve hatta ortada borçlar hukuku bağlamında bir borç olmasa dahi takip hukuku açısından önemli olan takip talebiyle talebini elde etme çabasında olan kimse alacaklı, takibin karşı tarafı ise borçlu olarak ifade edilmektedir¹⁷⁹. Bu nedenle yukarıda da belirtildiği üzere, mevcut eksiltme suçu açısından alacaklı kavramı borçlar hukuku anlamında kullanılacağı gibi, takip hukuku bağlamında da kullanılabilir. Burada önemli olan husus, mağdurun borçlar hukuku veya takip hukuku anlamında “alacaklı” olmasıdır.

Mağdurun borçlar hukuku alanında alacaklı olması; genel mahkemelerde borçlu aleyhine açmış olduğu dava ile tespit edilmiş olabilir. Bu durumda mağdurun alacaklı olduğu tespit edilmiştir. Mahkeme sonrası yapılan incelemelerde borçlunun mallarının alacaklı olan mağduru zarara sokma maksadıyla başka bir kişiye devredilmiş, yakılıp yıkılmış, telef edilmiş olabilir. İşte bu durumda daha takip hukuku prosedürleri uygulanmadan –söz gelimi takip talebinde dahi bulunulmadan- alacaklı, mevcut eksiltme suçunun mağduru olduğunu söyleyebiliriz. Burada belirtilen durum sadece örnek kabilinden verilmiş olup; mağdurun alacaklı olduğu durumlar sınırlı değildir.

Mağdurun takip hukuku alanında alacaklı olması; alacaklının borçlu aleyhine yaptığı takip neticesinde alacağına kavuşmadığı durumda söz konusu olacaktır. Alacaklının takip hukukunda alacağına kavuşmama durumları yukarıda açıklandığı için burada ayrıca değinilmeyecektir.

¹⁷⁹ Pekcanitez/ Atalay/ Özekes, s. 53.

Alacaklının, borçludan olan alacağını bir sözleşmeyle başka bir kişiye devretmesi mümkündür. Alacağın devri olarak adlandırılan bu müessese, Türk Borçlar Kanunu'nun 183-194. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Alacaklı, alacağını sözleşmeyle başka bir kişiye devrettiğinde, alacaklının "alacaklı" sıfatı ortadan kalkmakta olup; alacak asıl ve fer'ileriyle birlikte devralan kişiye geçmektedir¹⁸⁰. Böylece devralan kişi, alacağın devri sözleşmesiyle alacaklı sıfatını kazanmakta ve alacaklıya ait tüm hak ve yetkilere sahip olmaktadır.

Mevcut eksiltme suçu açısından; alacaklı alacağın devri suretiyle alacağını devrettiği takdirde; alacağı devralan kişi, devir sözleşmesiyle alacaklı sıfatını kazanacağı ve alacaklıya ait tüm hak ve yetkilere de sahip olacağı için; suçun mağduru da alacağı devralan kişi yani yeni alacaklı olacaktır.

Alacak birden fazla kişiye aitse, yani birden fazla alacaklı varsa alacaklıların her biri, ayrı ayrı mağdur sıfatına sahip olacaktır. Çünkü bu durumda alacaklılardan her biri "alacaklı" sıfatına sahiptir. Suçun mağduru da alacaklı olduğu için, alacaklı sıfatına sahip her bir alacaklı, suçun mağduru olacaktır¹⁸¹.

Ceza hukukunda tüzel kişilerin bir suçun mağduru olamayacağını ancak bir suç ile ilgili olarak suçtan zarar gören olabileceklerini yukarıda belirtmiştik. Bu nedenle, genel kural gereğince; tüzel kişiler mevcut eksiltme suçunun mağduru olamazlar. Ancak, mevcut eksiltme suçu bakımından tüzel kişiler suçtan zarar gören olabilirler.

Mevcut Eksiltme Suçu ile 6183 sayılı Kanun'un 110. Maddesinde Düzenlenen Suç Tipinin Karşılaştırılması başlığı altında incelemiş olduğumuz ve mevcut eksiltme suçu ile suçun unsurları, korunan hukuki değer gibi hususlarda aynı özellikler gösteren 6183 sayılı Kanun'un 110. maddesindeki suçun mağduru "alacaklıdır". Ancak, burada bahsedilen alacaklı kavramı 6183 sayılı Kanun kapsamına giren bir kamu alacağının sahibi olan "kamu alacaklısıdır". Bu yönüyle mevcut eksiltme suçunun mağduruyla 6183 sayılı Kanun'un 110. maddesindeki suçun mağduru arasında fark bulunduğunu ifade edebiliriz.

¹⁸⁰ Kılıçoğlu, s. 796.

¹⁸¹ Alacağın birden fazla kişiye ait olması durumunda, borçlunun fiilin zincirleme suç oluşturup oluşturmayacağı, çalışmamızın "içtima" başlığı altında değerlendirilecektir.

4. Suçun Konusu

Suç sayılan haksızlığın üzerinde gerçekleştiği eşya veya şahsın fiziki, maddi yapısı veya bünyesi suçun konusunu oluşturmaktadır. Her suçun bir konusu bulunmakta olup; konusu olmayan bir suç söz konusu değildir¹⁸².

Mevcut eksiltme suçu bakımından, suç sayılan haksızlık (tipik hareket) borçlunun mevcut malvarlığı üzerinde gerçekleşmektedir. Bu sebeple İİK'nın 331. maddesi açısından suçun konusu, alacaklısına zarar verme kastıyla hareket edilmek suretiyle gerçekleştirilen ve borçluya ait olup azaltılan “malvarlığı”dır.

Malvarlığının bizzat borçluya ait olması şarttır. Bu nedenle borçluya ait olmayan malvarlığının borçlunun yapmış olduğu tasarruf ile (Örneğin, borçlunun kendisinin olamayan ve eşine ait aracı telef etmesi, kıymetten düşürmesi, ya da kendisine verilmiş olan satışa ilişkin vekâletnameyle eşinin aracını muvazaa yoluyla başkasının uhdesine geçirmesi) zarar verilmesi halinde suçun konusu bulunmadığından tipiklikte yer alan maddi unsur oluşmayacaktır.

Mevcut eksiltme suçunun konusu borçluya ait olan malvarlığı olduğuna göre malvarlığı kavramından ve içeriğinden bahsedilmesi gerekmektedir.

Malvarlığı; bir kişinin hukuki bütünlük oluşturmak üzere sahip ve yükümlü tutulacağı, para ile ölçülen hak ve borçlarının tamamı, mamelek olarak ifade edilmektedir¹⁸³. Bir hak olarak malvarlığı hakkı ise; bir kişiye ait olan ve kural olarak başkalarına devredilebilen, miras yoluyla mirasçılara geçen, parayla ölçülebilen bütün haklar olarak ifade edilmektedir¹⁸⁴. Buna göre bir kişinin para ile ölçülebilen, başkasına devredilebilen, miras yoluyla intikali mümkün olan hakları, o kişinin malvarlığı olarak kabul edilmektedir.

Ancak mevcut eksiltme suçuyla ilgili olarak, malvarlığından anlaşılması gereken anlam konusunda dikkat edilmesi gereken önemli bir durum söz konusudur. Yukarıda da bahsedildiği üzere, özel hukuk anlamında “malvarlığı” denilince kastedilen her şey mevcut eksiltme suçu için malvarlığı sayılmamaktadır. Çünkü İİK'nın 331. maddesinde

¹⁸² Özgenç, s. 208.

¹⁸³ Yılmaz, Hukuk Sözlüğü, s. 428.

¹⁸⁴ Öztan, Bilge, Medeni Hukukun Temel Kavramları, Turhan Kitabevi, 38. Bası, Ankara, 2013, s. 65-66.

“mallarını veya bunlardan bir kısmını mülkünden çıkararak” denilmektedir. Buradaki mallardan kasıt, borçluya ait olan ve alacaklının alacağına kavuşması için cebri satış veya diğer yollarla satılan mallardır. Bu nedenle bir malın suçun konusu olabilmesi için borçlunun rızası hilafına dahi satılabilmesi mümkün olmalıdır. Bir başka deyişle; satışı için borçlunun rızasına dahi gerek olmayan malvarlığı mevcut eksiltme suçunun konusunu oluşturur. Böylece borçluya ait malvarlığının cebri satışı mümkün değilse, bu malvarlığı suçun konusu olmayacaktır. Peki, borçluya ait olan ve cebri satışı mümkün olmayan ve böylece mevcut eksiltme suçunun konusu olmayan malvarlığı var mıdır? Varsa bu malvarlıkları nelerdir?

Yukarıda da bahsedildiği üzere; borçlunun tüm malvarlığı mevcut eksiltme suçunun konusunu oluşturmaz. Çünkü İİK’ya göre borçluya ait olan tüm malvarlığının cebri icra yoluyla satışı söz konusu değildir. Bazı mallar, özel hukuk anlamında “malvarlığı” kabul edilse bile, borçlunun ve ailesinin yaşamının devamı ve ekonomik varlığının sürdürülebilmesi için satılamaz ve hatta bu mallar üzerinde haciz konulamaz.

İnsan onuruyla bağdaşmayan ve borçluyu toplumdan dışlama sonucunu doğuracak olan bu işlemlerin yapılması cebri icra hukuku tarafından izin verilmemektedir¹⁸⁵. Borçluya ait olan ve cebri icra yoluyla satılamayan ve hatta haczedilemeyen bu mallar İİK’nın 82-83. maddesinde haczedilemeyen mal ve haklar ile kısmen haczi caiz olan şeyler olarak ifade edilmiştir. Buna göre; aşağıda belirtilen mal ve hakların haczedilmesi (tamamen veya kısmen) mümkün değildir:

- Devlet malları ile mahsus kanunlarında haczi caiz olmadığı gösterilen mallar,
- Ekonomik faaliyeti, sermayesinden ziyade bedenî çalışmasına dayanan borçlunun mesleğini sürdürebilmesi için gerekli olan her türlü eşya,
- Para, kıymetli evrak, altın, gümüş, değerli taş, antika veya süs eşyası gibi kıymetli şeyler hariç olmak üzere, borçlu ve aynı çatı altında yaşayan aile bireyleri için lüzumlu eşya; aynı amaçla kullanılan eşyanın birden fazla olması durumunda bunlardan biri,

¹⁸⁵ Pekcanitez/ Atalay/ Özekes, s. 271.

- Borçlu çiftçi ise kendisinin ve ailesinin geçimi için zaruri olan arazi ve çift hayvanları ve nakil vasıtaları ve diğer eklenti ve ziraat aletleri; değilse, sanat ve mesleki için lüzumlu olan alat ve edevat ve kitapları ve arabacı, kayıkçı, hamal gibi küçük nakliye erbabının geçimlerini temin eden nakil vasıtaları,
- Borçlu ve ailesinin idareleri için lüzumlu ise borçlunun tercih edeceği bir süt veren mandası veya ineği veyahut üç keçi veya koyunu ve bunların üç aylık yem ve yataklıkları,
- Borçlunun ve ailesinin iki aylık yiyecek ve yakacakları ve borçlu çiftçi ise gelecek mahsül için lazım olan tohumluğu,
- Borçlu bağ, bahçe veya meyva veya sebze yetiştiricisi ise kendisinin ve ailesinin geçimi için zaruri olan bağ bahçe ve bu sanat için lüzumlu bulunan alat ve edevat,
- Geçimi hayvan yetiştirmeye münhasır olan borçlunun kendisi ve ailesinin maiyetleri için zaruri olan miktarı ve bu hayvanların üç aylık yem ve yataklıkları,
- Borçlar Kanunu'nun 510 uncu maddesi mucibince haczolunmamak üzere tesis edilmiş olan kaydı hayatla iratlar,¹⁸⁶

¹⁸⁶ Bentte “*Borçlar Kanununun 510 uncu maddesi*” denilmektedir. Kanunun 1932 tarihli olmasından dolayı, Borçlar Kanunu'nun 510. maddesi günümüzde yürürlükte olan 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu olmayıp; o tarihte yürürlükte olan 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 510. maddesidir. 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 510. maddesinin yürürlükte olan 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda karşılığı olan madde 610. maddesidir. Anılan madde hükmü şöyledir:

“Sözleşmeyle aksi kararlaştırılmamışsa gelir alacaklısı, haklarını başkasına devredebilir”

Yürürlükte olan kanun maddesinde “*haczolunmamak üzere tesis edilmiş olan kaydı hayatla iratlar*”, ibaresi bulunmamaktadır. Yani bu ibarenin karşılığı Türk Borçlar Kanunu'nda bulunmamaktadır. Ancak bu ibarenin bulunmamasına ilişkin kanunun madde gerekçesinde açıklamada bulunulmuştur. Madde gerekçesinde;

“818 sayılı Borçlar Kanununun 510. maddesinin ikinci cümlesi, aynı konu 2004 sayılı İcra ve İflâs Kanununun 82 nci maddesinin birinci fıkrasının(8) numaralı bendinde “haczolunmamak üzere tesis edilmiş olan kaydı hayatla iratlar”, “haczi caiz olmayan mallar ve haklar” arasında sayıldığı göz önünde tutularak, Tasarı metnine alınmamıştır. Ayrıca, günümüzde, genellikle karşılıksız olarak ömür boyu gelir sözleşmesi yapılmadığı göz önünde tutularak, 818 sayılı Borçlar Kanununun 510 uncu maddesinin ikinci cümlesinin Tasarı metnine alınmamasında bir sakınca görülmemiştir”

denilmektedir. Yani, 510. maddenin ikinci cümlesinde geçen “*haczolunmamak üzere tesis edilmiş olan kaydı hayatla iratlar*”, ibaresi yeni Türk Borçlar Kanunu'nda bulunmasa bile, İİK'nın 82. maddesinin 1. fıkrasının(8) numaralı bendinde, “*haczolunmamak üzere tesis edilmiş olan kaydı hayatla iratların*” haczedilemeyeceği açıkça yazmaktadır.

- Memleketin ordu ve zabıta hizmetlerinde malül olanlara bağlanan emeklilik maaşları ile bu hizmetlerden birinin ifası sebebiyle ailelerine bağlanan maaşlar ve ordunun hava ve denizaltı mensuplarına verilen uçuş ve dalış tazminat ve ikramiyeleri,
- Askeri malüllerle, şehit yetimlerine verilen terfi zammı ve 1485 numaralı kanun¹⁸⁷ hükmüne göre verilen inhisar beyiye hisseleri,
- Bir muavenet sandığı veya cemiyeti tarafından hastalık, zaruret ve ölüm gibi hallerde bağlanan maaşlar,
- Vücut veya sıhhat üzerine ika edilen zararlar için tazminat olarak mutazarrırın kendisine veya ailesine toptan veya irat şeklinde verilen veya verilmesi lazım gelen paralar,
- Borçlunun haline münasip evi,
- Öğrenci bursları.

Burada sayılan mal ve hakların haczedilmesi mümkün değildir¹⁸⁸¹⁸⁹. Bu mal ve hakların haczedilmesi mümkün olmadığı için; cebri icra yoluyla satılabilmesi de mümkün değildir.

Böylece, İİK'nın 82. maddesinin 1. fıkrasının(8) numaralı bendi gereğince “*haczolunmamak üzere tesis edilmiş olan kaydı hayatla iratlar*” yine haczedilemeyecektir.

¹⁸⁷ 4/6/1929 tarihli ve 1485 sayılı İnhisar bey'iyeleri üçte birlerinin harp malullerine ve şehit yetimlerine tahsis ve tevziine dair kanun.

¹⁸⁸ Burada sayılan mal ve hakların haczedilmesi mümkün olmamakla birlikte; İİK'nın 82. maddesinin 2. fıkrası gereğince 2., 3., 4., 5., 7., ve 12.sırada sayılan mal ve haklar borcun bu eşya bedelinden doğmaması halinde haczedilemeyecektir. Aksi takdirde borç, bu eşyaların bedelinden doğmuş ise, bu mal ve hakların haczedilmesi mümkün olacaktır.

Ayrıca, İİK'nın 82. maddesinin 3. fıkrası gereğince; 2., 4., 7., ve 12., sırada sayılan malların kıymetinin fazla olması durumunda, bedelinden haline münasip bir kısmı, ihtiyacını karşılayabilmesi amacıyla borçluya bırakılmak üzere haczedilerek satılır. Örneğin 12. sırada sayılan ev satılamayacaktır. Ancak borçluya ait olan ve borçlunun tek malvarlığı olan ev eğer borçlunun haline münasip olmaktan daha değerli bir ev ise; ev satılarak, borçlunun haline münasip olan miktarı ayrılır ve arta kalan miktar haczedilir. Hacı talep edilen mal veya hakların haczinin caiz olup olmadığını icra memuru değerlendirir ve talebin kabulüne veya reddine karar verir.

¹⁸⁹ Yine, İİK'nın 82. maddesinin 2. fıkrasında “*Medeni Kanununun 807 nci maddesi hükmü saklıdır*” denilmektedir. Kanunun 1932 tarihli olmasından dolayı, Medeni Kanununun 807. maddesi günümüzde yürürlükte olan 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu olmayıp; o tarihte yürürlükte olan 765 sayılı Türk Kanunu Medenisinin 807. maddesidir. Anılan madde hükmü şöyledir:

“*Aşağıdaki kimseler, kanuni bir ipoteğin tescilini isteyebilirler:*

1-Sattığı gayrimenkul üzerinde semeni temin için bayi.

Borçlu, alacaklısını zarara sokma kastıyla yukarıda sayılmış olan mal ve haklarını mülkünden çıkardığı, telef ettiği, kıymetini düşürdüğü takdirde; mevcut eksiltme suçu oluşmayacaktır. Çünkü bu sayılan mal ve haklar, borçlunun medeni hukuk anlamında malvarlığı içine dahil ise de; icra hukuku anlamında haczedilerek satılıp, alacaklının alacağına ödenebildiği mal ve haklardan sayılmamaktadır. Bu sayılan mal ve haklar, haczedilemeyeceği için, borçlunun bu mal ve haklara ilişkin alacaklısını zarara sokma kastıyla kanuni tanımdaki tipe uygun fiilleri suçun konusunu oluşturmayacaktır.

Konuyu örneklendirirsek, borçlunun alacaklısına 2. 000 TL borcu olduğunu ve alacaklısını zarara sokma kastıyla evinde bulunan ve tek olan buzdolabını sattığını kabul ettiğimizde, borçlunun fiili kanuni tanımda belirtilen tipe uygun olsa dahi mevcut eksiltme suçunu oluşturmayacaktır. Çünkü borçluya ait olan tek buzdolabı, icra hukuku bakımından haczedilemeyen mal ve haklardan kabul edildiği için, bu buzdolabının alacaklısını zarara sokma kastıyla elden çıkarılması suç olmayacaktır.

İİK'nın 83.maddesine göre ise, bazı mal ve haklar tamamen haczedilemeyecek olup, bu mal ve haklar sadece kısmen haczedilebilecektir. Buna göre; aşağıda belirtilen mal ve hakların tamamen haczedilmesi mümkün değildir:

- Maaşlar,
- Tahsisat ve her nevi ücretler,
- İntifa hakları ve hâsılatı,
- İlama müstenit olmayan nafakalar,
- Tekaüt maaşları,

2-Taksimden münbais matlubat için evvelce beyinlerinde müşterek olan gayrimenkul üzerinde mirasçılar ve hissedarlar.

3- Bir gayrimenkul üzerindeki inşaat yahut ameliyatta malzeme vererek veya vermiyerek çalışmış olmaları hasebiyle malik veya müteahhit zimmetinde tahakkuk eden alacakları için o gayrimenkul üzerinde bu müteahhit ve işçiler.

Kanunun bu suretle kendilerine ipotek hakkı tanıdığı kimselerin evvelce yapılmış bir mukavele ile işbu haklarından feragatleri, muteber değildir”

Türk Kanunu Medenisinin 807. maddesiyle anlatılmak istenen durumu kısaca özetleyelim. Eğer bir mal İİK'nın 82. maddesinde sayılan bir malsa, bu malın haczedilemeyeceği açıktır. Ancak bu mal 807. maddedeki bir malsa, bu malın sadece 807. maddede sayılan kişilerin alacakları bakımından haczedilmesinin mümkün olduğunu ifade etmektedir. Yani 807. maddede belirtilen mal, sadece 807. maddedeki kişilerin maddeyle ilgili olan alacakları için İİK'nın 82. maddesinin 2. fıkrasında belirtilen eşyanın bedelinden doğmuş alacak gibi kabul edilip haczedilebilecektir.

- Sigortalar veya tekaüt sandıkları tarafından tahsis edilen iratlar,

Bu sayılan mal ve hakların kısmen haczedilemeyeceğini söylemiştik. Peki, bu mal ve hakların ne kadarlık bir kısmı haczedilemeyecektir? Bununla ilgili İİK'nın 83. maddesi bize yol gösterici olmaktadır. Buna göre bu mal ve hakların borçlu ve ailesinin geçinmeleri için lüzumlu olan miktarı haczedilemeyecektir. Bu lüzumlu olan miktarı ise, icra memurunun takdirinde olup; bu miktar haczedilemeyecektir. (Bu miktarın dışında kalan kısmın ise haczi ve dolayısıyla cebri satışı mümkündür).

Ancak icra memuru lüzumlu olan miktarı üst sınır olarak bu mal ve hakların dörtte üçü olarak belirleyebilir. Bunun altında bir oranı lüzumlu olarak belirleyebilir, fakat üzerindeki bir oranı belirleyemez. Çünkü İİK'nın 83. maddesinin 2. fıkrasında bu mal ve hakların en az dörtte birinin haczedilmesinin gerektiği emredici şekilde bildirilmektedir¹⁹⁰.

Burada sayılan mal ve hakların tamamen haczedilmesi mümkün değildir. Bu mal ve hakların icra memurunca takdir edilecek olan borçlu ve ailesinin geçimi için lüzumlu olan miktarı (İcra memuru borçlu ve ailesinin geçimi için bu mal ve hakların en fazla dörtte üçünün haczedilmeyeceğini takdir edebilir. Daha fazlasının haczedilemeyeceğini söyleyemez. Borçlu ve ailesinin geçimi için gerekli olan miktar dörtte üçün altındaki bir oran da olabilir.) haczedilemeyecektir. Haczedilemeyen bu miktarın ise cebri icra yoluyla satışı da mümkün olmayacaktır.

Ayrıca, İİK'nın 82 – 83. maddelerinde sayılmayarak haczedilmesi mümkün olan ve İİK'nın 85. maddesinin 5. fıkrasında belirtilen geliri paraya çevirme ve muhafaza giderlerini karşılamayacağı kesin olan şeyler haczedilemez. Örneğin, borçluya ait eskimiş ve kırılmış koltukları, tamir edilse dahi tekrardan çalışması mümkün olmayan çamaşır makinesi haczedilemez¹⁹¹. Bu hüküm son derece yerinde olup; takip hukukunda usul ekonomisi ilkesinin bir yansıması olarak bulunmaktadır. Bu nedenle borçluya ait malvarlığı İİK'nın 85. maddesinin 5. fıkrasında belirtilen malvarlığı ise; bu malların haczi mümkün olmadığı için ayrıca cebri icra yoluyla satılması da mümkün değildir.

¹⁹⁰ İİK'nın 82. maddesinin 3.fıkrasındaki hüküm şu şekildedir:

“Ancak haczolunacak miktar bunların dörtte birinden az olamaz”

¹⁹¹ Pekcanitez/ Atalay/ Özekes, s. 288.

Yukarıda üç aşamalı olarak incelediğimiz mal ve hakların haczedilmesi ve dolayısıyla cebri icra yoluyla satılması mümkün değildir. Bu nedenle borçlunun yukarıda sayılan mal ve haklarının satılarak alacaklının alacağına kavuşmasına sağlamaya yönelik olmayan bu mal ve hakları mevcut eksiltme suçunun konusunu oluşturmayacağını ifade edebiliriz. Bu nedenlerle; mevcut eksiltme suçunun konusunun borçluya ait olan ve haczedilip, cebri icra yoluyla satılan malvarlığı olduğunu söyleyebiliriz.

C. Manevi Unsur

Kanunlarda suç olarak sayılan bir fiilin fail tarafından yerine getirilmesi durumunda, failin bu eylemi nedeniyle sorumlu tutulabilmesi için ayrıca fiil ile fail arasında manevi bir bağ da bulunmalıdır. Fiil ile fail arasındaki bu manevi bağ olmadan gerçekleştirilen davranış nedeniyle herhangi bir suçun oluştuğunun kabulü mümkün değildir¹⁹². İşte, failin sorumlu tutulabilmesi için ceza normunda yasaklanan fiilin gerçekleşmesinin yanında, haksızlık teşkil eden fiil ile fail arasında manevi bir bağın bulunması gerekir ki, bu manevi bağ, doktrinde “manevi unsur” tanımlanmaktadır¹⁹³.

Manevi unsur ile kusur kavramları birbirlerinin aynısı olduğu söylenemez. Manevi unsur işlenen fiil ile fail arasındaki bağ olarak ifade edilirken, kusurluluk failin işlemiş olduğu suç dolayısıyla kınanması, eleştirilmesi gerektiği konusundaki yargıyı ifade olarak tanımlanmaktadır¹⁹⁴. Yine manevi unsur, bir eylemin suç olabilmesi için gereken şartlardan biri olup; manevi unsur gerçekleşmediği takdirde, suç oluşturan bir eylem söz konusu olmayacaktır¹⁹⁵.

Bu nedenle, kusurluluk işlenen fiille ilgili olarak fail bakımından bulunulan bir değerlendirme yargısı olup, suçun unsurlarından biri olarak kabul edilmemektedir. Söz gelimi, failin işlemiş olduğu fiil dolayısıyla herhangi bir kusuru bulunmasa dahi, failin yapmış olduğu fiilin suç olması konusunda bir değişiklik olmayacaktır¹⁹⁶.

Konuyla ilgili olarak bir örnek verirsek, işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneğinin bulunmaması nedeniyle kusuru olmayan bir akıl hastasının, bir kimsenin başına odunla vurarak yaralaması, eylemi suç olmaktan çıkarmayacaktır. Akıl

¹⁹² Özgenç, s. 229.

¹⁹³ Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 318.

¹⁹⁴ Özgenç, s. 229; Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 318; Koca/ Üzülmüş, s. 135.

¹⁹⁵ Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 318.

¹⁹⁶ Özgenç, s. 229; Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 319.

hastasının bu eylemi yine haksızlık teşkil edecek ve kasten yaralama suçu açısından suç teşkil edecek sadece kusurundan söz edilmeyecektir. Bu nedenle, failin işlenen fiil dolayısıyla kusurunun bulunup bulunmadığından önce, failin fiili nedeniyle bir suçun bulunması gerekmektedir¹⁹⁷.

TCK'da manevi unsur türleri olarak; kast (TCK. m.21) ve taksirin (TCK. m.22) düzenlenmiş olduğunu görmekteyiz.

Kast, hukuk terimi olarak; *“ceza hukukunda yasanın suç saydığı bir fiili bilerek ve isteyerek işleme iradesi”*¹⁹⁸ olarak tanımlanmaktadır. TCK'nın 21. maddesinde de kastın tanımı yapılmıştır. Buna göre kast; *“Suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir”* şeklinde tanımlanmaktadır. Yine TCK'nın 21. maddesinde; *“Suçun oluşması kastın varlığına bağlıdır”* denilmesi karşısında; TCK'nın kastı, haksızlığın bir unsuru olarak kabul ettiği sonucuna ulaşılmaktadır¹⁹⁹.

Kast, doktrinde de “bilmek” ve “istemek” olarak tanımlanmaktadır²⁰⁰. Kastın unsurlarından olan “bilme”; failin suçun kanuni tanımında bulunan unsurlara ilişkin olarak bilgiye sahip olması olarak ifade edilmektedir. Bu bilginin kapsamı, failin işlediği suçun kanunda belirtilen tüm unsurlar ile suçun kurucu unsurları, yaptığı veya yapacağı hareket, suça etkili olan ağırlatıcı nedenler, mağdurla ilgili, örneğin memur olma gibi hukuki veya altsoy - üstsoy olma gibi fiili özellikler olarak kabul edilmektedir. Buna karşılık, bilme unsuruna, suça ilişkin hafifletici nedenler, cezalandırılabilme ve kovuşturma şartları, ceza verilmesini engelleyen kişisel nitelikler ve hukuka uygunluk nedenlerini kapsamaması gerekmektedir²⁰¹.

Kasta ilişkin diğer bir unsur da “isteme”dir. Bir fiil nedeniyle meydana gelecek neticenin bilinmesi onun tek başına istenildiği anlamına gelmemektedir. Neticenin bilinmesi yanında istenilmesi de gereklidir ki kasttan söz edilebilsin. Neticenin

¹⁹⁷ Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 319.

¹⁹⁸ Yılmaz, Hukuk Sözlüğü, s.361.

¹⁹⁹ Koca/ Üzülmöz, s. 134.

²⁰⁰ Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 235. Ancak, doktrinde Özgenç; istemenin kastın bir unsurunu oluşturmadığını ifade etmektedir. Özgenç ise, *“Fail işlediği fiilin sonuçlarını öngörmüş ise, bunların gerçekleşmesini istemese bile, kasten hareket etmiştir. Örneğin, kişi mecbur edildiği bir fiili işlemesi durumunda, bunun sebebiyet vereceği sonuçların bilincindedir. Her ne kadar bu fiili işlemeyi ve sebebiyet verdiği neticenin gerçekleşmesini istememiş ise de, bu durumda failin kasten hareket ettiği hususunda tereddüdümüz yoktur. Bu itibarla, kast açısından isteme unsurundan söz edilmesinin doğru olmadığını düşünmekteyiz”* görüşünü benimsemektedir. Özgenç, s. 239 – 240.

²⁰¹ Centel/ Zafer/ Çakmut, s. 344.

istenilmesi, aynı zamanda kastın irade unsurunu oluşturmaktadır. Bu nedenle kastın unsurlarından biri de bilmenin yanında istemedir²⁰². İsteme, kast ile taksirin arasındaki özellikleri nedeniyle birbirinden ayrılmasına yardımcı olmasıyla birlikte kastın da kendi içerisinde sınıflandırılmasını sağlamaktadır²⁰³. Kastın kendi içerisindeki sınıflandırılmalarına da kısaca değinelim. Doktrinde kast, bu anlamda doğrudan kast ve olası kast olarak ikiye ayrılmaktadır.

Doğrudan kast; failin işlemek istediği suça ilişkin olarak maddi unsurların tamamını düşünmüş, öngörmüş ve bilgi sahibi olmuş olması durumu olarak karşımıza çıkmaktadır²⁰⁴. Bu durumda fail, kendisi için hedef olan bir neticeyi elde etmek istemekte ve iradesini bu neticenin gerçekleşmesi için kullanmaktadır²⁰⁵.

Olası kast ise; bir suçun kanuni tanımındaki maddi unsurların gerçekleşebileceği fail tarafından öngörülmekte olup, ancak somut olayda suçun maddi unsurlarının gerçekleşmesi, fail tarafından muhakkak değil, muhtemel addedilen kast türü olarak ifade edilmektedir²⁰⁶. Yine TCK'nın 21. maddesinin 2. fıkrasında da olası kastın tanımı yapılmıştır. Buna göre olası kast; *“Kişinin, suçun kanuni tanımındaki unsurların gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen, fiili işlemesi halinde olası kast vardır”* şeklinde ifade edilmektedir.

Olası kast durumunda fail neticeyi istememekte, ancak neticenin meydana gelmesi risk, ihtimal olup, fail bu neticenin meydana gelecek olmasına da aldırılmaktadır. Böylece, failin neticeyi öngörmüş olmasına rağmen aldırılmaması, fail açısından neticenin de göze alındığı anlamına gelmektedir. Bu nedenle fail, olası kast durumunda “olursa olsun, netice gerçekleşirse gerçekleşsin” düşüncesiyle hareket etmektedir²⁰⁷. Bu nedenle fail, meydana gelen neticeden de sorumlu tutulmaktadır.

Kasta ilişkin yukarıda belirtilen ayırım haricinde bir diğer ayırım ise; genel kast ve özel kast olarak ikiye ayrılmaktadır²⁰⁸.

²⁰² Centel/ Zafer/ Çakmut, s. 344, Özbek/Kanbur /Doğan /Bacaksız /Tepe, s. 239.

²⁰³ Özbek/Kanbur /Doğan /Bacaksız /Tepe, s. 239, Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 329.

²⁰⁴ Özgenç, s. 240.

²⁰⁵ Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 329–330.

²⁰⁶ Özgenç, s. 241.

²⁰⁷ Özbek/Kanbur /Doğan /Bacaksız /Tepe, s. 248.

²⁰⁸ Özbek/Kanbur /Doğan /Bacaksız /Tepe, s. 243.

Genel kast; failin iradesinin hem hareket, hem de neticeye yönelmesi, hareket ve neticenin bilinmesi ve istenmesi olarak ifade edilmektedir²⁰⁹. Genel kast kural olarak bütün suçlar açısından temel manevi unsur hali olarak karşımıza çıkmaktadır. Genel kast durumunda fail suçun tüm objektif unsurlarını bilerek ve isteyerek gerçekleştirmektedir. TCK'nın 21. maddesinin 1. fıkrasında; “*Suçun oluşması kastın varlığına bağlıdır*” denilmektedir. Böylece TCK'ya göre suçlar, kural olarak kasten işlenebilmektedir.

Özel kast ise; hareketin ve neticenin fail tarafından bilinip istenmesinin suçun oluşması için yeterli olmadığı, bilme ve istemeye ilave olarak failin belli bir saik ile hareket etmesinin de arandığı kast türü olarak karşımıza çıkmaktadır²¹⁰. Saik, suç tipinde belirtilen neticeyi gerçekleştirmeye yönelik olan failin iç aleminde oluşan ve hareketi yönlendiren hareketle ilgili kararın alınmasındaki etken olarak ifade edilmektedir²¹¹. Bu anlamda saikin failin kastından önce geldiği ve failin kastının oluşmasını hazırlayan düşünce olduğu kabul edilmektedir.

Ceza hukukunda failin saiki dikkate alınmakta mıdır? ya da önemli olarak kabul edilmekte midir? TCK'da, failin bir suç işlerken sahip olduğu saik kural olarak dikkate alınmamaktadır. Saik, bir suç ile ilgili olarak o suçta özel kastın arandığı durumlarda göz önünde tutulmaktadır.

Bazı durumlarda da saik, suçun nitelikli halini oluşturmaktadır. Örneğin kasten öldürme suçu töre saikiyle işlenmesi suçun nitelikli halini oluşturmaktadır. Bu durumlarda saikin artık bir önem arz ettiği ve suçun manevi unsurlarından biri haline geldiği görülmektedir²¹². Yine, saik suçun temel şeklinde veya nitelikli halinde önemli olmadığı suçlarda yani genel kast ile işlenen suçlarda suçun unsurları açısından önemli olmayacaktır. Ancak genel kastla işlenebilen suçlarda failin saiki cezanın belirlenmesi açısından göz önünde tutulmaktadır. Bu durum TCK'nın 61. maddesinin 1. fıkrasında;

“*Hakim somut olayda;*

.....

²⁰⁹ Özbek/Kanbur /Doğan /Bacaksız /Tepe, s. 243.

²¹⁰ Centel/ Zafer/ Çakmut, s. 393.

²¹¹ Özbek/Kanbur /Doğan /Bacaksız /Tepe, s. 244.

²¹² Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 340.

g) *Failin güttüğü amaç ve saiki, göz önünde bulundurularak, işlenen suçun kanuni tanımında öngörülen cezanın alt ve üst sınırı arasında temel cezayı belirler...*” denilerek saikin temel cezanın tayininde dikkate alınması gereken hususlar arasında sayıldığı görülmektedir²¹³.

Taksir ise; Arapça kusur kökünden türemiş bir kelime olup; hukuk terimi olarak ise, neticenin fail tarafından öngörülebilir, tahmin edilebilir olduğu halde öngörülmemesi veya neticenin öngörüldüğü halde istenmemesi olarak ifade edilmektedir²¹⁴. Taksire ilişkin TCK’nın 22. maddesinde hüküm bulunmaktadır. Buna göre taksir; “*Taksir, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla, bir davranışın suçun kanuni tanımında belirtilen neticesi öngörülmeyle gerçekleştirilmesidir*” şeklinde tanımlanmaktadır.

Taksir kendi içinde taksir (bilinçsiz) ve bilinçli taksir olarak ikiye ayrılmaktadır. Bilinçli taksir; fail tarafından öngörülen neticenin gerçekleşmesinin istenmemesine rağmen harekete devam edilmesi durumu olarak ifade edilmektedir²¹⁵. Bilinçli taksire ilişkin TCK’nın 22. maddesinde hüküm bulunmaktadır. Buna göre bilinçli taksir;

“*Kişinin öngördüğü neticeyi istememesine karşın, neticenin meydana gelmesi*” şeklinde tanımlanmaktadır.

Bilinçsiz taksir ise; failin objektif dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranarak hukuka aykırı neticeyi öngörmesi gerekirken öngörmemesi (tahmin edememesi), hiç düşünmemesi, aklına getirmemesi olarak ifade edilmektedir²¹⁶.

Bilinçli taksir ile bilinçsiz taksiri birbirinden ayıran özellik, bilinçli taksir durumunda istenmeyen ve öngörülebilir olan netice failen öngörülürken, bilinçsiz taksirde ise netice, öngörülememektedir²¹⁷.

Bir suç kural olarak, ancak kasten işlenebilir. Ancak kanunda bir suçun taksirle de işlenebileceği yazılmışsa, başka bir ifadeyle bir suçun taksirli şekline yer verilmiş ise, o suçun taksirle de işlenmesi mümkün olacaktır. Bu nedenle kast sorumluluğu asıl

²¹³ Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 341.

²¹⁴ Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 347.

²¹⁵ Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 347.

²¹⁶ Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 379.

²¹⁷ Özbek/Kanbur /Doğan /Bacaksız /Tepe, s. 462; Koca/ Üzülmüş, s. 170.

sorumluluk, taksir sorumluluğu ise istisnai sorumluluk olarak karşımıza çıkmaktadır²¹⁸. Nitekim bu durum TCK'nın 22. maddesinde “*Taksirle işlenen fiiller, kanunun açıkça belirttiği hallerde cezalandırılır*” denilmek suretiyle açıkça ifade edilmiştir. Böylece bir suçun taksirle işlenip işlenemeyeceği için o suçun kanunda taksirli şekline yer verilip verilmediğine bakılmalıdır.

Yukarıda belirtilen açıklamalar ışığında baktığımızda; İİK'nın 331. maddesinde düzenlenen mevcut eksiltme suçu; kasten işlenebilen bir suçtur. Kanun metninde de işlenen fiilin cezalandırılabilmesi için “*alacaklısını zarar sokmak maksadıyla*” gerçekleştirilmiş olması gerekmektedir. Kanun metninde geçen maksat kelimesi “*istenilen şey, amaç, gaye, erek*”²¹⁹ anlamına gelmektedir. Bu nedenle, mevcut eksiltme suçu kasten işlenebilen bir suç olarak karşımıza çıkmaktadır.

Peki, bu suçun taksirle işlenebilmesi mümkün müdür? Kanun koyucu, burada açıkça fiilin alacaklısını zarara sokmak maksadıyla yapılması halinde cezalandırılacağını belirttiği için; bu suçun taksirle işlenebilmesi mümkün değildir. Çünkü burada cezalandırılan eylem, borçlunun alacaklısının zarar görmesini sağlamaya yönelik eylemdir. Bu eylem borçlu tarafından kasten yani bilerek ve isteyerek yapılmalıdır ki, suç oluşsun. Zaten, olayın niteliği gereği; borçlunun taksirle alacaklısını zarara sokma kastıyla hareket edilmesi mümkün değildir. Bu nedenle; kanun koyucunun aradığı “*alacaklısını zarar sokmak maksadıyla*” taksirin bir arada olması mümkün değildir.

Mevcut eksiltme suçuyla ilgili kanun hükmünde fiilin cezalandırılabilmesi için “*alacaklısını zarara sokmak maksadıyla*” gerçekleştirilmiş olması halinde cezalandırılacağını bu nedenle sadece kasten işlenebilen bir suç olduğuna değinmiştik. Burada kanun koyucu kasten işlenebilen bu suç için “*bilme ve isteme*” iradesini yeterli görmemiş ve sanığın kastının bunlara ilave olarak “*alacaklısını zarara sokmak maksadıyla*” yapılmış olmasının gerektiğini belirtmiştir. Bu nedenle; mevcut eksiltme suçu; genel kast ile değil; ancak özel kastla işlenebilen bir suç olarak karşımıza çıkmaktadır²²⁰. Maddede failin, genel kastına ilave olarak alacaklısını zarara sokma

²¹⁸ Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 348.

²¹⁹ Türkçe Sözlük, s.1333.

²²⁰ Tosun, Kerim/ Artuç, Mustafa, Türk Hukukunda Suçlar ve Kabahatler ile Açıklamalı – İçtihatlı Tüm Özel Ceza Yasaları, cilt:1, Adalet Yayınevi, Ankara, 2008, s. 1025; Uyar, Talih/ Uyar, Alper/ Uyar, Cüneyt, İcra ve İflâs Kanunu Şerhi El Kitabı, cilt: 2, Bilge Yayınevi, Ankara, 2012, s. 3300; Kürtül, s. 27; İnan, s. 54.

kastı da arandığı için bu suçun genel kastla işlenemeyeceğini, ancak özel kastla işlenebilen bir suç olduğunu ifade edebiliriz. Mevcut eksiltme suçunu düzenleyen maddede suçun oluşumu için, özel bir amaç arandığına göre (*alacaklısını zarara sokma kastı*), failin kastının bu özel amaç olması durumunda suç oluşacağı için; incelemekte olduğumuz suç tipi, özel kastla işlenebilen bir suçtur.

Peki, mevcut eksiltme suçu acaba olası kastla işlenebilir mi? Bu soruya vereceğimiz cevap, sadece mevcut eksiltme suçu için değil, aynı zamanda özel kastla işlenebilen suçlara ilişkin bir cevap olarak karşımıza çıkmaktadır. Çünkü eğer bir suç özel kastla işlenebiliyorsa bu suçun olası kastla işlenmesi mümkün değildir²²¹. Özel kastla işlenebilen suç açısından failin saiki önemlidir ve fail bu saikin gerçekleşmesi amacıyla suçu işlemektedir. Yoksa olursa olsun düşüncesiyle saikin bir arada olması mümkün değildir. Bu nedenle; tüm özel kastla işlenebilen suçlar gibi, mevcut eksiltme suçu da sadece doğrudan kastla işlenebilecek olup; olası kastla işlenmesi mümkün olmayacaktır.

Konuyla ilgili olarak Yargıtay'ın yakın tarihli bir kararında; “...*Sanığın oto alım– satım işi yaptığını ve araçları da bu ticari faaliyet çerçevesinde alıp sattığını ileri sürdüğü, yargılama sırasında dinlenen tanık beyanlarının da savunmayı doğrular şekilde olduğu gözetildiğinde, sanığın kastının olup olmadığı açısından; araçların ne şekilde alacaklıyı zarara sokmak amacıyla satıldığı tartışılmadan, eksik inceleme ve değerlendirme ile yazılı şekilde mahkûmiyet kararı verilmesi yasaya aykırıdır*”²²² denilerek; galerici olan sanığın satmış olduğu arabaların ticari faaliyet kapsamında mı yoksa alacaklısını zarara sokma kastıyla mı satıldığı araştırılması gerektiğini ifade etmektedir. Burada aracın hangi maksatla satıldığı önemlidir. Çünkü suçun oluşumu için özel kast olan alacaklısını zarara sokma kastı aranmaktadır. Böylece, aracın ticari faaliyet kapsamında satıldığı takdirde; sanığın kastının alacaklısını zarara sokmak olmayacağı, bu nedenle de özel kastla işlenen mevcut eksiltme suçunun oluşmayacağı açıktır. Bu nedenle; olayda sanığın kastının tespiti, suçun oluşumu açısından önem arz etmektedir.

Yine Yargıtay'ın bir başka kararına göre de; “*müşteki tarafın, sanığın şirkete ait benzin istasyonu bulunan taşınmazı alacaklılarını zarara uğratmak amacıyla devrettiğini,*

²²¹ Özbek/Kanbur /Doğan /Bacaksız /Tepe, s. 245.

²²² Yargıtay 11. C.D., 28/2/2013, 2012/17415 E., 2013/ 3314 K., UYAP Portal e. t. 17/2/2014.

sanığın ise diğer borçlarını ödemek amacıyla taşınmazı sattığını savunması karşısında, sanığa isnat edilen suç kastının oluşup oluşmadığının tespiti açısından satışı yapılan taşınmazdan elde edilen paranın akıbetinin ne olduğu, borç ödenmesinde kullanılıp kullanılmadığı, borç ödenmişse ilgili takip dosyaları getirtilerek borcun muvazaalı ya da hayali borç ikrarına dayalı olup olmadığı, banka veya sosyal güvenlik kurumlarına olan borcun ödenmesine sarf edilmişse, bu durumun ilgili kurumlara sorularak, sonucuna göre şikayete konu taşınmazın alacaklıyı zarara sokmak kastıyla yapıp yapılmadığı hususunda sanığın hukuki durumunun tayini gerekirken eksik incelemeyle yazılı şekilde beraat kararı verilmesi isabetsizdir”²²³ denilmektedir. Böylece, sanığın yapmış olduğu taşınmaz satışının suçun oluşumu için gerekli olan özel kast (alacaklısını zarara sokma) ile yapıp yapılmadığının tespiti için; sanığın bu satış neticesinde elde etmiş olduğu parayı ne şekilde harcadığı önem kazanmaktadır. Gerçekten de sanık parayı diğer borçları için ödemişse bu durumda taşınmaz satışıyla ilgili sanığın kastının alacaklısını zarara sokma olmadığı kabul edilmelidir.

Ancak önemle ifade etmek gerekir ki; haklarında mevcut eksiltme suçuyla ilgili olarak dava açılan sanıkların satmış oldukları mallar için böyle bir savunma getirmeleri veya böyle bir savunma yapmaları beklenebilen sanık davranışı olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu nedenle, böyle bir durumda sanığın aldığı parayı ne şekilde kullandığının tespit edilmesi son derece önemlidir. Sanık, aldığı parayı başka borç ödemelerinde kullandığını ifade ediyorsa bu durumda sanığın ödediğini söylediği icra takip dosyaları getirilmelidir. Bu dosyaların incelenmesinde gerçekten de sanığın taşınmaz satışından aldığı parayı dosyaya yatırıp yatırmadığı araştırılmalıdır. Sanık, aldığı parayı dosyalara yatırıp borcunu ödemiş ise; bu durum makul bir insan davranışı olarak kabul edilmeli ve sanığın alacaklısını zarara sokma kastıyla hareket etmediği kabul edilmelidir.

Yine, bu örnek olay bakımından da şu ayrıntı yine önem arz etmektedir: Sanığın taşınmaz satışından elde etmiş olduğu parayla ödediği borcun doğumu önemlidir. Gerçekten de; sanığın taşınmaz satışından doğan parayla ödemiş olduğu borcun kaynağı araştırılmalıdır. Çünkü borçlu alacaklısının alacağına kavuşmasına engel olmak amacıyla olmayan bir borç üretip bu borcu ödediğini beyan etmesi karşısında borcun gerçekten de var olan bir borç olup olmadığının ve bu borç ilişkisinin araştırılması gerekmektedir.

²²³ Yargıtay 16. H.D., 16/11/2011, 2011/2755 E., 2011/ 7321 K., UYAP Portal e. t. 4/4/2014 .

Konuyla ilgili bir Yargıtay kararında; “Müştekinin borçlu sanık H. G. hakkında Sultanbeyli İcra Müdürlüğünün 2006/226 esas numaralı dosyası ile 06.02.2006 tarihinde takibe geçmesinden sonra, 24.02.2006 tarihinde borçlu sanık hakkında yakın akrabası olduğu iddia edilen diğer sanık M. T. tarafından Sultanbeyli İcra Müdürlüğünde 2006/379 esas numaralı dosya üzerinden takip yapıldığı ve bu takip sırasında borçlu sanık H. G.’nin bizzat icra dairesine gelerek borcu kabul edip, dosyanın kesinleşmesi için kanuni sürelerden ve itiraz haklarından feragat ettiği, bilahare 07.03.2006 tarihinde de taşınmazını diğer sanık M. T.’ye satması gibi hususlar dikkate alındığında, borçlu sanık H. G. ile sanık M. T. arasındaki Sultanbeyli İcra Müdürlüğünün 2006/379 esas sayılı takip dosyası getirtilerek, taraflar arasındaki borç ilişkisinin asıl olmayan borç ikrarına dayanıp dayanmadığı ve taşınmazın devrinin muvazaalı olup olmadığı incelenmelidir”²²⁴ denilmektedir. Böylece, bu borcun doğumu mevcut eksiltme suçunun oluşması açısından önem arz etmektedir. Borç, sanık hakkındaki icra takibini etkisiz kılmak amacıyla yapılmış ise bu durumda borcun gerçek olmadığı ve mevcut eksiltme suçunun oluştuğunu ifade edebiliriz.

Mevcut eksiltme suçunun oluşabilmesi için; borçlunun, alacaklısını zarara sokma kastıyla mevcudunu eksiltmesi yeterli olmayıp, borçlunun fiili nedeniyle alacaklının alacağını alamamış olması durumunda suçun gerçekleşeceğine, bu nedenle “alacaklının alacağını alamamış” olmasının objektif cezalandırılabilme şartı olduğuna yukarıda değinmiştik. Peki, borçlunun kastı açısından; yapmış olduğu fiilin “alacaklının alacağını alamamış” olması sonucunu doğuracağını bilmesi gerekli midir?

Kanaatimizce, borçlunun kastının tespiti açısından “alacaklının alacağını alamamış” olmasını bilmesi gerekmemektedir. Çünkü mevcut eksiltme suçunda, “alacaklının alacağını alamamış” olması objektif cezalandırılabilme şartıdır. Objektif cezalandırılabilme şartının arandığı suçlarda, kastın bilme unsuruna dahil olmayan bu şartın, kastın varlığı açısından bilinip bilinmemesinin bir önemi yoktur²²⁵. Bu nedenle, kastın varlığı açısından objektif cezalandırılabilme şartının fail tarafından bilinmesi gerekmemektedir.

²²⁴ Yargıtay 16. H.D., 25/5/2007, 2007/1436 E., 2007/ 1946 K., UYAP Portal e. t. 4/4/2014.

²²⁵ Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 569; Koca/ Üzülmez, s. 144.

Mevcut eksiltme suçunda da objektif cezalandırılabilme şartı arandığı için, borçlunun kastı açısından, alacaklının alacağını alamamış olmasını bilmesi gerekli değildir. Borçlunun kastı açısından, alacaklısını zarara sokma kastıyla yapmış olduğu fiili ile alacaklının alacağını alamamış olması arasında illiyet bağının bulunması yeterlidir. Borçlunun ayrıca, alacaklının alacağını alamamış olduğunu bilmesine gerek yoktur.

D. Hukuka Aykırılık Unsuru

Bir haksızlık olarak, suçun bağımsız unsurlarından bir tanesi de hukuka aykırı olmasıdır. Hukuka aykırılık; işlenen ve kanundaki tarife uygun olan fiile hukuk düzeni tarafından cezası verilmemesi, bu fiilin mübah sayılmaması, yalnız ceza hukuku ile değil, bütün hukuk düzeni ile çelişki ve çatışma halinde bulunması olarak ifade edilmektedir²²⁶. Hukuka aykırılık, hukukun genel olarak yapılmasını veya uyulmasını istemiş olduğu taleplerin aksine olarak fiil hakkındaki negatif değer hükmü olarak karşımıza çıkmaktadır²²⁷.

Bir fiil hakkında değerlendirme yapılırken, fiilin hem tipe uygun olup olmadığı hem de hukuka aykırılığı ortadan kaldıran bir sebebin bulunup bulunmadığı araştırılmaktadır. Bu nedenle, hukuka aykırılık, suçun bağımsız bir unsuru olarak karşımıza çıkmaktadır²²⁸.

Ayrıca, hukuka aykırılık ile tipiklik arasında da yakın bir ilişki bulunmaktadır. Bir fiilin tipik olması o fiilin hukuka aykırı olduğuna karine teşkil etmektedir²²⁹. Yani tipiklik, hukuka aykırılığın karinesi olarak kabul edilmektedir.

Hukuka aykırılığın yalnız ceza hukuku ile değil tüm hukuk düzeni açısından çatışma içinde bulunduğu yukarıda ifade edilmişti. Bu nedenle; TCK ya da başkaca ceza içeren kanunlarda, bu kanunların suç saydığı bir fiilin işlenmesine diğer başkaca bir maddede ya da başkaca bir kanunda ya da başka bir hukuk dalında izin veriliyorsa, o fiil, ilgili kanun maddesine uygun olduğu için ve hukuk düzeni tarafından yasak getirilmediği için suç olarak kabul edilemeyeceği açıktır. İşte, ceza kanunlarının yasakladığı bir fiilin işlenmesine izin vermek suretiyle, onun hukuka aykırı olmasını engelleyen, dolayısıyla

²²⁶ Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 398.

²²⁷ Özbek/Kanbur /Doğan /Bacaksız /Tepe, s. 255.

²²⁸ Özbek/Kanbur /Doğan /Bacaksız /Tepe, s. 255.

²²⁹ Özbek/Kanbur /Doğan /Bacaksız /Tepe, s. 255; Koca/ Üzülmüş, s. 95, 211.

fiili hukuk düzeni bakımından hukuka uygun hale getiren kurallara, hukuka uygunluk sebebi denilmektedir²³⁰.

TCK'da hukuka uygunluk sebebi olarak kanun hükmünü yerine getirme, meşru savunma, hakkın kullanılması ve ilgilinin rızası yer almaktadır.

a. Kanun Hükmünü Yerine Getirme

Kanun hükmünü yerine getirme, TCK'nın 24. maddesinin 1. fıkrasında “*Kanunun hükmünü yerine getiren kimseye ceza verilmez*” denilmek suretiyle ifade edilmiştir.

Eğer kanunda bulunan bir hüküm, kişiye herhangi bir konuda bir hak veya yetki vermiş ise, bu hak veya yetkinin kanunda belirtilen şekilde kullanılması durumunda hukuka aykırılık durumu söz konusu olmayacaktır²³¹.

Mevcut eksiltme suçu açısından; kanun hükmünü yerine getirme söz konusu olmamaktadır. Çünkü bu suçta sanık, alacaklısını zarara sokma kastıyla muvazaalı işlemlerde bulunmaktadır. Muvazaalı işlem ise; hukuk düzeninin geçerli saymadığı, hukuken korunan bir menfaatin ihlal edilmesi amacıyla yapılan bir işlemdir. Bu nedenle muvazaalı bir işlem hukuk düzeni tarafından geçerli sayılmadığı ve herhangi bir kanunun verdiği hak veya yetkinin kullanımı söz konusu olmadığı için kanun hükmünü yerine getirme olmayacaktır.

Ayrıca, sanığın işlemiş olduğu fiili hukuken uygun kabul eden başkaca bir kanun hükmü de bulunmamaktadır. Çünkü mevcut eksiltme suçunda sanık fiilini alacaklısını zarara sokma kastıyla yapmakta olup; başka bir kanundan doğan bir hak veya yetki kullanmamaktadır. Bu nedenle; mevcut eksiltme suçu açısından kanun hükmünü yerine getirme hukuka uygunluk sebebi olamaz.

b. Meşru Müdafaa

Meşru müdafaa, bir kimsenin, kendisi veya başkasına karşı olan bir tecavüz veya saldırıya karşı, kendisini savunma amacıyla saldırıyı defedebilecek ölçüde kuvvet kullanılması olarak ifade edilmektedir²³². Bir kişi kendisine karşı bir saldırı olduğu

²³⁰ Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 398; Koca/ Üzülmez, s. 213.

²³¹ Özgenç, s. 301; Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 406.

²³² Özgenç, s. 335.

takdirde, hakkını kaybetmemek amacıyla, dürtüsel olarak saldırıyı engellemek ister. Çünkü bu davranış doğal, kabul edilebilir bir davranıştır. Bu normal davranış, kişinin kendisini savunması müdafaa etmesidir. Saldırının karşı taraftan gelmesi ve kişinin de kendisini korumak amacıyla hareket etmesi de bu müdafaanın meşru olmasını doğurmaktadır. Bu nedenle; meşru müdafaa aslında kişinin kendisine karşı yönelmiş olan bir saldırı karşısında doğal olarak tepki göstermesinin hukuk düzenince de tanınması anlamına gelmektedir.

Meşru müdafaa, TCK'nın 25. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenmiştir. Buna göre meşru müdafaa bakımından;

“Gerek kendisine ve gerek başkasına ait bir hakka yönelmiş, gerçekleşen, gerçekleşmesi veya tekrarı muhakkak olan haksız bir saldırıyı o anda hal ve koşullara göre saldırı ile orantılı biçimde defetmek zorunluluğu ile işlenen fiillerden dolayı faile ceza verilmez” denilmektedir.

TCK düzenlemesi çerçevesinde meşru savunmadan söz edebilmek için aşağıda yazılan şartların bulunması gerekmektedir. Bu şartlar;

- a) Bir saldırının bulunması,
- b) Bu saldırının haksız olması,
- c) Bu saldırının bir hakka yönelik olması,
- d) Bu saldırının halen devam ediyor olması,
- e) Bu saldırıya karşı koyma zorunluluğu olması,
- f) Karşı koymanın saldıran kişiye karşı yapılması,
- g) Karşı koymanın saldırı ile orantılı olması gereklidir.

Bu belirtilen şartların tamamı bulunduğu takdirde meşru müdafaadan söz edilebilecek olup; bir veya bir kaçının eksik olması durumunda meşru müdafaanın şartları oluşmayacaktır.

Mevcut eksiltme suçu açısından; meşru müdafaa söz konusu olmamaktadır. Çünkü sanığın fiili işlerken kendisine karşı alacaklıdan herhangi bir hukuka aykırı saldırı gelmemektedir. Söz gelimi; borçlunun dükkan komşusu olan alacaklısı ile kendisine 6 ay boyunca takip yapmaması konusunda anlaşmıştı varsayalım. Taraflar arasındaki yazılı olmayan anlaşmaya rağmen alacaklının borçlu hakkında takip yaptığını ve buna kızan borçlunun alacaklısının alacağını almasına engel olmak amacıyla mallarını sattığını düşünelim. Sanık savunmasında alacaklısının kendisine karşı 6 ay takip yapmayacağını beyan etmesine rağmen takip yapması karşısında; alacaklının takip yapmasını meşru müdafaa için aranan “saldırı” olarak kabul edemeyiz. Çünkü alacaklının takip yapması hukuken geçerli olup; hukukun kendisine vermiş olduğu bir hak ve yetkidir. Alacaklı bu hakkını kullanarak sanık hakkında takip yapmakla borçluya karşı hukukun korumadığı bir saldırıda bulunmuş olmamaktadır. Bu nedenle; sanığın fiilin meşru müdafaa olarak değerlendirilemeyeceğini ifade edebiliriz.

Borçlunun, bütün malvarlığını alacaklısından kaçırarak çocuğu için lüzumlu olan ameliyat masraflarına harcaması durumunda; mevcut eksiltme suçu için zorunluluk halinden bahsedilebilecek midir? Kanaatimizce; borçlunun bütün malvarlığını alacaklısından kaçırarak çocuğunun ameliyatı için kullanması durumunda; mevcut eksiltme suçu açısından zorunluluk halinden değil, kast yokluğundan söz edileceğini düşünmekteyiz. Çünkü mevcut eksiltme suçu; özel kast olan “alacaklısını zarara sokma” kastıyla işlenebilen bir suçtur. Örneğimizde; borçlunun kastı alacaklısını zarara sokma kastı değil, çocuğunu ameliyat ettirme kastıdır. Bu durumda; borçlunun alacaklısını zarara sokma kastı bulunmadığı için; mevcut eksiltme suçu da oluşmayacaktır.

Borçlunun, iki alacaklısının olduğunu, alacağı önce doğan alacaklının henüz borçlu hakkında takip yapmadığını, alacağı daha sonraki bir tarihte doğan alacaklının takip yaptığını ve haciz için, borçlunun evine geldiğini ve borçlunun haciz baskısından kurtulmak için elindeki son parasıyla borcu ödemesi durumunda, borçlunun fiili zorunluluk hali olarak kabul edilebilecek midir? Kanaatimizce; borçlunun burada da fiili alacaklısını zarara sokma kastıyla yaptığından söz edilemeyeceği için, mevcut eksiltme suçu oluşmayacak olup; suç oluşmadığı için zorunluluk halinden de söz edilemeyeceğini düşünmekteyiz.

Konuyu bir başka örnek üzerinden inceleyelim: Borçlunun, alacaklısına 20. 000 TL borçlu olduğunu ve borcun doğum sebebinin bir bono olduğunu ve bononun borçlunun elinden zorla alındığını (senedin yağması, TCK. m. 148/2) düşündüğümüzde; borçlunun senedin yağmasına dayalı borcu için, alacaklısını zarara sokma kastıyla tüm malvarlığını kaçırmaması meşru müdafaa olarak kabul edilebilir mi?

Kanaatimizce; bu durumda bononun hukuken geçerli olup olmadığına göre bir kararın verilmesi gerektiğini düşünmekteyiz. Söz gelimi, borçlunun borcunu teşkil eden bononun, senedin yağması yoluyla alındığı iddiasıyla açılmış bir hukuk davası veya senedin yağmasına ilişkin bir ceza mahkemesi kararı yoksa borçlunun fiili nedeniyle meşru müdafaadan söz edilmeyeceğini düşünmekteyiz. Çünkü her ne kadar borçlu senedin elinden zorla alındığı iddiasıyla fiili gerçekleştirdiğini ifade etse de, senedin hukuken iptal edilmemiş olması ve halen hukuken geçerli olarak kabul edilmesi nedeniyle meşru müdafaadan söz edilemeyecektir. TCK'nın 25. maddesinde meşru müdafaanın olabilmesi için; saldırının haksız olması gerektiği ifade edilmektedir. Senet halen geçerli olduğu için, ortada haksız bir saldırıdan söz edilemeyecektir. Haksız bir saldırı olmadığı için de, borçlunun fiili, meşru müdafaa olarak kabul edilmesinin mümkün olmayacağını düşünmekteyiz.

Borçlunun borcunu teşkil eden bononun, senedin yağması yoluyla alındığı iddiasıyla açılmış bir hukuk davası varsa, bu durumda senedin yağma yoluyla alındığının hukuk mahkemesince tespit edilmesi durumunda alacaklının alacağının temelini teşkil eden bono iptal edileceği için, alacaklının hukuken korunan bir alacağı olmayacaktır. Alacaklının hukuken korunan bir alacağı olmayacağı için de, borçlunun fiili, mevcut eksiltme suçunu oluşturmayacaktır. Suç oluşmayacağı için, meşru müdafaadan da söz edilmesi mümkün değildir.

Borçlunun borcunu teşkil eden bononun, senedin yağması yoluyla alındığına ilişkin bir ceza mahkemesi kararı varsa, bu durumda senedin yağma yoluyla alındığı ceza mahkemesi tarafından tespit edildiği için, yine alacaklının hukuken korunan bir alacağı olmayacağı için, borçlunun fiili, mevcut eksiltme suçunu oluşturmayacaktır. Suç oluşmayacağı için, meşru müdafaadan da söz edilmesi mümkün değildir.

Bu nedenle; alacaklının alacağının bir bonoya dayanması durumunda, borçlunun alacaklısını zarara sokma kastıyla yapmış olduğu fiiller, mevcut eksiltme suçuna meşru

müdafa olarak kabul edilemeyecek olup; bononun hukuken geçerli olup olmadığına göre; ya mevcut eksiltme suçu oluşacak olup, meşru müdafa olmayacak veya mevcut eksiltme suçu oluşmayacağı için, meşru müdafaadan da söz edilemeyeceğini düşünmekteyiz.

Burada ayrıca şu hususa da dikkat edilmesi gerekmektedir: Borçlunun, senedin zorla alındığını iddia etmesi durumunda, senedin iptali için hukuk mahkemesinde dava açıp açmadığı veya senedin zorla alındığına ilişkin şikayetçi olup olmadığı, mevcut eksiltme suçuna bakan icra ceza mahkemesi açısından önem taşımaktadır. Hukuk veya ceza mahkemesinin vereceği karar, suçun oluşmayacağına delalet edebileceği için, (hukuk mahkemesince verilen bononun iptali veya ceza mahkemesince verilen senedin yağma yoluyla alındığının tespiti), açılmış olan böyle bir dava varsa icra ceza mahkemesi tarafından bu davaların sonuçlarının beklenilmesi gerektiğini düşünmekteyiz. Mallarını muvazaa yoluyla başkasının üzerine geçirdiği iddiasıyla açılan davada, aynı konuyla ilgili hukuk mahkemesinde tasarrufun iptali davası açılmışsa, icra ceza mahkemesinin, hukuk mahkemesinde açılan tasarrufun iptali davasının sonucunun beklenmesi gerektiği şeklinde Yargıtay kararlarının²³³ da olması nedeniyle, bononun yağma yoluyla alındığı iddiasına ilişkin bir dava varsa bu davanın da beklenmesi gerektiğini düşünmekteyiz.

Yukarıda açıklanan gerekçeler nedeniyle; mevcut eksiltme suçunda meşru müdafaadan söz etmek mümkün değildir.

c. Hakkın Kullanılması

Hukuka uygunluk nedenlerinden biri de hakkın kullanılmasıdır. Bir kimsenin hukuken kendisine verilmiş bulunan bir hakkı kullanması, başkalarının menfaatleriyle çatışıyor olsa bile; hukuk düzeni, hakkını kullanan kimsenin filine üstünlük tanıyarak onun icrasını korumaktadır²³⁴. Bu nedenle, kendisine hukuk düzeni tarafından bir hak verilen

²³³ Şikayetçi vekilinin 19/4/2010 havale tarihli dilekçesinde, sanığın alacaklıyı zarara sokmak kastıyla ...plakalı aracı ileköyü, parsel sayılı taşınmazdaki payını kardeşine sattığını iddia etmesi karşısında; ... suça konu tasarrufların iptaline ilişkin açılanAsliye Hukuk Mahkemesinin ... esas sayılı dosyasının sonucunun beklenilmesinden sonra tüm deliller birlikte değerlendirilerek karar verilmesi gerekir". Yargıtay 11. C.D., 7/2/2013, 2012/12758 E., 2013/1909 K., UYAP Portal e. t. 27/12/2013; "... Suça konu taşınmazlara ilişkin tasarrufun iptali talebiyle açılan ... Asliye Ticaret Mahkemesinin ... esas sayılı dosyası üzerinden yürütülen davanın sonucunun kesinleşmesi beklenilip sonucuna göre hukuki durumun takdir ve tayini gerekirken, eksik araştırma ile yazılı şekilde mahkumiyete karar verilmesi gerekir". Yargıtay 11. C.D., 28/2/2013, 2012/17415 E., 2013/3314 K., UYAP Portal e. t. 27/12/2013.

²³⁴ Artuk/Göken/Yenidünya, s. 426-427.

kimse, bu hakkını kullanırken yapmış olduğu fiiller hukuka uygun olarak kabul edilmektedir.

Hakkın kullanılması, TCK'nın 26. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre;

*Hakkını kullanan kimseye ceza verilmez*²³⁵ denilmektedir.

TCK düzenlemesi çerçevesinde hakkın kullanılmasından söz edebilmek için aşağıda yazılan şartların bulunması gerekmektedir. Bu şartlar;

- a) Kişiyeye hukuk düzenince tanınmış bir hak olmalıdır.
- b) Kişinin bu hakkını, yasal sınırları içinde kullanması gerekmektedir.
- c) Kişinin bu hakkı, hiçbir merciin aracılığına gerek olmadan doğrudan doğruya kullanabilecek nitelikte olması gerekmektedir²³⁵. Bu belirtilen şartların tamamı bulunduğu takdirde hakkın kullanılmasından söz edilebilir; bu şartların bir veya bir kaçının eksik olması durumunda şartları oluşmadığı için hakkın kullanılması söz konusu olmayacaktır.

Mevcut eksiltme suçu açısından; hakkın kullanılması söz konusu olmamaktadır. Çünkü hakkın kullanılmasının şartlarını incelediğimizde; hakkın hukuk düzeni tarafından korunan bir hak olması gerekmektedir. Mevcut eksiltme suçunda ise, sanık alacaklısını zarara sokma kastıyla malvarlığını muvazaalı olarak hukuk düzeni tarafından kabul edilmeyen bir yolla azaltmaktadır. Bu azaltma da hukuk düzeninin kabul etmediği bir yolla gerçekleştirildiği için ortada herhangi bir haktan ve bu hakkın kullanılmasından söz edilemeyecektir. Bu nedenle; mevcut eksiltme suçunda, hakkın kullanılması hukuka uygunluk sebebi uygulama alanı bulamaz.

d. İlgilinin Rızası

İlgilinin rızası; bir suç ile ilgili olarak korunan hukuki yarar sahibinin ihlale karşı rıza göstermesi durumunda, verilen bu rızanın fiili hukuka uygun hale getirmesi olarak ifade

²³⁵ Özgenç, s. 295.

edilmektedir²³⁶. Buna göre; bir hakkı üzerinde rıza açıklamaya yetkili olan hak sahibinin rızası durumunda gerçekleşen fiil rıza nedeniyle hukuka uygun kabul edilmektedir.

İlgilinin rızası, TCK'nın 26. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenmiştir. Buna göre; ilgilinin rızası, “*Kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilmez*” denilmek suretiyle ifade edilmiştir.

TCK düzenlemesi çerçevesinde ilgilinin rızasından söz edebilmek için aşağıda yazılan şartların bulunması gerekmektedir. Bu şartlar;

- a) İlgilinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkı olması,
- b) İlgilinin rıza ehliyetinin olması,
- c) İlgilinin rızasını açıklamış olması gereklidir. Bu belirtilen şartların tamamının bulunduğu durumda ilgilinin rızasından söz edilebilecek olup; bir veya bir kaçının eksik olması halinde ilgilinin rızası şartları oluşmadığı için olmayacaktır.

Mevcut eksiltme suçu açısından ilgilinin rızası borcun üstlenilmesi durumunda, borçlunun borcun üstlenilmesinden önceki fiiline karşı söz konusu olmaktadır.

Borcun üstlenilmesine alacaklının rıza göstermesi gerektiği için, borcun üstlenilmesine verilen rızanın, borçlunun alacaklısını zarara sokma kastıyla mevcut eksiltme suçuna ilişkin fiili nedeniyle de verilmiş olduğunun kabul edilmesinin gerektiğini düşünmekteyiz. Alacaklının borcun üstlenilmesine rıza göstermesinin, borçlunun fiiline de rıza gösterme olduğu, bu nedenle borcun üstlenilmesinin mevcut eksiltme suçu açısından ilgilinin rızası olarak kabul edilmesi gerektiğini düşünmekteyiz.

Yukarıda açıklanan gerekçeler nedeniyle; mevcut eksiltme suçunda, borcun üstlenilmesine rıza göstermek suretiyle, ilgilinin rızasından söz etmenin mümkün olduğunu düşünmekteyiz.

²³⁶ Özbek/Kanbur /Doğan /Bacaksız /Tepe, s. 309.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ VE CEZAYI AĞIRLAŞTIRAN NİTELİKLİ HALLER

I. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ

A. Teşebbüs

Ceza hukukunda failin işlemiş olduğu bir fiil nedeniyle cezalandırılabilmesi için, fiilin kanunda tarif edilen suç tipine uygun olarak gerçekleştirilmiş olması gereklidir. Bir başka deyişle, fail suça ilişkin olarak icra hareketlerini tamamlayıp netice gerçekleşirse cezalandırılacaktır. Bu nedenle; fail işlemek istediği suça ilişkin olarak icra hareketlerine başlar ama elinde olmayan nedenlerle tamamlayamazsa veya tamamlar ancak failin meydana gelmesini istediği netice gerçekleşmezse suça teşebbüs söz konusu olacaktır²³⁷.

Teşebbüs; TCK'nın 35. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre; teşebbüs, "*Kişi, işlemeyi kastettiği bir suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da elinde olmayan nedenlerle tamamlayamaz ise teşebbüsten dolayı sorumlu tutulur*" denilmek suretiyle ifade edilmiştir.

TCK düzenlemesi çerçevesinde teşebbüsten söz edebilmek için aşağıda yazılan şartların bulunması gerekmektedir. Bu şartlar;

- a) Suçun işlenmek istenmesi,
- b) Suçun kasten işlenebilen bir suç olması,
- c) Fail tarafından gerçekleştirilen fiilin icra hareketi niteliğinde bulunması,
- d) Fail tarafından gerçekleştirilen fiilin neticeyi meydana getirmeye elverişli olması,

²³⁷ Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 583.

e) İşlenmek istenen suçun neticeli bir suç veya icra hareketleri kısımlara bölünebilen sırf hareket suçu olması,

f) Suçun icra hareketlerine başlanılmış olmakla birlikte, bu hareketlerin tamamlanamamış veya kanundaki tanımda belirtilen neticenin gerçekleşmemiş olması gerekmektedir²³⁸. Bu belirtilen şartların tamamı bulunduğu takdirde teşebbüsten söz edilebilecek olup; bir veya bir kaçının eksik olması durumunda teşebbüsten söz edilemez.

Mevcut eksiltme suçuna teşebbüs mümkün müdür?

Yukarıda da değinildiği üzere mevcut eksiltme suçu; fail tarafından alacaklısını zarara sokma kastıyla gerçekleştirilen fiilin sonucunda, alacaklının alacağına kavuşamamasıyla gerçekleşen bir suçtur. Bu nedenle; mevcut eksiltme suçundan söz edilebilmesi için; alacaklının alacağına, failin - alacaklının alacağına kavuşmasını engellemek amacıyla yapmış olduğu - fiili nedeniyle kavuşamamış olması gerekmektedir. Gerçekten de eğer failin alacaklısını zarara sokma kastıyla hareket etmiş olduğu fiile rağmen alacağına kavuşmuş ise mevcut eksiltme suçu oluşmayacaktır. Çünkü mevcut eksiltme suçu; alacaklının alacağını alamadığı takdirde oluşmaktadır. Nitekim konuyla ilgili Yargıtay kararlarında da; failin fiiline rağmen alacaklı eğer alacağına kavuşmuş ise mevcut eksiltme suçunun oluşmayacağı belirtilmektedir.

Konuya ilişkin Yargıtay bir kararında; *“Borçlu şirket hakkında yürütülen takip sırasında, borçlu şirkete ait başka araçların üzerine bu dosyaya ilişkin takip borcundan dolayı hacizler tatbik edilmekle birlikte, aynı mahcuzlar üzerinde başka dosyalardan dolayı da hacizlerin bulunduğu anlaşılması karşısında, hacizli malların değeri ile üzerindeki tüm hacizli dosya alacak miktarları belirlenerek, hacizli malların değerinin, hacizli dosya alacaklarının karşılanması sonra bu dosya borcu için alacaklıya yeterli miktarda bir paranın kalıp kalmayacağı araştırılması gereklidir...”*²³⁹ demektedir. Bu nedenle; diğer dosyalardan kalan para ile bu dosyadaki borç ödenebiliyorsa mevcut eksiltme suçu oluşmayacaktır. Çünkü alacaklı borçlunun fiiline rağmen alacağına kavuşmuştur. Bu nedenle ortada mevcut eksiltme suçu olduğundan

²³⁸ Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 588.

²³⁹ Yargıtay 16. H.D., 15/11/2011, 2011/5041 E., 2011/ 7176 K., UYAP Portal e. t. 17/4/2014.

bahsetmek mümkün olmayacaktır. Çünkü “*alacaklının alacağını alamamış olması*” objektif cezalandırılabilme şartı olarak karşımıza çıkmaktadır.

Yargıtay’ın bir başka kararına göre de; “... *şikayet dilekçesinde alacaklısını zarara uğratmak kastıyla verasette iştirakli olarak kayıtlı bulunan Çamlı 407 parsel sayılı taşınmazdaki hissesini 461.54 TL. bedelle kardeşine sattığını iddia ederek sanığın İİK’nun 331.maddesi ile cezalandırılması talep edilmiş ise de; şikayete konu İzmir 23.İcra Müdürlüğü’nün 2008/6122 Esas sayılı dosyası içerisinde sanığın üzerine tam hisse ile kayıtlı Payamlı Köyü 123 ada 63 sayılı hacizli taşınmaz ile hacizli 35 AR 978 plaka sayılı aracının bulunduğu anlaşılması karşısında, söz konusu taşınmazlar ile aracın değerleri ile üzerindeki hacizli dosyaların takip miktarları belirlenerek, anılan taşınmazlar ile aracın değerinin üzerindeki hacizli dosya alacaklarını karşıladıktan sonra bu dosya borcu yönünden alacaklıyı tatmin edebilecek miktarda bir paranın kalıp kalmayacağı tespit edilerek, sonucuna göre sanığın hukuki durumunun tayin edilmesi gerektiği gözetilmeden eksik inceleme ile sanığın beraatına karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir...*”²⁴⁰ denilmektedir. Bu nedenle; sanığın fiiline rağmen alacaklı alacağını kaçırılan mallar dışındaki başkaca bir malvarlığından alabiliyorsa; borçlunun fiili muvazaalı, hukuka aykırı ve tipik olsa bile, objektif cezalandırılabilme şartı gerçekleşmediği için, mevcut eksiltme suçu oluşmayacaktır.

Mevcut eksiltme suçunun oluşması için; alacaklının alacağına borçlunun alacaklısını zarara uğratma kastıyla yapmış olduğu fiiller nedeniyle kavuşamamış olmaması gerektiğine yukarıda değinmiştik. Bu nedenle; borçlunun alacaklısını zarara uğratma kastıyla yapmış olduğu fiile rağmen alacaklı alacağına kavuşursa suç oluşmayacaktır. Bu açıklamalar karşısında; alacaklının alacağına kavuşamaması mevcut eksiltme suçun oluşumu için gerektiği için, mevcut eksiltme suçunun tehlike suçu olduğu ifade edilmektedir²⁴¹. Ancak, mevcut eksiltme suçunun özelliği itibarıyla somut tehlike suçu olduğunu ifade edebiliriz. Çünkü somut tehlike suçunda; suçun kanuni tarifinde belirlenen fiilin icra edilmesiyle suç oluşmayıp, fiilin icra edilmesiyle birlikte suçun

²⁴⁰ Yargıtay 16. H.D., 6/12/2010, 2010/5467 E., 2010/ 7169 K., UYAP Portal e. t. 17/4/2014.

²⁴¹ Kürtül, s.30, Sunar, s. 249, Uyar, Talih, “Takip Hukukunda Alacaklısını Zarara Sokmak Kastıyla Mevcudunu Eksiltme Suçu(İİK. Mad. 331)” Ankara Barosu Dergisi 2010/1 s. 182), s.185.

konusu bakımından somut bir tehlikenin meydana gelip gelmediğinin hakim tarafından araştırılması gerekmektedir²⁴².

Mevcut eksiltme suçunun oluşabilmesi için de; borçlunun alacaklısını zarara sokma kastıyla yapmış olduğu fiil yeterli olmayıp; bu fiille birlikte alacaklının alacağına kavuşmamış olması gerekmektedir. Alacaklı alacağına borçluya ait başkaca malvarlığı üzerinden veya herhangi bir yolla kavuşuyorsa mevcut eksiltme suçu oluşmayacaktır. Burada alacaklının alacağına nasıl kavuşmuş olduğunun bir önemi yoktur. Önemli olan alacaklının alacağına kavuşmuş olmasıdır.

Bu nedenle mevcut eksiltme suçu; failin alacaklısından mal kaçırma işlemini yapması ve bunun üzerine alacaklının alacağına kavuşamaması durumunda oluşacaktır. İşte; failin alacaklısından mal kaçırma girişiminde bulunmaya başladığı ancak tamamlayamadığı durumlarda mevcut eksiltme suçuna teşebbüsten bahsedilebilecek midir? Mevcut eksiltme suçu, somut tehlike suçu olduğu için tehlikenin doğumunda suç oluşacak olup; alacaklısını zarar sokma kastıyla bir fiil gerçekleştirmek isteyen borçlunun icra hareketlerine başlayıp elinde olmayan nedenlerle tamamlayamazsa mevcut eksiltme suçuna teşebbüs olacak mıdır? Bu sorunun cevabını örnekler üzerinden verelim: Örneğin; borçludan 20.000 TL alacaklı olan tek alacaklının olduğunu ve borçlunun 40.000 TL değerinde ve 50.000 TL değerinde iki aracının olduğunu düşünelim. Borçlu alacaklısını zarara sokma kastıyla 40.000 TL değerindeki aracına benzin döküp yakmak istiyor. Borçlu, benzini aracının üzerine döktü ve çakmağını çıkardı. Borçlunun çakmağıyla aracı yakacağı sırada komşusu gelerek engel oldu ve araç yanmaktan kurtuldu. Bu durumda borçlu mevcut eksiltme suçuna teşebbüsten sorumlu tutulacak mıdır? Borçlu, bu örneğimizde mevcut eksiltme suçuna teşebbüsten sorumlu tutulmayacaktır. Çünkü borçlu bu aracını yakmış olsa dahi geride 50.000 TL değerindeki diğer aracı bulunmakta olup; alacaklı alacağına diğer aracın satılması suretiyle kavuşacağı için suç oluşmayacaktır. Örneğimizde, suç oluşmayacağı için, borçlunun fiili de, ortada bir suç olmayacağı için teşebbüs olarak kabul edilmeyecektir.

Konuya ilişkin başka bir örneği ele aldığımızda, örneğin; borçludan 20.000 TL alacaklı olan tek alacaklının olduğunu ve borçlunun da sadece 20.000 TL değerinde aracının olduğunu düşünelim. Borçlu alacaklısını zarara sokma kastıyla aracına benzin döküp

²⁴² Özgenç, s. 210.

yakmak istiyor. Borçlu, benzini aracının üzerine döktü ve çakmağını çıkardı. Borçlunun çakmağıyla aracı yakacağı sırada komşusu gelerek engel oldu ve araç yanmaktan kurtuldu. Bu durumda borçlu mevcut eksiltme suçuna teşebbüsten sorumlu tutulacak mıdır? Borçlu, bu örneğimizde mevcut eksiltme suçuna teşebbüsten sorumlu tutulacaktır. Çünkü borçlu aracını alacaklısını zarara sokma kastıyla yakmış olsa alacaklı alacağına kavuşamayacak olup; bu durumda mevcut eksiltme suçu oluşacaktır. Örneğimizde, suç oluşacağı için, borçlunun fiili de, ortada bir suç olduğu için teşebbüs olarak kabul edilecektir.

Doktrinde, Kürtül de kitabında; “...failin alacaklıdan mal kaçırmaya yönelik hareketlerden birini yapmaya başladıktan sonra yakalanması durumunda, alacaklıdan mal kaçırmaya kastıyla mevcudu eksiltmek suçuna teşebbüsten cezalandırılabilmesi kanısındayım...”²⁴³ demek suretiyle mevcut eksiltme suçuna teşebbüsün mümkün olabileceğini belirtmektedir.

Konuyla ilgili bir Yargıtay kararında da; “...Taşınmaz rehni kapsamında bulunan eklentilerin, taşınmaz dışına çıkarılmadan yakalanması nedeniyle sanığın eyleminin teşebbüs aşamasında kalıp kalmadığı hususunun tartışılmaması ..”²⁴⁴ bozma gerekçesi yapılmak suretiyle mevcut eksiltme suçuna teşebbüsün mümkün olduğu ifade edilmektedir.

Kanaatimizce de; mevcut eksiltme suçunda failin icra hareketlerinin başladığı ancak tamamlanamadığı durumlarda, teşebbüs hükümlerinin uygulanabileceğini düşünmekteyiz.

Bu anlatımlar karşısında; mevcut eksiltme suçuna – diğer şartların da varlığı halinde- teşebbüsün mümkün olduğunu, Yargıtay uygulamasının ve doktrinin de bu yönde olduğunu ifade edebiliriz.

²⁴³ Kürtül, s. 30.

²⁴⁴ Yargıtay 16. H.D., 30/5/2011, 2010/8817 E., 2011/ 3098 K., UYAP Portal e. t. 17/4/2014

B. İştirak

Mevcut eksiltme suçu, iştirak hükümleri bakımından herhangi bir özellik göstermez. Bu bakımdan, mevcut eksiltme suçu müşterek faillik biçiminde işlenebileceği gibi, şeriklik (azmettirme veya yardım etme) biçiminde de işlenebilir.

Nitekim konuyla ilgili Yargıtay kararlarını incelediğimizde; madde metninde mevcut eksiltme suçuna iştirak edenler yönünden ayrıca cezalandırılacağına ilişkin açık bir düzenleme bulunmamasına rağmen Yüksek mahkeme mevcut eksiltme suçuna müşterek faillik (TCK. m. 37), azmettirme (TCK. m. 38) ve yardım etmenin de (TCK. m. 39), mümkün olabileceğini ifade etmektedir²⁴⁵.

Yargıtay'a göre; *"16/02/2011 tarihli şikayet dilekçesinde, sanık Z. D.'nin icra dosyasındaki borca kefil olmasından sonra Ankara 32. İcra Müdürlüğü'nün 2010/18365 esas sayılı dosyası ile sanık K. D.'nin, kendisi aleyhinde alacaklıyı zarara sokmak kastıyla takip başlattığı, sanık K. 'nin de muvazaalı takibin tarafı olduğuna, sanık M. D. yönünden ise, haczedilen menkuller hakkında kızı Şeyma'ya istihkak iddiasında bulundurduğu ve eşinin maaşı üzerine haciz koydurduğunun iddia edilmesine göre, sanıklar M. D. ve K. D.'nin hukuki durumları 5237 sayılı TCK'nun 37 - 41. maddelerinde düzenlenen iştirak hükümlerine göre değerlendirilmelidir."*²⁴⁶ denilmektedir²⁴⁷.

²⁴⁵ Yıldız, s. 38.

²⁴⁶ Yargıtay 11. C..D., 7/2/2013, 2012/15422 E., 2013/ 1912 K., UYAP Portal e. t. 18/4/2014.

²⁴⁷ Yüksek mahkeme tarafından mevcut eksiltme suçuna iştirak hükümlerine ilişkin olarak verilen yakın tarihli bir başka kararda; *"... Şikayetçi vekili 10.07.2006 havale tarihli dilekçesiyle Şişli Cumhuriyet Başsavcılığına müracaatla, sanık S. E. 'nin, adına kayıtlı Kayseri ili, Melikgazi ilçesi, Alpaslan Mah. 854 ada, 1349 parsel sayılı taşınmazdaki 9 nolu bağımsız bölümü 17.10.2005, Kocasinan ilçesi, Örnekevler Mah. 729 ada, 21 parsel sayılı taşınmazı 18.10.2005 tarihlerinde sanık B. Ö. 'ye alacaklıyı zarara sokmak kastıyla devrettiği, sanık B. Ö. 'nün de bilerek bu malları devraldığından bahisle, İİK'nın 331. maddesi uyarınca cezalandırılmaları istemiyle şikayette bulunduğu, 12.02.2007 tarih, 2007/3278 sayılı kovuşturmaya yer olmadığına dair kararın, şikayetçi vekiline 28.02.2008 günü tebliğ edildiği, 07.03.2007 tarihinde süresinde İcra Ceza Mahkemesine şikayette bulunulduğundan mercide hatanın hak kaybına yol açmayacağı, Şişli 3. İcra Müdürlüğü'nün 2005/25736 esas sayılı dosyasında, İcra Müdürlüğünce elden takip yetkisi verilerek Bayrampaşa Tapu Sicil Müdürlüğüne 31.01.2006 tarihli haciz müzekkeresi yazıldığı ve buna 02.02.2006 tarih, 856 sayılı yazı ile cevap verildiğinin anlaşılmasına, icra müdürlüğüne talep olmadan resen işlem yapamayacağından, şikayete konu taşınmazların devrinin yapıldığına ilişkin 13.12.2005 günlü yazının, takip dosyasına 03.01.2006 tarihinde girmesi karşısında, öncelikle Bayrampaşa Tapu Sicil Müdürlüğüne müzekkere yazılması için yapılan talep ve şikayetçi vekilinin suçu öğrendiği tarih belirlendikten sonra 10.07.2006 havale tarihli dilekçesiyle Şişli Cumhuriyet Başsavcılığına müracaatının İİK'nın 347. maddesinde düzenlenen üç aylık sürede yapılıp yapılmadığı tespit edilip, süresinde olduğunun anlaşılması halinde, sanığın borçlu sıfatı bulunmasa da 5237 sayılı TCK'nın 37 ila 41. maddelerindeki iştirak hükümleri uyarınca, şikayete konu taşınmazları ölen*

Mevcut eksiltme suçunun failinin borçlu olduğuna suçun unsurları bölümünde değinmiştik. Ancak failin borçlu olması zorunluluğuna karşı iştirak eden kişinin borçlu sıfatına sahip olması gerekmemektedir. Bu nedenle borçlu olmasa bile alacaklıyı zarara sokma kastıyla hareket eden kişiler, mevcut eksiltme suçuna iştirak hükümleri gereğince cezalandırılmaları mümkün olacaktır²⁴⁸.

Alacaklının, alacağa ilişkin birden fazla borçlusunun olduğu yani borcun müşterek borç olduğu durumlarda, her bir borçlunun alacaklısını zarara sokma kastıyla gerçekleştirmiş olduğu fiiller nedeniyle ayrı ayrı suçun faili olacağını, faillik durumu olarak ise müşterek fail olduklarını düşünmekteyiz. Çünkü TCK'nın 37. maddesinin 1. fıkrasında; *“Suçun kanuni tanımında yer alan fiili birlikte gerçekleştiren kişilerden her biri, fail olarak sorumlu olur”* denilerek, fiili birlikte gerçekleştiren kişilerden her biri fail olarak kabul edilmiştir. Bu nedenle; müşterek borç durumunda, borçlulardan her birinin alacaklısını zarara sokma kastıyla yapmış olduğu fiiller nedeniyle müşterek fail olacağını düşünmekteyiz.

Yukarıda açıklanan nedenlerle; mevcut eksiltme suçuna iştirakin (gerek müşterek faillik, gerek azmettirme, gerekse yardım etme) mümkün olduğunu ifade edebiliriz.

C. İçtima

Türk Ceza Kanununun genel gerekçesinde de açıkça ifade edildiği üzere; ceza hukukunun temel kurallarından bir tanesi de kaç tane fiili varsa o kadar suç, kaç tane suç varsa o kadar ceza vardır²⁴⁹. Bu kuralın istisnası ise; TCK'nın suçların içtimaı bölümünde yer almaktadır. (Bu bölümdeki istisna dışında işlenen her türlü suçla ilgili olarak ayrı ayrı cezaya hükmedilen bir sistem yani gerçek içtima söz konusudur.)

sanıktan alacaklıyı zarara sokmak kastıyla alıp almadıklarına ilişkin deliller toplanıp sonucuna göre hukuki durumunun tayini yerine yazılı şekilde karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir” denilmektedir. Yargıtay 11. C..D., 7/2/2013, 2012/28573 E., 2013/ 14880K., UYAP Portal e. t. 18/4/2014.

²⁴⁸ Yine yakın tarihli bir Yargıtay kararında; *“Borçlulardan sanık K. L. D. hakkındaki takipte, bir kısım taşınmaz ve araçlar üzerine haciz konulduğu, ancak üzerinde başka dosyalardan dolayı da hacizlerin bulunmasına göre, değerleri belirlenip, alacakların karşılanmasından sonra bu dosya borcu için yeterli paranın kalıp kalmadığı saptanıp, kalmadığı takdirde, şikayete konu devir sözleşmesi getirtilip, alacaklıyı zarara sokmak kastıyla yapıp yapılmadığı tartışılarak, 5237 sayılı TCK'nın 37 ila 41. maddelerinde düzenlenen iştirak hükümlerine göre sorumlu olacakları cihetle, sanıkların iştirak iradeleri tartışılarak sonucuna göre hukuki durumlarının takdiri yerine yazılı şekilde beraat kararı verilmesi gereklidir”* denilerek sanıkların mevcut eksiltme suçu açısından koşulları olduğu takdirde iştirak hükümlerine göre sorumlu tutulacağı ifade edilmektedir. Yargıtay 11. C..D., 6/2/2014, 2012/26639 E., 2014/ 2040K., UYAP Portal e. t. 18/4/2014.

²⁴⁹ Özgenç, s. 536, Artuk/Gökcen/Yenidünya, s. 669.

TCK sistematüğinde suçların birleşmesi halleri üç başlık altında düzenlenmiştir. Bunlar, bileşik suç, zincirleme suç ve fikri içtima olarak karşımıza çıkmaktadır.

Birleşik suç; TCK'nın 42. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre birleşik suç;

“Biri diğerinin unsurunu veya ağırlaştırıcı nedenini oluşturması dolayısıyla tek fiil sayılan suçta bileşik suç denir. Bu tür suçlarda içtima hükümleri uygulanmaz” denilmek suretiyle ifade edilmiştir. Birleşik suç durumunda bir başka suçun unsurunu oluşturan fiilden dolayı ayrıca bir cezaya hükmolunmaz²⁵⁰.

Zincirleme suç; TCK'nın 43. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre zincirleme suç;

“Bir suç işleme kararının icrası kapsamında, değişik zamanlarda bir kişiye karşı aynı suçun birden fazla işlenmesi durumunda, bir cezaya hükmedilir. Ancak bu ceza, dörtte birinden dörtte üçüne kadar artırılır. Bir suçun temel şekli ile daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli şekilleri, aynı suç sayılır. Mağduru belli bir kişi olmayan suçlarda da bu fıkra hükmü uygulanır.

Aynı suçun birden fazla kişiye karşı tek bir fiille işlenmesi durumunda da, birinci fıkra hükmü uygulanır. Bu tür suçlarda içtima hükümleri uygulanmaz” denilmek suretiyle ifade edilmiştir. Zincirleme suç durumunda; aynı suç, birden fazla fiille, bir suç işleme kararının icrası kapsamında birden fazla işlenilmektedir²⁵¹. Bu nedenle; zincirleme suç durumunda birden fazla suç olup; cezalandırılması ise her bir suç için ayrı ayrı değil, bir ceza verilip; verilen bu cezanın dörtte biri ile dörtte üçü arasında artırılması yoluyla sağlanmaktadır.

Fikri içtima; failin bir fiil ile birden fazla ve farklı suçun oluşumuna sebebiyet vermesi olarak ifade edilmektedir²⁵². Fikri içtima; TCK'nın 44. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, fikri içtima; *“İşlediği bir fiil ile birden fazla farklı suçun oluşmasına sebebiyet veren kişi, bunlardan en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılır”* denilmek suretiyle ifade edilmiştir.

TCK sistematüğinde suç sayısının tespiti için meydana gelen netice değil, fail tarafından gerçekleştirilen fiil sayısı esas alınmıştır. Ancak, fail tarafından gerçekleştirilen bir fiille

²⁵⁰ Özgenç, s. 541.

²⁵¹ Özgenç, s. 545.

²⁵² Özbek/Kanbur /Doğan /Bacaksız /Tepe, s. 530.

aynı suç birden fazla kişiye karşı işlenmiş olması durumunda fikri içtimadan söz edilecektir²⁵³.

Mevcut eksiltme suçu açısından, fikri içtima (TCK. 44/1) hükümlerinin uygulanması mümkün değildir. Bu hususa ilişkin konuyu bir örnek üzerinde inceleyelim.

Örneğin; borçlunun mevcut eksiltme suçunu işleme kararının icrası kapsamında, alacaklısını zarara sokma kastıyla aracını yaktığını düşünelim. Bu durumda, mevcut eksiltme suçu ile birlikte mala zarar verme suçunun da oluşması, böylece fikri içtima hükümlerinin uygulanması söz konusu olmayacaktır. Çünkü mala zarar verme suçunun oluşumu için, başkasına ait aracın yakılması gerekmekte olup, olayımızda borçlu kendisine ait aracı yaktığı için mala zarar verme suçu oluşmayacaktır. Mala zarar verme suçu oluşmayacağı için de, fikri içtimadan da söz edilemeyecektir.

Mevcut eksiltme suçu açısından, zincirleme suç (TCK. 43/1) hükümlerinin uygulanması mümkündür. Bu hususa ilişkin konuyu örnekler üzerinde inceleyelim.

Örneğin; mevcut eksiltme suçunu işleme kararının icrası kapsamında 70. 000 TL borçlu olduğu alacaklısına karşı fail değişik zamanlarda önce bir aracını 80.000 TL'ye sonra da diğer aracını 90. 000 TL'ye sattığını kabul edelim. Alacaklı, bu durumda alacağını alamamış ise; mevcut eksiltme suçu oluşacaktır. Ancak iki ayrı mal satma nedeniyle, alacaklının iki ayrı olay için iki ayrı şikayet dilekçesi verdiğini, iki ayrı davanın açıldığı düşünelim. Bu durumda iki ayrı mevcut eksiltme suçu mu olacaktır? Kanımızca; burada zincirleme suç (TCK. 43/1) hükümlerinin uygulanması gerekir. Çünkü fail, alacaklısını zarara sokma kastıyla, aynı alacaklısına karşı değişik zamanlarda birden fazla fiil gerçekleştirmiş olduğu için zincirleme suç söz konusu olacaktır.

Ayrıca, TCK'nın 43. maddesinin 2. fıkrasında zincirleme suç hükümlerinin uygulanacağı ikinci hal (TCK. 43/2) düzenlenmiştir. Fıkradaki düzenlemeye göre, suçun tek bir fiile birden fazla kişiye karşı işlenmesi durumunda zincirleme suç hükümlerinin uygulanacağı belirtilmektedir. Doktrinde, aynı suçun birden fazla kişiye karşı tek bir fiille işlenmesi hali, aynı nev'iden fikri içtima olarak adlandırılmaktadır²⁵⁴. Aynı nev'iden fikri içtima durumunda TCK'nın 43. maddesinin 2. fıkrası gereğince,

²⁵³ Özgenç, s. 565.

²⁵⁴ Özbek/Kanbur /Doğan /Bacaksız /Tepe, s. 528.

zincirleme suç hükümleri uygulanacaktır. Mevcut eksiltme suçu açısından TCK. 43/2 çerçevesinde konuyu bir örnek üzerinden inceleyelim.

Örneğin; borçlunun malvarlığı olarak sadece 90.000 TL değerinde bir arabasının olduğunu kabul edelim. Borçlunun bir alacaklısına 30.000 TL diğer alacaklısına 20.000 TL borcu olduğunu kabul edelim. Borçlu bu tek aracını alacaklılarının alacağına kavuşmasını engellemek amacıyla devrettiğini düşünelim. Bu durumda mevcut eksiltme suçunun oluşacağı açıktır. Ancak asıl çözülmesi gereken konu, borçlunun iki alacaklısının olduğu ve borçlunun fiili nedeniyle her iki alacaklının da alacağına kavuşmamış olmasıdır. Borçlunun tek fiil ile iki alacaklısını da alacağına kavuşmasını engellemiş ve iki alacaklının alacağı açısından mevcut eksiltme suçunun unsurları oluşmuştur. Borçlu tek bir fiille (malvarlığına dahil olan tek arabasını satmak suretiyle) iki alacaklısının da alacağına kavuşmasını engellediği için borçlunun fiili, TCK'nın 43. maddesinin 2. fıkrasında belirtilen tanıma uymaktadır. Bu nedenle örneğimizde fail, tek fiille, aynı suçu birden fazla kişiye karşı işlediği için aynı nev'iden fikri içtima söz konusu olacaktır.

Yine, borçlunun malvarlığı olarak sadece 90.000 TL değerinde bir aracının olduğunu kabul edelim. Borçlunun 50.000 TL borcunun olduğunu ve bu borcun iki kişiye birden ait olduğunu, yani alacaklının birden fazla kişi olduğunu kabul edelim. Borçlu bu tek arabasını alacaklılarının alacağına kavuşmasını engellemek amacıyla devrettiğini düşünelim. Bu durumda mevcut eksiltme suçunun oluşacağı açıktır. Borçlunun tek fiil ile aynı alacağa sahip olan iki alacaklısını da alacağına kavuşmasını engellediği açıktır. Borçlu iki alacaklısının alacağına kavuşmasını engellemek amacıyla tek bir fiille (malvarlığına dahil olan tek arabasını satmak suretiyle) gerçekleştirdiği için TCK'nın 43. maddesinin 2. fıkrasında belirtilen tanıma uymaktadır. Bu nedenle örneğimizde fail, tek fiille, aynı suçu aynı alacağa sahip olan birden fazla kişiye karşı işlediği için aynı nev'iden fikri içtima söz konusu olacaktır.

Nitekim Yargıtay da “... Aynı alacaklının zarara uğratılması kastıyla aynı taşınmazların devri suretiyle mevcudunu eksiltmek suçundan dolayı icra takip dosya sayısı birden fazla olsa dahi sanığın yalnızca bir kez cezalandırılmasına karar verilmesi mümkün olup, Dairemizce yapılan temyiz incelemesi sebebi ile öğrenilen ve aynı suçtan dolayı ... İcra mahkemesinin ...esas, ...esas, ...esas, ...esas, ...esas, sayılı

dosyalarından da şikayette bulunulduğunun anlaşılması nedeniyle bu dosyaların birleştirilerek, sanıklar hakkında 5237 sayılı TCK'nun 43. maddesinin birinci fıkrasının uygulanması gerekip gerekmediğinin tartışılmaması.... isabetsizdir”²⁵⁵ diyerek mevcut eksiltme suçu açısından zincirleme suçun değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmektedir.

Yukarıda açıklanan nedenlerle; mevcut eksiltme suçunda zincirleme suçun ve aynı nev’iden fikri içtimanın mümkün olacaktır. Bu nedenle mevcut eksiltme suçu açısından içtima hükümleri uygulama alanı bulabilmektedir.

II. CEZAYI AĞIRLAŞTIRAN NİTELİKLİ HALLER

Bazı suçlarda suçun, birden fazla kişi tarafından işlenmesi, geceleyin işlenmesi, kamu görevlisine karşı işlenmesi, silahla işlenmesi gibi hususlar temel cezaya nazaran cezayı ağırlaştıran nitelikli haller olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu gibi, failin kişiliğine veya fiilin niteliğine göre değişen ve suçun temel şekline nazaran daha ağır cezalandırılmayı gerektiren hallere cezayı ağırlaştıran nitelikli haller olarak kabul edilmektedir.

Mevcut eksiltme suçunu düzenleyen İİK'nın 331. maddesinin 4. fıkrasında;

“Taşınmaz rehni kapsamında bulunan eklentinin rehin alacaklısına zarar vermek kastı ile taşınmaz dışına çıkarılması halinde, eklentinin zilyedi iki yıldan dört yıla kadar hapis ve bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır” hükmü bulunmaktadır.

Buna göre; alacaklısını zarara sokma kastıyla taşınmaz rehni kapsamında bulunan eklentinin, taşınmaz dışına çıkarılması durumunda mevcut eksiltme suçu için verilen *“altı aydan üç yıla kadar hapis ve bin güne kadar adli para cezası”* yerine *“iki yıldan dört yıla kadar hapis ve bin güne kadar adli para cezası”* verilecektir.

Bu nedenle; İİK'nın 331. maddesinin 4. fıkrasında belirtilen *“rehin alacaklısını zarara sokma kastıyla taşınmaz rehni kapsamında bulunan eklentinin taşınmaz dışına çıkarılması”* hali, mevcut eksiltme suçunda cezayı ağırlaştıran nitelikli hal olarak karşımıza çıkmaktadır. Kanunda, cezayı ağırlaştıran nitelikli halde yer verilen rehin, rehin hakkı, rehin alacaklısı, taşınmaz rehni ve eklenti kavramlarının ortaya konulması gerekmektedir.

²⁵⁵ Yargıtay 16. H.D., 25/1/2012, 2011/8324 E., 2012/212 K., UYAP Portal e. t. 17/4/2014.

Rehin, bir borç ilişkisinde borcun yerine getirilmemesi halinde, alacaklının alacağına teminatı olarak alacaklı lehine verilen taşınır veya taşınmaz mal güvencesi olarak ifade edilmektedir²⁵⁶.

Rehin hakkı, bir borç ilişkisinde alacaklının alacağına yerine getirilmemesi durumunda, hak sahibine, taşınır veya taşınmaz üzerine konulmuş rehinden alacağını öncelikli olarak almaya imkan veren hak olarak ifade edilmektedir²⁵⁷.

Buna göre; rehin hakkı, bir borç ilişkisinde alacaklının alacağını korumaya yönelik olarak alacaklı lehine verilen ve alacak ödenmediği takdirde, rehin üzerinden alacağın alınmasına hizmet eden bir müessesedir. Tanımlamalardan da anlaşılacağı üzere; rehin hakkı taşınır mallar üzerinde kurulabileceği gibi, taşınmaz mallar üzerinde de kurulabilmektedir.

Rehin alacaklısı ise; bir borç ilişkisi nedeniyle, alacağın yerine getirilmemesi ihtimaline binaen kendisine rehin hakkı kurulmuş olan kişi olarak ifade edilmektedir.

Taşınmaz rehni ise; alacaklı lehine taşınmaz bir mal üzerinde kurulan ve alacak ödenmediği takdirde, taşınmaz üzerinden alacaklının alacağını öncelikli almaya imkan tanıyan rehin türüdür.

Taşınmaz rehni Türk Medeni Kanunu'nun 850 ilâ 938. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Taşınmaz rehninin tanımı kanunda yapılmamıştır. Ancak 850. maddede taşınmaz rehnin türleri sayılmıştır. Türk Medeni Kanunu'nun 850. maddesinde; "*Taşınmaz rehni, ancak ipotek, ipotekli borç senedi veya irat senedi şeklinde kurulabilir*" demek suretiyle belirtilmiş olup, bu üç tür dışında başkaca bir taşınmaz rehninin kurulmasının mümkün olmadığı ifade edilmiştir.

İpotek kavramı ise; ipotek hakkı sahibine bir taşınmaz malın değerinden alacağını elde etme yetkisi veren aynı hak olarak ifade edilmektedir²⁵⁸. İpotekli borç senedi ve irat senedi ise; sadece kayıtsız ve şartsız para borcu için kurulabilen ve senette yazılı olan para alacağı yanında bu alacağın tapuda kayıtlı olan teminatına da sahip olan ve

²⁵⁶ Yılmaz, Hukuk Sözlüğü, s. 569.

²⁵⁷ Yılmaz, Hukuk Sözlüğü, s. 569.

²⁵⁸ Yılmaz, Hukuk Sözlüğü, s. 318.

taşınmazın teminat teşkil eden değerinin bu senetlerle tedavül ettiği, kıymetli evrak hükmünde olan senetlerdir²⁵⁹.

İpotekli borç senedi ile irat senedi arasındaki en önemli fark; ipotekli borç senedi, senet borçlusu dışında bir başkasının taşınmazı üzerinde de kurulabilmesi, rehnedilmiş olan taşınmazın satış bedelinden alacağını tam olarak elde edemeyen alacaklının asıl borçlunun diğer malvarlığından alacağını elde etme imkanının mevcut olması olup; irat senedinde ise, senet borçlusu dışında bir başkasının taşınmazı üzerinde kurulamaması ve böylece tedavül neticesinde irat senedine sahip olan alacaklının rehnedilmiş olan taşınmazın satış bedelinden başka borçlunun diğer malvarlığına başvuramamasıdır²⁶⁰.

Eklenti, Türk Medeni Kanunu'nun 686. maddesinin 2. fıkrasında; *“Asıl şey malikinin anlaşılabilen arzusuna veya yerel adetlere göre, işletilmesi korunması veya yarar sağlaması için asıl şeye sürekli olarak özgülünen ve kullanılmasında birleştirme, takma veya başka bir biçimde asıl şeye bağlı kılınan taşınır maldır”* şeklinde tanımlanmıştır.

Bir taşınmaz için kurulmuş olan rehnin içine o taşınmaza ilişkin eklentiler de dahildir. Çünkü taşınmaz rehninin kapsamını belirleyen Türk Medeni Kanunu'nun 862. maddesinin 1. fıkrasında; *“Rehin, taşınmazı bütünleyici parçaları ve eklentileri ile birlikte yükümlü kılar”* denilmek suretiyle bu durum açıkça ifade edilmiştir. Yine aynı maddenin 2. fıkrasında; *“Rehin kuruluşu sırasında makine, otel döşeme eşyası gibi açıkça eklenti olarak gösterilen ve tapu kütüğünde beyanlar sütununa yazılan şeyler, kanuna göre bu nitelikte olamayacakları ispat edilmedikçe eklenti sayılır”* denilmek suretiyle aksinin ispat edilmesinin mümkün olmasıyla birlikte bunların eklenti sayılacağı ifade edilmektedir.

Eklentinin en önemli özelliği, üçüncü kişilere karşı da ileri sürmek amacıyla tapu siciline şerh vermek suretiyle rehnin kapsamı dışına çıkartılabilmesidir²⁶¹. Böylece, verilen şerhle birlikte taşınmaz rehnedilmiş olurken, eklenti rehnin kapsamı dışında tutulmuş olmaktadır.

İİK'nın 331. maddesinin 4. fıkrasında belirtilen *“rehin alacaklısına zarara sokma kastıyla taşınmaz rehni kapsamında bulunan eklentinin taşınmaz dışına çıkarılması”*

²⁵⁹ Çetin, Soner H, İpotekli Borç Senedi ve İrad Senedi, Bilge Yayınevi, Ankara, 2004, s. 36.

²⁶⁰ Çetin, s. 36.

²⁶¹ Çetin, s. 55.

halinde belirtilen suçun oluşumu için; eklentinin “taşınmaz rehni kapsamında” bulunması gereklidir. Bu nedenle; tapu siciline şerh verilmek suretiyle taşınmaz rehni kapsamından çıkarılmış olan eklentinin, taşınmaz dışına çıkarılmış olması durumunda suç oluşmayacaktır. Çünkü suçun oluşumu için; taşınmaz rehni kapsamındaki bir eklentinin taşınmaz dışına çıkarılması gereklidir. Tapu siciline şerh verilerek taşınmaz rehlinin kapsamı dışına çıkarılmış olan eklenti, suçun konusunu oluşturmayacaktır. Bu yüzden mahkeme; taşınmaz dışına çıkarılmış olan eklentinin taşınmaz rehni kapsamında olup olmadığını incelemelidir. Taşınmaz dışına çıkarılmış olan eklentinin taşınmaz rehni kapsamında olup olmadığı ise; taşınmaza ait tapu kütüğü getirtilerek incelenmek suretiyle tespit edilebilecektir.

Buna göre; bir taşınmaz için kurulmuş olan rehlin kapsamına aksi belirtilmediği sürece o taşınmazın eklentileri de girmektedir. Böylece, rehin alacaklısının taşınmaz rehniinde rehin hakkı, taşınmaz ile birlikte eklentiye de kapsamaktadır. Alacaklı, borçlunun borcunu ödememesi üzerine, taşınmaz rehni kapsamında bulunan taşınmazın ve eklentinin satılmasını böylece alacağına kavuşmayı isteyecektir. İşte, taşınmaz rehni kapsamında bulunan eklentinin, taşınmaz dışına çıkarılması durumunda eklentinin bedeli, satılıp alacaklıya ödenemeyecektir. Hatta taşınmaza ilişkin eklentinin olmaması durumunda sadece eklenti bedeli kadar değer değil, taşınmazın değerinin de düştüğü örnekler mevcuttur. Bu nedenle, rehnedilen taşınmazın satışı daha düşük bir bedel karşılığı olacağı için, rehin alacaklısına zarar verme kastıyla yapılan eklentinin taşınmaz dışına çıkarılması suç olarak kabul edilmiştir.

Yukarıda açıklanan nedenlerle; “rehin alacaklısını zarara sokma kastıyla taşınmaz rehni kapsamında bulunan eklentinin taşınmaz dışına çıkarılması”, mevcut eksiltme suçuna ilişkin cezayı ağırlaştırıcı nitelikli hal olarak düzenlenmiştir.

III. YARGILAMA VE YAPTIRIM

Çalışmamızın bu kısmında mevcut eksiltme suçunu, soruşturma ve kovuşturma usulü açısından inceleyeceğiz.

A. Görev

Mevcut eksiltme suçuna ilişkin olarak görevli olarak görevli mahkeme İİK'nın 346. maddesi gereğince icra ceza mahkemesidir. Mevcut eksiltme suçuna ilişkin görevli mahkemeyi düzenleyen İİK'nın 346. maddesi, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'na uyum sağlamak amacıyla 5358 sayılı kanun ile değiştirilmiştir. 5358 sayılı kanun TCK ile İİK'nın uyumlaştırılması amacıyla çıkarılmış olup; 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe girmiştir. 5358 sayılı kanun değişikliğinden önce, yani 1 Haziran 2005 tarihinden önce mevcut eksiltme suçuna asliye ceza mahkemelerinde görülmekteydi²⁶².

Bu nedenle; mevcut eksiltme suçu 1 Haziran 2005 tarihinden önce asliye ceza mahkemelerinde, 1 Haziran 2005 tarihinden itibaren ise artık icra ceza mahkemelerinde görülmektedir.

B. Yetki

Mevcut eksiltme suçuna ilişkin olarak yetkili olan mahkeme İİK'nın 348. maddesi gereğince "icra takibinin yapıldığı yer" mahkemesidir. İcra takibinin nerede yapılacağı ise, İİK'nın 50. maddesinde; "*Para veya teminat borcu için takip hususunda Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun yetkiye dair hükümleri kıyas yolu ile tatbik olunur. Şu kadar ki, takibe esas olan akdin yapıldığı icra dairesi de takibe yetkilidir*" denilmek suretiyle ifade edilmektedir.

Buna göre icra takibinin yapılacağı yer; Hukuk Muhakemeleri Kanunu'ndaki²⁶³ yetkiye ilişkin hükümler kıyas yoluyla uygulanmak suretiyle tespit edilecektir²⁶⁴. İcra takibinin yapıldığı yer tespit edilip, icra takibi başladıktan sonra bu yer artık mevcut eksiltme suçuna ilişkin olarak yetkili mahkemenin bulunduğu yer olacaktır. Sanığın, icra

²⁶² Olgaç, Senai/ Köymen, Haydar, İçtihatlarla Türk İcra ve İflâs Kanunu, Yenilenmiş 2. Baskı, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1965, s. 1325, Ünver, M. Naci, İcra ve İflâs Kanununda Suç Sayılan Eylemler, 1. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 1997, s. 11, Çolak, Haluk, "İcra ve İflâs Suçları ile Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar", Bankacılar Dergisi, Sayı: 53, Yıl: 2005, s. 73.

²⁶³ Her ne kadar Kanunda Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu denilmiş ise de; İİK'nın 1932 tarihli olması ve o tarihte yürürlükte Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu bulunsa da; 1/10/2011 tarihinde yürürlüğe giren Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 450. maddesiyle Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu yürürlükten kaldırılmış ve aynı kanunun 447. maddesinin 2. fıkrasıyla da "*Mevzuatta, yürürlükten kaldırılan 18/6/1927 tarihli ve 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununa yapılan yollamalar, Hukuk Muhakemeleri Kanununun bu hükümlerin karşılığını oluşturan maddelerine yapılmış sayılır*" hükmü karşısında; Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ibaresi yerine Hukuk Muhakemeleri Kanunu ibaresi kullanılmıştır.

²⁶⁴ Özmen, İsmail, En Son Değişikliklerle İcra Mahkemesinin Görevine Giren Suçlar, Seçkin Yayınevi, 1. Baskı, Ankara, 2007, s. 43.

takibinin yapıldığı yerde oturup oturmamasının bir önemi yoktur. Sanık icra takibinin yapıldığı yerde değil de başka bir yerde oturuyor, dolayısıyla başka bir mahkemenin yargı çevresine tabi olsa bile, yetkili mahkeme icra takibinin yapıldığı yer mahkemesidir²⁶⁵.

Buna göre, mevcut eksiltme suçuna ilişkin yetkili mahkeme, alacaklı alacağını almak amacıyla borçlu hakkında yapmış olduğu takibin bulunduğu yer icra ceza mahkemesi olarak karşımıza çıkmaktadır.

C. Şikayet

Mevcut eksiltme suçu, madde metninde de açıkça yazıldığı üzere; takibi şikayete bağlı bir suç olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu nedenle mevcut eksiltme suçuna ilişkin yargılama için; öncelikle alacaklı tarafından borçlu aleyhine şikayette bulunulmuş olması gereklidir. Şikayet, alacaklı tarafından yazılı bir dilekçe ile veya tutanağa geçirilmek üzere sözlü olarak yapılabilmektedir²⁶⁶.

Şikayet süresi ise İİK'nın 347. maddesinde düzenlenmiştir. İİK'nın 347. maddesinde; *“Şikâyet hakkı, fiilin öğrenildiği tarihten itibaren üç ay ve her halde fiilin işlendiği tarihten itibaren bir yıl geçmekle düşer”* denilerek şikayet hakkının fiilin öğrenilme tarihinden üç ay ve herhalde fiilin işlenmesinden itibaren bir yıl olduğu ifade edilmektedir.

İİK'nın 347. maddesinde belirtilen şikayet süresinin, TCK'da düzenlenen şikayet süresinden farklı düzenlendiğini belirtelim. Çünkü TCK'nın 73. maddesinde şikayet süresi, fiilin ve failin öğrenilmesinden itibaren altı ay olarak belirlenmiştir. İİK'nın 347. maddesinde ise; şikayet süresi fiilin öğrenildiği tarihten itibaren altı ay değil üç ay olarak düzenlenmiştir. Her iki kanuni düzenleme arasındaki bir diğer fark, TCK'da şikayet için son sürenin her halde o suç ile ilgili zamanaşımı süresi içinde olması gerektiğidir. Oysa İİK'nın 347. maddesinde, şikayet için son sürenin zamanaşımı süresi değil, fiilin işlenilmesinden itibaren bir yıl olarak düzenlenmiştir.

Bu nedenle; mevcut eksiltme suçu için şikayet süresinin TCK'daki sistemden farklı olarak fiilin öğrenildiği tarihten itibaren üç ay olduğunu ve bu sürenin her halde fiilin

²⁶⁵ Artuç, Mustafa, İcra ve İflâs Suçlarında Yargılama Usulü, Adalet Dergisi, s.

²⁶⁶ Duygulu, s. 3964.

işlenilmesinden itibaren bir yıl geçmekle düşeceğini bu nedenle; İİK. şikayet süresi olarak TCK'dan daha sınırlayıcı bir hüküm getirmekte olduğunu ifade edebiliriz.

Ancak burada önemle ifade edilmesi gereken bir durum söz konusudur. Şöyle ki; mevcut eksiltme suçunun takibinin şikayete bağlı olduğunu ve şikayet süresinin fiilin öğrenilmesinden itibaren üç ay olduğuna yukarıda değinmiştik. Ayrıca, bu üç aylık süre; İİK'nın 347. maddesine göre her halde fiilin işlenilmesinden itibaren bir yıl geçmekle düşecektir. Yani, borçlunun mevcut eksiltme suçuna ilişkin fiili sebebiyle cezalandırılabilmesi için; alacaklı tarafından borçlunun fiili işlemlerinden itibaren en geç bir yıl içinde şikayet hakkını kullanması gerekmektedir. Oysa mevcut eksiltme suçunun unsurlarını işlerken borçlunun mevcut eksiltme suçuna ilişkin olarak fiilini kanunda sayılan zaman dilimlerinden birinde yapmış olması gerektiğini incelemiştik. Bu zaman dilimleri;

a) *Haciz Yoluyla Takip Talebinden Sonraki Zamanda*

b) *Haciz Yoluyla Takip Talebinden Önceki İki Yıl İçinde*

c) *İflâs Takibinden Önceki Zamanda*

d) *Doğrudan Doğruya İflâs Hallerinde İflâs Talebinden Önceki Zamanda*

e) *Konkordato Mühletinden Önceki İki Yıl İçinde*

f) *İflâsın ertelenmesi talebinden önceki iki yıl içinde*

g) *Konkordato Mühletinden Sonraki Zamanda*

h) *İflâsın Ertelenmesinden Sonraki Zamanda* olarak karşımıza çıkmaktadır.

Buna göre; mevcut eksiltme suçuna ilişkin olan fiil; haciz yoluyla takip talebinden önceki iki yıl içinde veya konkordato mühletinden önceki iki yıl içinde veya iflâsın ertelenmesi talebinden önceki iki yıl içinde işlenmesi durumunda diğer şartların da bulunması halinde suç oluşacaktır. Ancak İİK'nın 347. maddesinde düzenlenen şikayet süresinde borçlunun "fiilin işlemlerinden itibaren" bir yıl içinde şikayet hakkının kullanılması gerektiği belirtilmektedir. Dolayısıyla; her ne kadar kanun maddesinde borçlunun iki yıl içinde işlemiş olduğu fiillerin mevcut eksiltme suçunu oluşturduğu

belirtilmiş ise de; şikayet süresinin fiilin işlenilmesinden itibaren bir yıl içinde kullanılması gerektiği, aksi takdirde şikayet hakkının düşmesi nedeniyle yargılama yapılamayacağı için, failin iki yıl içinde işlemiş olduğu fiillerin tamamının cezalandırılmasına imkan yoktur. Sadece; fail tarafından son bir yıl içinde işlenmiş ve alacaklı tarafından şikayet hakkı kullanılmış olan fiiller cezalandırılabilir.

Yukarıda açıklanan nedenlerle; fail tarafından iki yıl içinde işlenmiş olan fiiller İİK'nın 331. maddesindeki suçu oluşturmuş olsa bile; İİK'nın 347. maddesine göre sadece kanunda belirtilen zaman dilimlerinin son bir yıl içinde işlenenler (ve bu süre içinde şikayete konu edilenler) cezalandırılabilir. Bu nedenle fiil, İİK'nın 331. maddesine göre iki yıl içinde işlenmiş olsa dahi, İİK'nın 347. maddesi gereğince, fiilin işlenilmesinden itibaren bir yıl içinde şikayet edilmemiş ise artık borçlu cezalandırılmayacaktır. Konuya ilişkin bir örnek verelim.

Örneğin, borçlu hakkında 1.6.2014 tarihinde haciz yoluyla takip yapıldığını, borçlunun 1.7.2012 tarihinde alacaklısını zarara sokma kastıyla aracını yaktığını, alacaklının ise bu olaydan 1.8.2013 tarihinde haberinin olduğunu kabul edersek; borçlunun eylemi, haciz yoluyla takip tarihinden önceki iki yıl içinde meydana geldiği için İİK'nın 331. maddesi gereğince, mevcut eksiltme suçunu oluşturacaktır. Ancak, İİK'nın 347. maddesi gereğince, şikayet hakkı, fiilin öğrenildiği tarihten itibaren üç ay ve her halde fiilin işlendiği tarihten itibaren bir yıl geçmekle düşeceği için, borçlunun 1.7.2012 tarihinde yakmış olduğu aracıma ilişkin cezalandırılabilmesi için en geç 1.7.2013 tarihine kadar alacaklı tarafından şikayet hakkının kullanılmış olması gerekirdi. Alacaklı ise bu tarihten daha sonra aracın yakıldığını öğrenmiş olduğu için, borçlunun eylemi, İİK'nın 331. maddesi gereğince mevcut eksiltme suçunu oluşturuyor olsa bile, İİK'nın 347. maddesi gereğince borçlunun cezalandırılması mümkün olmayacaktır.

Bu nedenle, İİK'nın 331. maddesinde, suçun oluşumu için fiilin işlenilmesi gereken zaman ile fiilin cezalandırılması için şikayet edilmesi gereken zaman arasında bir çatışma, uyumsuzluk bulunmaktadır²⁶⁷. Bu çatışma nedeniyle; suçun oluşumuna yönelik süre değil şikayet hakkına ilişkin süre dikkate alınacağı için; maddede yazan “iki yıl içinde” olan fiillerin sadece son bir yıl içinde olanları cezalandırılmaktadır.

²⁶⁷ Kürtül, s. 27.

Bu nedenle; İİK'nın 331. maddesi ile İİK'nın 347. maddesi arasında bulunan uyumsuzluk, kanun yapım tekniği açısından uygun olmadığı görülmektedir. Bu uyumsuzluğun kanun değişikliği yapılarak giderilmesi yoluna gidilmelidir. İİK'nın 347. maddesindeki hüküm; *“fülin öğrenildiği tarihten itibaren üç ay ve her halde fülin işlendiği tarihten itibaren iki yıl geçmekle düşer”* şeklinde değiştirildiği takdirde sorun çözülmüş olacaktır.

Ancak, İİK'nın 347. maddesi sadece, mevcut eksiltme suçuna ilişkin değil, İcra ve İflâs Kanunu'nun 16. babında yer alan tüm suçlar için geçerlidir. Bu nedenle, teklif ettiğimiz değişiklikle sadece mevcut eksiltme suçu değil diğer suçlarda da şikayet süresi değişmiş olacaktır. Kanun koyucu tercih olarak bu değişikliği tüm suçlar açısından düşünebilir.

Diğer bir yol olarak, diğer suçlara ilişkin şikayet süresi aynı kalmakla birlikte, İİK'nın 347. maddesine *“İİK. 331. maddesi açısından şikayet süresinin fülin öğrenildiği tarihten itibaren üç ay ve her halde fülin işlendiği tarihten itibaren iki yıl geçmekle düşer”* şeklinde yazılacak bir fıkayla sorun çözülmüş olacaktır.

Diğer bir yol ise; İİK'nın 331. maddesinde belirtilen süreleri iki yıldan bir yıla düşürmek olacaktır. Bu durumda, maddenin uygulama alanı daraltılacağı düşünülse bile, mevcut uygulama da zaten İİK'nın 347. maddesi gereğince “bir yıl” olarak uygulanmaktadır. Bu yüzden mevcut durum göz önüne alındığında maddenin uygulama alanı daraltılmış olmayacaktır.

Diğer bir yol ise; İİK'nın 347. maddesindeki *“fülin öğrenildiği tarihten itibaren üç ay ve her halde fülin işlendiği tarihten itibaren bir yıl geçmekle düşer”* şeklindeki hüküm TCK'nın şikayeti düzenleyen 73. maddesindeki düzenleme paralel olarak; *“zamanaşımı süresini geçmemek koşuluyla fülin öğrenildiği tarihten itibaren üç ay”* şeklinde değiştirildiği takdirde sorun çözülmüş olacaktır.

Kanaatimizce, TCK'daki düzenlemeyle paralel olarak teklif ettiğimiz son önerinin, kanun koyucunun iradesine ve kanunlar arasında uyumun sağlanması adına daha uygun olduğunu düşünmekteyiz.

Mevcut eksiltme suçuna ilişkin şikayetin nereye yapılacağı kanunda açıkça belirtilmemiştir. Kürtül ve Halman Çetin, şikayetin icra mahkemesine yapılması

gerektiğini ifade etmektedir²⁶⁸. Uyar ise, şikayetin Cumhuriyet Savcılığına yapılması gerektiğini ifade etmektedir²⁶⁹. Uygulamada ise; şikayet dilekçesi icra ceza mahkemelerine yapılmaktadır. Nitekim konuyla ilgili olarak Yargıtay'ın bir kararında;

*“Sanıklara isnat edilen suç, 2004 sayılı İİK'nun 331/1. maddesinde düzenlenmiş olup, buna göre “Haciz yolu ile takip talebinden sonra veya bu talepten önceki iki yıl içinde borçlu; alacaklısını zarara sokmak maksadıyla, mallarını veya bunlardan bir kısmını mülkünden çıkararak, telef ederek veya kıymetten düşürerek hakiki surette yahut gizleyerek muvazaa yoluyla başkasının uhdesine geçirerek veya asıl olmayan borçlar ikrar ederek mevcudunu suni surette eksiltirse, aleyhine aciz belgesi aldığı veya alacaklı alacağını alamadığını ispat ettiği takdirde, altı aydan üç yıla kadar hapis ve bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır”, aynı maddenin 5. fıkrasında ise “bu suçlar alacaklının şikayeti üzerine takip olunur” öte yandan aynı kanunun “Muhakeme Usulü” başlıklı 349/1. maddesinde, “Şikayet dilekçe ile veya şifahi beyanla yapılır. Dilekçeyi veya dava beyanını alan icra mahkemesine duruşma için hemen bir gün tayin edip şikayetçinin imzasını alır ve maznuna celpname gönderir. Şahit gösterilmişse o da celp olunur” şeklindeki düzenlemeler ile 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğü giren 5358 sayılı Kanun'un 18. maddesiyle değişik 2004 sayılı İcra ve İflâs Kanunu'nun 346. maddesinin son fıkrasına göre de “Bu bapta yer alan suçlarla ilgili davalara İcra Mahkemesinde bakılır” hükümleri karşısında, **sanıklara yöneltilen suç hakkında iddianame ile dava açılmasının gerekmediği, İcra Mahkemesine verilecek dilekçe ile yargılamaya başlanacağı hususu göz önüne alındığında, tebliğnameye bu yönüyle iştirak edilmemiştir**”²⁷⁰ denilmek suretiyle, şikayet dilekçesinin icra ceza mahkemesine verilmesi gerektiğini ifade edilmektedir.*

Yargıtay'ın bir başka kararında da;

*“....Alacaklısını zarara uğratmak için malvarlığını azaltmak suçundan kurulan hükme yönelik temyiz incelemesi sonucunda, sanığa isnat olunan suç 2004 sayılı İİK'nun 331. maddesinde düzenlenmiş olup, aynı maddenin 6. fıkrasında “bu suçlar alacaklının şikayeti üzerine takip olunur” yine anılan Kanunun 349. maddesinde muhakeme usulüne yer verilmiş olup, buna göre **şikayetin dilekçe ile veya şifahi beyanla icra***

²⁶⁸ Kürtül, s. 28, Halman Çetin, s. 44.

²⁶⁹ Uyar, s. 185.

²⁷⁰ Yargıtay 16. H.D., 5/6/2007, 2007/2293 E., 2007/ 2167 K., UYAP Portal e. t. 18/4/2014

mahkemesine yapılacağı, öte yandan 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5358 sayılı Kanununun 18. maddesiyle değişik 2004 sayılı İİK'nun 346. maddesinin son fıkrasına göre de "Bu bapta yer alan suçlarla ilgili davalara icra mahkemesinde bakılır" hükümleri karşısında sanığa yöneltilen suç hakkında iddianame ile dava açılmasının gerekmediği..."²⁷¹ belirtilerek şikayet dilekçesinin icra ceza mahkemesine verilmesi suretiyle, "iddianame düzenlenmesine gerek olmaksızın" yargılamanın yapılması gerektiği ifade edilmektedir.

Yukarıda belirtilen gerekçelerle; mevcut eksiltme suçuna ilişkin yargılamanın takibinin şikayete bağlı olduğunu, alacaklının şikayet dilekçesini Cumhuriyet Savcılığına değil, icra ceza mahkemesine vermesiyle sanık hakkında iddianame düzenlenmeksizin yargılamanın başlayacağını ifade edebiliriz.

Mevcut eksiltme suçu açısından sanık hakkında iddianame düzenlenmeksizin yargılama başlamaktadır. Ceza hukuku sistemimizde ise; kural olarak kamu davası açma görevi Cumhuriyet savcısına ait olup, Cumhuriyet savcısının hazırlamış olduğu iddianamenin mahkeme tarafından kabul edilmesiyle kamu davası açılmış olmaktadır. Ancak bazı durumlarda, çeşitli kanunlarda yer alan hükümler gereğince Cumhuriyet savcısı tarafından hazırlanan bir iddianame olmadan da, davanın açılması için ilgili kurumca düzenlenen bir belgeye istinaden kamu davası açılabilir. İddianame olmaksızın dava açılması sonucunu doğuran bu belgelere iddianame yerine geçen belge denilmektedir²⁷². Buna göre, Cumhuriyet savcısı tarafından düzenlenen bir iddianame olmaksızın, özel kanunlarda bulunan hüküm gereğince, bir belgeye istinaden kamu davası açılmasına imkan veren belgeler, iddianame yerine geçen belgeler olarak kabul edilmektedir. Bu belgelere örnek olarak, kolluk tarafından tutulan bir kısım tutanaklar ile bazı kurumların müracaatları -tek el idaresinin bazı basit suçlara ilişkin mahkemeye yapmış olduğu yazılı müracaat ile dava açılmış sayılması - gösterilmektedir²⁷³.

Buna göre, özel kanunlarda hüküm bulunan hallerde gerekli olan belgelerin mahkemeye verilmesi üzerine yargılama başladığı için, bu belgeler iddianame yerine geçen belge

²⁷¹ Yargıtay 16. H.D., 14/6/2006, 2006/1905 E., 2006/ 4592 K., (Nakleden; Süphandağ, Yavuz, İcra ve İflâs Hukukunda Uygulamalar, Genişletilmiş Gözden Geçirilmiş 8. Baskı, Bilge Yayınevi, Ankara, 2012, s. 1160-1161).

²⁷² Gültekin, Özkan, Öğretide ve Uygulamada İddianame ve İddianamenin İadesi, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2011, s. 101.

²⁷³ Gültekin, Özkan, "İddianame Yerine Geçen Belgeler İddianamenin İadesine Konu Olabilir mi?" Adalet Dergisi, Ankara, Mayıs 2010, s. 153, 155.

olarak kabul edilmektedir. Mevcut eksiltme suçunun takibinin şikayete tabi olduğunu, şikayetin ise alacaklı tarafından İİK'nın 349. maddesindeki hüküm gereğince icra ceza mahkemesine yapılması gerektiğine yukarıda değinmiştik. O halde; mevcut eksiltme suçuna ilişkin olarak, alacaklının şikayet dilekçesini mahkemeye vermesiyle yargılama başladığı için, alacaklının şikayet dilekçesi ceza hukukumuz açısından iddianame yerine geçen belge olarak kabul edilmelidir.

Mevcut eksiltme suçu açısından alacaklının şikayet dilekçesi iddianame yerine geçen belge olup, yargılama için Cumhuriyet savcısı tarafından hazırlanmış olan bir iddianame bulunmamaktadır. CMK'nın 170. maddesinin 2. fıkrasına göre; soruşturma evresi sonunda toplanan deliller, suçun işlendiği hususunda yeterli şüphe oluşturuyorsa; Cumhuriyet savcısı tarafından iddianame düzenlenmektedir. Yani Cumhuriyet savcısı ancak toplamış olduğu deliller çerçevesinde ortada bir suçun işlendiği yönünde yeterli şüphenin bulunduğu durumda iddianame düzenleyecek olup, yeterli şüphe yoksa iddianame düzenlenmeyecektir. CMK'nın 170. maddesinin 2. fıkrasında geçen “yeterli şüphe” kavramı gereğince, Cumhuriyet savcısı mevcut delileri toplamaksızın, zanna, müştekinin soyut iddialarına veya varsayımlara dayanarak iddianame düzenleyebilmesi mümkün değildir²⁷⁴.

“Yeterli şüphe” kavramı, kamu davasının açılabilmesi için gereken bir ilke olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu ilke aynı zamanda adil yargılanma hakkının bir yansıması olmaktadır. Çünkü kanun koyucu, hukukçu kimliği bulunan Cumhuriyet savcısına dahi kamu davası açabilmesi için yeterli şüphenin bulunup bulunmadığını araştırma yükümlülüğü vermiş olup, toplanan deliller suçun işlendiğine yönelik bu yeterli şüpheyi oluşturduğu takdirde dava açma hakkı tanımıştır²⁷⁵. Bu nedenle; soruşturmaya ilgili olarak delil toplanmadan veya toplanan deliller şüpheliye isnat edilen fiille ilişkilendirilmeden, kısacası yeterli şüphe olmadan hazırlanan bir iddianame, şüphelinin adil yargılanma hakkının (kişilerin lekelenmeme hakkını) ihlali anlamına gelmektedir²⁷⁶. Bu nedenle, yeterli şüphenin bulunup bulunmadığının tespiti, adil yargılanma hakkına ilişkin kişilerin lekelenmeme hakkı açısından önem taşımaktadır.

²⁷⁴ Birtek, Fatih, “Cumhuriyet Savcısı'nın Delilleri ve Fiili Takdir Yetkisi”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt 19, s. 958.

²⁷⁵ Özkan, “İddianame Yerine Geçen Belgeler İddianamenin İadesine Konu Olabilir mi?” s. 153.

²⁷⁶ Birtek, s. 959.

Kanun koyucunun, şüphelinin adil yargılanma hakkının ihlali olmaması amacıyla “yeterli şüphe” kavramı, iddianame düzenlenmesi sırasında hukukçu kimliği bulunan Cumhuriyet savcısı tarafından değerlendirilmektedir. Mevcut eksiltme suçunda, Cumhuriyet savcısı tarafından hazırlanan bir iddianame bulunmadığı için, sanığın adil yargılanma hakkı yani kişilerin lekelenmeme hakkı ihlal edilmiş olur mu?

Özkan kitabında; iddianame yerine geçen belgelerle ilgili olarak; idari mercilerin iddianame yerine geçen belgeleri, düzenlemeleri sırasında yapmış oldukları araştırma ve inceleme niteliğindeki faaliyetlerinin soruşturma faaliyeti olduğunu, idari merciler tarafından yapılan soruşturma faaliyeti sonucu bir hukukçunun hukuki süzgecinden geçmeden kişilerin şüpheli konumuna girmesinin Anayasa’nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti ile bağdaşmayacağını ve adil olmayan sonuçlar doğurabileceğini, ayrıca kişilerin kendilerini bir anda mahkeme huzurunda bulmalarına da neden olabileceğini ifade etmektedir²⁷⁷.

Mevcut eksiltme suçu açısından ise alacaklının şikayet dilekçesiyle kamu davasının açılması, sanık açısından adil yargılanma hakkının ihlali olarak değerlendirilebilir mi? Kanaatimizce bu durumda adil yargılanma hakkının ihlalinden bahsetmek mümkün olmayacaktır. Çünkü incelemiş olduğumuz mevcut eksiltme suçu kendine has özellikleri olan bir suçtur. Örneğin, şikayet süresi ve şikayetten vazgeçme süreleri, ceza hukukumuzun temel kanunu olan TCK’dan farklı olarak düzenlenmiştir. Mevcut eksiltme suçu, ceza hukuku anlamında -TCK’da düzenlenmiş olan herhangi bir suç gibi- bir suç olarak karşımıza çıkmaktadır. Mevcut eksiltme suçu bir suç olmasına rağmen, ceza hukukunda geçerli olan “re’sen araştırma ilkesi” geçerli değildir. Nitekim konuyla ilgili olarak Yargıtay;

“...şikayet dilekçesinde gösterilmeyen delillerin yargılama sırasında re’sen toplanmasına yasal dayanak da bulunmamaktadır”²⁷⁸ demek suretiyle, mahkeme tarafından re’sen araştırma ilkesinin değil, taraflarca hazırlanma ilkesinin geçerli olduğunu ifade etmektedir.

Yukarıda açıklanan nedenlerle, mahkeme suça ilişkin olarak bir delilin olduğunu bilse dahi, alacaklı tarafından bu delil şikayet dilekçesinde gösterilmemiş ise bu delili

²⁷⁷ Özkan, İddianame ve İddianamenin İadesi, s. 102.

²⁷⁸ Yargıtay 16. H.D., 29/5/2012, 2012/545 E., 2012/4707 K., UYAP Portal e. t. 17/2/2014.

toplama yoluna gidemeyecektir. Bu nedenle; sanığın cezalandırılmasını isteyen alacaklının, sanığın suçu işlediğine dair tüm delilleri dilekçesinde ibraz etmesi gerekmektedir. Aksi takdirde bu delil mahkemece re'sen toplanamayacak olup, delillerin toplanmaması nedeniyle sanığın mahkumiyeti yerine beraatına hükmedilecektir. Bu nedenle alacaklı, sanığın suçu işlediğine dair tüm delilleri araştırıp, bulmalı ve dilekçesinde belirtmelidir. Sanığın bu delilleri araştırıp bulması bir inceleme ve değerlendirme aşamalarını içinde bulunduracağı için, alacaklının dilekçesi, ne de olsa mahkeme tarafından deliller toplanır düşüncesiyle sanığın suçu işlediğini ve cezalandırılması gerektiğini içeren soyut, delilsiz bir dilekçe olmayacaktır. Alacaklının dilekçesinde sanığın suçu işlediğine dair her türlü bilgi, belge ve delil olacağı için, sanık kendisi hakkında yapılan ithamı öğrenme ve kendisini de buna karşı savunma hakkı olduğu için, alacaklının dilekçesiyle dava açılmış olması, sanığın adil yargılanma hakkının ihlal edildiği anlamına gelmediği düşünülmektedir.

Peki, alacaklı şikayet dilekçesini icra ceza mahkemesine değil de Cumhuriyet savcılığına yapmış ise ne yapılmalıdır? Kanunda bu duruma ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır.

Ancak, bu durumda Cumhuriyet savcılığınca CMK'nın 172. maddesinin 1. fıkrası gereğince "*kovuşturma olanağının bulunmadığı hal*" mevcut olup; Cumhuriyet savcılığı tarafından kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verilmelidir. Nitekim uygulamada da Cumhuriyet savcılıkları da mevcut eksiltme suçuna ilişkin şikayet dilekçeleri hakkında kovuşturmaya yer olmadığına dair karar (takipsizlik kararı) vermektedirler.

Konuyla ilgili Yargıtay uygulaması da bu yöndedir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun bir kararında da; "*...Müşteki vekilinin 18.02.2008 tarihinde Burdur Cumhuriyet Başsavcılığına aynı olay nedeni ile aynı sanıklar hakkında şikayette bulunduğu, başvurunun İcra Mahkemesine yapılması gerekliliği nedeni ile verilen takipsizlik kararı*"²⁷⁹ verildiği görülmüş olmakla, uygulamada Cumhuriyet savcılığına yapılan şikayet dilekçesine karşı, kovuşturmaya yer olmadığına dair karar (takipsizlik kararı) verilmektedir.

²⁷⁹ Yargıtay C.G.K., 18/12/2012, 2012/16.H.D. 886 E., 2012/1850 K., UYAP Portal e. t. 17/2/2014.

Alacaklı şikayetini Cumhuriyet savcılığına yapmış olması nedeniyle, şikayet süresini kaçırdığı takdirde ne olacaktır? Bu durumda; her ne kadar alacaklı yanlış bir merciye başvurmuş olsa dahi hak kayıplarının yaşanmaması için, alacaklının şikayet hakkını Cumhuriyet savcılığına başvuru tarihi olarak kabul edilmesinin daha uygun olacağı düşünülmektedir.

Nitekim konuyla ilgili bir Yargıtay kararında;

“Sanığa isnat edilen suç, 2004 sayılı İİK’nun 331.maddesinin 6.fıkrasındaki “bu suçlar alacaklının şikayeti üzerine takip olunur” hükmü ile yine anılan Kanun’un 349.maddesindeki şikayetin dilekçe ile veya şifahi beyanla icra mahkemesine yapılacağı şeklindeki düzenleme ve 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5358 sayılı Kanun’un 18.maddesiyle değişik 2004 sayılı İcra ve İflâs Kanunu’nun 346.maddesinin son fıkrasındaki “Bu bapta yer alan suçlarla ilgili davalara İcra Mahkemesinde bakılır” amir hükmü birlikte dikkate alındığında, sanığa yöneltilen suç hakkında iddianame ile dava açılmasının gerekmediği, İcra Mahkemesine verilecek dilekçe ile veya şifahi beyanla yargılamaya başlanması gerekmektedir.

*Somut olayın incelenmesinde ise, suçun 18.8.2006 tarihinde işlenmesine karşın, şikayetin 30.10.2006 tarihinde Cumhuriyet Savcılığına yapıldığı, **bu durumda yanlış merciye verilen dilekçenin hak kaybına yol açmayacağı** göz önünde bulundurulduğunda, şikayetin süresinde olduğunun kabulü zorunlu olup, yargılamaya devamla davanın esası hakkında olumlu veya olumsuz bir karar verilmesi gerektiğinin gözetilmemesi...”²⁸⁰ denilerek alacaklı tarafından Cumhuriyet savcılığına yapılan şikayet süresinde ise; mevcut eksiltme suçuna ilişkin yargılamanın icra ceza mahkemesi tarafından yapılması gerektiği belirtilmiştir.*

Kanaatimizce de; hak kayıplarının önüne geçmek adına, yanlış mercie verilen dilekçenin şikayet süresi içinde verilmesi halinde, şikayet hakkının kullanılmış olduğunun kabulünün, adalet ve hakkaniyet açısından daha doğru bir çözüm olduğunu düşünmekteyiz.

²⁸⁰ Yargıtay 16. H.D., 26/4/2010, 2010/2362 E., 2010/3248 K., UYAP Portal e. t. 17/2/2014.

Mevcut eksiltme suçu; takibi şikayete bağlı bir suç olduğu için; müşteki şikayetinden vazgeçtiği takdirde dava ve ceza düşecektir. Nitekim bu durum; İİK'nın 354. maddesinin 1. fıkrasında;

“Kanunun bu babında yazılı suçlardan takibi şikayete bağlı olanların müştekisi feragat eder veya borcun itfa edildiği sabit olursa dava ve bütün neticeleriyle beraber ceza düşer” denilmek suretiyle açıkça ifade edilmiştir.

Ancak; burada şu hususa dikkat etmek gerekir: TCK sistematüğinde; takibi şikayete bağlı bir suç ile ilgili olarak; şikayet soruşturma ve kovuşturma şartı olarak karşımıza çıkmaktadır. Dolayısıyla ortada bir şikayet yoksa soruşturma ve kovuşturmada olmayacaktır. Takibi şikayete bağlı suçlarda, soruşturma aşamasında şikayetten vazgeçildiği takdirde Cumhuriyet savcılığınca CMK'nın 172. maddesi gereğince kovuşturmaya yer olmadığına dair karar, kovuşturma aşamasında şikayetten vazgeçildiği takdirde mahkemece TCK'nın 73. maddesinin 4. fıkrası ve CMK'nın 223. maddesinin 8. fıkrası gereğince düşme kararı verilecektir. Ancak, hüküm kesinleştikten sonra, müştekinin şikayetinden vazgeçmesi, TCK'nın 73. maddesinin 4. fıkrası gereğince cezanın infaz edilmesine engel olmayacaktır.

Takibi şikayete bağlı bir suç için şikayetten vazgeçme kural olarak hüküm kesinleşinceye kadar olabilmektedir. Sanık hakkında verilmiş olan hüküm kesinleştikten sonra artık şikayetten vazgeçilmiş olsa dahi bu şikayetten vazgeçme kabul edilmemektedir²⁸¹. Bu nedenle TCK sistematüğinde şikayetten vazgeçme, kural olarak hüküm kesinleşinceye kadar yapılabilmektedir. Nitekim bu durum; TCK'nın 73. maddesinin 4. fıkrasında;

“Kovuşturma yapılabilmesi şikayete bağlı suçlarda kanunda aksi yazılı olmadıkça suçtan zarar gören kişinin vazgeçmesi davayı düşürür ve hükmün kesinleşmesinden sonraki vazgeçme cezanın infazına engel olmaz” denilmek suretiyle açıkça ifade edilmektedir.

Böylece, şikayetten vazgeçme, kesinleşmiş olan hükme ait cezanın infaz edilmesine mani olamamaktadır.

²⁸¹ Özgenç, s. 849.

Mevcut eksiltme suçuyla ilgili olarak ise; bu suçun da takibinin şikayete bağlı olduğunu yukarıda belirtmiştik. Ancak; mevcut eksiltme suçuna ilişkin şikayetten vazgeçme TCK sistematüğinden farklıdır. Çünkü İİK'nın 354. maddesinin 1. fıkrasında da belirtildiği üzere; mevcut eksiltme suçunda şikayetten vazgeçme durumunda “*bütün neticeleriyle beraber cezanın düşeceği*” ifade edilmektedir. Yani, TCK sistematüğindeki şikayetten vazgeçme kesinleşmiş olan cezanın infaz edilmesine mani olamazken; mevcut eksiltme suçunda şikayetten vazgeçme halinde kesinleşmiş olan cezanın infaz edilmesine mani olacağı gibi, cezaya ilişkin bütün neticeler da düşecektir. Söz gelimi; mevcut eksiltme suçuna ilişkin olarak sanığın cezası kesinleşmiş olsa dahi şikayetten vazgeçme halinde, kesinleşmiş olan cezanın infaz edilmesi mümkün değildir. Hatta kesinleşmiş olan cezanın infazına başlanmış olsa dahi şikayetten vazgeçme halinde, infaz edilmekte olan cezanın infazı derhal durdurulur. Çünkü mevcut eksiltme suçunda şikayetten vazgeçme bütün neticeleriyle beraber cezayı düşürmektedir.

Bu nedenle; mevcut eksiltme suçunda şikayetten vazgeçme, TCK sistematüğinden farklı olarak, cezanın infaz edilmemesi sonucunu doğuran, böylece cezanın infaz edilmesini engelleyen bir yol olarak karşımıza çıkmaktadır.

Bu açıklamalar ışığında; mevcut eksiltme suçunda şikayetten vazgeçme –TCK sistematüğünde olduğu gibi– sadece hüküm kesinleşinceye kadar değil, hüküm kesinleştikten sonra da ve hatta hüküm infaz edilirken dahi mümkün olduğunu ifade edebiliriz. Ayrıca, şikayete ilişkin İİK'daki düzenleme, özel hüküm niteliğinde olduğu için mevcut eksiltme suçunda TCK'daki şikayete ilişkin hüküm uygulanmayacaktır.

D. Yargılama Süreci

Mevcut eksiltme suçuna ilişkin yargılama süreci; İİK'nın 349. maddesinde belirtilmiştir. İİK'nın 349. maddesinde; “*Şikayet dilekçe ile veya şifahi beyanla yapılır. Dilekçeyi veya dava beyanını alan icra mahkemesi duruşma için hemen bir gün tayin edip şikayetçinin imzasını alır ve maznuna celpname gönderir. Şahit gösterilmişse o da celbolunur.*

İki taraf tayin olunan gün ve saatte icra mahkemesinin huzuruna gelmeğe veya vekil göndermeğe mecburdurlar.

İcabında icra mahkemesi, tarafların bizzat hazır bulunmasını emredebilir.

Maznun başka yerde ikamet ediyorsa istinabe yoluyla sorguya çekilir.

Maznun, şikayeti alan veya istinabe edilen icra mahkemesinin huzuruna gelmez veya müdafî göndermezse yahut bizzat bulunmasına lüzum görülürse zabıta marifetiyle getirilir. Bu suretle de bulundurulamazsa muhakeme gıyabında görülür.

Şikayetçi muayyen zamanda gelmez ve vekil de göndermezse şikayet hakkı düşer.

Gelmeyen şahitlere yapılacak muamele ile borçlunun gıyabında verilen karara karşı eski hale getirme talebi hakkında Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununda yazılı hükümler tatbik olunur” hükmü yer almaktadır.

Buna göre mevcut eksiltme suçuna ilişkin yargılama süreci öncelikle alacaklının icra takibinin yapıldığı yerde bulunan icra ceza mahkemesine vermiş olduğu şikayet dilekçesi ile başlamaktadır. Mahkeme, şikayet dilekçesi üzerine bir duruşma günü tespit eder ve sanığa ve varsa tanıklara duruşma gününü tebliğ eder.

Duruşma gününü tebliğ alan sanığın duruşmaya bizzat gelmesi veya varsa müdafinin gelmesi gerekmektedir. Sanığın duruşma gününe gelmemesi ve kendisini de bir vekille temsil etmemesi durumunda İİK'nın 349. maddesinin 5. fıkrası gereğince lüzum görülürse, zorla getirme kararı verilerek kolluk kuvveti marifetiyle getirilebilir. Ancak; CMK'nın 195. maddesinde;

“Suç yalnız veya birlikte adli para cezasını veya müsadereyi gerektirmekte ise; sanık gelmese bile duruşma yapılabilir. Bu gibi hallerde sanığa gönderilecek davetiyede gelmese de duruşmanın yapılacağı yazılır” hükmü bulunmaktadır. Mevcut eksiltme suçunun yaptırımını da yalnız veya birlikte adli para cezasını gerektirdiği için,²⁸² sanığa çıkarılacak olan davetiyeye duruşmaya gelmesi, gelmediği takdirde yokluğunda duruşma yapılıp hüküm verileceği ihtarını konulmak kaydıyla sanığın yokluğunda da duruşma yapılabilmesi, CMK'nın 195. maddesine göre mümkündür.

Bu nedenle; icra ceza mahkemesi, sanığın duruşmaya gelmesini lüzumlu görüyorsa; çıkarılacak olan davetiyeye duruşmaya gelmesi aksi takdirde hakkında zorla getirme

²⁸² Mevcut eksiltme suçunun cezası İİK'nın 331. maddesinde “altı aydan üç yıla kadar hapis ve bin güne kadar adli para cezası” olduğu belirtilmektedir.

kararı verilerek kolluk kuvveti marifetiyle getirileceğini ihtar eden bir davetiye çıkarır (İİK. 349/5).

Ancak; icra ceza mahkemesi, sanığın duruşmaya gelmesini lüzumlu görmüyorsa; çıkarılacak olan davetiyeye duruşmaya gelmesi aksi takdirde yokluğunda duruşma yapılıp hüküm verileceğini ihtar eden bir davetiye çıkarır (CMK. 195).

Yukarıda açıklanan nedenlerle; mevcut eksiltme suçuyla ilgili olarak duruşma gününü bildirir davetiye çıkarılmakla birlikte; sanığın duruşmaya gelip gelmemesi kendi kararı olup; mahkeme sanığın gelmesini lüzumlu görüyorsa, sanığın gelmediğinde zorla getirileceği; ya da mahkemece sanığın gelmesi lüzumlu görülüyorsa, sanığa yokluğunda karar verileceği ihtar edilmek suretiyle yargılamaya devam edilmektedir. Ancak, burada dikkat edilmesi gereken husus, mahkeme sanığın gelmesinin lüzumlu olup olmamasına göre çıkarılacak olan davetiyeye verilecek olan ihtarın farklı olmasıdır. Bu nedenle; mahkeme sanığın gelmesini lüzumlu görüyorsa İİK'nın 349. maddesinin 5. fıkrası gereğince ihtar; sanığın gelmesi lüzumlu görmüyorsa CMK'nın 195. maddesi gereğince ihtar yapmalıdır. Yapılan ihtarlar usulüne uygun olduğu takdirde; sanığın gelip gelmemesinin bir önemi yoktur.

Yargıtay konuyla ilgili olarak;

*“...Sanığa tebliğ edilen duruşma davetiyesine İİK'nın 349. maddesinin 5. fıkrasındakine benzer şekilde duruşmaya gelmediği takdirde yargılamanın yokluğunda yapılacağına dair açıklamanın yazılmadığı gözetilmeden yargılamanın gıyabında yapılması suretiyle sanığın savunma hakkının kısıtlanması...”*²⁸³ olduğu kabul edilmektedir. Böylece; mahkeme sanığın duruşmaya gelmesine lüzum görmüyorsa, bu hususun çıkarılacak olan davetiyeye ihtar vermek suretiyle sanığa bildirilmesi gerektiğini belirtmektedir. Bu bildirim yapılmasına rağmen sanık gelmezse, duruşmaya sanığın yokluğunda devam edilebilecektir. Ancak, böyle bir bildirim yapılmadan sanığın yokluğunda duruşma yapılması mümkün değildir. Zaten Yargıtay kararında da bu durumun sanığın savunma hakkının kısıtlanması olduğu ifade edilmektedir.

Sanık, mahkemenin yargı çevresinde oturmuyorsa; sanığa mahkemenin yargı çevresinde oturmadığı için davetiye çıkarılması söz konusu olmayacaktır. Bu durumda sanığın

²⁸³ Yargıtay 16. H.D., 7/12/2009, 2009/5384 E., 2009/8354 K., UYAP Portal e. t. 18/4/2014.

ifadesi istinabe yoluyla alınacaktır. Zaten bu durum; İİK'nın 349. maddesinin 4. fıkrasında; *“Maznun başka yerde ikamet ediyorsa istinabe yoluyla sorguya çekilir”* denilmek suretiyle açıkça ifade edilmektedir.

Mevcut eksiltme suçuna ilişkin varsa tanıklara da duruşma gününü bildirir davetiye tebliğ edilmektedir. Tanığa çıkarılacak olan davetiyeye duruşmaya gelmesi, aksi takdirde hakkında zorla getirme kararı verilerek kolluk kuvveti marifetiyle getirileceği ihtar edilir²⁸⁴. Tanıkla ilgili bu durum mevcut eksiltme suçuna ilişkin özel bir durum olmayıp; CMK'nın 43 ve 44. maddelerinde belirtilen durum olarak karşımıza çıkmaktadır. Çünkü İİK'nın 349. maddesinin 7. fıkrasında; *“Gelmeyen şahitlere yapılacak muamele ile borçlunun gıyabında verilen karara karşı eski hale getirme talebi hakkında Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununda yazılı hükümler tatbik olunur”* denilmek suretiyle tanığın gelmemesi durumunda CMK'da yazan hükümlerin uygulanacağı ifade edilmektedir.

Her ne kadar kanunda *“Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununda yazılı hükümler”* denilmekte ise de bu durum İcra ve İflâs Kanunu'nun 1932 tarihli olması ve o tarihte yürürlükte bulunan ceza usul kanunumuzun isminin Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu olmasından kaynaklanmaktadır. 5320 sayılı Ceza Muhakemeleri Kanununun Yürürlük Uygulama ve Şekli Hakkındaki Kanunu'na göre; mevzuatta yürürlükten kaldırılan Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'na yapılan atıflar Ceza Muhakemesi Kanunu'nun ilgili maddelerine atıf yapılmış kabul edilmektedir. Bu nedenle; İcra ve İflâs Kanunu'nda belirtilen bu durumlarda Ceza Muhakemesi Kanunu uygulama alanı bulacaktır. Bu nedenle; kanun maddesinde Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu yazmakta ise de aslında uygulanacak olan hükümler Ceza Muhakemesi Kanunu hükümleri olacaktır.

Mevcut eksiltme suçunu düzenleyen İİK'nın 331. maddesinin 5358 sayılı kanunla değiştirildiğine yukarıda değinmiştik. Bu değişikliğin amacı, ceza hükmü içeren kanunlarla yeni Türk Ceza Kanunu arasında uyum sağlamaktır. Esasa ilişkin olmayan ancak kanun yapım tekniği ve mevzuat arasındaki hükümler arası uyumun sağlanması amacıyla 349. maddede geçen Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu ibaresinin Ceza Muhakemesi Kanunu olarak değiştirilmemiş olması bir eksikliktir.

²⁸⁴ Halman Çetin, s. 55.

Peki, sanığın cezalandırılması için şikayet dilekçesiyle mahkemeye başvuran müşteki duruşmaya gelmezse ne olacaktır? Bu durumda İİK'nın 349. maddesinin 6. fıkrasında; “Şikayetçi muayyen zamanda gelmez ve vekil de göndermezse şikayet hakkı düşer” denilmek suretiyle müştekinin gelmemesi veya kendisinin bir vekille temsil ettirip vekilin de gelmemesi durumunda şikayet hakkı düşecektir.

Konuyla ilgili Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun bir kararında;

“İİY'nın 331. maddesi uyarınca açılan bu davada 5271 sayılı CYY kurallarının değil, İcra ve İflâs Yasasının 349. maddesindeki usul kurallarının uygulanması gerekeceğinden, anılan maddenin 2. fıkrasındaki, “iki taraf tayin olunan gün ve saatte icra mahkemesinin huzuruna gelmeğe veya vekil göndermeye mecburdurlar” hükmü ile 6. fıkrasındaki, “şikâyetçi muayyen zamanda gelmez ve vekil de göndermezse şikâyet hakkı düşer” biçimindeki düzenleme karşısında, müşteki vekilinin 12.05.2006 tarihli oturuma herhangi bir mazeret bildirmeden katılmamasından dolayı yerel mahkemece müştekinin şikâyet hakkının düşmesine karar verilmesi gerekir”²⁸⁵ denilerek, şikayetçinin veya vekilinin duruşmayı takip etmesi gerektiği, aksi takdirde şikayet hakkının düşeceği ifade edilmektedir.

İİK'nın 349. maddesinin 6. fıkrası gereğince, şikayetçinin veya vekilinin davayı takip etme zorunluluğunun olduğunu ifade edebiliriz. Çünkü şikayetçi veya vekili, duruşmaya gelmek zorunda olup; gelmedikleri takdirde şikayet hakkı düşecektir. Oysa TCK'da takibi şikayete bağlı bir suç için şikayette bulunması yeterli olup; ayrıca her duruşmaya gelip, davayı takip etmesine gerek yoktur. Bu durumda mevcut eksiltme suçu açısından şikayet müessesesinin TCK'daki şikayet müessesesinden farklı olarak düzenlendiğini ifade edebiliriz.

Taraflara, davetiye tebliğinden sonra, mevcut eksiltme suçuna ilişkin olarak yargılama safhası başlayacak olup; sanığın fiilinin mevcut eksiltme suçunu oluşturup oluşturmadığına mahkemece karar verilecektir.

İcra ceza mahkemesinde görülen mevcut eksiltme suçuna ilişkin duruşmalarda Cumhuriyet savcısı hazır bulundurulmamaktadır. Bu durum; İİK'nın 350. maddesinin 2.

²⁸⁵ Yargıtay C.G.K., 8/12/2009, 2009/16.H.D. 154 E., 2009/282 K., UYAP Portal e. t. 18/4/2014.

fikrasında;“Cumhuriyet Savcısı hazır bulundurulmaz” denilmek suretiyle açıkça ifade edilmektedir.

Cumhuriyet savcısının duruşmaya katılmaması, sadece kanundan kaynaklanan ve duruşmanın usulüne ilişkin bir durum olup; mahkemece verilen kararı temyiz hakkının olmadığı anlamına gelmemektedir. İcra ceza mahkemesince verilen karar Cumhuriyet savcısı tarafından da temyiz edilebilir²⁸⁶.

CMK'nın 260. maddesinin 1. fıkrasında;

“Hâkim ve mahkeme kararlarına karşı Cumhuriyet savcısı, şüpheli, sanık ve bu Kanuna göre katılan sıfatını almış olanlar ile katılma isteği karara bağlanmamış, reddedilmiş veya katılan sıfatını alabilecek surette suçtan zarar görmüş bulunanlar için kanun yolları açıktır” denilerek, Cumhuriyet savcısının temyiz hakkı ifade edilmiştir.

Kanaatimizce de, mevcut eksiltme suçunda, icra ceza mahkemesince verilen kararların Cumhuriyet savcısı tarafından da temyiz edilmesinin mümkün olması son derece yerindedir. Çünkü her ne kadar mevcut eksiltme suçu, temel ceza kanunu olan Türk Ceza Kanunu'nda düzenlenmemiş olsa da sonuç itibarıyla bir suçtur. Takibi şikayete bağlı ve hatta hüküm kesinleştikten sonra dahi müştekinin şikayetten vazgeçmesi kabul ediliyor olsa dahi, bu durum mevcut eksiltme suçunun suç olma vasfını etkilemez. Bu nedenle, bir suç ile ilgili olarak Cumhuriyet savcısının temyiz hakkının olması nedeniyle, mevcut eksiltme suçunda da Cumhuriyet Savcısının temyiz hakkının olmasının son derece doğru olduğunu düşünmekteyiz.

E. Uzlaşma

Uzlaşma, *“bazı suçlara ilişkin olarak şüpheli veya sanık ile mağdur veya suçtan zarar görenin suçun işlenmesiyle oluşan mağduriyetin etkilerinin azaltılması veya suçtan doğan zararın mümkün olduğunca giderilmesini sağlayan bir müessese”*²⁸⁷ olarak ifade edilmektedir. Uzlaşma CMK'nın 253-254 ve 255. maddelerinde düzenlenmiştir. Uzlaşmanın gerçekleşmesi durumunda, CMK'nın 254. maddesi gereğince, açılmış olan davanın düşmesine karar verilir.

²⁸⁶ Kürtül, s. 643, Halman Çetin, s. 83.

²⁸⁷ Özgenç, s. 636 – 637.

CMK'nın 253. maddesinin 1. fıkrasının (a) bendine göre; soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı suçlarda şüpheli ile mağdur veya suçtan zarar gören gerçek veya özel hukuk tüzel kişinin uzlaştırılması girişiminde bulunulacağı emredici olarak belirtilmektedir. Buna göre bir suç, özel ceza kanunlarında veya ceza hükmü içeren kanunlarda yer alsa bile, takibi şikayete bağlı bir suç ise; bu suça ilişkin olarak uzlaşma zorunludur. Çünkü CMK'da belirlenen müesseseler, kendi kanunlarında aksine bir düzenleme yoksa özel ceza kanunlarında veya ceza hükmü içeren kanunlarda da uygulanmalıdır. Nitekim CMK'nın 1. maddesinde “*Bu Kanun, ceza muhakemesinin nasıl yapılacağı hususundaki kurallar ile bu sürece katılan kişilerin hak, yetki ve yükümlülüklerini düzenler*” hükmü yer almaktadır. Mevcut eksiltme suçu da, bir suç olması nedeniyle bir suça ilişkin ceza muhakemesi kurallarını düzenleyen CMK'daki hükümler aksine bir düzenleme yoksa uygulanmalıdır.

Kanaatimizce, mevcut eksiltme suçu da takibi şikayete tabi bir suç olduğu için; CMK'nın 253. maddesinin 1. fıkrasının (a) bendi gereğince, uzlaşma şartlarının oluşması halinde uzlaşmanın mümkün olduğunu düşünmekteyiz.

Doktrinde; Halman Çetin; “*İcra İflâs hukuku uzlaşmadan daha lehe geniş imkan ve olanaklardan sunduğundan uzlaşma hükümleri uygulanamayacağı*”²⁸⁸ ifade etmektedir.

Uysal ise; “*icra/ıflâs hukuku icra/ıflâs suçları bakımından daha geniş olanak sunduğundan uzlaşma kurumunun uygulanmasına gerek bulunmadığı gibi uygulanmasının da yerinde olmayacağını*”²⁸⁹ ifade etmektedir.

Konuyla ilgili olarak Yargıtay bir kararında;

“*İcra ve İflâs Kanununda uzlaşmaya ilişkin hükümler zaten yer almaktadır. Ancak, her iki yasanın getirdiği sistem ve olanaklar arasında çeşitli farklılıklar bulunmaktadır. Şöyle ki;*

²⁸⁸ Halman Çetin, s. 31.

²⁸⁹ Uysal, Mehmet, “Yeni Yasaların Işığında İcra İflâs Suçları İle Yargılama Yöntemine Farklı Bakış”, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt:80, Sayı: 3, Yıl: 2006, s. 1046.

1- Uzlaşma için failin mutlak olarak suçunu kabul etmesi gerektiği halde, 2004 sayılı İcra ve İflâs Kanunu hükümleri uyarınca ödeme ile sonuç alınması için failin suçunu kabul etmesi gerekmez.

2- Uzlaşmada, mağdurun zararının tümünün veya büyük bir kısmının ödenmesi zorunlu olduğu halde, 2004 sayılı İcra ve İflâs Kanunu'na göre şikayetten vazgeçme failin hiç ödeme yapmaması halinde de mümkündür.

3- Uzlaşma için fail ve mağdurun anlaşmalarında zorunluluk bulunduğu halde, 2004 sayılı İcra ve İflâs Kanunu'na göre fail mağdurdan bağımsız olarak ödemede bulunabileceği gibi, mağdur da bağımsız olarak şikayetten vazgeçebilir.

4- Uzlaşma hüküm kesinleşinceye kadar yapılabilir, ancak İcra ve İflâs Kanunu'nda düzenlenen ve şikayete bağlı olan suçlarda mağdur ve fail hüküm kesinleştikten sonra da anlaşılabilirler.

İİK'nun 354. maddesi amir hükmü uyarınca uzlaşmayı kendi bünyesinde barındırdığı dikkate alındığında, icra mahkemesince uzlaşma konusunda herhangi bir işlem yapılmasına gerek bulunmamaktadır²⁹⁰ denilerek, mevcut eksiltme suçu açısından uzlaşmanın uygulanmasına gerek olmadığını ifade etmektedir.

Yukarıda açıklanan gerekçelerle; Yargıtay'ın konuya ilişkin kararı doğrultusunda, mahkemeler tarafından mevcut eksiltme suçuna ilişkin yapılan ceza yargılamasında uzlaşma hükümlerinin uygulanmadığını ifade edebiliriz.

Kanaatimizce; İcra ve İflâs hukukunda uzlaşmadan daha lehe geniş imkan ve olanaklardan sunulmuş olması nedeniyle uzlaşma hükümlerinin uygulanamaması yerine, İcra ve İflâs hukukunda düzenlenen uzlaşmaya ilişkin hükümler ile birlikte uzlaşma müessesesinin de uygulanmasının gerektiğini düşünmekteyiz. İcra ve İflâs hukukunda uzlaşmaya ilişkin hükümlerin olması, CMK'da düzenlenen uzlaşma müessesesinin uygulanmasını engelleyen bir hüküm olmadığını düşünmekteyiz. Bu nedenle; Yargıtay'ın İcra ve İflâs Kanunu'nda uzlaşmaya ilişkin hükümler bulunduğu ve İİK'nın 354. maddesi amir hükmü uyarınca uzlaşmayı kendi bünyesinde barındırdığı dikkate alındığında, icra mahkemesince uzlaşma konusunda herhangi bir işlem

²⁹⁰ Yargıtay 16. H.D., 7/7/2008, 2010/5180, 2008/4928 UYAP Portal e. t. 18/4/2014.

yapılmasına gerek bulunmadığı yönündeki uygulama yerine İcra ve İflâs Kanunu'ndaki uzlaşmaya yönelik hükümlerle birlikte "uzlaşma" müessesesinin de uygulanması gerektiğini düşünmekteyiz.

Ayrıca; takibi şikayete bağlı suçlarda uzlaşma müessesesinin zorunlu olması nedeniyle (CMK. 253/1-a), mevcut eksiltme suçuna ilişkin olarak uzlaşmanın mümkün olduğunu düşünmekteyiz. Çünkü TCK ve özel kanunlarda şikayete tabi olan tüm suçlar ceza miktarına bakılmaksızın uzlaşma kapsamında yer almakla birlikte; Cumhuriyet savcısı veya hakim uzlaşma teklifinde bulunma konusunda yükümlü olup, bu konuda takdir yetkisi söz konusu değildir²⁹¹. Bu nedenle, suç takibi şikayete bağlı bir suç ise, uzlaşma zorunlu bir müessese olarak karşımıza çıkmaktadır.

Yukarıda açıklanan nedenlerle; mevcut eksiltme suçunda uzlaşmanın mümkün olduğu düşünülmektedir. Mevcut eksiltme suçunda, soruşturma aşaması olmadığı alacaklının şikayet dilekçesiyle doğrudan icra ceza mahkemesinde kovuşturma aşaması başladığı için; icra ceza mahkemesince CMK'nın 254. maddesi gereğince uzlaşma hükümlerine ilişkin işlemlerin yapılması gerektiğini düşünmekteyiz²⁹².

F. Zamanaşımı

Çalışmamızın bu kısmında mevcut eksiltme suçuna ilişkin dava ve ceza zamaşımı sürelerini inceleyelim:

Mevcut eksiltme suçunun düzenlendiği İİK'da mevcut eksiltme suçuna ilişkin olarak dava ve ceza zamaşımı süreleri düzenlenmemiştir. Bu nedenle; dava ve ceza zamaşımı süreleriyle ilgili olarak TCK'da yer alan genel hükümlerden faydalanılacaktır.

²⁹¹ İpek, Ali İhsan/ Parlak, Engin, Mevzuatta Yapılan En Son Değişiklikler İle Ceza Muhakemesinde Uzlaşma, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011, s. 53–55.

²⁹² Aksi yönde görüş için bkz. Kürtül, s. 32. Kürtül, kitabında; "İİK'nın 354. maddesi amir hükmünün uzlaşmayı kendi bünyesinde barındırdığı dikkate alındığında, icra mahkemesince uzlaşma konusunda herhangi bir işlem yapılmasına gerek bulunmamaktadır" görüşünü benimsemektedir. CMK'nın 253. maddesinin 1. fıkrasının(a) bendinde düzenlenen hüküm gereğince, uzlaşmanın zorunlu olması nedeniyle bu görüşe katılmıyoruz.

Dava zamanaşımı; suçun işlendiği tarihten itibaren belli bir zamanın geçmesiyle birlikte, sanık hakkında işlenen suçla ilgili olarak kovuşturma işlemlerine devam edilmesine engel olan zamanaşımı olarak ifade edilmektedir²⁹³.

Dava zamanaşımı TCK'nın 66. maddesinde suça ilişkin ceza miktarına göre farklı olarak düzenlenmiştir. Dava zamanaşımı süreleri TCK'nın 66. maddesinin 1. fıkrasında;

“Kanunda başka türlü yazılmış olan haller dışında kamu davası;

a) Ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını gerektiren suçlarda otuz yıl,

b) Müebbet hapis cezasını gerektiren suçlarda yirmibeş yıl,

c) Yirmi yıldan aşağı olmamak üzere hapis cezasını gerektiren suçlarda yirmi yıl,

d) Beş yıldan fazla ve yirmi yıldan az hapis cezasını gerektiren suçlarda onbeş yıl,

e) Beş yıldan fazla olmamak üzere hapis veya adli para cezasını gerektiren suçlarda sekiz yıl,

geçmesiyle düşer” şeklinde düzenlenmiştir.

Mevcut eksiltme suçuna ilişkin dava zamanaşımı süresinin ne kadar olduğu konusunda tartışmalar mevcuttur.

Kürtül, Çolak ve Uyar, mevcut eksiltme suçuna ilişkin kanunda belirtilen ceza miktarı itibarıyla; TCK'nın 66. maddesinin 1. fıkrasının (e) bendi gereğince; dava zamanaşımı süresinin 8 yıl olduğu ifade etmektedir²⁹⁴.

Halman Çetin ise; İİK'nın 347. maddesinde borçlunun mevcut eksiltme suçuna ilişkin fiili sebebiyle cezalandırılabilmesi için; alacaklı tarafından borçlunun fiili işlemlerinden itibaren en geç 1 yıl içinde şikayet hakkını kullanması gerektiği belirtilmektedir. Dava zamanaşımının tespitinde; alacaklının 1 yıl içinde şikayet hakkını kullanıp kullanmadığı önem taşımaktadır. Alacaklı fiilin işlenmesinden itibaren 1 yıl içinde şikayet hakkını kullanmamış ise, bu durumda bu fiile ilişkin olarak İİK'nın 347. maddesi gereğince dava açılmayacağı için, dava zamanaşımının 1 yıl olduğu kabul edilmelidir. Ancak,

²⁹³ Özgenç, s. 833.

²⁹⁴ Kürtül, s. 30, Çolak, s. 92, Uyar, s. 186.

alacaklı fiilin işlenmesinden itibaren 1 yıl içinde şikayet hakkını kullanmış ve usulüne uygun olarak dava açılmış ise dava zamanaşımı süresinin TCK'nın 66. maddesinin 1. fıkrasının (e) bendi gereğince 8 yıl olacağını ifade etmektedir²⁹⁵.

Kanaatimizce; alacaklının kovuşturma şartı olan şikayet hakkını fiilin işlenilmesinden itibaren bir yıl içinde kullanmaması durumunda, mevcut eksiltme suçuna ilişkin davanın açılmasının mümkün olmaması karşısında dava zamanaşımı süresinin, şikayet hakkının süresinde kullanılıp kullanılmamasına göre farklılık arz edeceğine ilişkin Halman Çetin'in görüşüne İİK'nın 347. maddesiyle uyumlu olduğu düşüncesiyle iştirak etmekteyiz.

Konuyu bir örnek üzerinden incelersek; alacaklının 1.1.2014 tarihinde borçlu hakkında haciz yoluyla takip yaptığını, borçlunun alacaklısının zarara sokma kastıyla, 2.1.2012 tarihinde arabasını benzin dökerek yaktığını ve alacaklının da bu olayı 2.2.2013 tarihinde öğrendiğini ve aynı gün borçludan şikayetçi olduğunu kabul edelim. Alacaklı tarafından borçlunun eylemine ilişkin olarak, fiilin işlenilmesinden itibaren bir yıl içinde şikayet hakkının kullanılmamış olması nedeniyle, borçlu hakkında işlenen suçla ilgili olarak kovuşturma işlemlerine devam edilmesi mümkün olmayacaktır. Bu nedenle; alacaklının kovuşturma şartı olan şikayet hakkını fiilin işlenilmesinden itibaren bir yıl içinde kullanmaması durumunda, dava zamanaşımının bir yıl olacağını düşünmekteyiz.

Yukarıda açıklanan nedenlerle; mevcut eksiltme suçuna ilişkin dava zamanaşımı sürelerinin şikayet hakkının süresinde kullanılmaması (fiilin işlenilmesinden itibaren 1 yıl içinde kullanılmaması) durumunda 1 yıl; şikayet hakkının süresinde kullanılması durumunda ise 8 yıl olduğunu ifade edebiliriz.

Ceza zamanaşımı ise; sanık hakkında verilen mahkumiyet kararının kesinleştiği tarihten itibaren belli bir zamanın geçmesiyle birlikte, mahkum olunan cezanın infaz edilmesine engel olan zamanaşımı olarak ifade edilmektedir²⁹⁶.

Ceza zamanaşımı TCK'nın 68. maddesinde mahkemece verilen hükmün miktar veya türüne göre farklı olarak düzenlenmiştir. Ceza zamanaşımı süreleri TCK'nın 68. maddesinin 1. fıkrasında;

²⁹⁵ Halman Çetin, s. 563–564.

²⁹⁶ Özgenç, s. 843.

“Bu maddede yazılı cezalar aşağıdaki sürelerin geçmesiyle infaz edilmez:

- a) Ağırlaştırılmış müebbet hapis cezalarında kırk yıl.
- b) Müebbet hapis cezalarında otuz yıl.
- c) Yirmi yıl ve daha fazla süreli hapis cezalarında yirmidört yıl.
- d) Beş yıldan fazla hapis cezalarında yirmi yıl.
- e) Beş yıla kadar hapis ve adli para cezalarında on yıl” şeklinde düzenlenmiştir.

Mevcut eksiltme suçuna ilişkin ceza zamanaşımı süresinin ne kadar olduğu konusunda dava zamanaşımı süresinin tespitindeki gibi tartışmalı bir durum yoktur. Kürtül, Halman Çetin, Çolak ve Uyar ceza zamanaşımı süresinin 10 yıl olduğunu ifade etmektedir²⁹⁷.

Kanaatimizce de, mevcut eksiltme suçuna ilişkin ceza zamanaşımı süresi, TCK’nın 68. maddesinin 1. fıkrasının (e) bendi gereğince 10 yıldır.

G. Yaptırım

Mevcut eksiltme suçu İİK’nın 331. maddesinde düzenlenmiş olup; mahkeme tarafından sanığın fiili, suçu oluşturuyorsa verilecek ceza maddede belirtilmektedir. Buna göre, sanığın fiili, mevcut eksiltme suçunu oluşturuyorsa sanık, “altı aydan üç yıla kadar hapis ve bin güne kadar adli para cezası ile” cezalandırılacaktır.

Sanığa verilen hapis cezasının ertelenmesi veya seçenek yaptırımlara çevrilmesi mümkün müdür? İcra ve İflâs Kanunu’nda, bu kanun uyarınca hükmolunacak olan cezaların ertelenemeyeceğine, hürriyeti bağlayıcı cezaların para cezasına ve tedbirlere çevrilemeyeceğine ilişkin 352/b maddesi bulunmaktaydı. Bu madde yukarıda da belirtilen Türk Ceza Kanunu ile uyum sağlamak amacıyla yapılmış olan 5358 sayılı kanunla yürürlükten kaldırılmıştır. Bu nedenle Türk Ceza Kanunu’nda belirtilen şartları da taşıması kaydıyla, sanığa verilen kısa süreli hapis cezasının (en fazla 1 yıl) seçenek yaptırımlara çevrilmesine veya sanığa verilen iki yıl veya daha az süreli hapis cezasının ertelenmesine karar verilmesi mümkündür. Çünkü sanığa verilen cezanın ertelenmesi veya seçenek yaptırımlara çevrilmesini engelleyen bir hüküm artık İcra ve İflâs

²⁹⁷ Kürtül, s. 30; Halman Çetin, s. 564; Çolak, s. 92; Uyar, s. 186.

Kanunu'nda bulunmamaktadır²⁹⁸. Bu nedenle, sanığa verilen cezanın seçenek yaptırımlara çevrilemeyeceği veya ertelenemeyeceğine ilişkin İİK'nın 352/b maddesinin yürürlükten kaldırılması sonucunda, bu suç tipi bakımından söz konusu müessese uygulanabilecektir.

Konuyla ilgili olarak Yargıtay; *“1.6.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5358 sayılı Yasa'nın 23. maddesi ile 2004 sayılı İİK'nun 352/b maddesi yürürlükten kaldırılmış olup, hükmedilen cezanın, şartları bulunduğu takdirde seçenek yaptırımlara çevrilmesine ve ertelenmesine bir engel olmadığı halde, yasal olanak bulunmadığından bahisle paraya çevrilmesine ve ertelemeye yer olmadığına karar verilmesi, isabetsizdir”*²⁹⁹ denilerek mevcut eksiltme suçuna ilişkin olarak verilen cezanın şartları olduğu takdirde seçenek yaptırımlara çevrilebileceği veya ertelenebileceği belirtilmektedir.

Burada şu hususa dikkat edilmesi gereklidir: Mahkeme mevcut eksiltme suçuna ilişkin olarak sanığın fiili nedeniyle 1 yıldan daha fazla hapis cezası vermişse, kısa süreli olmayan bu ceza Türk Ceza Kanunu'na göre seçenek yaptırımlara çevrilemeyecektir. Yine, mahkemece mevcut eksiltme suçuna ilişkin olarak sanığın fiili nedeniyle 2 yıldan fazla hapis cezası verilmişse, bu cezanın Türk Ceza Kanunu'nda belirtilen erteleme şartlarını taşımadığı için ertelenmesi mümkün olmayacaktır.

Yukarıda belirtilen gerekçeler nedeniyle; mevcut eksiltme suçuna ilişkin olarak sanığa verilen ceza Türk Ceza Kanunu'nda seçenek yaptırımlara çevrilme veya erteleme şartlarını taşıması halinde; seçenek yaptırımlara çevrilebilir veya ertelenebilir bir ceza olduğunu ifade edebiliriz.

Kanaatimizce de, mevcut eksiltme suçu, TCK'da düzenlenmemiş olsa bile bir suç olması nedeniyle, mahkemece verilen hükmün seçenek yaptırımlara çevrilmesinin doğru olduğunu düşünmekteyiz.

İcra ve İflâs Kanunu, ceza kanunları gibi ceza hükümlerinden ziyade, alacaklı ile borçlu arasındaki ilişkiyi düzenleyen hükümler içermektedir. İcra ve İflâs Kanunu'nda da alacaklı ile borçlu arasındaki düzeni korumak amacıyla seçenek yaptırımlara

²⁹⁸ Kürtül, s. 31.

²⁹⁹ Yargıtay 16. H.D., 27/9/2010, 2010/4337, 2010/5554 UYAP Portal e. t. 18/4/2014.

çevrilmeyen, ertelenemeyen tazyik hapsi, disiplin hapsi gibi hükümler de bulunmaktadır. Mevcut eksiltme suçu, kanunda suç olarak düzenlenmiş olup; yaptırım olarak disiplin ya da tazyik hapsi öngörülmemiş olması, suçun özelliği ve yapısı açısından daha uygundur. Gerçekten de; alacaklısına zarar verme kastıyla hareket eden borçlunun eylemi, artık sadece kısmi bir düzen olan alacaklı ile borçlu arasındaki düzeni değil, toplumun içinde bulunduğu düzeni de etkilemiş olması nedeniyle hapis cezasının belirlenmesi ve suçlara ilişkin TCK’da yer alan seçenek yaptırımlara çevrilmesi ve ertelenmesinin mümkün olmasının daha doğru olduğu düşünülmektedir.

Mahkemece sanığın mevcut eksiltme suçunu işlediğine kanaat getirilirse; sanık hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmesi İİK’nın 354. maddesi gereğince mümkün değildir. Konuyla ilgili olarak öncelikle, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilebilmesinin şartlarına bakalım:

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilebilmesinin şartları CMK’nın 231. maddesinin 6. fıkrasında belirtilmiştir. CMK’nın 231. maddesinin 6. fıkrasında;

“Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilmesi için;

- a) Sanığın daha önce kasıtlı bir suçtan mahkûm olmamış bulunması,*
 - b) Mahkemece, sanığın kişilik özellikleri ile duruşmadaki tutum ve davranışları göz önünde bulundurularak yeniden suç işlemeyeceği hususunda kanaate varılması,*
 - c) Suçun işlenmesiyle mağdurun veya kamunun uğradığı zararın, aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi,*
- gerekir”* denilmektedir.

Buna göre; hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilebilmesi için diğer iki şartla birlikte, mağdurun uğramış olduğu zararın giderilmesi gerekmektedir. Zararın giderilmesi gerekli bir şarta olup, zararın hangi yoldan giderildiğinin bir önemi yoktur. Zarar, fail tarafından iradi olarak giderilebileceği gibi, fail tarafından iradi olarak olmasa da hukuk mahkemeleri ve icra yoluyla giderilmiş olsa dahi, hükmün

açıklanmasının geri bırakılması söz konusu olabilecektir³⁰⁰. Burada önemli olan zararın nasıl giderildiği değil, giderilip giderilmediği sorunudur. Mağdurun uğramış olduğu zarar giderildiği takdirde hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilebilecektir.

Ancak; mevcut eksiltme suçunda; mağdurun uğramış olduğu zararın giderilmesi durumunda “dava ve bütün neticeleriyle beraber ceza düşecektir”. Bu durum İİK’nın 354. maddesinin 1. fıkrasında; “*Kanunun bu babında yazılı suçlardan takibi şikayete bağlı olanların müştekesi feragat eder veya borcun itfa edildiği sabit olursa dava ve bütün neticeleriyle beraber ceza düşer*” denilmek suretiyle açıkça ifade edilmektedir.

Çünkü İİK’nın 354. maddesi ile borç ödendiği takdirde sanık hakkında düşme kararı verilmesi, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına nazaran sanığın daha lehine bir düzenlemedir. Ayrıca. İİK’nın 354. maddesinde, açıkça borcun ödenmesi durumunda düşme kararı verileceği belirtildiği için, suç oluşmuş olsa dahi mahkemece artık düşme kararı verilecektir.

Buna göre; CMK’nın 231. maddesinin 6. fıkrasında hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilebilmesinin şartları arasında sayılan mağdurun uğramış olduğu zararı tazmin, İİK’nın 354. maddesine göre; dava ve bütün neticeleriyle beraber cezayı düşüren bir unsur olarak karşımıza çıkmaktadır. Söz gelimi, mağdurun uğradığı zarar giderildiği takdirde mevcut eksiltme suçu tüm unsurlarıyla birlikte oluşmuş olsa dahi mahkumiyet ve hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı değil, davanın düşmesi kararı verilmelidir. İİK’nın 354. maddesinin emredici hükmü ve davanın düşmesi kararının, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına göre failin daha lehine olması nedeniyle, zararın giderilmesi durumunda davanın düşmesine karar verilmelidir.

Yukarıda açıklanan gerekçeler nedeniyle; mevcut eksiltme suçunda mahkumiyet halinde, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmesi mümkün değildir³⁰¹.

Konuyla ilgili olarak Yargıtay bir kararında;

³⁰⁰ İpek, Ali İhsan, Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması, Adalet Yayınevi, 1.Baskı, Ankara, 2010, s. 166.

³⁰¹ Aynı yönde görüş için bkz. Kürtül, s. 30 – 31.

“... Hükümden sonra 8.2.2008 tarih ve 26781 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren 5728 sayılı Yasa’nın 562. maddesiyle değişik 5271 sayılı CMK’nun 231. maddesinin 5. fıkrası hükmünün uygulanabilmesi için öncelikle anılan yasanın 231. maddesinin 6. fıkrasının (c) bendinde belirtilen “suçun işlenmesiyle mağdurun veya kamunun uğradığı zararın, aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesinin gerekmesi”, diğer taraftan İcra ve İflâs Kanununun 354. maddesinde “Kanunun bu babında yazılı suçlardan takibi şikayete bağlı olanların müştekisi feragat eder veya borcun itfa edildiği sabit olursa dava ve bütün neticeleriyle beraber ceza düşer” hükmü ile sanığın üzerine atılı bulunan alacaklısını zarara sokmak maksadıyla mevcudunu eksiltmek suçunun düzenlendiği İcra ve İflâs Kanununun 331. maddenin son fıkrasında alacaklının şikayetinin aranması karşısında, 5271 sayılı CMK’nun 231. maddesinin 5. fıkrası uyarınca hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmesi mümkün değildir. Diğer bir anlatımla, borçlu sanık alacaklının zararını giderdiğinde yani borcunu ödediğinde İcra ve İflâs Kanununun 354. maddesi uyarınca davanın düşmesine karar verilmesi zorunluluğundan dolayı 5271 sayılı CMK’nun 231. maddesinin 5. fıkrasının somut olayımızda uygulama yeri bulunmamaktadır”³⁰² denilerek mevcut eksiltme suçuyla ilgili olarak hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmesinin mümkün olmadığı ifade edilmektedir.

H. Kanun Yolları

Mevcut eksiltme suçuna ilişkin olarak mahkemece verilen karara karşı kanun yolunun ne olduğu İİK’nın 325. maddesinin 2. fıkrasında belirtilmiştir. İİK’nın 325. maddesinin 2. fıkrasında;

“İcra mahkemesinin bu Bapta yer alan suçlardan dolayı verdiği hükümlerle ilgili olarak 4.12.2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun kanun yollarına ilişkin hükümleri uygulanır” hükmü yer almaktadır. Buna göre mevcut eksiltme suçuna ilişkin icra ceza mahkemesinin vermiş olduğu kararlara karşı, CMK’nın kanun yollarına ilişkin hükümleri uygulanacaktır.

³⁰² Yargıtay 16. H.D., 27/4/2009, 2009/1984 E., 2009/2989 K., (Nakleden; Kürtül, s. 107-108).

Buna göre; mevcut eksiltme suçunun yaptırımını hapis ve adli para cezası olduğu için, mahkemece verilen karar temyiz kanun yoluna tabi olacaktır³⁰³. Bu nedenle; mevcut eksiltme suçuna ilişkin, icra ceza mahkemesinin olarak verdiği kararlar, kesin karar olmayıp, temyizi kabil kararlar olarak karşımıza çıkmaktadır.

Temyiz süresi ise; mahkemece verilen kararın tefhim veya tebliğinden itibaren 7 gündür. Bu süre içerisinde, sanık, müşteki veya Cumhuriyet savcısı tarafından hükmün temyiz edilmesi mümkündür. Cumhuriyet savcısının duruşmaya katılmayacağına ancak temyiz hakkının bulunduğu (CMK. 260/1), yukarıda belirtmiştik. Peki, duruşmaya katılmayan ve kararı temyiz hakkı bulunan Cumhuriyet savcısı, kararı nasıl temyiz edecektir? İİK'nın 352. maddesinde, icra ceza mahkemesinin vermiş olduğu kararı Cumhuriyet savcılığına bildirileceği hüküm altına alınmıştır. Buna göre; mahkeme vermiş olduğu kararı Cumhuriyet savcılığına bildirecektir. Cumhuriyet savcısının temyiz süresi de mahkemece kararın Cumhuriyet savcılığına bildirdiği tarihten itibaren 7 gün olarak karşımıza çıkmaktadır.

Mevcut eksiltme suçuna ilişkin verilen kararlar temyize tabi olarak verildiği için bu kararların temyiz incelemesi Yargıtay tarafından yapılacaktır. Eski tarihli Yargıtay kararlarına baktığımızda Yargıtay 8. C.D. ve 7. C.D.'nin temyiz mercii olduğu karşımıza çıkmaktadır. 1/3/2002 tarihinden itibaren ise; icra mahkemelerinin cezaya ilişkin hükümleri hakkında temyiz incelemelerini 16. H.D. ile 17. H.D.'nin yapmakla görevlendirildikleri, bu tarihten 1/2/2007 tarihine kadar bu iki dairenin görev yaptığı, Yargıtay Başkanlar Kurulunun 29/1/2007 tarihli ve 1 sayılı kararı ile 1/2/2007 tarihinden itibaren temyiz incelemesinin 16. H.D. tarafından yapıldığı görülmektedir³⁰⁴. 1/2/2007 tarihinden itibaren 1/1/2012 tarihine kadar temyiz mercii 16. H.D. olarak karşımıza çıkmaktadır.

Yargıtay Büyük Genel Kurulu'nun Yargıtay İşbölümüne İlişkin 9/2/2012 tarihli ve 2012/1 sayılı kararı ile 2012 yılından itibaren mevcut eksiltme suçuna ilişkin olarak temyiz incelemesinin 11. C.D. tarafından yapılmasına karar verilmiştir³⁰⁵. O tarihten itibaren temyiz merciinin sadece 11. C.D. olduğunu ifade edebiliriz.

³⁰³ Kürtül, s. 36.

³⁰⁴ Halman Çetin, s. 82.

³⁰⁵ R.G., 18/2/2012

Mevcut eksiltme suçu; her ne kadar İcra ve İflâs Kanunu'nda düzenlenmiş ve suçla ilişkin İcra ve İflâs Kanunu'ndaki hükümler ve kavramların etkisi bulunsa da; temyiz mercii olarak Yargıtay'ın ilgili hukuk dairesinin gösterilmesinin uygun olmadığı kanaatindeyiz. Çünkü mevcut eksiltme suçu sonuç itibarıyla ceza hukukunun yasaklamış olduğu bir fiil olarak suç kabul edilmiş olup; sanığa ait herhangi bir fiilin bu suçu oluşturup oluşturmadığının takdirinin ilgili hukuk dairesince tespitinden ziyade ceza dairesince yapılmasının daha doğru olacağı düşünülmektedir. Zaten, mevcut eksiltme suçunun, suç olması yönünün de ağır basmasının etkisiyle bu suçla ilişkin görevli mahkemenin icra ceza mahkemesi olduğuna yukarıda değinmiştik. İlk derece mahkemesinde icra hukuk mahkemesi değil de icra ceza mahkemesinin görevli olması karşısında; temyiz incelemesinin hukuk dairesince yapılmasının da bu anlamda bir uyumsuzluk olduğu açıkça görülmektedir.

Bu nedenle; Yargıtay Başkanlar Kurulu'nun 2012 tarihinde almış olduğu ve icra suçlarının temyiz mercii olarak hukuk dairesi yerine ceza dairesinin belirlenmesinin ve bu kararın bu şekliyle devam etmesinin ceza hukuku kuralları gereğince daha doğru olduğunu düşünmekteyiz.

SONUÇ

Ticaret hayatında tarafların edimlerini yerine getirmesi dürüstlük kuralı çerçevesinde kendilerinden beklenir. Ancak, borçlu taraf edimini yerine getirmez ise, bu defa devreye devletin cebri gücü devreye girer. Böylece alacaklı alacağına kavuşur. Borçlunun alacaklıyı zarara sokmaya yönelik eylemleri ise alacaklının zararına yapılmış olduğu için, aynı zamanda devletin cebri icra gücünü de devre dışı bırakmaya yöneliktir. Bu nedenle, hem ticaret yapan kişilerin güveninin sarsılmasına hem de devletin gücünün olmadığı halde zayıfmış gibi gösterilmesine neden olunmaktadır. Bu nedenle de kanun koyucu, borçlunun bu eylemine ceza hukuk bakımından bir sonuç doğurması gerektiği düşüncesiyle, bu fiilleri suç saymıştır. Bu suç tipi, 2004 sayılı İcra ve İflâs Kanunu'nun 331. maddesinde *“alacaklısını zarara sokma kastıyla mevcut eksiltme suçu”* olarak düzenlenmiştir.

Mevcut eksiltme suçuna ilişkin olarak Kanun koyucu tarafından konulmuş olan benzer bir düzenleme de 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un 110. maddesinde görmekteyiz. Buna göre, 6183 sayılı Kanun kapsamında bulunan bir alacağa yönelik olarak, alacağın tahsiline engel olmak veya tahsilini zorlaştırmak için mallarından bir kısmını veya tamamını mülkünden çıkaran, telef eden yahut değerden düşürerek gerçek surette gizleyen, kaçırarak muvazaa yolu ile başkasının uhdesine geçiren veya aslı olmayan borçlar ikrar eden, yahut alındılar vererek gerçeğe aykırı surette, varlığını yok eden veya azaltan ve geri kalan mallar borcu karşılamaya yetmeyen borçlu altı aydan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacaktır.

İİK'nun 331. maddesinde düzenlenen suç ile 6183 sayılı Kanun'un 110. maddesinde düzenlenen suçta korunan hukuki değer ikisinde de alacak hakkı olup birbirinin aynısıdır. Ancak, İİK'dan kaynaklanan alacak hakkının niteliği ile 6183 sayılı Kanun'dan kaynaklanan alacak hakkının niteliği birbirlerinden farklıdır. İİK'dan kaynaklanan alacak hakkı hukuken korunan her türlü alacak hakkı olabilirken, 6183 sayılı Kanun'dan kaynaklanan alacak hakkı sadece Kanun'un 1. maddesinde sayılan kamu alacakları olmaktadır. Bu nedenle İİK'dan kaynaklanan alacak hakkının, 6183 sayılı Kanun'dan kaynaklanan alacak hakkından daha geniş olduğunu ifade edebiliriz.

Mevcut eksiltme suçuna ilişkin olan fiil; haciz yoluyla takip talebinden önceki iki yıl içinde veya konkordato mühletinden önceki iki yıl içinde veya iflâsın ertelenmesi talebinden önceki iki yıl içinde işlenmesi durumunda diğer şartların da bulunması halinde suç oluşacaktır. Ancak İİK'nın 347. maddesinde düzenlenen şikayet süresinde borçlunun "*failin işlemesinden itibaren*" bir yıl içinde şikayet hakkının kullanılması gerektiği belirtilmektedir. Dolayısıyla; her ne kadar kanun maddesinde borçlunun iki yıl içinde işlemiş olduğu fiillerin mevcut eksiltme suçunu oluşturduğu belirtilmiş ise de; şikayet süresinin fiili işlemesinden itibaren bir yıl içinde kullanılması gerektiği, aksi takdirde şikayet hakkının düşmesi nedeniyle yargılama yapılamayacağı için, failin iki yıl içinde işlemiş olduğu fiillerin tamamının cezalandırılmasına imkan yoktur. Sadece; fail tarafından son bir yıl içinde işlenmiş ve alacaklı tarafından şikayet hakkı kullanılmış olan fiiller cezalandırılabilir.

Fail tarafından iki yıl içinde işlenmiş olan fiiller İİK'nın 331. maddesindeki suçu oluşturmuş olsa bile; İİK'nın 347. maddesine göre sadece kanunda belirtilen zaman dilimlerinin son bir yıl içinde işlenenler (ve bu süre içinde şikayete konu edilenler) cezalandırılabilir. Bu nedenle fiil, İİK'nın 331. maddesine göre iki yıl içinde işlenmiş olsa dahi, İİK'nın 347. maddesi gereğince, fiilin işlenmesinden itibaren bir yıl içinde şikayet edilmemiş ise artık borçlu cezalandırılmayacaktır.

Mevcut eksiltme suçuyla ilgili olarak ; suçun takibinin şikayete bağlı olduğu İİK'nın 331. maddesinin son fıkrasında açıkça belirtilmektedir. Ancak; mevcut eksiltme suçuna ilişkin şikayetten vazgeçme TCK sistematüğinden farklıdır. Çünkü İİK'nın 354. maddesinin 1. fıkrasında da belirtildiği üzere; mevcut eksiltme suçunda şikayetten vazgeçme durumunda "*bütün neticeleriyle beraber cezanın düşeceği*" ifade edilmektedir. Yani, TCK sistematüğindeki şikayetten vazgeçme kesinleşmiş olan cezanın infaz edilmesine mani olamazken; mevcut eksiltme suçunda şikayetten vazgeçme halinde kesinleşmiş olan cezanın infaz edilmesine mani olacağı gibi, cezaya ilişkin bütün neticeler da düşecektir. Söz gelimi; mevcut eksiltme suçuna ilişkin olarak sanığın cezası kesinleşmiş olsa dahi şikayetten vazgeçme halinde, kesinleşmiş olan cezanın infaz edilmesi mümkün değildir. Hatta kesinleşmiş olan cezanın infazına başlanmış olsa dahi şikayetten vazgeçme halinde, infaz edilmekte olan cezanın infazı derhal durdurulur. Çünkü mevcut eksiltme suçunda şikayetten vazgeçme bütün neticeleriyle beraber cezayı düşürmektedir.

Bu nedenle; mevcut eksiltme suçunda şikayetten vazgeçme, TCK sistematüğindeki gibi cezanın infazına engel olamayan bir yol değil; cezanın infaz edilmemesi sonucunu doğuran, böylece cezanın infaz edilmesini engelleyen bir yol olarak karşımıza çıkmaktadır.

Bu açıklamalar ışığında; mevcut eksiltme suçunda şikayetten vazgeçme –TCK sistematüğinde olduğu gibi– sadece hüküm kesinleşinceye kadar değil, hüküm kesinleştikten sonra da ve hatta hüküm infaz edilirken dahi mümkün olduğunu ifade edebiliriz. Ayrıca, şikayete ilişkin İİK'daki düzenleme, özel hüküm niteliğinde olduğu için mevcut eksiltme suçunda TCK'daki şikayete ilişkin hüküm uygulanmayacaktır.

Mevcut eksiltme suçunu düzenleyen İİK'nın 331. maddesinin 5358 sayılı kanunla değiştirilmiş olup bu değişikliğin amacı, ceza hükmü içeren kanunlarla yeni Türk Ceza Kanunu arasında uyum sağlamaktır. Esasa ilişkin olmayan ancak kanun yapım tekniği ve mevzuat arasındaki hükümler arası uyumun sağlanması amacıyla 349. maddede geçen Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu ibaresinin Ceza Muhakemesi Kanunu olarak değiştirilmemiş olması bir eksikliklerdir.

Mevcut eksiltme suçunda Yargıtay, İİK'nın 354. maddesi amir hükmü uyarınca uzlaşmayı kendi bünyesinde barındırdığı dikkate alındığında, icra mahkemesince uzlaşma konusunda herhangi bir işlem yapılmasına gerek bulunmadığını belirterek, mevcut eksiltme suçu açısından uzlaşmanın uygulanmasına gerek olmadığını ifade etmektedir. Yargıtay'ın konuya ilişkin kararı doğrultusunda, mahkemeler tarafından mevcut eksiltme suçuna ilişkin yapılan ceza yargılamasında uzlaşma hükümlerinin uygulanmadığını ifade edebiliriz.

Kanaatimizce; İcra ve İflâs hukukunda uzlaşmadan daha lehe geniş imkan ve olanaklardan sunulmuş olması nedeniyle uzlaşma hükümlerinin uygulanamaması yerine, İcra ve İflâs hukukunda düzenlenen uzlaşmaya ilişkin hükümler ile birlikte uzlaşma müessesesinin de uygulanmasının gerekir. İcra ve İflâs hukukunda uzlaşmaya ilişkin hükümlerin olması, CMK'da düzenlenen uzlaşma müessesesinin uygulanmasını engelleyen bir hüküm olmadığını düşünmekteyiz. Bu nedenle; Yargıtay'ın İcra ve İflâs Kanunu'nda uzlaşmaya ilişkin hükümler bulunduğu ve İİK'nın 354. maddesi amir hükmü uyarınca uzlaşmayı kendi bünyesinde barındırdığı dikkate alındığında, icra mahkemesince uzlaşma konusunda herhangi bir işlem yapılmasına gerek bulunmadığı

yönündeki uygulama yerine İcra ve İflâs Kanunu'ndaki uzlaşmaya yönelik hükümlerle birlikte "uzlaşma" müessesesinin de uygulanması gerektiğini düşünmekteyiz.

Mevcut eksiltme suçuna ilişkin temyiz incelemesinin 2002 ile 2012 yılları arasında hukuk dairesi tarafından yapıldığını görmekteyiz. Mevcut eksiltme suçu; her ne kadar İcra ve İflâs Kanunu'nda düzenlenmiş ve suça ilişkin İcra ve İflâs Kanunu'ndaki hükümler ve kavramların etkisi bulursa da; temyiz mercii olarak Yargıtay'ın ilgili hukuk dairesinin gösterilmesinin uygun olmadığı kanaatindeyiz.

Mevcut eksiltme suçu, sonuç itibarıyla ceza hukukunun yasaklamış olduğu bir fiil olarak suç kabul edilmiş olup; sanığa ait herhangi bir fiilin bu suçu oluşturup oluşturmadığının takdirinin ilgili hukuk dairesince tespitinden ziyade ceza dairesince yapılmasının daha doğru olacağı düşünülmektedir. Zaten, mevcut eksiltme suçunun, suç olması yönünün de ağır basmasının etkisiyle bu suça ilişkin görevli mahkemenin icra ceza mahkemesi olduğuna yukarıda değinmiştik. İlk derece mahkemesinde icra hukuk mahkemesi değil de icra ceza mahkemesinin görevli olması karşısında; temyiz incelemesinin hukuk dairesince yapılmasının da bu anlamda bir uyumsuzluk olduğu açıkça görülmektedir.

Bu nedenle; Yargıtay tarafından icra suçlarının temyiz mercii olarak hukuk dairesi yerine ceza dairesinin belirlenmesinin ve bu kararın bu şekliyle devam etmesinin ceza hukuku kuralları gereğince daha doğru olduğunu düşünmekteyiz.

KAYNAKÇA

Alasu, Yılmaz, Hukukumuzda İcra- İflâs Suçları, Adil Yayınevi, Genişletilmiş 3. Baskı, Ankara, 1998.

Artuç, Mustafa, “İcra ve İflâs Suçlarında Yargılama Usulü”, Adalet Dergisi.

Artuk, M. Emin/ **Gökçen**, Ahmet/ **Yenidünya**, A. Caner, Ceza Hukuku Genel Hükümler (Genel Hükümler), Yeniden Gözden Geçirilmiş 5. Baskı, Ankara 2011.

Aşık, İbrahim, “İcra ve İflâs Kanununda Yer Alan Cezai Hükümler ve Anayasanın 38. Maddesinin Sekizinci Fıkrası”, e- Akademi, Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi, Şubat 2007 sayı: 60 <http://www.e-akademi.org/makaleler/iasik-2.htm> e.t. 6/12/2013.

Avcı, Mustafa, “Borç İçin Hapis Yasağı”, Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı, İstanbul, 2004.

Bakıcı, Sedat, 5237 Sayılı Yasa Kapsamında Ceza Hukuku Genel Hükümleri, Adalet Yayınevi, Ankara, 2007.

Belgesay, Mustafa Reşit, İcra ve İflâs Kanunu Şerhi, 2.cilt, M. Sıralar Matbaası, İstanbul, 1955.

Birtek, Fatih, “Cumhuriyet Savcısı’nın Delilleri ve Fiili Takdir Yetkisi”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, cilt 19, 2013.

Centel, Nur/ **Zafer**, Hamide/ **Çakmut**, Özlem, Türk Ceza Hukukuna Giriş, Yenilenmiş ve Gözden Geçirilmiş 7. Bası, İstanbul 2011.

Çetin, Soner H, İpotekli Borç Senedi ve İrad Senedi, Bilge Yayınevi, Ankara, 2004.

Çolak, Haluk, “İcra ve İflâs Suçları ile Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar” , Bankacılar Dergisi, sayı: 53, Yıl: 2005.

Çolak, Haluk, İcra- İflâs Suçları ve Yargılama Usulleri, Bilge Yayınevi, Güncelleştirilmiş 2.Baskı, Ankara, 2005.

Demirbaş, Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınları, Güncellenmiş 5. Baskı, Ankara, 2007.

Duygulu, İsmail, “Genel Olarak İcra- İflâs Suçları”, Legal Hukuk Dergisi, Cilt:3, Sayı:35, Yıl:2005.

Ercan, İbrahim, “İcra ve İflâs Suçları Üzerine Bazı Düşünceler”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:13, Sayı:1, Yıl:2005.

Eren, Fikret, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yayınevi, 14. Baskı, Ankara, 2012.

Feyzioğlu, Metin, “Sözleşmeden Kaynaklanan Yükümlülükler Nedeniyle Hürriyetin Kısıtlanması- Anayasa ve Caza Hukuku Açısından Bir İnceleme-” AİHS ve Anayasa m. 38 f. 8 Açısından Ödenmeyen Para Borçlarında Yaptırımlar Sempozyumu, Bildiriler-Tartışmalar-Panel, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara 1 Aralık 2001.

Parlar, Ali/ **Hatipoğlu,** Muzaffer/ **Yüksel,** Erol Güngör, Açıklamalı- İçtihatlı Ceza Muhakemesi Hukukunda Deliller Çapraz Sorgu ve İspat, Ankara, 2008.

Soyer Güleç, Sesim, Borç İçin Hapis Yasağı ve Karşılıksız Çek Suçu, Yeni Çek Kanunu Hükümlerine Göre Gözden Geçirilmiş 2. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2011.

Gültekin, Özkan, “İddianame Yerine Geçen Belgeler İddianamenin İadesine Konu Olabilir mi?” Adalet Dergisi, Ankara, Mayıs 2010.

Gültekin, Özkan, Öğretide ve Uygulamada İddianame ve İddianamenin İadesi, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2011.

Halman Çetin, Emine, İcra-İflâs Suçları ve Yargılama Usulü, Genişletilmiş 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012.

İnan, Yusuf Ziya, İcra Tatbikatında Suç Sayılan Fiiller ve Ceza Davaları, Yeni Savaş Matbaası, İstanbul, 1968.

İpek, Ali İhsan, Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması, Adalet Yayınevi, 1.Baskı, Ankara, 2010.

İpek, Ali İhsan/ **Parlak**, Engin, Mevzuatta Yapılan En Son Değişiklikler İle Ceza Muhakemesinde Uzlaşma, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011.

Kaçak, Nazif, İcra ve İflâs Kanunu Şerhi, 2. cilt, Gözden Geçirilmiş Genişletilmiş 3. Baskı, Seçkin Yayınevi, 2007.

Kardeşler, Erdoğan, 2004 Sayılı İcra ve İflâs Kanununda Düzenlenen İcra Suçları ve Cezaları, Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi> e.t.11/11/2013.

Karşlı, Abdurrahim, İcra ve İflâs Hukuku, Yenilenmiş ve Gözden Geçirilmiş 3. Baskı, Alternatif Yayınevi, İstanbul, 2014.

Karşlı, Abdurrahim, Medeni Muhakeme Hukuku, 6100 sayılı HMK Hükümlerine Göre Yargıtay Kararları İşlenmiş ve Gözden Geçirilmiş 3. Baskı, Alternatif Yayınevi, İstanbul, 2012.

Kılıçoğlu, Ahmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yeni Borçlar Kanunu'na Göre Hazırlanmış Genişletilmiş 16. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2012.

Koca, Mahmut/ **Üzülmez**, İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 4. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2011.

Kuru, Baki, İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı, Türkmen Kitabevi, İkinci Tıpkı Baskı, İstanbul, 2006.

Kuru, Baki/ **Arslan**, Ramazan/ **Yılmaz**, Ejder, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, 6100 sayılı HMK'na Göre Yeniden Yazılmış 22. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2011.

Kürtül, Mehmet, Açıklamalı- Örnekli – İçtihatlı İcra ve İflâs Suçları, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 2.Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014.

Olgaç, Senai/ **Köymen**, Haydar, İçtihatlarla Türk İcra ve İflâs Kanunu, Yenilenmiş 2. Baskı, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1965.

Oskay, Mustafa/ **Koçak**, Coşkun/ **Deynekli**, Adnan, İcra İflâs Kanunu Şerhi, Cilt:3, Turhan Kitabevi, Ankara, 2007.

Özbek, Veli Özer/ **Kanbur**, M. Nihat/ **Doğan**, Koray/ **Bacaksız**, Pınar/ **Tepe**, İlker, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 2. Baskı, 2011, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2011.

Özgenç, İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 9. Baskı, Seçkin Yayınevi, 2013.

Özkan, Hasan, İzahlı, İçtihatlı İcra İflâs Davaları ve Tatbikatı, İstanbul Üniversite Kitabevi Ercivan Matbaası, İstanbul, 1977.

Özmen, İsmail, En Son Değişikliklerle İcra Mahkemesinin Görevine Giren Suçlar, Seçkin Yayınevi, 1.Baskı, Ankara, 2007.

Öztaş, Bilge, Medeni Hukukun Temel Kavramları, Turhan Kitabevi, 38. Bası, Ankara, 2013.

Pekcanitez, Hakan/ **Atalay**, Oğuz/ **Özekes**, Muhammet, Hukuk Muhakemelerine Göre Medeni Usul Hukuku, Yetkin Yayınevi, 13. Baskı, Ankara, 2012.

Pekcanitez, Hakan/ **Atalay**, Oğuz/ **Sungurtekin Özkan**, Meral/ **Özekes**, Muhammet, İcra ve İflâs Hukuku, İİK ve Temel Kanunlardaki Son Değişikliklere Göre Gözden Geçirilmiş 10. Bası, Ankara, 2012.

Postacıoğlu, İlhan, İcra Hukuku Esasları, Fakülteler Matbaası, 4. Bası, İstanbul, 1982.

Sarı, Rıfat, İcra Suçları, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi> e.t.11/11/2013.

Soyaslan, Doğan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Güncelleştirilmiş 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012.

SUNAR, Gülcan, “Hacizdeki Borç Ödenmeden Aciz Vesikasının Ceza Hukuku Bakımından Hüküm ve Sonuçları” (Maltepe Üniversitesi. Hukuk Fakültesi Dergisi, 2005/1).

Süphandağ, Yavuz, İcra ve İflâs Hukukunda Uygulamalar, Genişletilmiş Gözden Geçirilmiş 8. Baskı, Bilge Yayınevi, Ankara, 2012.

Tekinay, Selahattin Sulhi/ **Akman**, Sermet/ **Burcuoğlu**, Haluk/ **Altop**, Atilla, Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yeniden Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 7. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993.

Tosun, Kerim/ **Artuç**, Mustafa, Türk Hukukunda Suçlar ve Kabahatler ile Açıklamalı – İçtihatlı Tüm Özel Ceza Yasaları, cilt:1, Adalet Yayınevi, Ankara, 2008.

Türkçe Sözlük, Türk Dil Kurumu Yayınları, 10. Baskıdan Yapılan Tıpkıbasım, Ankara, 2009.

Uğur, Hüsamettin, “Suçta ve Cezada Kanunîlik İlkesi ve Anayasa Mahkemesi Kararları Karşısında Yaptırımsız Kalan Bazı Suçlar”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2010/91.

Uyar, Talih, İcra ve İflâs Kanunu Şerhi, Genişletilmiş 2. Baskı, 2010.

Uyar, Talih, “Takip Hukukunda Alacaklısını Zarara Sokmak Kasdiyle Mevcudunu Eksiltme Suçu(İİK. Mad. 331)” Ankara Barosu Dergisi 2010/1).

Uyar, Talih, “Takip Hukukunda Borç Ödemeden Aciz Vesikası (İİK. Mad. 143.)” Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2007, sayı 70.

Uyar, Talih, “5358 Sayılı ve 31.05.2005 Tarihli “İcra ve İflâs Kanunu’nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun”un Getirdiği Yenilikler”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 59, Yıl: 2005.

Uyar, Talih/ **Uyar**, Alper/ **Uyar**, Cüneyt, İcra ve İflâs Kanunu Şerhi El Kitabı, cilt: 2, Bilge Yayınevi, Ankara, 2012.

Uysal, Mehmet, “Yeni Yasaların Işığında İcra İflâs Suçları İle Yargılama Yöntemine Farklı Bakış”, İstanbul Barosu Dergisi, cilt:80, sayı: 3, yıl: 2006.

Ünver, M. Naci, İcra ve İflâs Kanununda Suç Sayılan Eylemler, 1. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 1997.

Yavuz, Nihat, Uygulamada ve Öğretide Muvazaa, İnançlı İşlem, Nam- ı Müstear ve Kanuna Karşı Hile Davaları, En Son İçtihatlarla Birlikte Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2008.

Yılmaz, Ejder, Öğrenciler İçin Hukuk Sözlüğü, 1.Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2003.

Yıldız, Hasan, İcra ve İflâs Suçları, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi> e.t.11/11/2013.

Zafer, Hamide, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 2. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2011.

Uyap Portal

Yargıtay Kararları Dergisi.

<http://www.e-akademi.org>

<http://www.ombudsman.gov.tr>

<http://www.tbmm.gov.tr>

<https://tez.yok.gov.tr>

<http://www.rg.gov.tr>

ÖZGEÇMİŞ

KİŞİSEL BİLGİLER

Adı, Soyadı: Süleyman KUYUMCU

Uyruğu: Türkiye (TC)

Doğum Tarihi ve Yeri: 24 Haziran 1984, Denizli

Medeni Durumu: Evli

Tel: 0 506 948 27 95

Email: suleyman.kuyumcu@adalet.gov.tr

Yazışma Adresi: Burdur Adliyesi BURDUR

EĞİTİM

Derece	Kurum	Mezuniyet Tarihi
Y. Lisans	Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü	2014
Lisans	Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi	2006
Lise	Denizli Buldan Anadolu Lisesi	2002

İŞ DENEYİMLERİ

Yıl	Kurum	Görev
2007- 2008	Adalet Bakanlığı	Hakim Adayı
2008- halen	Adalet Bakanlığı	Hakim

YABANCI DİL

İngilizce.