

# KARŞILIKSIZ ÇEKTE HAPİS CEZASININ KALDIRILMASI ÜZERİNE BİR DEĞERLENDİRME\*

Arş. Gör. İsa BAŞBÜYÜK\*\*

---

\* Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir.

\*\* Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi.



## ÖZ

*Karşılıksız çek düzenleyenlere hapis cezası uygulamasına son verilmesine rağmen, bu konuda halen ciddi tartışmalar olduğu muhakkaktır. Nitekim, söz konusu düzenlemelerin borçludan çek kabul eden alacaklılara zarar vereceği, ceza tehdidi olmadığı için karşılıksız çıkan çeklerin tahsil edilebilmesi için hukuk dışı yollara başvurulacağı ve ticari düzenin bozulacağı yönündeki özellikle uygulamadan gelen eleştiriler, karşılıksız çekte hapis cezasının gerekliliğine işaret etmeye devam etmektedir. Bizde bu çalışmamızda karşılıksız çekte hapis cezasının kaldırılmasını gerekli kılan nedenleri ele alırken, bunun aksini dile getiren ve karşılıksız çekte hapis cezasını hala bir gereklilik olarak gören düşüncenin yerindeliğini, uygulamadan kaynaklanan bir takım problemleri de göz önünde bulundurmamak suretiyle tartışma konusu yapacağız.*

**Anahtar Kelimeler:** Karşılıksız Çek Düzenlemek, Karşılıksız Çekte Hapis Cezasının Kaldırılması, Çek ve Ceza Hukuku, Karşılıksız Çek Keşidesi Suç Olmalı mı?



## EVOLUTION OF BAD CHAQUES DECRIMINALIZED

### ABSTRACT

*Although drawing bad cheques has been decriminalized; there are still very serious ungoing debates about the issue. There are still opinions in favor of prison sentence for bad cheque drawers. The legal ground of this opinion is based on the harm given to the econmic life by bad cheques. Defenders of this opinion claim that bad cheques give a serious harm to creditors and economic life. As a result of this creditors try illegal ways to get their claims. In this article we will try to discuss the reasons of decriminalization of bad cheque drawing; appropriateness of view points claiming the necessity of prison sentence for these acts by considering the problems arising from legal practice.*

**Keywords:** Drawing Bad Cheques, Revoke the Penalty of The Imprisonment fort he Bad Cheque, Cheques and Ciriminal Law, Should Drawing the Bad Cheque be a Crime

## I. SORUNUN ORTAYA KONULMASI

Yargıtay'daki iş yükünün azaltılmasına çare arandığı dönemde, 5941 sayılı Çek Kanunu'nda değişiklik yapan 6273 sayılı Kanun yayımlanarak<sup>[1]</sup> karşılıksız çek düzenleyenlere hapis cezası uygulamasına son verildi. Bundan böyle çeklerin karşılıksız çıkması halinde borçlu kişiler hapis cezası tehdidiyle karşılaşmayacaklar. Bu durum, karşılıksız çıkan çekler nedeniyle ceza tehdidiyle karşı karşıya olanları sevindirmekle birlikte, toplumun önemli bir kısmında da endişe yaratmıştır. Özellikle çek alacaklıları bu yasayla birlikte mağdur edildiklerini, karşılıksız çek düzenleyenlerin korunduğunu, karşılıksız çıkan çeklerin tahsilâtında hukuk dışı yollara yönelmenin artacağı düşünülmektedir.

Karşılıksız çekte hapis cezası öngörülmesinin çekle ödeme kabul eden alacaklılar bakımından bir güvence oluşturduğuna şüphe yoktur. Fakat amacımız bağcıyı dövmekten ziyade üzümü yemekse, bu konudaki tartışmayı mutlu sona erdirebilmek için çek alacağına güvenceli hale getirilmesinde ceza hukuku korumasına gerçekten ihtiyacımız olup olmadığı; yani uzun süredir çek sisteminde güvence işlevi gören cezai yaptırımın ortadan kaldırılmasıyla birlikte doğan boşluğun başkaca tedbirler almak suretiyle doldurulup doldurulamayacağı ele alınmalıdır. Yok, amacımız bağcıyı dövmek yani alacağı tahsil etmek ise, elbette ki en etkili tahsil aracı kişileri hürriyeti bağlayıcı cezayla karşı karşıya bırakan tedbirlerdir. Borçların tahsilinde, savcı, polis, jandarma, cezaevleri gibi devletin bozulan kamu düzeninin tesisinde fonksiyon üstlenen kişi veya kurumları kullanmak isteyen bu son düşüncenin haklılığı ise ceza hukukunu da aşar ölçüde “modern devlet” tartışmasının konusunu oluşturacağını düşünüyoruz.

Bilindiği üzere, karşılıksız çekin ceza hukuku korumasının kapsamına alınmasına yönelik lehte-aleyhte çeşitli tartışmalar süregelmiştir<sup>[2]</sup>: Bir görüşe göre, ceza hukuku bireysel yarardan ziyade, toplum yararını tehdit eden fiillerin yaptırıma bağlanmasında fonksiyon üstlenmelidir. Nitekim ceza hukuku yaptırımları, toplum düzeninin korunmasında önleyici ve usandırıcı bir özelliğe sahiptir. Elbette ki, bireyin yararı ile toplum yararı aynı düzlemde kesişen, bu yönüyle birbirlerinden ayrılamayan yararlardır; fakat bu durum Anayasal ilkeler karşısında ceza hukukunun her müdahalesini haklı kılmaz<sup>[3]</sup>. Karşı görüşe göre

[1] 03.02.2012 tarih ve 28193 sayılı Resmi Gazete.

[2] Bu konuda her iki yöndeki görüşler için bkz. Şen, Ersan, Yeni Çek Kanunu'nda Karşılıksız Çek Suçu, Ankara 2010, s. 14.

[3] Bu hususta bkz. Bkz. Dönmezer, Sulhi, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, İstanbul 2001, s.478. Tümerkan, Somay, Dolandırıcılık Suçu (Karşılıksız Çek Keşidesi Fiilleri), İstanbul 1987, s.94; Kötüniyet ve hile unsuru olmadığı müddetçe, karşılıksız çek keşide edilmesinde ceza hukuku kurallarının uygulanmasından ziyade özel hukuka ilişkin yaptırımlarla yetinilmesi gerektiği konusunda bkz. Soyer-Güleç, Sesim, Borç İçin Hapis Yasağı ve Karşılıksız Çek Suçu, 2. Baskı, Ankara 2011, s. 66. Özbek, Veli Özer, Karşılıksızdır İşlemi

ise, karşılıksız çek suçunda bireysel yarar korunuyormuş gibi gözükse de, bu suçla iktisadi istikrarla birlikte toplum düzeninin korunması da amaçlanmaktadır. Bu bakımdan çek suçları ile sözleşmesel ilişkiye dayanan bir borcun tahsil edilememesi dolayısıyla yaptırım öngörülmesi birbirlerinden ayrı hususlardır<sup>[4]</sup>.

Öncelikle karşılıksız çıkan çekler bakımından cezai korumadan yararlandırılması gerektiği konusunda azımsanamayacak bir kamuoyu algısı mevcuttur. Alacaklı kişilerin bunu talep etmesi birer savunma refleksi olarak algılanabilir ise de, hukukçuların karşılıksız çek keşide edilmesinde hürriyeti bağlayıcı bir ceza yaptırımının gerekliliğini gündeme getirmesi ele alınması gereken bir husustur. Bunun için karşılıksız çek suçuna son verilmesini haklı kılan nedenleri ifade ederken, aynı zamanda bu konuda hürriyeti bağlayıcı hapis cezasının gerekliliğine vurgu yapan düşüncüyü haksız kılan nedenler üzerinde de durmak gerekecektir. Ancak bu şekilde tartışmanın sağlıklı bir zeminde yapılmasını sağlayabilir ve karşılıksız çekte hapis cezasını tekrar dillendirmekten ziyade, başkaca bir çözüm yolunun bulunması konusunda mutabık kalabiliriz.

## II. KARŞILIKSIZ ÇEKİN SUÇ KAPSAMINDAN ÇIKARILMASINI HAKLI KILAN NEDENLER

### A. Çekin Amacından Saptırılması

Çeki ceza hukuku korumasına iten şey, aslında onun niteliği ve ticari yaşamda üstlendiği fonksiyonun özel öneminden başka bir şey değildir<sup>[5]</sup>. Bu nedenle öncelikle çekin tanımı ve tanımından hareketle çekin ticari yaşamda nasıl bir fonksiyon sütünlenmesi gerektiğini ortaya koymak gerekecektir.

Çek, yazılı ve soyut havale niteliği taşıyan, kanunda öngörülen sıkı şekil şartlarına bağlı bir ödeme aracıdır<sup>[6]</sup>. Burada dikkat edilmesi gereken husus,

Yapılmasına Sebebiyer Verme Suçu ve Çek Düzenleme ve Çek Hesabı Açma Yasağı, CHD, Aralık 2010, S. 14, s. 11; Şen, s. 15,91.

- [4] Söz konusu suç tiplerinin Anayasa'ya aykırılık teşkil etmediği konusunda bkz. Feyzioğlu, Metin, Sözleşmeden Kaynaklanan Yükümlülükler Nedeniyle Hürriyetin Kısıtlanması, (www.feyzioglu.av.tr/yayin/sozlesmeden-kaynaklanan-yukumluluk-ve-hapis-cezasi.html#\_ftn19, erişim: 03.03.2012); Özgenç, İzzet, Çek Kanunu, Ankara 2010, s. 80; Soydal, Osman, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu ve Yeni Çek Kanunu İşığında Karşılıksız Çek Keşide Etme Suçu, Turhan Kitapevi, 2010, s. 122.
- [5] Karşılıksız çek suçunda korunan hukuki değer hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Soyer-Güleç, s. 143-147.
- [6] Poroy, Reha/Tekinalp, Ünal, Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları, 18. Bası, İstanbul 2007, s. 251. Domaniç, Hayri, Karşılıksız Çek, İstanbul 1983, s. 2. Çekin ödeme aracı olması kanun hükmüne dayanmamaktadır, zaten gerek de yoktur. Ödeme aracı olma çekin ekonomik işlevidir. Bkz. İnan, Nurkut, Çek Rizikolarından Doğan Sorumluluk, Ankara 1981, s. 3

çekin ödeme aracı olarak kullanılacak olmasıdır. Bu yönüyle çek nakit para taşıma ve saklama rizikolarından kurtarmakta, bankalara çok sayıda mevduatın yatırılmasını sağlamaktadır<sup>[7]</sup>.

Çekin keşide edilebilmesi için, muhatap bankada keşidecinin emrine tahsis edilmiş bir karşılığın bulunması şarttır. Karşılık, muhatap bankada çeki ödemeye yetecek kadar miktardaki paranın çekle çalışan hesapta mevcut olmasını ifade eder<sup>[8]</sup>. Fakat bankada karşılığı bulunmadan da, çek yaprağına sahip olan kişiler istediği şekilde çek keşide edebilmektedir. Bunun önünde ne kanuni ne de fiili bir engel bulunmaktadır. İşte bu durum, çekin amaç dışı kullanımına sebebiyet vermiştir. Nitekim uygulamada, birer ödeme aracı olarak kullanılması gereken çekler “*kredi aracı*” olarak kullanılmakla kalmamış; aynı zamanda doğmuş yahut ileride doğması muhtemel bir borcu garanti altına almak için “*teminat*” görevi de üstlenmiştir<sup>[9]</sup>.

Çekin görüldüğünde ödeneceği kuralının, piyasanın şartları itibariyle uygulamada vadeli çek kullanımının önüne geçemediği dikkate alındığında:

- Birer ödeme aracı olan çeklerin vadesi gelen borcu ötelemek için araç olarak kullanılması (kredi aracı),
- Parayı hemen vermek yerine büyük firmaların küçük esnafra vadeli çek vererek, çekin eldeki parayı değerlendirmek için bir araç haline getirilmesi,
- Borçlarını güvence altına almak isteyen alacaklıların, mevcut borca karşılık çek düzenleyip vermesi konusunda borçlulara baskı yapması ve borcun çekle güvence altına alınması<sup>[10]</sup> (teminat aracı),

şeklindeki uygulamalar, çekin tanımını ve amacını aşan bir fonksiyon üstlendiğini açıkça ortaya koymaktadır<sup>[11]</sup>.

[7] Çekin yararları için bkz. Öztan, Fırat, Kıymetli Evrak Hukuku, 2. Bası, Ankara 1997, s. 1035; Poroy/Tekinalp, s. 252; Pulaşlı, Hasan, Kıymetli Evrak Hukuku, 8. Bası, Ankara 2007, s. 172.

[8] Burada karşılık kaynağını hesaptaki nakit paradan alabileceği gibi, bir kredi sözleşmesinden de alabilir. Bkz. Poroy/Tekinalp, s. 263.

[9] Ülkemizde özellikle ileri tarihli çek kullanımının yaygınlaştığı, bu nedenle çekin tıpkı bono ve poliçe gibi birer kredi aracı olarak kullanıldığı, hatta bu durumun bir borç için teminat sağlama maksadına da hizmet ettiği ve ülkemize özgü sorunların büyük bir kısmının bu fiili durumdan kaynaklandığı konusunda bkz. Kendigelen, Abuzer, Çek Hukuku, 4. Bası, İstanbul 2007, s. 16-17.

[10] Burada özellikle uygulamada yaşanan sıkıntı, haciz tehdidi altında olan borçlulara, alacaklılar tarafından ileri tarihli çek düzenlemesi halinde hacizden kurtulacağı yönünde baskı uygulayarak, alacaklıların mevcut borçlarını ceza hukuku normlarıyla korunan çek ile güvence altına almaya yönelik girişimleridir.

[11] Yargıtay'ın, “çek normal olarak bir ödeme aracı olduğu için, bu olayda bir kredi aracı olduğumu ispatlamak ödünç verene düşer.” şeklindeki kararı, çekin fonksiyonunun keşideci ile lehtar arasındaki temel borç ilişkisine dayandırma eğilimi gösterdiği için yerinde değildir. (Kararın

Görüldüğü üzere, karşılığı olmadan çek düzenleme konusunda bir fren mekanizması öngörülmediği gibi, piyasada çeklerin ileri tarihli düzenlenerek kullanılmasının da yaygın bir hal alması karşısında, karşılıksız çek keşide etmeye davetiye çıkarıldığı, yani uygun ortamın yaratıldığı açıkça ortadadır. O halde şu soruyu sormak gerekir: Olması gereken çek uygulamasından hareketle, amacından saptırılmış mevcut çek uygulamasında cezai hükümlerin gerekliliğinden bahsetmek gerçekten doğru bir yaklaşım mıdır?

### B. Bir Suç Tipi Olarak Karşılıksız Çek Keşide Etmenin Ölçülülük İlkesine Aykırı Olması

Ceza, toplumda korunmaya değer görülen yararların ihlali durumunda devletin gösterdiği tepki olarak karşımıza çıkmaktadır. Dolayısıyla ceza hukukunun amacı, toplumsal yaşam bakımından önem arz eden hukuksal değerleri korumaktır<sup>[12]</sup>. Bu yönüyle diğer hukuk dallarında olduğu gibi, ceza hukuku da insanlar arasındaki ilişkinin düzenlenmesi ve bu suretle toplumsal düzenin sağlanmasında etkin bir rol üstlenmektedir. Fakat ceza hukukunu diğer hukuk dallarından ayıran en temel nokta, ceza hukukunun en ağır müdahaleyi gerektirmesidir<sup>[13]</sup>.

Ceza hukukuna hâkim olan ilkeler esas dayanağını, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmansın sınırına ilişkin anayasal ilkelerden almaktadır. Buna göre, Anayasa'nın 13. maddesi çerçevesinde, temel hak ve özgürlüklerin özlere dokunulmaksızın, anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik cumhuriyetin gereklerine, ölçülülük ilkesine aykırı olmamak kaydıyla, kanunla sınırlandırılabilir. Söz konusu anayasal ilkeler karşısında toplumsal düzeni sağlama amacı uğruna, devletin müdahale yetkisini sınırsız bir şekilde kullanabileceği düşünülmemelidir<sup>[14]</sup>.

Bir hukuk devletinde bireylerin temel hak ve özgürlüklerine müdahale ediliyorsa, söz konusu müdahaleyle varılmak istenen amaç ile araç arasında makul bir

eleştirisi için bkz İnan, s. 14) Nitekim çekle ödeme ile peşin para ile ödeme arasında bir fark yoktur. Bkz. İnan, s. 4; Pulaşlı, s. 170.

[12] Nitekim ceza toplumda korunmaya değer görülen yararların ihlali durumunda devletin gösterdiği tepki olarak karşımıza çıkmaktadır. Bkz. Centel, Nur, Cezanın Amacı ve Belirlenmesi, Prof. Dr. Turhan Tufan YÜCE'ye Armağan, İzmir 2001, s. 370; Hakeri, Hakan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 12. Bası, Ankara 2011, s. 2. Ayrıca bkz. Ünver, Yener, Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer, 3. Bası, Ankara 2003, s. 37 vd.

[13] Özgenç, İzzet, Türk Ceza Hukuku, 5. Bası, Ankara 2010, s. 34.

[14] Özgenç, s. 34. Anayasa'nın 13. maddesi çerçevesinde, temel hak ve özgürlüklerin, özlere dokunulmaksızın, anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik cumhuriyetin gereklerine, ölçülülük ilkesine aykırı olmamak kaydıyla kanunla sınırlandırılabilir. Bu çerçevede "özgürlüklerin özü", devletin cezalandırma yetkisinin sınırını oluşturmaktadır. Özbek, Veli Özer/Kanbur, M. Nihat /Doğan, Koray / Bacaksız, Pınar /Tepe, İlker, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 2. Baskı, Ankara 2011, s. 41.

denge, yani ölçünün gözetilmesi şarttır<sup>[15]</sup>. Bu ölçünün varlığı, seçilen aracın elverişlilik, gereklilik ve oranlılık testlerine tabi tutulması suretiyle belirlenebilir. Temel hak ve özgürlüklere ağır müdahalesi göz önünde bulundurulduğunda, ceza hukukuna kaynaklık eden suç tiplerine ilişkin düzenlemelerin de söz konusu testlere evleviyetle tabi tutulacağına kuşku bulunmamaktadır. Şu halde karşılıksız çek keşide edilmesinin önüne geçmek için hürriyeti bağlayıcı ceza öngörülmesinin ölçülülük ilkesine uygun olup olmadığı değerlendirilmelidir.

Elverişlilik, başvuru aracının amacı gerçekleştirmeye elverişli olmasını ifade eder<sup>[16]</sup>. Yaptırım gücü dikkate alındığında, ceza hukukunun, karşılıksız çek keşide edilmesini önleme amacına hizmet etmeye elverişli bir araçlardan biri olduğu söylenebilir. Fakat bu durumun gereklilik ve oranlılık ilkeleri çerçevesinde de değerlendirilmesi gerekir. Gereklilik ilkesi, elverişli birden çok araçlardan temel hak ve özgürlüklere en az müdahalede bulunan aracın seçilmesini gerektirir<sup>[17]</sup>. Bu ilkenin ceza hukukundaki görüntüsünü “*CEZA HUKUKUNUN SON ÇARE OLMASI-İKİNCİLİK İLKESİ*” oluşturmaktadır. Bu çerçevede özel hukuk ve idare hukuku ile yeterli korumanın sağlanabildiği durumlarda ceza hukuku korumasından yararlanmak ikincilik ilkesine aykırı olacaktır<sup>[18]</sup>. Şu halde, incelenmesi gereken nokta, çeklerin karşılıksız çıkmasını önlemek adına hürriyeti bağlayıcı ceza tedbirine başvurulmasının, ceza hukukunun son çare olması ilkesine uygun olup olmadığıdır.

İfade etmek gerekir ki, çekin yaygınlaşmasını sağlayan iki temel faktör vardır: Birincisi “*kolalık*”, ikincisi ise “*güvenlik*”tir. Bu iki etken birbirlerini ters yönde etkilemektedir<sup>[19]</sup>. Dolayısıyla hem kolaylık hem de güvenliğin dengeli bir şekilde sağlanması şarttır. Çekin kullanımını oldukça kolaylaştırmak, elbette ki bir güvenlik zafiyeti yaratacaktır. Fakat bu zafiyetin, kolaylıktan yararlanma hakkına sahip olan keşidecileri doğrudan hapis cezası ile tehdit etmek suretiyle giderilmeye çalışılması yerinde değildir. Güvenlik ile kolaylık arasındaki dengeyi sağlamak için, ya çekin kullanılmasındaki kolaylıktan feragat edilmeli (aşağıda da bahsedileceği üzere garantili çek uygulaması buna örnek gösterilebilir), ya da güvenliğin başkaca tedbirlerle sağlanması

[15] Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının anayasal sınırı (Anayasa m.13) olan ölçülülük ilkesi için bkz. Özbudun, Ergün, Türk Anayasa Hukuku, 12. Baskı, Ankara 2001, s. 114.

[16] Metin, Yüksel, Ölçülülük İlkesi, Karşılaştırmalı Bir Anayasa Hukuku İncelemesi, Seçkin Yayınları, (Seçkin Yayıncılık), Ankara, 2002, s. 27; Sağlam, Fazıl, Temel Hakların Sınırlandırılması ve Özü, (AÜSBF Yayınları), Ankara 1982, s. 114; Gözler, Kemal, Türk Anayasa Hukuku Dersleri, (Ekin Kitapevi), 5. Baskı, Bursa 2008, s. 147.

[17] Sağlam, s. 115; Metin, s. 30; Gözler, s. 148; Oğurlu, Yücel, Karşılaştırmalı İdare Hukukunda Ölçülülük İlkesi, Seçkin Yayınları, Ankara, (Seçkin Yayıncılık), 2002, s. 37.

[18] Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 82; Hakeri, s. 4.

[19] İnan, s. 14.



yoluna gidilmelidir. Bunlar yapılmadan, çek karşılıkları konusunda yaratılan bu güvensizlik ortamında meydana gelecek aksaklıkların önlenmesi ve hamilin haklarının korunması için ceza hukukunu devreye sokmak, deyim yerindeyse keşideciyi diken üstünde tutmak doğru bir çözüm tarzı değildir.

Karşılıksız çek keşide edilmesi halinde, öncelikle diğer hukuk dallarına ilişkin korumadan yararlanma yoluna gidilmesi zorunludur. Aksi durumda, doğrudan ceza hukuku korumasından yararlanılması, ikincilik-son çare olma ilkesine ters düşer<sup>[20]</sup>. Kaldı ki, son çare olarak ceza hukuku korumasından yararlanmaktan başka bir yolun olmadığı iddia edilse dahi, bu durumda verilecek cezanın da oranlı olması gerekir. Oranlilik ilkesi, TCK'nın 3. maddesinin gerekçesinde de belirtildiği üzere, suç işleyen kimsenin fiilinden pişmanlık duyması ve yeniden topluma kazandırılması sürecinde, suçun ağırlığıyla oranlı bir yaptırımın belirlenmesini gerektirir<sup>[21]</sup>. Çekin bir borç ilişkisine dayandığı göz önünde bulundurulduğunda, karşılıksız çıkan meblağın temini için kişilerin hürriyeti bağlayıcı ceza tehdidinde maruz bırakılmaları cezaların oranlılığıyla bağdaşmamaktadır.

Görüldüğü üzere, karşılıksız çek suçunun ölçülülük ilkesine uygun olup olmadığı tartışması, Anayasa m.38 anlamında borç için hapis yasağına uygun olup olmadığı tartışmasının da önüne geçmektedir. Bu bakımdan, çek suçlarıyla kamusal menfaatin korunduğu gerekçesiyle, düzenlemelerin “*borç için hapis yasağı*”na aykırı olmadığı kabul edilse dahi, bu menfaatin korunuş şeklinin ölçülülük ilkesinin gereklilik ve oranlilik alt ilkeleriyle bağdaşmaması, her halükarda bu düzenlemelerin Anayasa’ya aykırılığını ortaya koymaktaydı.

### C. Kast Unsurunun Görmezden Gelinmesi

TCK'nın 21. maddesinin birinci fıkrasındaki düzenlemeye göre “*Suçun oluşması kastın varlığına bağlıdır. Kast suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir.*” Kastın, kusurluluğun bir türü mü<sup>[22]</sup> yoksa haksızlığın işleniş şekli olarak tipiklin sübjektif (manevi) unsuruna ait bir kavram mı<sup>[23]</sup> olduğu konusunda doktrinde fikir ayrılıkları bulunsa da, bu tartışama konumuz bakımından önem arz etmeyecektir. Nitekim suçun unsurlarındaki

[20] Bkz. Dönmezer, Kişilere ve Mala Karşı, s. 478; Tümerkan, s. 86, 94; Domaniç, s. 94, Soyler - Güleç, s. 66. Özbek, s.11; Şen, s.15.

[21] Ölçülülük ilkesinin bir diğer alt unsuru olan oranlilik ilkesi, genel manada kullanılan araç ile ulaşılmak istenen amaç arasında ölçülü bir dengenin bulunmasını ifade eder. Bu hususta bkz. Sağlam, s.116; Metin, s. 36; Gözler, s. 148; Oğurlu, s. 38

[22] Bkz. Dönmezer, Sulhi/Erman, Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C:I, İstanbul 1997, k.no.843; Demirbaş, Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 6. Baskı, Ankara 2009, s. 317; Centel, Nur/Zafer, Hamide/Çakmut, Özlem, Türk Ceza Hukuku'na Giriş, 4. Bası, İstanbul 2006, s. 342.

[23] Bkz. Özgenç, s. 213; Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 234; Hakeri, s.180.

yeri ne olursa olsun, TCK m.21'in lafzı açıktır: SUÇUN TEMEL İŞLENİŞ ŞEKLİ KASTTIR. Taksirli fiiller ancak kanunun açıkça belirttiği hallerde, istisnai olarak cezalandırılır (TCK m.22/1).

Suç tipleri haksızlık teşkil eden fiillerden oluşur. Bir fiilin haksızlık teşkil edebilmesi, kural olarak, kastın varlığına bağlıdır. O halde taksirli sorumluluk öngörülmediği müddetçe, kasten hareket etmeyen kimselerin cezalandırılması TCK m.21'e aykırıdır<sup>[24]</sup>. Buna göre, karşılıksız çek keşide etmeyi suç olarak düzenlese dahi, suçun oluştuğundan söz edebilmemiz için keşidecinin kastını aramak gerekir<sup>[25]</sup>. Eğer keşidecinin kastı varsa, zaten karşılıksız çek düzenlemek hile unsuru kapsamında ele alınıp, dolandırıcılık suçu gündeme getirilebilecektir<sup>[26]</sup>. Fakat kastı yoksa kast karinesinde hareketle karşılıksız çek keşide eden herkesi cezalandırmak ceza hukukunun temel prensiplerine aykırı bir yaklaşımdır<sup>[27]</sup>.

#### D. Kötüye Kullanımların ve Mağduriyetlerin Artması

Hem karşılığı olmadan yüksek miktarlarda çek keşide edilebilmesindeki kolaylık, hem de çeklerin birer kredi aracı olarak kullanılmasındaki yaygınlık dikkate alındığında, karşılıksız çekin suç olarak düzenlenmesi, aslında alacaklılar tarafından kötüye kullanımları da teşvik etmektedir. Örneğin, haciz tehdidi altında olan kimseye karşı, alacalıklının borç karşılığında o anki borçlunun zor durumundan istifade ederek, karşılığının olmadığını bile bile borçluya ileri tarihli çek keşide ettirmesi kötüye kullanıma en güzel ve sıkça yaşanan bir örnektir.

Diğer taraftan, karşılıksız çekte hapis cezası öngörülmesi iki taraflı mağduriyete de yol açmaktadır. Şöyle ki, hem çekin karşılığını ödeyemeyen borçlular, bu nedenle cezaevine girdikleri yahut ülkelerinden kaçmak zorunda kaldıkları

[24] Eğer kastı kusurluluğun bir türü olarak kabul edersek, bu durumda kasten hareket etmeyen kişilerin cezalandırılması kusursuz suç ve ceza olmaz prensibine aykırı olacağı için yine sonuç değişmeyecektir.

[25] Bu hususta bkz. Erem, Faruk, Çekin Kanuni Himayesi, İktisadi ve Hukuki Yönden Çek, Türkiye Bankalar Birliği Yayınları, 2. Basım, Ankara 1974, s.158-159; Özbek, s.18; Güleç-Soyer, s.174; Şen, s. 25.

[26] Şen'e göre, kasta baştan sahip olmak, çekin karşılığının hazır bulundurulmaması fiilin dolandırıcılık suçu olarak nitelendirilmesine yol açmaz. Nitekim bir fiilin dolandırıcılık olarak nitelendirilebilmesi için, o fiilde aldatma yeteneğine haiz hileli hareketlerin varlığı ve bu hileli hareketlerin mağduru aldatılabilecek özellikte olması gerekir. Bkz. Şen, s. 25. Soyer-Güleç'e göre, muhatap bankada karşılığı olmadığını bilerek çek keşide eden kişinin hareketi dolandırıcılık suçu anlamında hileli bir davranış teşkil edeceği için, dolandırıcılık suçunun gündeme gelmesi mümkündür. Soyer-Güleç, s.181. Biz de son görüşe katılıyoruz. Nitekim, karşılığı olmadığını bile bile çek keşide ederek, karşı tarafın zararına, haksız bir yarar elde eden kimsenin fiili dolandırıcılık suç tipine uymaktadır.

[27] Bu nedenle, aslında şimdiki kadar karşılıksız çek keşide edilmesinden dolayı "kast unsurunu tartışmaksızın" adli ceza veren mahkeme kararlarının Yargıtay tarafından bozulması gerekirdi.

için mağdur olmakta; hem de alacağını alamayan alacaklılar, hapse giren borçlunun çalışma şansının ve ticari yaşamının son bulması sebebiyle kısmen de olsa alacaklarını alamayacağı için mağdur olmaktadır. Kanımızca, bu durum hukuk sisteminin kurmayı amaçladığı düzene uygun düşmemektedir.

### III. KARŞILIKSIZ ÇEKTE HAPİS CEZASINI GEREKLİ GÖREN DÜŞÜNCENİN TEMELİNDE YATAN KAYGILARIN ELEŞTİRİSİ

#### A. Genel Açıklama

Aslında ekonomik bir ilişkiden dolayı insanların hapisle tazyik edilmemesi gerektiği konusunda hukukçuların geneli mutabık olmakla birlikte, “ama” ile başlayan cümlelerle ifade edilen bir takım nedenler, mağdurların da haklarının korunması gerektiğine işaret etmektedir. Bu kapsamda özellikle çekin kambiyo hukukuna özgü bir borç doğuran özel havale olduğu, dolayısıyla borç için hapis yasağı kapsamına girmediğini belirten Anayasa Mahkemesi kararından hareketle<sup>[28]</sup>, çekin bir ödeme aracı olduğu, hapis cezasının çekin ödenmesinde zorlayıcı etkisi olduğu, bu etkinin kaldırılması halinde yerinin hukuk dışı başkaca yöntemlerle doldurulacağı algısı çekte hapis cezasını kendi içinde meşrulaştırmaktadır. Söz konusu meşrulaştırmanın yerindeliğini tartışırken, öncelikle karşılıksız çekte hapis cezası yaptırımına ihtiyaç olduğunu ortaya koyan düşüncenin altında yatan asıl amacı ve bu amaca yönelmeyi haklı kılan toplumsal nedenleri ele almak suretiyle bir değerlendirme yapmamız gerekmektedir.

#### B. Cezai Korumanın Talep Edilmesindeki Amaçların Değerlendirilmesi

Karşılıksız çek keşide etme suçundaki cezai koruma, çek karşılığının ve faizinin ödenmesinde de etkili olduğuna göre<sup>[29]</sup>, karşılıksız çek keşide etme suçunun hem karşılığı olmadan çek keşide edilmesinin önlenmesi hem de karşılıksız

[28] 3167 sayılı Kanun'un 16. maddesinin birinci fıkrasının, Anayasa'nın 38. maddesinin 8. fıkrasına aykırı olduğu aykırı olduğu itirazını, çekin temelde sözleşmeden bağımsız bir kambiyo hukuka özgü borç doğuran bir havale olduğu gerekçesiyle reddeden Anayasa Mahkemesi'nin kararı için bkz. AYM., 12.11.2002, E:2002/165, K:2002/195.

[29] “Madde 6 – (1) Karşılıksız kalan çek bedelini, üzerinde yazılı bulunan düzenleme tarihine göre kanunî ibraz tarihinden itibaren işleyecek 3095 sayılı Kanuna göre ticarî işlerde temerrüt faiz oranı üzerinden hesaplanacak faizi ile birlikte tamamen ödeyen kişi hakkında; a) Soruşturma aşamasında Cumhuriyet savcısı tarafından kovuşturmaya yer olmadığına, b) Kovuşturma aşamasında mahkeme tarafından davanın düşmesine, c) Mahkûmiyet hükmünün kesinleşmesinden sonra mahkeme tarafından hükmün bütün sonuçlarıyla ortadan kaldırılmasına, karar verilir.” Söz konusu etkin pişmanlığa ilişkin hükümler, cezai korumanın tahsil ilişkisinde de önemli rol oynamasına hizmet etmiştir.

çıkan miktarın tahsil edilmesi aşamasında fonksiyon gösterdiğini söyleyebiliriz. Şu halde, tartışmanın sağlıklı bir şekilde yapılabilmesi için, karşılıksız çekin keşidesinde cezai korumanın gerçekte hangi aşama için istendiğinin ortaya konulması gerekir. Diğer bir ifadeyle, ticari düzeni bozan şey acaba çekin karşılıksız çıkması mı, yoksa karşılıksız çıkan çekin tahsil edilememesi mi?

**i. Karşılıksız Çek Keşide Edilmesinin Önüne Geçme Amacı:** Eğer kaygımız (yani amacımız) karşılıksız çek keşide edilmesini önlemek ise, öncelikle bunu sağlamaya yönelik başkaca tedbirlerin tartışılması gerekir. Örneğin garantili çekler, karşılık bulundurma zorunluluğu, çek defteri verilecek kişilere sınırlama getirilmesi yahut kredi kartları gibi çek dışında ödeme araçlarının piyasaya hâkim kılınması şeklinde benzeri önlemlerle, karşılıksız çek düzenlemeye elverişli ortamın ortadan kaldırılmasına yönelik çaba sarfedilebilir.

Özellikle garantili çek (euro çek) üzerinde durulmalıdır. Garantili çekte, muhatap banka belirli bir miktara kadar olan çeklerin bedellerini karşılık armaksızın ödeme taahhüdünde bulunmaktadır<sup>[30]</sup>. Bu bakımdan, çekin üzerinde garanti edilen miktarın karşılıksız çıkması söz konusu olmayacağı için, alacaklılar garantili çekleri tercih edecek ve böyle çek alacaklılarının mağduriyeti gündeme gelmeyecektir. Bu veya benzer önlemler alınmadan, değişim yerindeyse “*serbest atışa açık bir ortamda*” doğrudan ceza hukuku korumasından yararlanmak, toplum düzeninin sağlanması noktasında olumlu etkiden ziyade birçok kimseyi ceza tehdidi altında bırakacağı için olumsuz bir takım sonuçlar doğurur.

**ii. Karşılıksız Çekin Tahsilini Kolaylaştırma Amacı:** Ceza hukuku dışında başkaca yollarla engellenmesi mümkün olan bir fiilin suç olarak düzenlenmesinin ceza hukukuna hakim olan ilkelere aykırı olduğu sonucuna vardığımız göre, bu fiilden ötürü meydana gelen mağduriyetin giderilmesinde ceza hukukunun araç olarak kullanılması söz konusu ilkelere evleviyetle aykırıdır. Buna göre, kaygımız çeklerin karşılıksız çıkan miktarlarının tahsil kuvvetini arttırmak suretiyle ticari düzeni sağlamak ise bu aşamada ceza hukuku hiçbir şekilde devreye girmemelidir. Her ne kadar icra tehdidinden korkmayan borçluların, borçlarını ödemede samimi olmamaları, mallarını başkalarının üzerine yapmak suretiyle icra takibinden kurtulmaya çalıştıkları fakat ceza tehdidi olunca bir şekilde borçlarını ödemeye gayret ettikleri anti-tez olarak ileri sürülebilirse de, ceza hukuku, bir icra hukuku müessesesi gibi kullanılmamalıdır. Nitekim bu gibi durumlarda salt kişisel ve somut zararların giderilmesi, bunların tazmini söz konusu olduğu için, özel hukuk yahut idare hukuku müesseselerinden yararlanılmakla yetinilmelidir<sup>[31]</sup>. Aksi durumda, ödeyemediği için kredi kartı

[30] Kendigelen, s.392; Ayrıca bkz. Öztan, Fırat, Garantili Çek (Eurocheque), Ankara 1982, s. 11 vd.; Soyer-Güleç, s.78 vd.

[31] Burada aslında sosyal düzen ve müeyyide sorunu bulunmaktadır. Sosyal düzen ve disiplini bozan davranışlar için müeyyideler öngörülür. Fakat günümüzün modern toplumunda

borcuna batan ile ödeyemediği için çek borcuna batan kişilerle bunların alacaklıları arasındaki eşitsizliği nasıl giderebiliriz?

### C. Karşılıksız Çek Keşide Etmenin Suç Olmasını İsteyen Düşüncenin Altında Yatan Toplumsal Nedenlerin Değerlendirilmesi

Burada şüphesiz borçların tahsilinde ceza hukukunun baskı aracı olarak kullanılmaması gerektiği, fakat soyut bir takım ilkeler ve düşüncelerden hareketle, Türk toplumunun sosyolojik yapısını dikkate almadan yorum yapmanın yanlış olduğu; nitekim insanların borçlarını ödeme konusunda ihmalkâr davranmakla kalmayıp, vadeden evvel mallarını kaçıрма eğiliminde olduğu; ceza tehdidi olmaması halinde borçlunun, borcun ödenmesinde umursamaz davrandığı gibi kendi lehine olan düzenlemeleri alacaklıya karşı silah olarak kullandığı; ceza tehdidi altında olanların ise ama borç ama başkalarına devrettiği mallardan bir şekilde para bulup getirdiği düşüncesi ileri sürülebilir.

Borçlarını ödemek istemeyen bazı insanların, alacaklılarından mal kaçırmaları, borçlarını ödememek için her türlü yola başvurdukları bilinen bir gerçektir. Diğer taraftan, borçların gereği gibi ödenmesi konusunda güven duygusunun, ticari düzenin sağlanmasındaki önemi de yadsınamaz. Bu bakımdan, ceza tehdidinin bu tür durumların önüne geçilmesi ve borçların ödenmesi konusundaki etkisi tartışmasızdır. Nitekim ceza tehdidi herkes bakımından korkutucu etki yaratan ve bu yönüyle bireylerin iradeleri üzerinde psikolojik baskı unsuru oluşturan bir araçtır<sup>[32]</sup>. Fakat, yukarıda da ifade ettiğimiz gibi, ceza hukuku sosyal yaşamın çekilebilir hale getirilmesinde<sup>[33]</sup> kullanılması gereken en son araçtır. Bu bakımdan meşru bir cezanın varlığından söz edilebilmesi için, söz konusu cezanın gerçekten gerekli olup olmadığına ortaya konulması gerekir<sup>[34]</sup>. Aksi durumda, cezanın meşruiyeti konusunda kafalarda soru işareti kalacaktır. Diğer taraftan, ceza tehdidinden korkan borçlularında, kanun dışı yollara başvurmak suretiyle borcunu ödem çabasına girmesi ve bu nedenle cezai korumanın bazen borçluları yasa dışı yollara itmesi ihtimali de göz önünde bulundurulmalıdır.

müeyyideler hukuki ve cezai olmak üzere iki kısma ayrılır. Sosyal düzeni bozan davranışlardan doğan zararlar, toplumla beraber özellikle kişiyi ilgilendiriyorsa, zarar meydana getirmiyorsa, zarar meydana getirirse bile bu zarar kişinin hürriyetinin sınırlandırılmasını haklı kılacak ağırlıkta değilse, sadece hukuki müeyyidelerle yetinilmelidir. Sosyal düzen müeyyide ilişkisi konusunda bkz. Dönmezer / Erman, C: I, k.no: 6.

[32] Normatif bir sistemde, ceza hukuku normunun amacı konusunda bkz. Hafızoğulları, Zeki, Ceza Normu, 1987 Ankara, s.193 vd.

[33] Öztürk, Bahri / Erdem, Mustafa, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 10. Bası, Ankara 2008, s. 29.

[34] “Ceza hukuku meşruluğunu, cezanın meşruluğundan alır. Cezanın meşruluğu ise, cezanın toplumsal açıdan mutlaka gerekli olup olmadığı sorusuna verilecek yanıtla belirlenir. Bu nedenle her yüksek değerdeki hukuksal yararın ceza hukuku ile korunmak zorunda olduğu anlamına gelmez.” Bkz. Öztürk / Erdem, s. 30.

---

#### IV. SONUÇ YERİNE

---

Klasik değimdir: “*Bataklığı kurutmadan sineklerle m¼cadele edilemez.*” Herhangi bir önlemin söz konusu olmadığı, karşılığı olsun veya olmasın kolayca çek keşide edilebildiği, insanların gelirlerinin fazlaca üzerindeki miktarı yazabildiği ve çekin amacının saptırılarak bir yandan kredi bir yandan da teminat aracı olarak kullanıldığı günümüz piyasasında sağlıklı bir sistem kurmak gerekir. Bunu yapmadan, işleyişi piyasanın aktörlerine bırakmak ve işleyişin aksaması halinde ise bunun altında tek başına insan unsurunu arayarak ceza hukukunu devreye sokmak, bataklığın hesabını sinekten sormaya benzer ki, bu hukuk devletine yakışır bir tutum değildir. İş yükünü azaltmak maksadıyla da olsa, TBMM’nin hukuk devletine yakışmayan bu duruma son vermesi yerinde bir davranıştır.

## KAYNAKÇA

- Centel, Nur, Cezanın Amacı ve Belirlenmesi, Prof. Dr. Turhan Tufan YÜCE'ye Armağan, İzmir 2001.
- Centel, Nur/Zafer, Hamide/Çakmut, Özlem, Türk Ceza Hukuku'na Giriş, 4. Baskı, İstanbul 2006.
- Demirbaş, Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 6. Baskı, Ankara 2009, (Anılış, Dönmezer, C:1).
- Domaniç, Hayri, Karşılıksız Çek, İstanbul 1983.
- Dönmezer, Sulhi, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, İstanbul 2001, (Anılış: Dönmezer, Kişiler ve Mala Karşı).
- Dönmezer, Sulhi/Erman, Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C:1, İstanbul 1997.
- Erem, Faruk, Çekin Kanuni Himayesi, İktisadi ve Hukuki Yönden Çek, Türkiye Bankalar Birliği Yayınları, 2. Basım, Ankara 1974.
- Fezyoğlu, Metin, Sözleşmeden Kaynaklanan Yükümlülükler Nedeniyle Hürriyetin Kısıtlanması, (www.fezyoglu.av.tr/yayin/sozlesmeden-kaynaklanan-yukumluluk-ve-hapis-cezasi.html#\_ftn19, erişim: 03.03.2012);
- Gözler, Kemal, Türk Anayasa Hukuku Dersleri, (Ekin Kitapevi), 5. Baskı, Bursa 2008.
- Hafizoğulları, Zeki, Ceza Normu, Ankara 1987.
- Hakeri, Hakan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 12. Baskı, Ankara 2011.
- İnan, Nurkut, Çek Rizikolarından Doğan Sorumluluk, Ankara 1981.
- Kendigelen, Abuzer, Çek Hukuku, 4. Baskı, İstanbul 2007.
- Metin, Yüksel, Ölçülülük İlkesi, Karşılaştırmalı Bir Anayasa Hukuku İncelemesi, Seçkin Yayınları, (Seçkin Yayıncılık), Ankara, 2002.
- Oğurlu, Yücel, Karşılaştırmalı İdare Hukukunda Ölçülülük İlkesi, Seçkin Yayınları, Ankara, (Seçkin Yayıncılık), 2002.
- Özbek, Veli Özer, Karşılıksız İşlemi Yapılmasına Sebep Verme Suçu ve Çek Düzenleme ve Çek Hesabı Açma Yasağı, CHD, Aralık 2010, S.14.
- Özbek, Veli Özer/Kanbur, M. Nihat/Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar/Tepe, İlker, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 2. Baskı, Ankara 2011.
- Özbudun, Ergün, Türk Anayasa Hukuku, 12. Baskı, Ankara 2001.
- Özgenç, İzzet, Çek Kanunu, Ankara 2010.
- Özgenç, İzzet, Türk Ceza Hukuku, 5. Baskı, Ankara 2010.
- Öztan, Fırat, Garantili Çek (Eurocheque), Ankara 1982.
- Öztan, Fırat, Kıymetli Evrak Hukuku, 2. Baskı, Ankara 1997.
- Öztürk, Bahri/Erdem, Mustafa, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 10. Baskı, Ankara 2008.
- Poroy, Reha/Tekinalp, Ünal, Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları, 18. Baskı, İstanbul 2007.
- Pulaşlı, Hasan, Kıymetli Evrak Hukuku, 8. Baskı, Ankara 2007.
- Sağlam, Fazıl, Temel Hakların Sınırlandırılması ve Özü, (AÜSBF Yayınları), Ankara 1982.
- Soydal, Osman, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu ve Yeni Çek Kanunu Işığında Karşılıksız Çek Keşide Etme Suçu, Turhan Kitapevi, 2010.
- Soyer-Güleç, Sesim, Borç İçin Hapis Yasağı ve Karşılıksız Çek Suçu, 2. Baskı, Ankara 2011.
- Şen, Ersan, Yeni Çek Kanunu'nda Karşılıksız Çek Suçu, Ankara 2010.
- Tümerkan, Somay, Dolandırıcılık Suçu (Karşılıksız Çek Keşidesi Fiilleri), İstanbul 1987.
- Ünver, Yener, Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer, 3. Baskı, Ankara 2003.

