

İCRA VE İFLÂS SUÇLARI ÜZERİNE BAZI DÜŞÜNCELER

YRD. DOÇ. DR. İBRAHİM ERCAN*

ÖZET

Diğer çağdaş hukuk sistemlerinde olduğu gibi, Türk hukuk sisteminde de borcunu yerine getirmeyen borçluların cezalandırılması artık kural olarak mümkün değildir. Bununla birlikte, İcra ve İflâs Kanunu'nda cebri icranın etkinliğinin sağlanması düşüncesiyle icra ve iflâs suçları öngörülmüştür. İcra ve iflâs hukuku uygulaması açısından son derece büyük bir öneme sahip olan bu suçlarla ilgili olarak, Türkiye'de son yıllarda iki büyük tartışma yaşandı. Bu tartışmalardan ilki, bu suç ve cezaların Anayasa'nın 38. maddesinin 8. fıkrasına aykırı olup olmadığı ile, ikincisi ise, Yeni Türk Ceza Kanunu'nun 5. maddesi karşısında bu suç ve cezaların uygulanması ile ilgili olmuştur. İşte bu çalışmada, bu tartışmalar incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: İcra ve iflâs suçları, mukayeseli hukukta icra ve iflâs suçları, icra ve iflâs suçlarının anayasaya aykırılığı, TCK m. 5 ve icra ve iflâs suçları.

SUMMARY

As in other modern law systems, also in Turkish law system, a debtor could not be punished because of non-payment. However, some enforcement and bankruptcy offences are arranged in law for the effect of the execution. Regarding these offences, there are two great discussions in the practise of execution and bankruptcy law in Turkey. One of them is whether these offences and its punishment against to the article 38/VIII of Turkish Constitution. And the other is relating to enforcement of these offences and punishments against to the article 5 of New Turkish Criminal Act. In this article these discussions are surveyed

Keywords: Execution and bankruptcy offenses, Execution and bankruptcy offenses in the comparative law, Unconstitutionality of the execution and bankruptcy offenses, Execution and bankruptcy offenses and articles 5 of the Turkish penal law.

A-GİRİŞ

Her ne kadar çağdaş hukuk sistemlerinde borcunu ödemeyen borçluların cezalandırılması, kural olarak artık kabul edilmese de, cebri icranın etkinliğinin sağlanması için, cebri icrayı yerine getiren kamu otoritesine karşı gelenlerin cezalandırılması kabul edilmektedir. Cebri icranın etkinliğini sağlayan bu

* Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra-İflâs Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

İcra Ve İflâs Suçları Üzerine Bazı Düşünceler

yaptırımlar küçük farklarla modern hukuk sistemlerinin çoğunda öngörülmüşlerdir.

Türk İcra ve İflâs Kanunu'nda borcunu yerine getirmeyen borçlunun cezalandırılması, kural olarak¹ söz konusu değildir. Ancak cebri icranın etkinliğinin sağlanması düşüncesiyle icra ve iflâs suçları öngörülmüştür. Bu Suçlar, 1929 tarihli ve 1424 sayılı İcra ve İflâs Kanunu'ndan beri vardır. 2004 sayılı mevcut İcra ve İflâs Kanunu'nda bunların sayıları artmıştır. Zaman içerisinde yapılan Kanun değişiklikleri ile bu suçların sayılarında belirgin bir artış meydana gelmiştir. Bu suçların öngörülmesinin temel nedenlerinden birisi, kötü niyetli borçlularla mücadele etmektir². Gerçekten uygulamada icra ve iflâs suçlarının alacakların tahsili konusunda çok önemli bir işlevi bulunmaktadır. Bu nedenle bu düzenlemelerin beklenen amaca önemli ölçüde hizmet ettiğini söylemek mümkündür.

Buna rağmen, icra ve iflâs suçları ile ilgili olarak son yıllarda iki önemli tartışma yaşandı.

Bunlardan ilki, 03.10.2001 tarih ve 4709 sayılı Kanununun 15. maddesi ile Anayasanın 38. maddesine eklenen “Hiç kimse, yalnızca sözleşmeden doğan bir yükümlülüğü yerine getirememesinden dolayı özgürlüğünden alıkonulamaz” hükmü nedeniyle yaşandı. Çünkü Anayasa'daki bu değişiklikten sonra, icra ve iflâs suçlarının Anayasa'nın bu hükmüne aykırı olup olmadığı tartışılmaya başlandı. Mahkemeler baktıkları dosyalarda icra ve iflâs suçlarına ilişkin cezaları uygulamamaya başladılar. Böylece konu önce Yargıtay'a daha sonra da Anayasa Mahkemesi'ne taşındı. Bu arada bu dönem içerisinde, durumu fırsat bilen birçok borçlu borçlarını ödememeye başladılar. İcra mahkemelerindeki davalar adeta kilitlenme noktasına geldi.

Yukarıda belirtilen ilk tartışma bittikten çok kısa bir süre sonra, icra ve iflâs suçları ile ilgili ikinci bir tartışma yaşanmaya başladı. Bu tartışmanın nedeni ise, Yeni Türk Ceza Kanunu'nun 5. maddesiydi. “Özel kanunlarla ilişki” başlığını taşıyan bu hüküm, “Bu kanunun hükümleri, özel ceza kanunları ve ceza içeren kanunlardaki suçlar hakkında da uygulanır” şeklindedir. Söz konusu hüküm 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'ndaki karşılığı olan 10. maddenin

¹ Bu kuralın tek istisnası olarak, İİK m. 344 hükmü gösterilebilir. Söz konusu hükümde, mahkeme kararıyla ödemek zorunda olduğu nafaka borcunu ödemeyen nafaka borçlusunun, alacaklının şikâyeti üzerine üç aya kadar tazyik hapsine mahkûm edilmesi öngörülmüştür.

² Bkz. **Yılmaz, E.**, “Borçlunun Sözleşmeden Doğan Yükümlülüğünü Yerine Getirememesi'ne İlişkin Anayasa Hükmü ve İcra ve İflâs Suçları, Prof. Dr. Ergun Önen'e Armağan, M.Ü. Hukuk Fakültesi, İstanbul 2003, s. 497; **Kuru, B.**, İcra ve İflâs Kanunu Değişikliği Hakkında Düşünceler, Ankara 1962.

tamamen zıttı bir düzenleme getirmekteydi. Gerçekten, eski hükümde, özel kanunlarda farklı bir düzenleme öngörülmediği sürece, Eski Ceza Kanunu'ndaki genel hükümlerin geçerli olacağı hükme bağlanırken, yeni hükümde, Yeni Ceza Kanunu'nun genel hükümlerinin özel kanunlardaki ceza içeren hükümler için de geçerli olacağı düzenlenmiştir.

Bu düzenlemeden sonra bir kez daha dikkatler icra ve iflâs suçlarına yöneldi. Bu suçlara ilişkin cezaların paraya çevrilemeyeceğine ve ertelenemeyeceğine ilişkin İİK m. 352/b hükmünün TCK m. 5 karşısında zımnen ilga edildiği tartışılmaya başlandı. Çünkü bu düzenleme yapılırken başlangıçta icra ve iflâs suçları konusunda bir önlem (düzenleme) öngörülmemişti. Başka bir ifade ile, icra ve iflâs suçlarının uygulamada oynadığı çok önemli rolü adete göz ardı edilmişti. Bu tartışmalardan sonra bir kez daha icra mahkemeleri icra suçlarına ilişkin cezaların uygulanması konusunda tereddütler yaşamaya başladılar. Sonunda uygulamadan gelen haklı talepler karşısında önce, Türk Ceza Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanuna geçici bir madde eklendi. Daha sonra, 5358 sayılı Kanun ile icra ve iflâs suçları yeniden düzenlendi.

İşte, bu çalışmamızda, icra ve iflâs suçları ile ilgili olarak son yıllarda yaşadığımız bu tartışmalar değerlendirilecektir. Bu tartışmaların sağlıklı değerlendirilebilmesi için, incelemede mukayeseli hukuktaki düzenlemelere de kısaca değinilmiştir. Çünkü, özellikle Anayasa'da yapılan değişiklik, Avrupa Birliği Hukuku ile uyum sağlanması amacıyla yapıldığına göre, sorunun doğru irdelenmesi için çeşitli Avrupa devletlerinin bu konudaki hukukî düzenlemelerin ortaya konulması yararlı olacaktır.

B-MUKAYESELİ HUKUKTAKİ DÜZENLEMELER

I-İsviçre Hukuku

İcra ve İflâs Kanunumuzun mehazı olan İsviçre İcra ve İflâs Kanunu'nun (SchKG) 91. maddesinde haczin yerine getirilmesi konusunda borçluya bazı yükümlülükler yüklenmiştir. Bu maddede borçluya iki tane yükümlülük yüklenmiştir. Bu yükümlülükler, geçici haciz ve ihtiyati haciz için de geçerlidir³.

³ **Lebrecht, A.E.** Art.91 SchKG, in: Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Hrsg. Staehelin, A./Bauer, T./Steahelin, D., Basel/Genf/München, 1998, Nr. 3; **Amonn, K./Walther, F.**, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, Siebte überarbeitete und auf den Rechtsprechung gebrachte Auflage, Bern 2003, § 22 Nr. 29.

İcra Ve İflâs Suçları Üzerine Bazı Düşünceler

İlk olarak, borçlu, haciz sırasında hazır bulunmak veya kendisini bir temsilci ile temsil ettirmek zorundadır (Anwesenheitspflicht)⁴. Bu yükümlülüğünü yerine getirmeyen borçlu İsviçre Ceza Kanunu'nun (StGB) 323. maddesine göre cezalandırılacaktır⁵. Bunun yanında, dinlenmesi gerekli ise, kendisine mal beyanında bulunma ihtarı yapılmış olması kaydıyla, zabıta tarafında zorla getirilebilir. Bu son yaptırım, borçlunun iflâs idaresinin talimatlarına uymaması halinde de söz konusu olabilecektir (SchKG m. 229 I)⁶.

SchKG m. 91'de ayrıca, borçluya borcuna yetecek kadar malın haczi için, malvarlığı hakkında bilgi vermek (mal beyanında bulunmak) (Auskunftspflicht) mecburiyeti de getirilmiştir. Buna göre, borçlu, gerek kendisinde gerekse üçüncü şahıslarda bulunan mal, alacak ve haklarından borcuna yetecek kadar olan miktarını bildirmek zorundadır.

Borçlu, haczi kabil bir malını saklar ise, StGB m. 163'de⁷ düzenlenen haciz dolandırıcılığı (Pfändungsbetrug) suçunu işlemiş olacak, dolayısıyla cezalandırılacaktır⁸.

İsviçre İcra ve İflâs Kanunu'nun 91. maddesinin dördüncü fıkrasında, borçlunun yanında, onun bir mal veya alacağını elinde bulunduran üçüncü şahıslar için de, bu mal ve alacağı hakkında bilgi verme yükümlülüğü getirilmiş;

⁴ Borçlu, haczi kabil mallarını icra dairesine bildirmişse, onun veya temsilcisinin yokluğunda da haciz yapılabilir. Ancak, bu durumda, borçlunun hacizden sonra hacizden haberdar edilmesi gerekir. Bu durumda, haciz, haciz tutanağının borçluya tebliğinden sonra tamamlanmış sayılır (**Lebrecht-SchKG**, Art. 91, Nr. 6; BGE, 112 III 14, 16; **Amonn/Walther**, § 22 Nr. 28; **Jaeger, C./Walder, H.U./Kull, T.M./Kottmann, M.**, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Erlaetert für den praktischen Gebrauch, 4. Auflage, Band I, Zürich 1997, Art. 91, Nr. 4).

⁵ **Lebrecht-SchKG**, Art. 91, Nr. 18; **Amonn/Walther**, § 22 Nr. 33.

⁶ **BGE** (İsviçre Federal Mahkemesi Kararı), 87 III 89.

⁷ 91. maddede borçlu hakkında uygulanacak cezai hükümler parantez içerisinde belirtilmiştir. İsviçre'de 1994 yılında Federal İcra ve İflâs Kanununda yapılan değişiklik sırasında, 91. madde de yeniden kaleme alınmıştır. Bu yapılırken, maddenin ikinci fıkrasının ikinci bendinde düzenlenen haciz dolandırıcılığı (Pfändungsbetrug) suçunun karşılığında parantez içerisinde Ceza Kanununun 164. maddesi yazılmıştır. Bu maddede, malvarlığının azaltılması yoluyla alacaklılarının zarara uğratılması suçu öngörülmüştür. İsviçre hukukunda bu düzenlemenin yanlışlıkla yapıldığı, dolayısıyla burada kastedilen maddenin 164 değil, eskiden olduğu gibi, 163. madde olduğu belirtilmektedir (Bkz. **Lebrecht-SchKG**, Art. 91, Nr. 19).

⁸ **Amonn/Walther**, § 22 Nr. 33; **Lebrecht-SchKG**, Art. 91, Nr. 18.

bu yükümlülüğü yerine getirmeyenlerin Ceza Kanununun 324. maddesine göre cezalandırılacakları hükme bağlanmıştır⁹.

Bunların dışında, SchKG m. 222' de, müflise (onun ölümü halinde yetişkin olan aile efradına), iflâs dairesine bütün malvarlığı hakkında bilgi vermek ve gerektiğinde emre amade olmak yükümlülüğü yüklenmiştir. Bu yükümlülüğünü yerinde getirmeyen müflis, StGB m. 323/4 ve 326 gereğince hapis cezası ile cezalandırılacaktır¹⁰.

Yukarıda borçlu için getirilen mal beyanı mükellefiyeti ve buna uyulmaması halinde ortaya çıkan cezai hükümler, borçluya ait bir malı veya parayı elinde bulunduran üçüncü şahıslar ve resmi kurumlar hakkında da geçerli olacaktır (SchKG Art. 222/4-5)¹¹.

Yukarıda belirtilen suçlar dışında, İsviçre Ceza Kanunu'nda (Art. 163-171 ve 323/324) başka suçlar da düzenlenmiştir¹².

⁹ Maddenin beşinci fıkrasında, bu yükümlülük, resmi kurumlar için de öngörülmüştür. Her ne kadar, diğer hükümlerin aksine beşinci fıkrada Ceza Kanunu hükümlerine yollama yapılmamış ise de, İsviçre hukukunda, üçüncü kişiler gibi resmi kurumların da cezalandırılabilirlikleri kabul edilmektedir (Bu konuda bkz., **Lebrecht**-SchKG, Art. 91, Nr. 30; **Amonn/Walther**, § 22 Nr. 34 vd.; **Jaeger/Walder/Kull/Kottmann**, SchKG Art. 91 Nr. 31).

¹⁰ Bu konuda bkz., **Amonn/Walther**, § 44 Nr. 3 vd.; **Jaeger/Walder/Kull/Kottmann**, SchKG Art. 222 Nr. 2 vd.

¹¹ **Jaeger/Walder/Kull/Kottmann**, SchKG Art. 222 Nr. 4 vd.

¹² Art. 163, Betrügerischer Konkurs und Pfaendungsbruch (hileli iflâs ve haciz dolandırıcılığı); Art. 164, Glaebigerschaedigung durch Vermögensminderung (Alacaklısını zarara sokmak kastıyla varlığını eksiltme); Art. 165, Misswirtschaft (Kendi eylemi ile aczine neden olma veya mali durumunu bilerek ağırlaştırma); Art. 166, Unterlassung der Buchführung (Kanunen tutulması gereken defterlerin tutulmaması); Art. 167, Bevorzugung eines Glaebigers (Alacaklılardan birinin diğer alacaklıların zararına kayırılması); Art. 168, Bestechung bei Zwangsvollstreckung (İflâs veya Konkordatoda isteği doğrultusunda karar verilmesi için çıkar sağama); Art. 169, Verfügung über mit Beschlagbelegte Vermögenswerte (Hazedilen, iflâsta kayıt altına alınan veya malvarlığının terki suretiyle konkordatodaki mallar üzerinde tasarruf edenlerin cezalandırılması); Art. 170, Erschleichung eines gerichtlichen Nachlassvertrages (Hile ile Konkordatonun tasdikinin sağlayıcıların cezalandırılması); Art. 171, Gerichtlicher Nachlassvertrag (Mahkeme içi konkordato-Bu maddede, 163, I, 164, I, 165, I, 166 ve 167. maddelerde düzenlenmiş bulunan cezaların mahkeme içi konkordatoda da geçerli olacağı düzenlenmiştir). Bu konuda bkz. ayrıca, **Amonn/Walther**, § 14 Nr. 1-2.

İcra Ve İflâs Suçları Üzerine Bazı Düşünceler

II-Alman Hukuku

Alman icra ve iflâs hukukunda da borçlunun hukukî ve cezaî sorumluluğunu düzenleyen hükümler öngörülmüştür.

Borçlunun malları hakkında icra dairesine bilgi verme yükümlülüğü, Alman Medenî Usul Kanunu'nun (ZPO)¹³ 836. maddesinde düzenlemiştir. Ancak, bu yükümlülüğe uyulmamasının yaptırımı olarak sadece tazminat talep etme hakkı öngörülmüştür¹⁴. Borçlunun borçlusu olan üçüncü şahıs için de ZPO § 840 gereğince malvarlığı hakkında bilgi verme yükümlülüğü öngörülmüş ve buna uyulmamasının yaptırımı olarak yine sadece tazminat ödenmesi hükme bağlanmıştır¹⁵.

Bunun dışında aşağıda belirtilen hallerde, Alman icra ve iflâs hukuku sisteminde borçlu için hürriyeti bağlayıcı cezalar öngörülebilmektedir.

a) ZPO § 807'ye göre, yapılan haczin alacaklının alacağını karşılamaması halinde veya alacaklının yapılacak haczin alacağını karşılamayacağını inandırıcı bir şekilde ortaya koymasından sonra, borçludan mal beyanında bulunması istenecektir.

Borçlunun mal beyanında bulunmak zorunda kaldığı bir diğer durum da, ZPO § 883'de düzenlenmiştir. Bu maddeye göre, alacaklı menkul teslimi için borçluya karşı icra takibine girer; ancak takip konusu menkul mal bulunmazsa, alacaklının talebi ile borçludan söz konusu malın nerede olduğunun belirtilmesi istenir.

Borçlu, yukarıda belirtilen mal beyanı ile ilgili yükümlülüklerini yerine getirmemesi halinde, ZPO § 901' göre, onu mal beyanında bulunmaya zorlamak için hapis ile tazyik edilir. Ancak, bu süre altı aydan fazla olamaz (ZPO § 913). Bunun dışında, borçlu mal beyanında bulununca hemen salıverilir (ZPO § 902 II). Ayrıca, alacaklı talep ederse, mal beyanında bulunmayan bir borçlu da

¹³ Almanya'da ayrıca bir icra kanunu bulunmamaktadır. Cebri icraya ilişkin hükümler Medeni Usul Kanununun (Zivilprozessordnung) 8. Kitabında § 704 vd. hükümlerinde düzenlenmiştir.

¹⁴ **Brox, H./Walker, W-D.**, Zwangsvollstreckungsrecht, 7. neubearbeitete Auflage, Köln, Berlin, Bonn, München 2003, Nr. 646; **Stöber, K.**, in: Zöllner Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetzen, mit Internationalen Zivilprozessrecht, Kostenanmerkungen, Kommentar, Begründet von Richard Zöllner, 22. neubearbeitete Auflage, Köln 2001, § 836 Nr. 9 vd. **Smid, S.**, § 836 Nr. 10 in: Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung Band 3, München 1992.

¹⁵ **Brox/Walker**, Nr. 621 vd.; **MünchKommZPO-Smid** § 840, Nr. 19 vd.; **Zöllner/Stöber-ZPO** § 840 Nr. 12 vd.

serbest bırakılır. Bu şekilde, bırakılan borçlu, alacaklının talebi ile mal beyanında bulunması için tekrar hapis ile tazyik edilir (ZPO § 911).

Mal beyanında bulunması için altı ay süre ile hapis ile tazyik edilen bir borçlu, mal beyanında bulunmamış ise, başka bir borcundan dolayı ve başka bir alacaklının talebi ile yeniden hapis ile tazyik edilebilir (ZPO § 914).

b) Borçlunun hapis ile tazyik edilmesi sonucunu doğuran bir diğer düzenleme de, ZPO § 888 I öngörülmüştür. Bu maddeye göre, konusu misli olmayan bir şeyin yerine getirilmesindeki ilâmların icrasında, borçlu, icra emrine rağmen yükümlülüğünü yerine getirmezse, para ile tazyik veya hapis ile tazyik edilebilir. Burada öngörülen hapis ile tazyikin süresi, ZPO § 888 I c.3, ZPO § 913 atf gereği en fazla altı aydır. Bunun yanında, para cezasını ödemeyen borçlunun bu cezası da hapis ile tazyike dönüştürülebilir. Bu cezaların verilebilmesi için, borçlunun kusurlu olması şart değildir. Borçlu, icra emrini yerine getirirse, hemen bırakılır¹⁶.

Bunların yanında, ZPO § 890'da da, bir şeyin yapılmamasına ve bir şeye katlanmasına ilişkin ilâmların icrasında, icra emrine uymayan borçlu için yine para cezası ve hapis ile tazyik öngörülmüştür. Bu maddeye göre, borçlu yapmak zorunda olduğu bir şeyi yapmaz veya katlanmak zorunda olduğu bir davranışa katlanmaz ise, önce hafif para cezası ile (Ordnungsgeld) cezalandırılır. Bu para cezasının tahsil edilememesi halinde, bu sefer altı ayı geçmemek üzere hafif hapis cezası ile cezalandırılır¹⁷.

Buradaki hapis ile tazyikin azami haddi iki yıl olarak düzenlenmiştir (ZPO § 890 I son cümle).

c) Alman icra hukuku sisteminde borçlu için hürriyeti bağlayıcı bir ceza öngören diğer bir hüküm de, ihtiyati haciz ile ilgili bölümde bulunmaktadır. Buna göre, Alman hukukunda ihtiyati haciz, borçlunun malları üzerine konan ihtiyati haciz (dinglicher Arrest) ile borçlunun şahsı üzerindeki ihtiyati haciz (persönlicher Arrest) olmak üzere ikiye ayrılır.

İkincisinde, borçlunun hapsedilmesi veya onun şahsi hürriyetinin, kimliklerine el konulması, sürekli olarak bulunduğu yeri yetkili merciye bildirme yükümlülüğü gibi başka bir şekilde sınırlandırılması söz konusudur. Borçlunun şahsı üzerindeki ihtiyati haczin amacı, mallar üzerindeki ihtiyati haciz olduğu gibi, sadece, borçlunun mallarının haczedilmesini güvence altına almaktır. Borçlunun şahsı üzerindeki ihtiyati haciz, doğrudan doğruya bir cebri

¹⁶ **Jauernig, O.**, Zwangsvollstreckungsrecht, 20 Auflage, München 1996, s. 123, vd.; **Brox/Walker**, Nr. 1086; **Schilken, E.**, in: Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, Band 3, München 1992, § 888 Nr. 15; **Zöller/Stöber-ZPO** § 888 Nr. 10 vd.

¹⁷ **MünchKommZPO-Schilken** § 890 Nr. 23; **Zöller/Stöber-ZPO** § 890 Nr. 3.

İcra Ve İflâs Suçları Üzerine Bazı Düşünceler

icra aracı olarak kullanılamaz. Bunun yanında, borçlunun şahsı üzerinde ihtiyati haciz kararı alınabilmesi, bazı sıkı şartlara bağlanmıştır. Buna göre, borçlunun şahsı üzerindeki ihtiyati haciz, ikincildir. Yani, mallar üzerindeki ihtiyati haciz ile hedefe gitme imkânı varsa, şahıs üzerinde ihtiyati hacze karar verilemez. Ayrıca, borçlunun şahsı üzerinde ihtiyati haciz kararı verilecekse, mümkün olduğu kadar en hafif tedbirden başlanılmalıdır¹⁸.

d) Son olarak, hâkim, borçlu hakkında bir ceza kararı verirken, her zaman, Türk hukukunda da kabul edilen ölçülülük ilkesini göz önünde bulundurmaktadır. Buna göre, para cezası ile sonuç alınması mümkün olan durumlarda, öncelikle ona hükmetmesi, hürriyeti bağlayıcı bir ceza öngörülecekse, en hafifinden başlanılmalıdır.

III-Avusturya Hukuku

İsviçre ve Alman hukuklarında olduğu gibi, Avusturya icra hukukunda da, borçlunun hürriyeti bağlayıcı bir ceza ile cezalandırılması¹⁹ mümkündür.

a) Avusturya hukukunda da borçlunun mal beyanında bulunma yükümlülüğü vardır. Bu yükümlülük, Avusturya İcra Kanunu'nun (Exekutionsordnung) 47. maddesinde ayrıntılı olarak düzenlenmiştir²⁰. Söz konusu Kanununun 48. maddesinde de, süresi içerisinde mal beyanında bulunmayan borçlunun cezalandırılması öngörülmüştür. Buradaki cezanın süresi toplam altı ayı geçmemesi gerekir. Borçlu, mal beyanında bulunduğu anda ceza sona erecektir (Avusturya İcra Kanunu § 48; II). Borçluya ceza verilebilmesi için, onun mal beyanında bulunmamayı mahkeme huzurunda reddetmiş olması gerekir. Mal beyanında bulunmaktan kaçınma mahkeme huzurunda değil de, icra memuru huzurunda gerçekleşmişse, borçluya ceza verilemez²¹.

Avusturya İcra Kanunu'nun 49. maddesinde ise, borçluya malvarlığında sonradan meydana gelen artışları bildirme yükümlülüğü düzenlenmiştir.

¹⁸ Bu konuda bkz. **Özekes, M.**, İcra ve İflâs Hukukunda İhtiyati Haciz, Ankara 1999, s. 61 vd.; **Heinze, M.**, Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, Band III, § 917 ve 918; **Vollkommer, M.**, in: Zöllner Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetzen, mit Internationalen Zivilprozessrecht, Kostenanmerkungen, Kommentar, Begründet von Richard Zöllner, 22. neubearbeitete Auflage, Köln 2001, § 916 ve 917.

¹⁹ Ancak, bu hukuk sistemlerinde, öngörülen bu tedbirler klasik anlamda hürriyeti bağlayıcı ceza değil, sadece cebri icranın uygulanmasını temin eden zorlayıcı tedbirler (Beugemittel) dir.

²⁰ Bkz., **Angst, P./Jakusch, W./Mohr, F.**, Exekutionsordnung mit erläuternden Anmerkungen, Schriftum und einer Übersicht über die Rechtsprechung, 14., völlig neu bearbeitete Auflage, Wien 2004, § 47.

²¹ **Angst/Jakusch/Mohr** EO § 48 Nr. 9.

b) Yine Alman hukukunda olduğu gibi, burada da, bir şeyin yapılmasına ilişkin bir ilamı (ilamın konusu misli olmayan bir şey olması gerekir) veya bir şeyin yapılmamasına ya da bir şeye katlanmaya ilişkin bir ilamın yerine getirilmesine muhalefet eden borçlu, altı aya kadar hapis ile tazyik edilir (Avusturya İcra ve İflâs Kanunu m. 354 ve 355)²².

C-İCRA VE İFLÂS KANUNU'NDA DÜZENLENEN SUÇLAR

I-Genel Olarak

Cumhuriyetin kurulmasından sonra, cebri icra ile ilgili kabul edilen ilk kanunumuz²³, İsviçre Federal İcra ve İflâs Kanunu'ndan alınan 1929 tarihli ve 1424 sayılı İcra ve İflâs Kanunu'dur. Ancak, bu Kanun fazla uzun ömürlü olamamıştır. Söz konusu Kanuna getirilen en önemli eleştiri, Kanunun kötü niyetli borçlular ile mücadele konusunda yeterli olamaması idi. Gerçekten doktrinde, Kanunun İsviçre'deki uygulamaya göre hazırlandığı, oysa ülkemizde başkalarının hakkına saygı bilincinin yeteri kadar yerleşmediği, aksine başkalarını sömürmenin marifet sayıldığı, bu nedenle borçluların borçlarını ödememek için, her türlü çareye başvurmaya çalıştıkları ifade edilerek, söz konusu Kanun bu yönüyle eleştirilmiştir²⁴.

1424 sayılı Kanunu'nun başarısızlığa uğramasından sonra, bu başarısızlıktan da ders alınarak, yine İsviçre Federal İcra ve İflâs Kanunu esas alınarak halen yürürlükte olan 1932 tarihli 2004 sayılı İcra ve İflâs Kanunu kabul edilmiştir. Bu Kanun ile mehz İsviçre İcra ve İflâs Kanunu (Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs) arasında en önemli farklardan birisi, icra ve iflâs suçlarıdır. Gerçekten İcra ve İflâs Kanunumuzda mehz Kanundan farklı olarak icra ve iflâs suçları çok ayrıntılı olarak düzenlenmişlerdir. Ayrıca, kötü niyetli borçlularla mücadele için, bu suçların sayısı zaman içerisinde yapılan kanun değişiklikleri ile de giderek artmıştır²⁵.

²² Bkz. **Holzhammer, R.**, Österreichisches Zwangsvollstreckungsrecht, Dritte neubearbeitete Auflage, Wien 1989, s. 105, 311 vd., 314 vd.; 317 vd.; **Angst/Jakusch/Mohr** EO § 354 ve 355'teki açıklamalar.

²³ Cumhuriyetin kurulmasından önce, ülkemizde, icra ve iflâs hukuku ile ilgili hükümlerin yer aldığı 1295/1296 tarihli "İâmatı Hukukiyenin Sureti İcrasına Dair Muvakkat Kanun" ve onun yerini alan 28 Nisan 1330 (1914) tarihli "İcra Kanunu Muvakkati" vardı. Her iki Kanunda da borcunu ödemeyen borçlular için hapis öngörülmekte idi (Bkz. **Uyar, T.**, İcra ve İflâs Hukukundan Suç Sayılan Fiiller (İcra-İflâs Suçları), Manisa 1987; s. 2).

²⁴ **Yılmaz, s. 496; Umar, B.**, İcra ve İflâs Hukukunun Tarihi Gelişimi ve Genel Teorisi, İzmir 1973, s. 139.

²⁵ **Yılmaz, s. 497.**

İcra Ve İflâs Suçları Üzerine Bazı Düşünceler

İcra ve İflâs Suçları hakkındaki İcra ve İflâs Kanunu'nun hükümlerini üç bölümde toplamak mümkündür: 1- "Cezai Hükümler" başlığını taşıyan "On Altıncı Bap" hükümleri (m. 331-354); 2- Hapisle Tazyik Hükümü (m. 76) 3- Taksiratlı ve Hileli İflâs" başlığını taşıyan "On Üçüncü Bap" hükümler (310-311)²⁶.

II-İcra ve İflâs Kanunu'nun On Altıncı Bap'ında Düzenlenmiş Bulunan Suçlar

Bu bölümde çeşitli suçlar öngörülmüştür. İncelemenin sınırlarının aşılması için, bu suçların her birisinin ayrıntısına inilmeyecek, sadece başlık halinde verilmekle yetinilecektir. Bu bölümde düzenlenen suçlar şunlardır:

-Alacaklısını zarara sokmak kastıyla mevcudunu azaltmak suçu (İİK m. 331);

-Kendi eylemi ile aczine neden olma veya durumu bilerek ağırlaştırma suçu (İİK m. 332);

-İflâs ve konkordato işlerinde kişisel menfaat temin etmek suçu (İİK m. 333);

-Konkordatoda veya sermaye şirketleri ile kooperatiflerin yeniden yapılandırılmasında yetkili kimseleri hataya düşürmek veya borçların uzlaşma suretiyle yeniden yapılandırılması koşullarına uymamak Suçu (İİK m. 334);

-Üzerinde kiralayanın hapis hakkı bulunan eşyanın kaçırılması veya gizlenmesi ve tahliyesi gereken yerin başkasına işgal ettirilmesi suçu (İİK m. 335);

-Müflisin mallarını iflâs idaresine vermemek ve müflisin alacaklarını iflâs dairesine bildirmemek suçu (İİK m. 336);

-Mal beyanında bulunmamak suçu (İİK m. 337);

-Borçlunun defteri yapılmış olan malları, aynen veya istenildiği zamanki kıymetiyle iflâs dairesine vermemesi suçu (İİK m. 337/2, 167);

-Müflisin mallarının defteri tutulurken hazır bulunmaması ve bu malları iflâs dairesinin emrine hazır bulundurmaması suçu (İİK m. 337/2, 209);

-İflâsın tasfiyesi süresince, müflisin iflâs dairesinin emirlerine uymaması suçu (İİK m. 337/2, 216);

-Ticaretini terk hükmüne aykırı davranmak suçu (İİK m. 337/a);

-Gerçeğe aykırı mal beyanında bulunmak suçu (İİK m. 338);

-Mal beyanından sonra, kazancında meydana gelen artışı bildirmemek suçu (İİK m. 339);

²⁶ **Yılmaz**, s. 497.

- Taahhüdü ihlal suçu (İİK m. 340);
- Çocuk tesliminden kaçınmak suçu (İİK m. 341);
- Hükmen teslim edilen taşınmaza haklı bir sebep olmaksızın tekrar girmek suçu (İİK m. 342);
- Yalnız kendisi tarafından yapılacak olan bir işin yapılması veya bir işin yapılmaması veyahut bir irtifak hakkının tesisi veya kaldırılması hakkındaki ilâm hükümlerine muhalefet suçu (İİK m. 343);
- Nafaka borcunu ödememek suçu (İİK m. 344);
- Gerektiği halde sermaye şirketinin iflâsını istememek suçu (İİK m. 345/a);
- İcra ve İflâs Kanunu'na göre yapılan ihalelerde, kendisine veya başkasına vaat olunan yarar karşılığında artırmada çekilme veya artırmaya katılmama suçu (İİK m. 345/b).

III-İcra ve İflâs Kanunu m. 76'da Düzenlenen Hapis İle Tazyik Suçu

İİK m. 76'ya göre, mal beyanında bulunmayan borçlu, alacaklının talebi üzerine beyanda bulununcaya kadar icra mahkemesi hâkimi tarafından bir defaya mahsus olmak üzere hapisle tazyik olunur. Ancak bu hapis üç ayı geçemez.

Bunun dışında, yukarıda da belirtildiği gibi, mal beyanında bulunamamak, gerçeğe aykırı mal beyanında bulunmak ve mal beyanından bulunduktan sonra, kazancında meydana gelen artışı bildirmemek de, Kanun'da sırasıyla 337, 338 ve 339. maddelerde suç olarak düzenlenmiştir.

IV- İcra ve İflâs Kanunu'nun On Üçüncü Bap'ında Düzenlenmiş Bulunan Hileli İflâs ve Taksirli İflâs Suçları

İcra ve İflâs Kanunu'na göre, üç türlü iflâs vardır; adli iflâs, taksirli iflâs ve hileli iflâs. Adi iflâs Türk hukukunda suç olarak öngörülmediği halde, taksirli ve hileli iflâs suç olarak düzenlenmişlerdir²⁷. Hangi hallerin hileli iflâs, hangi hallerin taksirli iflâs olduğu İcra ve İflâs Kanunu'nda ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Taksirli iflâs halleri Kanun'da (m. 310 ve 337a, III) tahdidi

²⁷ Bu konuda bkz., **Muşul, T.**, İflâs Suçları, Taksirli ve Hileli İflâs Suçları ile Diğer İflâs Suçları, İstanbul 1998; **Yıldırım, M. K.**, Hileli İflâs Suçları, İstanbul 2000; **Görgün, Ş.**, Hileli ve Taksirli İflâs (Ankara İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Dergisi, 1972/1, s. 433-451); **Yılmaz, E.**, İflâsın Kamu Hukuku Bakımından Sonuçları ve Müflisin Saygınlığını Yeniden Kazanması (Türkiye Noterler Birliği Dergisi 1976/9, s. 53-56, 1976/10, s. 73-78); **Özgenç, İ.**, Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar Ankara 2002, s. 106 vd.; **Çolak, H.**, İcra- Suçları ve Yargılama Usulü, Ankara 2005.

İcra Ve İflâs Suçları Üzerine Bazı Düşünceler

olarak sayılmışken, hileli iflâs halleri (m. 311) örnek kabilinden sayılmıştır²⁸. Hileli ve taksiratlı iflâsa verilecek cezalar ise, 765 sayılı Eski Türk Ceza Kanunu'nun 506 ile 507. maddelerinde düzenlenmiş idi. Ancak, bu hükümlerde, hangi fiillerin hileli ve taksiratlı iflâs oluşturduğu hususunda herhangi bir açıklık yoktu. Bu itibarla hangi fiillerin hileli veya taksiratlı iflâs olarak nitelendirilebileceği hususunda İcra ve İflâs Kanunu'na başvurmak gerekiyordu²⁹.

Yeni Türk Ceza Kanunu'nda hileli ve taksiratlı iflâs 161³⁰ ve 162.³¹ maddelerde düzenlenmiştir. Eski Ceza Kanunu'nun aksine Yeni Kanun'da sadece ceza belirtilmekle kalmayıp, suçun unsurları da düzenlenmiştir. Ayrıca, taksiratlı iflâsın düzenlendiği 162. maddede, suçun unsuru olarak, tacir olmanın gerekli kıldığı dikkat ve özenin gösterilmemesi dolayısıyla iflâsa sebebiyet vermek şeklinde oldukça genel bir ifade kullanılmıştır. Buna karşılık, hileli iflâsın düzenlendiği 161. maddede ise, hileli iflâsın varlığı için bazı durumların gerçekleşmiş olması şart koşulmuştur. Dolayısıyla, Yeni Ceza Kanunu'nda İcra ve İflâs Kanunu'na zıt bir düzenlemenin varlığı dikkati çekmektedir. Gerçekten,

²⁸ **Kuru, B./Arslan, R./Yılmaz, E.**, İcra ve İflâs Hukuku, Ders Kitabı, 19 Bası, Ankara 2005, s. 676-677; **Muşul, s. 63, 91; Muşul, T.**, İcra ve İflâs Hukuku, İstanbul 2005, s. 1215, 1222; **Kuru, B.**, İcra ve İflâs Hukuku, Ek Kitabı, İstanbul 2004, s. 1190-1191; **Yıldırım, s. 39; Uyar, s. 12, 18;** hileli iflâs için aksi düşüncede, **Özgenç, s. 109 vd.**

²⁹ **Özgenç, s. 107; Uyar, s. 9-10; Üstündağ, S.**, İflâs Hukuku (İflâs, Konkordato, İptal Davaları), Gözden geçirilmiş ve yenilenmiş 6. Bası, İstanbul 2002, s. 192.

³⁰ Madde 161 – “Malvarlığını eksiltmeye yönelik hileli tasarruflarda bulunan kişi, bu hileli tasarruflardan önce veya sonra iflâsa karar verilmiş olması halinde, üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Hileli iflâsın varlığı için;

a) Alacaklıların alacaklarının teminatı mahiyetinde olan malların kaçırılması, gizlenmesi veya değerinin azalmasına neden olunması,

b) Malvarlığını kaçırmaya yönelik tasarruflarının ortaya çıkmasını önlemek için ticari defter, kayıt veya belgelerin gizlenmesi veya yok edilmesi,

c) Gerçekte bir alacak ve borç ilişkisi olmadığı halde, sanki böyle bir ilişki mevcutmuş gibi, borçların artmasına neden olacak şekilde belge düzenlenmesi,

d) Gerçeğe aykırı muhasebe kayıtlarıyla veya sahte bilânço tanzimiyle aktifin olduğundan az gösterilmesi, gerekir.”

³¹ Madde 162 – “Tacir olmanın gerekli kıldığı dikkat ve özenin gösterilmemesi dolayısıyla iflâsa sebebiyet veren kişi, iflâsa karar verilmiş olması halinde, iki aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.”

İcra ve İflâs Kanunu'nda tahdidi olarak sayılan taksiratlı iflâs³² halleri Yeni Ceza Kanunu'nda genel bir düzenlemeye çevrilmiş; buna karşılık, örnek kabilinden sayılan hileli iflâs halleri ise, tahdidi duruma getirilmiştir³³.

D-İCRA VE İFLÂS SUÇLARININ ANAYASA'NIN 38. MADDESİNE AYKIRI OLUP OLMADIĞI SORUNU

Avrupa Birliği Hukuku ile uyum çerçevesinde, 03.01.2001 tarih ve 4709 sayılı Kanun ile Anayasa'mızda değişiklikler yapıldı. Söz konusu Kanun'un 15. maddesi ile Anayasa'mızın 38. maddesine eklenen bir fıkra ile "Hiç kimse, yalnızca sözleşmeden doğan bir yükümlülüğü yerine getirememesinden dolayı özgürlüğünden alıkonulamaz" hükmü getirildi.

Bu hüküm, "İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetlerini Korumaya Dair Sözleşmeye İlişkin, Bu Sözleşmede ve Bu Sözleşmeye Ek Birinci Protokolde Yer Alanlardan Başka, Bazı Hak ve Özgürlükleri Tanıyan 4 Numaralı Protokolün 1. maddesinde yer alan hükmün aynen tekrarıdır³⁴.

Uygulama açısından son derece önemli olan bu hükmün gerekçesini, Anayasa koyucu; "Sözleşme kavramına borçlar da dâhildir" şeklinde oldukça kısa tutmuştur³⁵. Bu hükmün kabul edilmesinden sonra, İcra ve İflâs

³² Yeni Türk Ceza Kanunu'nda bu hükmün başlığı "taksirli iflâs" olarak nitelendirilmiştir.

³³ "Hileli iflâs suçu, seçimlik hareketli bir suçtur. Madde metninde bu seçimlik hareketler belirlenmiştir" (Maddenin gerekçesinden-TBMM, 22. Dönem, 2. Yasama Yılı, Sıra Sayısı 664, s. 568; **Özgenç, İ.**, Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi, Genel Hükümler, Ankara 2005, s. 899).

³⁴ **Yılmaz**, s.493; **Çetiner, A.**, Anayasanın 38. maddesinin Değişmesi Sebebiyle Karşılıksız Çek Keşide Etme Suçu ve İcra ve İflas Suçları bakımından Ortaya Çıkan Hukuksal Durumlar, Ankara Barosu Dergisi 2002/1, s. 172-173; bkz. Ayrıca, **Akılloğlu**, Tekin, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Ek 4 Nolu Protokol 1. Maddeye Göre "Borç İçin Hapis Yasağı" Kuralı, AIHS ve Anayasa m. 38 f. 8 Açısından Ödenmeyen Para Borçlarında Yaptırımlar Sempozyumu, Bildiriler-Tartışmalar-Panel, Ankara 1 Aralık 2001, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, s. 3 vd.; **Feyzioğlu, Metin**, Sözleşmeden Kaynaklanan Yükümlülükler Nedeniyle Hürriyetin Kısıtlanması- Anayasa ve Caza Hukuku Açısından Bir İnceleme- AIHS ve Anayasa m. 38 f. 8 Açısından Ödenmeyen Para Borçlarında Yaptırımlar Sempozyumu, Bildiriler-Tartışmalar-Panel, Ankara 1 Aralık 2001, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, s. 16 vd.

³⁵ Türkiye Büyük Millet Meclisi'nde 4709 sayılı Kanun ile ilgili görüşmeler sırasında, Anayasa Komisyonu Başkanı da, "Bu hüküm, borçlar hukuku ilişkisinden kaynaklanan -tekrar ifade ediyorum; borçlar hukuku ilişkisinden

İcra Ve İflâs Suçları Üzerine Bazı Düşünceler

Kanunu'nda öngörülen suçların bu hükme aykırılık teşkil edip etmeyeceği, uygulama ve doktrin tarafından hararetle bir şekilde tartışılmıştır. Bunun yanında görülmekte olan birçok davada, İcra ve İflâs Kanunu'ndaki çeşitli ceza hükümlerinin Anayasa'nın bu hükmüne aykırı olduğu itiraz olarak ileri sürülmüş veya mahkemeler re'sen bu konuda karar vermişlerdir. Tartışma önce Yargıtay'ın önüne gelmiş; Yargıtay Ceza Genel Kurulu bu konuda çeşitli kararlar vermiştir.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu İİK m. 74, 75 ve 337. maddelerinde düzenlenen mal beyanında bulunmama suçunun Anayasa m. 38, VIII'e aykırı olup olmadığı konusunda; bu konuda benzer düzenlemelerin başka hukuk sistemlerinde de bulunduğuna ilişkin çeşitli kaynaklara atıf yaptıktan sonra, söz konusu suç ile korunmak istenen hukuki yararın borcun ödenmesi olmayıp, kanun hükmüne uyulmasının sağlanması suretiyle, cebri icranın etkin bir şekilde yürütülmesinin sağlanmasına ilişkin kamu otoritesi olduğunu, bu nedenle, belirtilen suçun sözleşmeden kaynaklanan bir yükümlülüğün yerine getirilmemesi ile ilgisi bulunmadığına karar vermiştir³⁶.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu İİK m. 338/1'de düzenlenen gerçeğe aykırı mal beyanında bulunma suçunun Anayasa m. 38, VIII'e aykırı olup olmadığı konusunda ise; "... bu suçun, yasadaki kaynaklanan bir yükümlülüğün yasadaki koşullara uygun ancak gerçeğe aykırı biçimde yerine getirilmesi suretiyle işlenen kusur sorumluluğuna dayanan bir suç olduğu, bu suçla korunmak istenen hukuki yararın kamu güveni olduğu ve eylem neticesinde alacaklının zarara uğrayıp uğramamasının da suçun oluşumunda etkisinin bulunmadığı dikkate alındığında bu suçun yalnızca sözleşmeden kaynaklanan bir yükümlülüğün yerine getirilmemesi olarak nitelendirilmesi olanaksızdır. Dolayısıyla, İY'sının 338/1. maddesinde düzenlenen gerçeğe aykırı mal bildiriminde bulunma suçu, Anayasa'nın 38. maddesine 4709 sayılı Yasa ile eklenen 9. fıkrada öngörülen ve

kaynaklanan- borçlarını rızasıyla ödeyemeyen bir borçlunun bu yüzden hapis cezasıyla cezalandırılmasını yasaklamıştır. Borcun ödenmemesi, ya borçlunun malvarlığı bulunmadığı için çaresizlikten veya buna rağmen kötü niyetten olabilir. Birinci halde, yani, kendi ihmali veya kusuru olmaksızın borcunu ödemekte acele düşen kişi, bu yüzden hapis cezasına çarptırılmaz; ancak, borçlunun hileyle veya kasten borcunu ifa etmekten kaçınması halinde, protokolün bu hükmünden yararlanması mümkün değildir." şeklinde görüş beyan etmiştir (21. Dönem, 3. Yasama Yılı, 26.09.2001 tarihli 133. Birleşim Tutanakları,-www.tbmm.gov.tr).

³⁶ **CGK** 22.02.2002 tarih ve 2002/17-298 E. 2002/2 K. (YKD 2002/4, s. 604 vd.

kamu makamlarının kişi özgürlüğünü kaldırma yetkisini sınırlayan yasak kapsamında değerlendirilemez” şeklinde karar vermiştir³⁷.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu, İİK m. 340’da düzenlenen taahhüdü ihlal suçu ile ilgili olarak da³⁸, hacizden önce yapılan taksitle ödeme anlaşması ile hacizden sonra yapılan taksitle ödeme anlaşması, başka bir ifade ile alacaklının muvafakati ile yapılan taksitle ödeme anlaşması ile alacaklının muvafakati aranmadan yapılan taksitle ödeme anlaşması arasında ayırım yapmıştır. Alacaklının muvafakati ile yapılan taksitle ödeme anlaşmasını Genel Kurul, Anayasa m. 38, VIII’de öngörülen bir sözleşme olarak değerlendirmiş; dolayısıyla sanığa bu durumda ceza verilebilmesi için, sanığın borcunu hangi nedenle veya nedenlerle yerine getirmediğinin araştırılması gerektiğine karar vermiştir. Buna karşılık, Yargıtay Ceza Genel Kurulu’na göre, alacaklının muvafakati olmaksızın yapılan taksitle ödeme anlaşması gereğince yapılan ödeme taahhüdü, sözleşmeden değil, kanundan kaynaklanmaktadır. Burada alacaklının muvafakatine gerek yoktur. Bu nedenle, borçlunun ödeme şartını ihlalinin hürriyete bağlayıcı ceza ile cezalandırılması Anayasa’nın anılan hükmüne aykırı değildir.

Yukarıdaki karara karşı yazılan muhalefet şerhinde ise, gerek alacaklının muvafakati ile, gerekse alacaklının muvafakati aranmadan yapılan taksitle ödeme anlaşması çerçevesinde, borçlunun taahhüt ettiği ödemeyi gerçekleştirememesinin cezalandırılmasının Anayasa m. 38 VIII’e aykırı olmadığı belirtilmiştir. Bu görüş sahipleri düşüncelerine gerekçe olarak, alacaklının muvafakati ile kararlaştırılan ödeme şartı da, geçerli ve kesinleşen icra takibi esnasında yapıldığını, bu nedenle araya kamu otoritesinin girdiğini, dolayısıyla yükümlülüğün sadece sözleşmeden kaynaklandığının ileri sürülemeyeceğini göstermişlerdir³⁹.

Söz konusu iki görüş arasında, Anayasa m. 38 VIII’de öngörülen “yerine getirememeye” ile İİK m. 340’daki “makbul bir sebep” kavramlarının yorumlanması açısından farklılık vardır. Çoğunluk görüşüne göre, “makbul sebep” kavramı “yerine getirememeye kavramına göre daha dardır. Bu nedenle, üst norm olan ve sanık lehine olan hükümler getiren yeni düzenleme çerçevesinde, sanığın borcunu hangi nedenle veya nedenlerle yerine getiremediğinin araştırılarak, hukuki durumunun belirlenmesinde zorunluluk vardır. Buna

³⁷ **CGK** 29.01.2002 tarih ve 2001/17-407 E. 2002/133 K. (YKD 2002/4, s. 614 vd.; bu konuda bkz. ayrıca, **CGK** 29.01.2002 tarih ve 2001/17.HD.-295 E. 2002/14 K. (YKD 2002/8, s. 1242 vd.

³⁸ **CGK** 22.01.2002 tarih ve 2001/17-294 E. 2002/1 K. (YKD 2002/3, s. 451 vd.

³⁹ **CGK** 22.01.2002 tarih ve 2001/17-294 E. 2002/1 K. (YKD 2002/3, s. 460.

İcra Ve İflâs Suçları Üzerine Bazı Düşünceler

karşılık, azınlık görüşüne göre, “makbul sebep” şartı, “yerine getirememeyi” de kapsamaktadır⁴⁰.

Yukarıda belirttiğimiz İcra ve İflâs Kanunu hükümlerinin Anayasa m. 38 VIII’e aykırılığı iddiası nihayet Anayasa Mahkemesinin önüne de geldi. Anayasa Mahkemesi, söz konusu hükümlerin Anayasa’ya aykırı olmadığına karar verdi⁴¹.

Anayasa Mahkemesi, İİK m. 337’de süresi içerisinde mal beyanında bulunmayanın cezalandırılmasına ilişkin hükmün Anayasa m. 38, VIII’e aykırı olmadığı yolundaki kararının gerekçesini şu şekilde ortaya koymuştur; “Bu suçun konusu, cebri icra işlemlerinin yürütülmesi sırasında borçluya yasa ile getirilen bir yükümlülüktür. Nitekim bu husus, mal beyanında bulunmama suçunu konu alan 11.12.1957 günlü16/28 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararında, prensip itibariyle İcra ve İflâs Kanununa vazolunan cezai hükümler borçluyu kanun emirlerine itaate mecbur etmek ve dolayısıyla alacaklının hakkını kolayca istihsal eylemek için bir nevi müeyyideden ibarettir şeklinde açıklanmıştır.”

“İtiraz konusu düzenlenen suç konusu eylem, Anayasanın 38’inci maddesinin 8’inci fıkrasında sözü edilen, doğrudan sözleşmenin yükümlülüğünün yerine getirilememesi olmayıp, kanunla getirilen mal beyanında bulunma yükümlülüğünün yerine getirilmemesidir. Bununla korunmak istenen hukuki yarar, yasa hükmüne uymak suretiyle cebri icranın etkin bir şekilde yürütülerek kamu otoritesinin sağlanmasıdır.”

“Bu nedenlerle kural, Anayasanın 38’inci maddesinin 8’inci fıkrasına aykırı değildir. İtirazın reddi gerekir.”

Anayasa Mahkemesi, İİK m. 338 ile ilgili olarak da, gerçeğe aykırı mal beyanında bulunma, yasal yükümlülüğün, yasadaki koşullara uygun ancak hakikate aykırı biçimde yerine getirilmesi suretiyle işlenen bir suç olup, yalnızca sözleşmeden doğan bir yükümlülüğün yerine getirilmemesi olmadığını, bu nedenle, hükmün Anayasaya uygun olduğuna karar verdi.

⁴⁰ **CGK** 22.01.2002 tarih ve 2001/17-294 E. 2002/1 K. (YKD 2002/3, s. 460. Bu saydığımız hükümlerden başka, İİK m. 344’de düzenlenen nafaka borcunu ödememe suçunun da Anayasa m. 38, VIII hükmüne aykırılığı Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun önüne gelmiştir. Genel Kurul, bu hükümde öngörülen suçun kanundan değil, mahkeme kararından kaynaklandığını belirterek, söz konusu hükmün Anayasa’ya aykırı olmadığına karar vermiştir (**CGK** 11.12.2001 tarih, 2001/17 HD-281 E. 2001/284 K.-YKD 2002/6, s. 923 vd.).

⁴¹ Anayasa Mahkemesi’nin 21.11.2002 tarih ve 2001/415 Esas-2002/166 Karar sayılı kararı (28.2.2003 tarihli Resmi Gazete- www.rega.basbakanlik.gov.tr)

Son olarak, 340. madde ile ilgili olarak, söz konusu kuralın doğrudan sözleşmeden doğan bir yükümlülüğün yerine getirilmemesi olmadığını, bu kuralın temel amacının, kamu otoritesince yürütülen cebri icranın etkinliğinin sağlanması olduğunu, bu nedenle Anayasa'ya aykırı olmadığına hükmetti. Mahkeme ayrıca, bu konuda Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun çoğunluk görüşüne itibar etmeyerek, hem alacaklının muvafakati ile, hem de alacaklının muvafakati olmadan yapılan taksitle ödeme taahhüdünün ihlalinin Anayasa'ya aykırı olmadığına karar verdi.

İcra ve İflâs Kanunu'nda öngörülen cezaların, Anayasa m. 38, VIII'e aykırı olup olmadığı hususu, doktrinde de tartışıldı. Bu konuda doktrinde ortaya çıkan ortak görüş, İcra ve İflâs Kanunu'nda öngörülen suç ve cezaların Anayasa'nın bu hükmüne aykırı olmadığıdır⁴². Bu görüş sahiplerinin temel gerekçesi, bu suç ve cezaların doğrudan doğruya sözleşmeden değil, kanundan doğmasıdır. Ayrıca, birçok Avrupa ülkesinde de benzer suç ve cezaların bulunması, bu görüş sahiplerinin dayandığı başka bir gerekçe olarak karşımıza çıkmaktadır.

Bununla birlikte, İcra ve İflâs Kanunu m. 340'da öngörülen alacaklının muvafakati ile yapılan taksitle ödeme anlaşmasının Anayasa'nın anılan hükmüne aykırılığı konusunda doktrinde de tereddüt yaşanmıştır⁴³. Ancak, sonuçta burada da, borçlunun cezalandırılabilmesi için, makbul bir sebep olmaksızın taksitle ödeme taahhüdünü ihlal etmesi gerektiğinden, bu şartların gerçekleşmesi halinde borçlunun cezalandırılmasının Anayasa'ya aykırı olamayacağı belirtilmiştir⁴⁴.

Yukarıda mukayeseli hukuk konusunda yapılan incelemede⁴⁵, Avrupa Birliği ülkesi olan Almanya ile Avusturya ve yine Avrupa Birliği üyesi olmamakla birlikte Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne imza koyan ve Avrupa'nın önemli ülkelerinden olan İsviçre'de de cebri icranın etkinliğinin

⁴² Bkz., **Yılmaz**, s. 494; **Yılmaz, Ejder**, AİHS ve Anayasa m. 38 f. 8 Açısından Ödenmeyen Para Borçlarında Yaptırımlar Sempozyumu, Bildiriler-Tartışmalar-Panel, Ankara 1 Aralık 2001, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları; s. 71; **Bozer, Ali**, AİHS ve Anayasa m. 38 f. 8 Açısından Ödenmeyen Para Borçlarında Yaptırımlar Sempozyumu, Bildiriler-Tartışmalar-Panel, Ankara 1 Aralık 2001, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları; s. 81-82; **Çetiner**, s. 180; **Feyzioğlu**, s. 30 vd.;

⁴³ Bkz. **Yılmaz**, s. 494; **Yılmaz-Panel**, s. 71; **Feyzioğlu**, s. 32.

⁴⁴ **Yılmaz**, s. 494; **Yılmaz-Panel**, s. 71; **Feyzioğlu**, s. 32. Ancak, Feyzioğlu'na göre, makbul sebep kavramının dar yorumlanması Anayasa m. 38, VIII'e aykırı olacaktır (s. 32-33).

⁴⁵ Bkz., yuk. B.

İcra Ve İflâs Suçları Üzerine Bazı Düşünceler

sağlanması amacıyla zorlayıcı tedbirler öngörüldüğü ortaya konuldu. Bu tedbirler, hakkın yerini getirilmesini üzerine alan devletin bunu etkin bir şekilde yapabilmesini sağlamaya yöneliktir. Zira, bilindiği gibi, devlet, toplumsal barışı tesis etmek amacıyla kural olarak ihkak-ı hakka izin vermemekte, hakkın yerini getirilmesini kendi tekeli almaktadır. Devletin üzerine aldığı bu görevi etkin bir şekilde yerine getirmesi için, bazı tedbirlere başvurma ihtiyacı vardır. İşte, icra hukukunda öngörülen bu tedbirler bu amaca yöneliktir.

Anayasa'da yapılan son değişikliğin hangi hususları kapsadığı konusunda, kanaatimce şöyle bir ayırım yapmak gerekir. Doğrudan doğruya sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerin yerine getirilmemesi konusundaki hürriyeti bağlayıcı cezalara ilişkin hükümler artık Anayasa ile bağdaşmayacaktır. Buna karşılık, ihlali cezalandırılan yükümlülük, doğrudan doğruya sözleşmeden doğmuyor, araya başka bir otorite giriyorsa, burada söz konusu otoritenin ihlali söz konusu olacaktır. Örneğin, Yargıtay'ın da belirttiği gibi, HUMK m. 113/A' da korunan, ihtiyati tedbir kararı veren mahkemenin otoritesidir⁴⁶. Mahkeme kararının etkinliğinin sağlanması amacıyla, bu karara uymayanlara ceza öngörülmüştür. Dolayısıyla, burada doğrudan doğruya sözleşmeden doğan bir borcun ihlali söz konusu değildir. Aynı şekilde, icra ve iflâs suçlarında da doğrudan doğruya sözleşmeden doğan bir borcun yerine getirilmemesi söz konusu değildir. Burada söz konusu olan, devletin hakkın yerine getirilmesi konusundaki ödevinin etkin bir şekilde sağlanmasıdır. İİK m. 340'a göre, alacaklının muvafakati ile yapılan taksitle ödeme anlaşmasının ihlali de doğrudan sözleşmeden doğan bir borç taahhüdünün ihlali söz konusu değildir. Çünkü sonuçta burada da taksitle ödeme taahhüdü icra dairesi önünde yapılmaktadır ve bununla icra takibi durmaktadır⁴⁷. Bu nedenlerle, mal beyanında bulunmama, gerçeğe aykırı mal beyanında bulunma, taksitle ödeme taahhüdünün ihlali ve icra iflâs hukukuna ilişkin diğer cezaların Anayasa m. 38, VIII'e aykırı olmadığı kanaatindeyim.

E.5358 SAYILI KANUN İLE İCRA VE İFLÂS KANUNU'NDA YAPILAN DEĞİŞİKLİKLER

İcra ve iflâs suçları deyim yerinde ise, yukarıda izah edilen Anayasa m. 38, VIII'e aykırılık badiresini atlattıktan sonra, Yeni Türk Ceza Kanunu'nun 5.

⁴⁶ Bkz. **CGK** 09.03.1992, 7-50/74 (**Gökcan, Hasan Tahsin**, Mühür Bozma, Yediemin Yükümlülüğüne Uymama, İhtiyati Tedbir Kararına Aykırılık Suçları ve Zarara Yol Açan Yediemin ile Haksız Tedbir Uygulatana Karşı Tazminat Davaları, Ankara 2001, s. 209; **Ercan, İbrahim**, İhtiyati Tedbir Kararına Muhalefet Edenlerin Cezalandırılması, Bilgi Toplumunda Hukuk Ünal Tekinalp'e Armağan, Cilt II, İstanbul 2003, s. 925 vd.

⁴⁷ **Yılmaz**, s. 494.

maddesinden dolayı yeni bir tartışmanın konusu oldular. Anılan hükme göre, bu Kanun'un genel hükümleri, özel ceza kanunları ve ceza içeren kanunlardaki suçlar hakkında da uygulanır. Ceza Kanunu ile özel kanunlardaki cezai hükümler arasındaki ilişki, 765 sayılı TCK'nın 10. maddesinde de düzenlenmişti. Bu maddeye göre; "Bu kanundaki hükümler, hususi ceza kanunlarının buna muhalif olmayan mevaddı hakkında da tatbik olunur." Bu hükme göre, bir konuda, özel kanunlarda özel bir hüküm var ise, TCK'nın genel mahiyetteki hükümlerinin, bu konuda uygulanmayacaktır⁴⁸. Yeni Türk Ceza Kanunu ise, buna tamamen zıt bir düzenleme getirerek, Türk Ceza Kanunu'nun genel hükümlerinin özel kanunlardaki cezai hükümler bakımından da geçerli olacağını hükme bağlamıştır.

Yeni Türk Ceza Kanunu'nun bu hükmü karşısında, Kanunun yürürlük tarihi olan 1 Haziran 2005 tarihinden önce yürürlüğe girmiş olan diğer kanunlarda yer alan, çeşitli suç tanımlarının yanı sıra, iştirake, suçların içtimaina, müsadereye, cezanın ertelenemeyeceğine veya para cezasına çevrilemeyeceğine ilişkin hükümlerin zımnen ilga edilmiş sayılacağı iddia edildi⁴⁹.

Bu düzenlemeden kuşkusuz en çok icra ve iflâs suçları etkilendi. Söz konusu düzenleme karşısında, İcra ve İflâs Kanunu'nun ceza kararnameini düzenleyen 352/a⁵⁰ maddesi ile İcra ve İflâs Kanunu'nda düzenlenen cezaların

⁴⁸ **Özgenç-Şerh**, s. 95.

⁴⁹ Bkz. **Özgenç-Şerh**, s. 96.

⁵⁰ Söz konusu madde şöyleydi: "Bu Kanunda yazılı olup cezasının üst sınırı altı aya kadar hafif hapis veya yalnızca hafif veya adli para cezası veya bunlardan biri veya ikisi olan suçların failleri hakkında duruşma yapılmaksızın ceza kararnamesiyle karar verilebilir. Şikâyet dilekçesini veya dava beyanını alan icra mahkemesi, işin ceza kararnamesiyle sonuçlandırılabilceği kanısına varırsa 349 uncu madde hükmünü uygulamaz. Bu takdirde Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 386 ncı maddesinin ikinci fıkrası, 387, 388, 389 uncu maddeleri ve 390 ncı maddenin birinci ve ikinci fıkraları ile 391 inci maddesi hükümleri uygulanır. İcra mahkemesi, şikâyet konusu ile ilgili dosyayı, sanığın nüfus kayıt örneğini ve sabıka kaydını getirtir. Hakim, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 388 inci maddesinin birinci fıkrasında belirtilen hususlara ek olarak borcun ödenmesi halinde 354 üncü maddeye göre bütün sonuçlarıyla birlikte cezanın düşeceği hususunu ceza kararnamesine yazar. Hafif hapis cezası içeren ceza kararnamesine itiraz halinde bu Kanun hükümlerine göre yargılama yapılır. Ceza kararnamesiyle sadece para cezasına hükmolunduğu hallerde itiraz, icra mahkemesinin yargı çevresinde bulunduğu ağır ceza mahkemesi başkanı tarafından incelenir. İtiraz dilekçesinin verilmesi, aleyhine itiraz olunan ceza kararnamesinin yerine getirilmesini durdurur. Hâkim evrak üzerinde yapacağı

İcra Ve İflâs Suçları Üzerine Bazı Düşünceler

tecil edilemeyeceği, para cezasına ve tedbirlere çevrilemeyeceğine ilişkin 352/b⁵¹ hükmünün geçerliliği tartışılmaya başlandı. Anayasa'nın 38, VIII hükmünün konulmasından sonra olduğu gibi, icra ceza mahkemeleri icra ve iflâs suçlarına ilişkin dosyaları bekletmeye başladılar⁵². Bu durum, kuşkusuz ticari hayatı bir kez daha olumsuz olarak etkilemeye başladı. Kötü niyetli borçlulara da borçlarını ödememe veya geciktirmek için fırsat tanıdı.

Uygulamada ortaya çıkan bu olumsuzlukların giderilmesi düşüncesiyle, 11.05.2005 tarihli ve 5349 sayılı Kanunla⁵³ Türk Ceza Kanunu'nun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanuna bir geçici madde eklendi. Bu madde ile Türk Ceza Kanunu'nun 5. maddesine aykırı olan özel kanunlardaki düzenlemelerin, ilgili kanunlarda gerekli değişiklik yapıncaya ve en geç 31 Aralık 2006 tarihine kadar geçerli kalmaları sağlandı.

Yukarıda sözü edilen Türk Ceza Kanunu'nun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanundaki geçici madde çerçevesinde, 31.05.2005 tarihli 5358 sayılı Kanun ile icra suçlarının cezaları yeniden düzenlenerek, bu cezalar Türk Ceza Kanunu ile uyumlu hale getirildi⁵⁴. Bu bağlamda, söz konusu Kanunun 23.

inceleme sonucunda itirazı yerinde görürse itiraz konusu hakkında karar verir. İtiraz üzerine verilen kararlar kesindir.”

Bu arada bu hükmün Anayasa'ya aykırı olduğu da ileri sürülmüş; ancak Anayasa Mahkemesi, 01.07.2004 tarih ve 2004/11 E. 2004/93 K. Sayılı kararı ile, hükmün Anayasa'ya aykırı olmadığına karar vermiştir (www.anayasa.gov.tr).

⁵¹ Bu hüküm şu şekilde idi: “Bu Kanun uyarınca hükmolunan cezalar tecil edilemez, hürriyeti bağlayıcı cezalar 647 sayılı Cezaların İnfazı Hakkında Kanunun 4 üncü maddesinde yazılı para cezasına ve tedbirlere çevrilemez, failleri hakkında Türk Ceza Kanununun 119 uncu maddesi hükmü uygulanmaz.” Bu hükmün Anayasa'ya aykırılığı ileri sürülmüş; ancak, Anayasa Mahkemesi hükmü Anayasa'ya aykırı bulmamıştır (Bkz., 11.03.1986 tarih ve 1985/32 E. 1986/9 K; 26.05.1992 tarih ve 1992/31 E. 1992/37 K. ve 04.02.1996 tarih ve 1996/65 E. 1997/31 K. sayılı kararları- www.anayasa.gov.tr.).

⁵² Bkz. Örneğin; **16. HD.**, 16.02.2005 tarih ve 2005/2460 E. 2005/773 K. (YKD 2005/6, s. 910 vd.).

⁵³ **RG.:** 18.05.2005/25819; **16. HD.**, 09.02.2006 tarih ve 2005/12708 E. 2006/565 K. (YKD 2006/5, s. 777 vd.).

⁵⁴ Söz konusu Kanun'un genel gerekçesi şu şekildedir: “5237 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 2006 olarak yeniden belirlenmiştir. Bu çerçevede 2004 sayılı İcra ve İflâs Kanununun

maddesiyle, Yeni Türk Ceza Kanunu'nun 5. maddesi nedeniyle zimnen ilga edildikleri kabul edilen İcra ve İflâs Kanunu'nun ceza kararnamesini düzenleyen 352/a maddesi ile icra ve iflâs suçlarının tecil ve paraya çevrilmelerini yasaklayan 352/a maddeleri yürürlükten kaldırıldı. Aynı madde ile ayrıca, İcra ve İflâs Kanunu'nun "Konkordato komiserinin sorumluluğu" başlıklı 334/a, "Kendisine teslim edilen malları vermeyenler hakkındaki cezalar" başlıklı 336/a maddeleri de yürürlükten kaldırıldı.

Erteleme ve paraya çevirme yasağı kalktıktan sonra, icra ve iflâs suçlarına ilişkin cezalar için TCK m. 50'de öngörülen kısa süreli hapis cezasına⁵⁵ seçenek yaptırımlar uygulanabilme ihtimali ortaya çıktı. Örneğin bir yıla kadar hapis cezasını gerektiren suçlar, adli para cezasına dönüştürülebilecekti. Bunun yanında, TCK m. 51'e göre bunların ertelenmesi de söz konusu olabilecekti. Hatta TCK m. 50, III'e göre, daha önce hapis cezasına mahkûm edilmemiş olmak şartıyla, otuz gün ve daha az süreli hapis cezalarının para cezasına çevrilmesi gerekecekti. İcra ve iflâs suçlarına ilişkin cezalar, genellikle, otuz gün ve daha az süreli oldukları için, bu yeni düzenleme karşısında, paraya çevrilmesi zorunluluğu oraya çıkacak, dolayısıyla bu cezaların etkinliği ortadan kalkmış olacaktır.

İşte yukarıda belirtilen sakıncaların ortadan kaldırılması düşüncesiyle, 5358 sayılı Kanunla, İcra ve İflâs Kanunu'nda düzenlenen birçok icra ve iflâs suçunun cezası, hapis cezası yerine "disiplin hapsi" veya "tazyik hapsine" dönüştürüldü. Böylece, bu cezaların para cezasına dönüştürülmesi veya ertelenmesi imkânı (veya sakıncası) ortadan kaldırıldı⁵⁶.

Öte yandan, Yeni Türk Ceza Kanunu m. 46'da hafif hapis, hapis ve ağır hapis ayırımı kaldırıldı⁵⁷. Ayrıca, 5252 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun ile de, yürürlükte olan diğer kanunlardaki ağır hapis cezaları hapis cezasına; hafif hapis cezaları ise, idari para cezasına dönüştürüldü. Başka bir ifade ile, diğer kanunlara göre, hafif hapis cezası

ceza içeren hükümlerinin yeni Türk Ceza Kanunu çerçevesinde yeniden değerlendirilmesi gerekmektedir."

"2004 sayılı İcra ve İflâs Kanuna yukarıda sayılan nedenlerle gerekli değişiklikleri yapmak amacıyla bu Kanun Teklifi hazırlanmıştır."

⁵⁵ TCK m. 49, II'ye göre, hükmedilen bir yıl veya daha az süreli hapis cezası, kısa süreli hapis cezasıdır.

⁵⁶ **Pekantez, Hakan/Atalay, Oğuz/Sungurtekin, Meral/Özekes, Muhammet,** İcra ve İflâs Hukuku, 4949 ve 5092 sayılı Kanunlara ile İcra ve İflâs Kanunu'nda Yapılan Değişikliklerle Birlikte, 3. Bası, Ankara 2005, s. 523.

⁵⁷ Bkz. **Özgenç-Şerh,** s. 600 vd.; **Çolak, Haluk,** İcra Suçları ve Uygulamadan Kaynaklanan Sorunlar, Bankacılar Dergisi, S. 53, 2005, s. 96.

İcra Ve İflâs Suçları Üzerine Bazı Düşünceler

gerektiren fiiller, artık suç olmaktan çıkarılıp kabahatlere dönüştürüldü⁵⁸. Bu nedenle, İcra ve İflâs Kanunu'ndaki hafif hapis cezalarının bir kısmı da hapis cezasına dönüştürüldü⁵⁹.

⁵⁸ Özgenç-Şerh, s. 606-607.

⁵⁹ Yeni Kanun ile birlikte İcra ve İflâs Kanununda düzenlenen suçlar için beş farklı yaptırım öngörülmüştür: Bunlar:

1-Hapis cezası: Hapis cezasını gerektiren suçlar şunlardır; a) Kendi eylemi ile aczine neden olma veya durumu bilerek ağırlaştırma suçu (İİK m. 332); b) İflâs ve konkordato işlerinde kişisel menfaat temin etmek suçu (İİK m. 333); b) Konkordatoda veya sermaye şirketleri ile kooperatiflerin yeniden yapılandırılmasında yetkili kimseleri hataya düşürmek veya borçların uzlaşma suretiyle yeniden yapılandırılması koşullarına uymamak Suçu (İİK m. 334); c) Ticareti terk hükmüne aykırı davranmak suçu (İİK m. 337/a); d) Gerçeğe aykırı mal beyanında bulunmak suçu (İİK m. 338); e) Hükmen teslim edilen taşınmaza haklı bir sebep olmaksızın tekrar girmek suçu (İİK m. 342); f) Gerektiği halde sermaye şirketinin iflâsını istememek suçu (İİK m. 345/a).

2-Hapis ve adli para cezası: Hapis ve adli para cezası gerektiren suçlar şunlardır: a) Alacaklısını zarara sokmak kastıyla mevcudunu eksiltme suçu (İİK m. 331); b) Ticaret şirketlerini idare edenlerin alacaklıları zarara uğratmak kastıyla işletmenin borçlarını ödemeyerek alacaklıları zarara sokmak suçu (İİK m. 333/a); c) Üzerinde kiralayanın hapis hakkı bulunan eşyanın kaçırılması veya gizlenmesi ve tahliyesi gereken yerin başkasına işgal ettirilmesi suçu (İİK m. 335); d) İcra ve İflâs Kanuna göre yapılan ihalelerde, kendisine veya başkasına vaat olunan yarar karşılığında artırmada çekilme veya artırmaya katılmama suçu (İİK m. 345/b).

3-Adli para cezası: Adli parasını gerektiren suçlar şunlardır: a) Müflisin mallarını iflâs idaresine vermemek ve müflisin alacaklarını iflâs dairesine bildirmemek suçu (İİK m. 336).

4-Disiplin hapsi: Disiplin hapsi gerektiren suçlar şunlardır: a) Mal beyanında bulunmamak suçu (İİK m. 337); b) Borçlunun defteri yapılmış olan malları, aynen veya istenildiği zamanki kıymetiyle iflâs dairesine vermeme suçu (İİK m. 337/2, 167); c) Müflisin mallarının defteri tutulurken hazır bulunmaması ve bu malları iflâs dairesinin emrine hazır bulundurmaması suçu (İİK m. 337/2, 209); d) İflâsın tasfiyesi süresince, müflisin iflâs dairesinin emirlerine uymaması suçu (İİK m. 337/2, 216); e) Mal beyanından sonra, mal kazancında meydana gelen artışı bildirmemek suçu (İİK m. 339).

5-Tazyik hapsi: Tazyik cezasını gerektiren suçlar şunlardır: a) Taahhüdü ihlal suçu (İİK m. 340); b) Çocuk tesliminden kaçınmak suçu (İİK m. 341); c) Yalnız kendisi tarafından yapılacak olan bir işin yapılması veya bir işin yapılmaması

Buna karşılık, İcra ve İflâs Kanunu'nda hapis cezalarının, TCK m. 5 gereği ve 5358 sayılı Kanun ile 352/b maddesi ile yürürlükten kaldırıldığı için, TCK m. 50 ve 51 hükümleri çerçevesinde para cezasına dönüştürülebilmeleri/dönüştürülmeleri veya ertelenmeleri elbette mümkündür⁶⁰.

F-SONUÇ

İcra ve İflâs Kanunu ile mehzaz İsviçre Federal İcra ve İflâs Kanunu (Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs) arasındaki temel farklardan birisi de, icra ve iflâs suçlarıdır. İcra ve İflâs Kanunu'nda mehzaz Kanundan farklı olarak, icra ve iflas suçları ayrıntılı ve kapsamlı olarak düzenlenmiştir. Bu temel farklılık, iki ülke arasındaki toplumsal gerçeklerden kaynaklanmaktadır. Gerçekten ülkemizde kötü niyetli borçlularla mücadele konusunda daha etkin tedbirlere ihtiyaç duyulmaktadır.

Bununla birlikte icra ve iflâs suçları sadece bize özgü bir kurum değildir. Bu suçlar, bizdeki kadar ayrıntılı olmasa da, İsviçre, Almanya ve Avusturya hukuklarında da bulunmaktadır. Bu suçların, bu ülkelerin Anayasalarına ve imza koydukları insan hakları sözleşmesine uygunluğu konusunda bir tereddüt söz konusu değildir.

Buna rağmen, ülkemizde, 03.10.2001 tarih ve 4709 sayılı Kanun'un 15. maddesi ile Anayasa'nın 38. maddesine "Hiç kimse, yalnızca sözleşmeden doğan bir yükümlülüğü yerine getirememesinden dolayı özgürlüğünden alıkonulamaz" hükmü eklendikten sonra, bu suçların Anayasa'nın anılan bu hükmüne aykırı olup olmadığı tartışılmaya başlandı. Önce Yargıtay (İİK m. 340. maddesine göre, alacaklının muvafakati ile yapılan taksitle ödeme anlaşmasının ihlalinin cezalandırılması dışında), sonra Anayasa Mahkemesi icra ve iflâs suçlarının Anayasa'ya aykırı olmadığına haklı olarak karar verdiler. Ancak, bu arada, mahkemeler, icra ve iflâs suçlarına ilişkin ceza hükümlerini uygulamadıkları için, piyasalarda ciddi sıkıntılar yaşandı.

İcra ve iflâs suçlarında doğrudan doğruya sözleşmeden doğan bir borcun yerine getirilmemesi söz konusu değildir. Burada söz konusu olan, devletin hakkın yerine getirilmesi konusundaki ödevinin etkin bir şekilde sağlanmasıdır. Başka bir ifade ile, bu suçlarla korunmak istenen hukuki yarar, kanun hükmüne uymak suretiyle cebri icranın etkin bir şekilde yürütülerek kamu otoritesinin sağlanmasıdır. Dolayısıyla doğrudan doğruya sözleşmeden kaynaklanan bir yükümlülüğün ihlali değil, kanundan doğan bir yükümlülüğün ihlali söz konusudur. İİK m. 340'a göre, alacaklının muvafakati ile yapılan taksitle ödeme anlaşmasının ihlalinde de doğrudan sözleşmeden doğan bir borç

vayahut bir irtifak hakkının tesisi veya kaldırılması hakkındaki ilam hükümlerini muhalefet suçu (İİK m. 343); d) Nafaka borcunu ödememek suçu (İİK m. 344).

⁶⁰ **Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin/Özekes**, s. 523.

İcra Ve İflâs Suçları Üzerine Bazı Düşünceler

taahhüdünün ihlali söz konusu değildir. Çünkü sonuçta burada da taksitle ödeme taahhüdü icra dairesi önünde yapılmaktadır ve bununla icra takibi durmaktadır. Bu nedenlerle, mal beyanında bulunmama, gerçeğe aykırı mal beyanında bulunma, taksitle ödeme taahhüdünün ihlali ve icra - iflâs hukukuna ilişkin diğer cezaların Anayasa'ya aykırı olmadığı kanaatindeyim.

Yeni Türk Ceza Kanunu'nun 5. maddesinde, 756 sayılı Eski Ceza Kanunu'nun bu hükme karşılık gelen 10. maddesinin aksine, Ceza Kanunu'nun genel hükümlerinin özel kanunlardaki ceza içeren hükümler bakımından da geçerli olacağı hükme bağlanmıştır. Bu düzenlemeden sonra, İcra ve İflâs Kanunu'nun icra ve iflas cezalarının paraya çevrilemeyeceği ve ertelenemeyeceğine ilişkin 352/b maddesinin zımnen yürürlükten kalktığı kabul edilmeye başlandı. Bunun sonucu olarak uygulamada bir kez daha icra ve iflas suçlarına ilişkin cezaların uygulanması konusunda ciddi sorunlar yaşanmaya başlandı. Çünkü kanun koyucu, ortaya çıkabilecek bu boşluğu ve bunun getireceği sorunları öngörememişti. Gecikmeli de olsa, önce 11.05.2005 tarihli ve 5349 sayılı Kanunla Türk Ceza Kanunu'nun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanuna eklenen geçici madde ile sonra 5358 sayılı Kanun ile bu sorun giderildi.

Ancak, Kanun koyucunun bu tehlikeyi baştan öngörmemesi, bu konuda tedbir almaması eleştirilmesi gereken bir husustur. Belki de bu husus son yıllarda yapılan baş döndürücü! Kanun yapma çalışmalarından kaynaklanmıştır.

Son olarak, cebri icranın etkinliğinin sağlanması için, icra ve iflâs suçları Türk icra ve iflas hukuku uygulamasının bir gereğidir. Bu nedenle, kanun koyucunun bundan sonra bu etkinliği zaafa uğratacak düzenlemelerden kaçınması, bu konu ile ilgili düzenlemelerde çok daha titiz davranması gerekir.

BİBLİYOGRAFYA

Akılhoğlu, T., Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Ek 4 Nolu Protokol 1. Maddeye Göre "Borç İçin Hapis Yasağı" Kuralı, AİHS ve Anayasa m. 38 f. 8 Açısından Ödenmeyen Para Borçlarında Yaptırımlar Sempozyumu, Bildiriler-Tartışmalar-Panel, Ankara 1 Aralık 2001, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, s. 3 - 12.

Amonn, K./Walther, F., Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, Siebte überarbeitete und auf den Rechtsprechung gebrachte Auflage, Bern 2003.

Angst, P./Jakusch, W./Mohr, F., Exekutionsordnung mit erläuternden Anmerkungen, Schrifttum und einer Übersicht über die Rechtsprechung, 14., völlig neu bearbeitete Auflage, Wien 2004.

Bozer, A., AİHS ve Anayasa m. 38 f. 8 Açısından Ödenmeyen Para Borçlarında Yaptırımlar Sempozyumu, Bildiriler-Tartışmalar-Panel, Ankara 1 Aralık 2001, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları; s. 81-82.

Brox, H./Walker, W-D., Zwangsvollstreckungsrecht, 7. neubearbeitete Auflage, Köln, Berlin, Bonn, München 2003.

Çetiner, A., Anayasanın 38. maddesinin Değişmesi Sebebiyle Karşılıksız Çek Keşide Etme Suçu ve İcra ve İflas Suçları bakımından Ortaya Çıkan Hukuksal Durumlar, Ankara Barosu Dergisi 2002/1, s.171-181.

Çolak, H., İcra Suçları ve Uygulamadan Kaynaklanan Sorunlar, Bankacılar Dergisi, S. 53, 2005, s. 72-106.

Feyzioğlu, M., 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, Ankara 1 Aralık 2001, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, s. 15 -35.

Gökcan, H. T., Mühür Bozma, Yediemin Yükümlülüğüne Uymama, İhtiyati Tedbir Kararına Aykırılık Suçları ve Zarara Yol Açan Yediemin ile Haksız Tedbir Uygulatana Karşı Tazminat Davaları, Ankara 2001.

Görgün, Ş., Hileli ve Taksirli İflâs (Ankara İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Dergisi, 1972/1, s. 433-451).

Holzhammer, R., Österreichisches Zwangsvollstreckungsrecht, Dritte neubearbeitete Auflage, Wien 1989.

Jaeger, C./Walder, H.U./Kull, T.M./Kottmann, M., Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Erläutert für den praktischen Gebrauch, 4. Auflage, Band I, II, Zürich 1997.

Jauernig, O., Zwangsvollstreckungsrecht, 20 Auflage, München 1996.

Kuru, B./Arslan, R./Yılmaz, E., İcra ve İflâs Hukuku, Ders Kitabı, 19 Bası, Ankara 2005.

Kuru, B., İcra ve İflâs Hukuku, El Kitabı, İstanbul 2004.

Lebrecht, A.E. Art.91 SchKG, in: Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Hrsg. Staehelin, A./Bauer, T./Steahelin, D., Basel/Genf/München, 1998.

Muşul, T., İcra ve İflâs Hukuku, İstanbul 2005.

Muşul, T., İflâs Suçları, Taksiratlı ve Hileli İflâs Suçları ile Diğer İflâs Suçları, İstanbul 1998.

İcra Ve İflâs Suçları Üzerine Bazı Düşünceler

Pekcanitez, H/Atalay, O./Sungurtekin, M./Özekes, M., İcra ve İflâs Hukuku, 4949 ve 5092 sayılı Kanunlara ile İcra ve İflâs Kanunu'nda Yapılan Değişikliklerle Birlikte, 3. Bası, Ankara 2005.

Schilken, E., in: Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, Band 3, München 1992. (**MünchKommZPO-Schilken**)

Smid, S., in: Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung Band 3, München 1992. (**MünchKommZPO-Smid**)

Stöber, K., in: Zöllner Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetzen, mit Internationalen Zivilprozessrecht, Kostenanmerkungen, Kommentar, Begründet von Richard Zöllner, 22. neubearbeitete Auflage, Köln 2001 (**Zöllner/Stöber-ZPO**).

Özekes, M., İcra ve İflâs Hukukunda İhtiyati Haciz, Ankara 1999.

Özgenç, İ., Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi, Genel Hükümler, Ankara 2005. (**Özgenç-şerh**).

Özgenç, İ., Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar Ankara 2002.

Umar, B., İcra ve İflâs Hukukunun Tarihi Gelişimi ve Genel Teorisi, İzmir 1973.

Uyar, T., İcra ve İflâs Hukukundan Suç Sayılan Fiiller(İcra-İflâs Suçları), Manisa 1987.

Üstündağ, S., İflâs Hukuku (İflâs, Konkordato, İptal Davaları), Gözden geçirilmiş ve yenilenmiş 6. Bası, İstanbul 2002.

Yılmaz, E., İflâsın Kamu Hukuku Bakımından Sonuçları ve Müflisin Saygınlığını Yeniden Kazanması (T. Noterler Birliği Dergisi 1976/9, s. 53-56, 1976/10, s. 73-78).

Yılmaz, E., “Borçlunun Sözleşmeden Doğan Yükümlülüğünü Yerine Getirememesi’ne İlişkin Anayasa Hükmü ve İcra ve İflâs Suçları, Prof. Dr. Ergun Önen’e Armağan, M.Ü. Hukuk Fakültesi, İstanbul 2003, s. 493-502.

Yılmaz, E., AİHS ve Anayasa m. 38 f. 8 Açısından Ödenmeyen Para Borçlarında Yaptırımlar Sempozyumu, Bildiriler-Tartışmalar-Panel, Ankara 1 Aralık 2001, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları; s. 71-73. (**Yılmaz-Panel**).

Yıldırım, M. K., Hileli İflâs Suçları, İstanbul 2000.