

## OBJEKTIF CEZALANDIRILABİLME ŞARTLARI VE İFLÂS SUÇLARININ REFORMU (\*)

Prof. Dr. Klauss TIEDEMANN, Freiburg, i. Br.

Tercüme eden Ceza Usul Hukuku Asistanı Feridun YENİSEY

Federal Almanya'da iflâslar ve diğer borç ödemede aciz halleri, her sene 1, 25 milyar (1) DM nin üstünde zarara yol açmaktadır. (1970'de 1,25 Milyar DM, 1971 de 1,3 Milyar DM). Bu zararlar kesindir zira ifa edilmeyen edimler işletmeler tarafından kayıttan silinmektedir. Bu maddî kayıplar, ekseriya müflisin alacaklılarını ilgilendirmektedir. Buna ilâveten, işletme değerinin ve işyerlerinin ortadan kalkmasından doğan zararlar da vardır. Günümüzün ekonomisinin, satış ve kredi dokuması şeklindeki görünümü neticesi olarak, satın alanlar ve üçüncü şahıslar da, iflâs ve aciz hallerinden menfi bir biçimde etkilenmektedirler.

İflâs ve aciz halleri, herşeyden önce kredi ekonomisini ilgilendiren olaylardır. Kredi ekonomisi, 2. Dünya Harbinin sona ermesin-

(\*) Yazarın 24 Mart 1975 tarihinde İstanbul Üniversitesinde, 26 Mart 1975 tarihinde Ankara Üniversitesinde verdiği konferansların tercümesidir.

(1) Federal Almanya İstatistik yılığı, Yıl 1973 s. 381; Tiedemann - Sasse, *Delinquenzprophylaxe, Kreditsicherung und Datenschutz in der Wirtschaft*, 1973, s. 17. — 1974 de meydana gelmesinden korkulan borç ödememeden doğacak zararlar için bak; *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, No. 40, tarih: 17.2.1975 s. 9. Avusturyadaki rakkamlar için bak; Tintner, H. Schaefer'in yayınladığı *Wirtschaftskriminalitaet/Weisse - Kragen - Kriminalitaet*, 1974, s. 513, 514; Yabancı memleketler hakkındaki rakkamlar için bak; Kellens, *Banqueroute et Banqueroutiers*, 1974, s. 26 vd. 49 vd.

den beri, Alman müteşebbislerinin sermaye temininde uğradıkları güçlükler dolayısıyla de ayrı bir önem kazanmaktadır. Yatırımlar kredi ekonomisine, kredi ekonomisi de, Devletin kredi politikasına bağlıdır. Bu bağlantı içerisinde kusurlu borç ödemezliğin konjonktürle ilgili olduğu anlaşılmaktadır. Günümüzde uygulanan kredi kısıtlaması ile, artan iflâs ve aciz hali sayısı, bu hususu açıkça ortaya koymaktadır. Yeni ve bilhassa meslekî ve iktisadî bakımdan iyi yetişmiş müteşebbisler daha fazla iflâs etmektedirler. Yapı sektörü, kredi kısıtlaması uygulamasından önce de, iflâs bakımından önde geliyordu (2).

Bir iflâsa veya diğer bir aciz haline düşmeye sebep olma, tek başına suç teşkil etmez. İflâs edenlerin sayısının ve iflâs suçları ile meydana getirilen zarar tam olarak tahmin edilememektedir. Bunun sebebi, kısmen ödemezlik hallerinin büyük bir kısmının mahkeme haricinde bir neticeye bağlanması ve zarar görenin pek nadir olarak şikâyette bulunması olsa gerektir (3). Hakikate daha yakın ve, (kredi vermeleri itibariyle haddinden fazla borçlanmaya ve onun sebeplerine dışarıdan bakabilen) bankaların tecrübelerine dayanan tahminlere göre, Federal Almanya'da muhtemelen bütün iflâs takiplerinin % 50 si, bir suçla bağlantılı bulunmaktadır (4). Bu bakımdan, 1967 yılında yürürlüğe giren ve medenî hukuka müteallik işlerdeki tebliğler hakkındaki kanun ile, iflâs ve konkordato mahkemelerine iflâsın açılması (ve de iflâs takibinin açılmasını reddeden) kararların savcılığa bildirilmesi mükellefiyetinin yüklenmesinin sebebi anlaşılmaktadır. Fakat, bilhassa sessiz paraya çevirme diye anılan (stille Liquidation) ve mahkeme haricinde yapılan resmî bir anlaşma ile, alacaklının tatmin edilmesi, bu kanunun kapsamına girmemektedir.

### 1. Hileli iflâs suçları ve ceza hukuku yönünden iflâs

İflâslar ve ödemedi aciz halleri ile bağlantılı olan cezalandırılabilen fiiller ile mücadelenin sadece ve ilk defa ceza hukuku vasıtasıyla yapılamıyacağı tabiidir. Bilhassa bu çok neticeli suçlulukta, ceza hukuku dışında alınacak önleyici tedbirlerin önemi büyüktür.

(2) Ayrıntılı bilgi için bak; FAZ'deki Federal Almanya İstatistik Yıllığı, ayrıca Hammerl, Die Bankrottdelikte, tez, Frankfurt 1970, s. 58 vd.

(3) Hammerl, adı geçen eser s. 45 vd.

(4) Hammerl, age, s. 47; ayrıca bak; Tiedemann - Sasse, age s. 18.

İktisadi hukukta yapılacak reform, bilhassa ticaret şirketlerini düzenleyen hükümlerin ve ekonomik kontrol mekanizmasının düzeltilmesi gibi hususlar önemli olmakla beraber, bunları ortaya koymak bizim ihtisasımız haricindedir.

Fakat ceza hukuku da önleyici bir tesir yapabilir. Bilhassa, etkin bir ceza koğuşturması gerçekleştirilir, ve daha ziyade plânlı ve rasyonel bir şekilde davranan, ödeme kabiliyeti olan failer takip edilir ise, önleyici etki husule gelecektir. Diğer taraftan, sair zamanda gerektiğinden fazla güvenilen ekonomik ceza hukukunun genel önleyici etkisi, bir işletme ekonomik kriz içine girdiği zaman etkili olamamaktadır. Zira, fail bu gibi hallerde kaide olarak, çabuk netice verecek hareketleri tercih etmekte ve diğer çarelerden daha etkili, ekseriya suç teşkil eden çarelere başvurmaktadır. Meseleye bu açıdan bakıldığında, iflâs ile ilgili ceza hukukunun sadece zecri tedbirlere başvuramaması ve tecrübelerle göre, bir işletmeyi krize götüren hareketleri önleyici tedbirleri alması gerektiği anlaşılır. Mer'î Alman Hukuku, İflâs Kanununun 239 ve sonraki maddeleri ile, birçok yabancı kanunlar gibi (6), daha sonra ödemelerin durdurulması veya iflâsın vuku bulması şartı ile belli ekonomik fiilleri ceza tehdidi altına almıştır. Bugün genellikle kabul edilen görüşe göre, ödemelerin durdurulması ve iflâs, objektif yani failin kusuruna bağlı olmayan cezalandırabilme şartlarıdır. Hem illiyet bağının, hem de kusurun ispat edilmesini lüzumsuz hale getiren ve bu bakımdan çok pratik olan bu teori, Prusya Yüksek Mahkemesi tarafından geliştirilmiştir. Bu teoride, bugün yabancı ceza hukuklarında henüz kısmen yaşayan ve suçun kanunî unsurunun önleyici özelliği dolayısıyla, kusurun hiçbir şekilde ispat edilmesi gerekmediği *şekli suç kavramı* (Formaldelikt) kullanılmıştı. Prusya Mahkeme içtihatlarındaki görüş, İmparatorluk Yüksek Mahkemesi ve daha eski doktrin tarafından, daha sonra da, Federal

(5) Bundesanzeiger No. 218, tarih 18.11.1967, s. 2.

(6) Ayrıntılar için bak: Keilens, Revue de Droit penal et de Criminologie 1871/72 s. 1047 vd.

(7) Bak: Bemann, Zur Frage der objektiven Bedingungen der Strafbarkeit, 1967, s. 3 vd; ayrıca bak; Hass, Die Entstehungsgeschichte der objektiven Strafbarkeitsbedingungen, tez, Kiel, 1968, s. 91 vd. Şekli suç hakkındaki eski teoriler hakkında ayrıntılı bilgi için bak, Tiedemann, Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht, 1969, s. 287 vd.

Yüksek Mahkeme tarafından benimsendi (8). Her zaman istikrarlı olmayan mahkeme içtihatlarının ana gerekçesi, müşahhas hileli iflâs fiillerinin «hafiflikle» işlendiği (9) ve ekonomik bakımdan tehlikeli olduğu merkezinde idi.

Bu görüşün doğruluğu ötedenberi tartışılmıştır. Bilhassa, kumar, bahis veya sair müsrif davranışlar (Alman İflâs Kanunu m. 240 1, ve Türk İcra ve İflâs Kanunu m. 310 No. 3) ile durumu iyi olan «zengin» bir tüccarın «haddinden fazla para harcamasının», hukuka aykırı olmadığı ileri sürülmüştür. Böyle bir tüccarın daha sonra aciz haline düşmesi, onun kusurlu olmasını gerektirmez, zira hukuka uygun önemsiz davranışlara, dış etkilerden meydana gelmiş olan iktisadi krizin eklenmesi ile ödemezlik hali meydana gelmiş olabilir. Ceza Reformu Büyük Komisyonunun tavsiyeleri arasında bu mesele de — tabii basitleştirilmiş olarak — formüle edilmiştir; İflâs hukuku ile ilgili mer'i ceza hükümlerine göre, sıfırın sıfırla toplanması, neticede bir etmektedir ( $0+0=1$ ) (10).

## 2. Objektif cezalandırılabilme şartları ve kusur prensipi

Kanunkoyucunun son zamanlardaki eğilimi ve modern Alman Ceza Hukukunun savunduğu görüş, objektif cezalandırılabilme şartlarının tamamen ortadan kaldırılması yönündedir. Bu hukuki müessesenin, suç politikası yönünden arzu edilen neticelerin, gerekçe göstermek mecburiyeti olmaksızın husule getirilmesi gayesile kullanıldığı ileri sürülmektedir (11).

Gerekçe açısından ileri sürülen bu tenkidin yanısıra, sistematik uygunluk bakımından da, bazı mülâhazalar ileri sürülmektedir: Ob-

(8) RGSt 4, 41 (42); 13, 354 (358 vd.); 45, 88 (93 vd.); BGHSt 1, 188 (190 vd.) Hälschler, Das Gemeine Deutsche Strafrecht, 2. cilt, Der besondere Teil des Systems, Erste Abteilung, 1884, s. 408, 414; v. Liszt, Das Deutsche Reichsstrafrecht, 1881, s. 278; Merkel, Holdzendorff'un yayınladığı, Handbuch Des Deutschen Strafrechts c. 3, 1874, s. 812, 824 vd.

(9) RG 4, 92 (93).

(10) Dünneber, In: Niederschriften Über Die Sitzungen Der Grossen Strafrechtskommission, c. 8, 1959, s. 82; Lackner, age., s. 82.

(11) Aynı fikir için Bk.: Hass, age., s. 101, 121; daha ayrıntılı bilgiler için Bk.: Rechtsteorie, 1973, 23 vd. ve Zeitschrift Für Rechtspolitik, 1970, 196 vd.; «bugün artık objektif cezalandırılabilme şartları için gerekçe gösterilemez». Teyid edici fikir için Bk.: Baumann, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 7. Basi, 1975, s. 485.

objektif cezalandırılabilme şartları, bu günün, kanunî tipi gerçekleştiren hukuka aykırılık ile kusurun mümkün olduğu kadar tam bir şekilde birbirlerine uygun olmasını öngören ceza hukukunun dogmatik şemasına uymamaktadır. Objektif ve failin kusuruna bağlı olmayan cezalandırılabilme şartları bu kategorik sistemi zarurî olarak bozmaktadır. Diğer taraftan modern «kanunî tip doktrini» (Tatbestandslehre) açısından, objektif cezalandırılabilme şartlarının ortaya çıkışının tarihi gelişmesi incelendiğinde bu hukuki müesseseye karşı başlangıçta güvensizlik duyulduğu ve neticede bu müessesenin doktrin tarafından kesin olarak reddedildiği bütün açıklığı ile görülebilecektir (12).

Her şeyden önemli olarak objektif cezalandırılabilme şartlarının ceza hukukundaki kusur prensipine aykırı olduğu ileri sürülmektedir. Yukarıda belirttiğimiz formül açısından, muhakkak en önemli gerekçe budur ve meselenin, her ikisi de, Anayasa hukukundan doğan iki görünümü vardır: Cezalandırabilmek için kusur yani isnat edebilme şarttır ve bu kusurun ispat edilmesi yerine kârineler ile yetinilemez.

Alman doktrini tarafından geliştirilen objektif cezalandırılabilme şartları müessesesi yabancı memleket hukuklarını da etkilemiştir. Bilhassa İtalyan mahkeme içtihatları ve doktrini, Alman hukukundaki gelişmenin etkisi altında iflâsın açılmasını (Sentenza dichiarativa di fallimento) Codice Penale'nin 44. maddesi anlamında objektif cezalandırılabilme şartı olarak görmektedir. Hâkim görüş budur (13).

(12) Bk.: Hass, age. s. 29 vd.

(13) İtalyan terminolojisi: Doktrinde ve mahkeme içtihatlarında değişik tabirler kullanılmaktadır, fakat daha ziyade Medeni Hukuk kavramlarına yakınlık duyulmaktadır; objektif cezalandırılabilme şartları olarak ilerde vuku bulacağı muhtemel olan olaylar kabul edilmektedir. Bu şekilde iflâsın açılması daha önceden işlenmiş olan hileli iflâs fiilleri bakımından objektif cezalandırılabilme şartı olarak kabul edilmektedir. (Bk.: Delitala, Studi sulla bancarotta, 1935, s. 24 vd.; daha yeni literatür için Bk.: Colaacci, I reati fallimentari nella giurisprudenza, 1970, s. 1 vd.; conti, diritto penale commerciale bd. 2, 1967, s. 113 vd.; Grieco, I reati revisti dalla Legge sul fallimento vs., 1967, s. 10 vd.; Mezzasalma, L'elevamento psicologico del delitto di bancarotta semplice, 1970, s. 9 vd.; Türk Ceza Hukuku için Bk.: Dönmezer-Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, c. 1, 5. Basi, 1973, s. 334 vd.; Alman Hukuku için Bk.: BGH 8 no. lu dipnotta zikredilen numaralar, s. 191.

Objektif cezalandırılabilme şartları meselesine, daha önemli olan Anayasa Hukuku açısından bakıldığında, bu hukuki müessesenin herhalde genel olarak, Anayasaya aykırı olmadığını ve bazı münakaşalı özel durumlarda, Anayasaya uygun olduğu oldukça kolay anlaşılabilir.

Cezadaki kusur prensipinin Anayasa hukuku bakımından analiz edilmesinde, Bavyera Anayasa Mahkemesinin 1950 yılında verdiği (14) ve hemen harp sonrasında çıkarılmış olan bir kanunu hukuk devleti prensipine aykırı bulan kararı, başlangıç noktası olarak, genellikle zikredilmektedir. Bu kanun, harpte kullanılan otomobillerin sahip veya zilyetlerinin, kusurları olmaksızın dahi, 20 Ağustos 1946 tarihine kadar otomobillerin kullanılması için gerekli yeni ruhsatları yetkili idari makamlardan talep etmedikleri takdirde, tazminat ödemeksizin bu eski harp vasıtalarının müsadere edilmesini öngörüyordu. Bavyera Anayasa Mahkemesi kararında: «kaide olarak, sadece ceza hukuku açısından kusurlu bir faile bir cezai müeyyidenin uygulanabileceğini, cezai müeyyidenin fiilin ağırlığı ve failin kusuru ile orantılı olması gerektiği ve olaydan kusurun derecesi ve ağırlığı anlaşılabiliriyorsa, hâkime cezayı bu dereceye uydurabilme imkânının bırakılması gerektiğini» belirtti.

Federal Anayasa Mahkemesi 1963 yılında, yukarıda belirtilen kararı gözönünde tutarak, mahdud mes'uliyetli, kitap ödünç veren bir şirketin Anayasaya aykırılık iddiasını kabul etti. İddiayı ileri süren şirketin organlarının bir kusuru olmamasına rağmen, kendisinden bağımsız bir şirketin, mahkemenin verdiği ihtiyati tedbir kararına aykırı davranması sebebiyle, kitapçılık şirketi Alman Medeni Muhakeme Kanunlarının 890. maddesi uyarınca cezalandırılmıştı. Mahkemenin ihtiyati tedbir kararı ile, kitapçılık şirketinin yoldan geçen yayaları çağırması veya yolu, yakında bir yerde bulunan teşhir salonuna yayaları gitmeye zorlayacak surette tanzim etmesi şekliyle yeni üyeler kaydetmesi yasaklanıyordu. Federal Anayasa Mahkemesinin görüşüne göre «sadece disiplin cezası olsa da, cezanın özelliği hukuken yasaklanmış bir davranışın müeyyideleştirilmesidir. Ceza ile, (disiplin cezası da olsa bile), faile bir hukuk kaidelerinin ihlali isnat edilir. Böyle bir cezai isnat ise, isnat kabili-

(14) Entscheidungen Des Bayerischen Verfassungsgerichts, Neue Folge, c. 3, II, s. 109 vd., bilhassa Bk.: s. 114; aynı fikir için Bk.: Maunz, Dürig, Herzog, Grundgesetz, 3. Bası, 1970, m. 1. paragraf 1, No. 32.

yetini ve ceza hukukundaki kusuru gerektirir. Aksi takdirde, ceza, hukuk devleti prensipi ile bağdaştırılamayan bir netice olur ve fail bu tür olaylardan sorumlu olamazdı» (15).

Ceza hukukundaki kusur prensipinin, hukuk devleti ilkesinin temellerinden biri olmasına ve insanın şeref ve haysiyeti ve hürriyet hakları kaynağını Anayasa'da bulmasına rağmen, kusur prensipinin sınırları belli değildir. Bu prensipin muhakeme hukuku açısından incelenmesi cümlesinden; Federal Anayasa Mahkemesi 1949 tarihli İktisadi Ceza Kanununun 23. maddesi ile ilgili olarak şu içtihadta bulunmuştur: «kusur prensipi ilke olarak kabul edilmekle beraber, kusur karinesinin her şekli hukuk devletinin ana ilkelerine aykırı değildir, kanundaki tipin müşahhas durumdaki ortaya konuş şekline bakılmalıdır» (16).

Kusur prensipinin geçerli bir biçimde sınırlandırılması hakkında Anayasa Hukuku doktrini ve mahkeme içtihatları, özel kriterler geliştirmemişlerdir. Bu bakımdan, Anayasanın 2. maddesinin 1. fıkrasındaki genel tahdit sistematigi ve Anayasanın 20. maddesinin 1. fıkrasına ilişkin içtihat uygulanma alanı bulur.

Anayasa Mahkemesinin müstakar içtihadına göre, hukuk devleti prensipine «açıkça ve herkes tarafından bilinebilir bir şekilde» yapılan aykırılıklar bir hukuk normunun muteberliğini etkileyebilir (17). Mer'i hukuk yönünden böyle bir sonuca varmak mümkün değildir; zira bu kaideler etrafında bazı tereddütler mevcut olmakla beraber senelerdir tatbik edilegelmektedirler. Federal Anayasa Mahkemesi de adigeçen kararında bir hususun Anayasaya uygunluğunu denetlerken, şu düşünceden hareket etmektedir; açık ve herkes tarafından bilinen şey kriteri kanunlar hakkında uygulandığında, bundan, devamlı tatbik edilen, mahkemelerin tabii karşıladıkları ve hukuk düzeni tarafından benimsenmiş kanunlar anlaşılmaktadır (18). Anayasa Mahkemesinin bu görüşü, Anayasaya aykırılığın mevcut olmadığı ve iflâs hukuku alanındaki ceza hükümlerinin hukuk devleti prensipine daha iyi uyacak bir şekilde düzenlenmesine gerek olmadığı anlamına gelmemektedir.

(15) Entscheidungen, Des Bundesverfassungsgerichts, bd. 20, 323 (331, 334 vd.).

(16) BVerfG 9, 167 (169).

(17) BayVG age.; BVerfG 9, 174.

(18) BVerfG ags.

Anayasanın 2. maddesinin 1. fıkrası iktisadi hayatı geliştirme hürriyetine, üçüncü şahısların haklarını (cezaî bakımdan da) etkili bir şekilde korunması ve Anayasaya uygun kamu düzeninin korunması gayesiyle sınır konabileceğini kabul etmiştir. Anayasanın 2. maddesinin 1. fıkrasında öngörülen sınırlandırmada ayrıca belirtilen ahlak kaideleri, sosyal bakımdan değerli olmadıkları kabul edilen fiillerin cezalandırılmasını öngörmektedir.

İflâs Kanununun 239 ve sonraki maddelerinde sayılan hileli iflâs fiillerinin arzettikleri sosyal tehlike şüphe götürmemekle beraber, yukarıda konan kriterler tatbik edildiğinde, — bilhassa alacaklıların haklarının ve kredi ekonomisinin korunması sözkonusu olduğundan — mer'i flâs hukuku ile ilgili ceza kaidelerinin muteberliği tartışılmaz.

Böylece, objektif cezalandırılabilme şartları meselesi esas itibarıyla, Anayasaya aykırılık bakımından, Anayasa hukuku sahasının dışında kalmakta ve Anayasa hukuku tarafından çizilen sınırlar içinde kalarak, ceza hukuku dogmatigi ve ceza politikası meselesi olarak karşımıza çıkmaktadır. İtalyan Anayasa Mahkemesi içtihatları da, İtalyan Ceza Kanununun konumuzla ilgili olan 216 ve son maddelerinin Anayasaya aykırılığını kabul etmemektedir (19).

### 3. Cezalandırma gereği ve cezalandırma ihtiyacı

Modern ceza hukuku doktrininde objektif cezalandırılabilme şartlarının mahiyeti ve fonksiyonu devamlı olarak tartışılmaktadır. Hâkim olan ve bizim de kabul ettiğimiz görüş, cezalandırılabilme şartlarını *Jescheck*'in (20) teklif ettiği terminoloji anlamında, dar manâda kabul etmektedir. Dar manâda cezalandırılabilme şartlarında cezalandırılan, kanuni tipe uygun olarak gerçekleştirilen ve failin kusurunun kapsadığı hukuka aykırı fiildir. Fakat kanunköyücü, devletin verdiği cezayı, maksada uygunluk mülâhazalarını gözönünde tutarak, dar tutmaktadır. Esasen kendi başına cezaya lâyık olan bu fiil, kendisine munzam ve objektif unsurlar eklendiği takdirde cezalandırılmaktadır. Netice olarak «hakiki» objektif cezalandırılabilme şartı, *cezalandırmayı sınırlayıcı etki* göstermek-

(19) Aynı fikir için Bk.: Grieco, age, s. 44.

(20) Jescheck, Lehrbuch Des Strafrechts Allgemeiner Teil, 2. Bast, 1972, s. 422 vd.



tedir (21). Bunun neticesi olarak, gerek ceza hukukundaki kusur prensipi açısından, gerekse Anayasa hukuku açısından objektif cezalandırılabilme şartlarına karşı, esaslı bir tenkit yapılamamaktadır. Zira, failin kusuru, cezaya lâyık olan hukuka aykırılığı kurucu faktörleri kapsamaktadır.

Buna mukabil «hakikî olmayan» (unechte) objektif cezalandırılabilme şartları, kusur prensipi ile, bağdaşamamaktadır. Hakikî olmayan cezalandırılabilme şartlarında, aslında kusur açısından önemli olmayan unsurlar, fiilin sosyal ahlâk bakımından takbih edilebilirliğinin muhtevasını teşkil etmektedirler (22). Bu şekilde teşkil edilmiş olan cezai bir normun, Anayasaya aykırı olup olmadığı ve aykırı ise, normun yoklukla malûl olup olmadığı açık değildir, zira, Alman Anayasa Mahkemesi henüz şimdiye kadar böyle bir dava ile karşılaşmamıştır. Şimdiye kadar iktisadî ceza hukukunda ortaya çıkmamış olan bu meseleyi de burada daha fazla incelemek gereksizdir. Bahsettiğimiz mesele mer'î ceza hukukunda Alman Ceza Kanununun 186. maddesi bakımından önem kazanmaktadır, ve adigeçen maddenin Anayasaya uygun bir şekilde tefsir edilmesiyle halledilebilir (23).

Objektif cezalandırılabilme şartlarının bir kısmı da, *muhtelit* mahiyettedir. İflâs ile ilgili ceza hukuku açısından, dolayısıyla önemli olan muhtelit objektif cezalandırılma şartlarında, failin kusurlu ve hukuka aykırı fiili ile, belli (fakat az) bir kamu zararı doğmaktadır, fakat esas sosyal zarar, ek ve objektif unsurların gerçekleşmesiyle husule gelmekte, yani zarar artmakta ve bu artış cezanın ağırlaştırılmasını gerektirmektedir. Burada objektif cezalandırılabilme şartı, örtülü bir ağırlatıcı sebep olarak etki yapmaktadır.

(21) Gallas, *Niederschriften*, Bd. 5, s. 104; Lackner, *age.* s. 95; Stratenwerth, *Zeitschrift, für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, bd. 71, 1959, s. 565, 566; *Strafrecht Allgemeiner Teil*, I, 1971, s. 74; Stree, *Juristische Schulung*, 1965, 465, 467. — Cezalandırma gereği ve cezaya lâyık olma kavramlarını bu anlamda ayırmaya karşı fikirde olan Baumann'a Bk.: *age.*, s. 484.

(22) Bk.: Kaufmann, *Das Schuldprinzip*, 1961, s. 251.

(23) Hirsch, *Ehre und Beleidigung*, 1967, s. 168 vd.; Tiedemann, *Juristische Analyse*, 1970, 257, 270 vd.; doktrindeki münakaşalar için Bk.: Schönke-Schröder, *Strafgesetzbuch*, 17. Basi, 1974, m. 186, No. 10.

(24) Bk.: BGHSt, 1, 191.

Mahkeme içtihatlarının (25) takip ettiği yönün aksi istikametinde doktrinde (26) bazı yazarlar tarafından, objektif cezalandırılabilme şartlarının muhtelit grubu hakkında ceza hukukunun kusur prensipi açısından, tenkitler ileri sürülmüştür. Hakikaten oyun, kumar veya müsrif hayat sürmenin yani daha sonraki, alacaklıları tehdit edici hareketlerden müstakil bazı davranışların, İflâs Kanununun 240. maddesinin 1. fıkrası uyarınca görünüşe göre, neden cezalandırıldığını anlamak zordur.

Mamafih mer'i hukukun doğru şeklinin buraya aktarılmış olduğu şüphelidir. İflâs Kanununun 239 ve sonraki maddeleri, fail olarak herkesi değil, sadece *borçluyu* kabul etmektedir ve müsrifçe davranışların, kumar veya bahis ile, borçlu fail tarafından külliyetli miktarda para sarfedilememesinin, yani sarfedilen meblâğın borçlunun mameleki ile orantılı olan seviyeyi aşması gerekmektedir. Bu kriter uygulanınca, sadece alacaklıların menfaatlerini tehlikeye düşüren davranışlar cezaya lâyık görülebilecektir. Mevcut kanun bakımından, İflâs Kanununun, kendi başlarına tehlike arz etmeyen hileli iflâs fiillerini düzenleyen maddelerine ek olarak, alacaklının durumunu fiilen ağırlaştırma unsuru ilâve edilmeli ve bu şekilde kusur prensipine riayet edilmelidir (26).

11.1.1975 tarihinde yürürlüğe girmiş olan, Ceza Kanununun mer'iyeti kanununun tasarısı, alacaklıları tehlikeye düşürme unsurunu açıkça kanuna alıyor ve bunun yanı sıra, objektif cezalandırılabilme şartlarını (ödemelerin tatil edilmesine veya iflâsın açılmasını) muhafaza ediyordu. Bu bakımdan cezanın sebebine dayandırılan Anayasaya uygun yorumu yapmak doğru olur idi. Fakat iflâs hukuku normlarının pratik olması gerektiğinden bu çözüm teklifi, zorluklarla karşıkarsıya geldi: müşahhas olarak alacaklıların tehlikeye düşürülmüş olduğu, daha sonra açılacak olan ceza davasında ekseriya sadece farazi bilânçolarla ispat edilebilecektir. Defterler gereği gibi tutulmuyor veya hiç tutulmuyorsa, bu ispat pratik olarak imkânsız hale gelir. Son zamanlarda artan işletme krizlerinde,

(25) Ek.: Jescheck, age. s. 423; Klug, Konkursstrafrecht, 1973, No. 8, m. 239, KO; Schöne, Juristen Zeitung, 1973, 446, 449; Bemann, age. s. 48 vd., 51.

(26) Pfeiffer, in: Tagungsberichte der Sachverstaendigen Kommission zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität, bd. 3, 1973, Ek 6, s. 9 vd.; Stree, age. s. 470 vd.; Bk.: BGHSt, 22, 360 vd.

bu söylenenlerin doğru olduğu görülmüştür (27). Bu yüzden öngörülmüş olan değişiklik, daha sonra Ceza Kanununa giriş kanununun tasarisından çıkarılmıştır.

#### 4. İktisadi suçlulukla mücadelede ilk kanun teklifi

1975 başında hükümet tarafından kabul edilen ve ana hatları Meclis tarafından da benimsenen, iktisadi suçlulukla mücadele birinci kanunu teklifi (28), Ceza Kanununun mer'iyeti hakkındaki kanun teklifinde olduğu gibi, iflâsla ilgili suçları 283 ve son. maddeleri ile yeniden Ceza Kanununun kapsamına almak istemektedir. Teklif aynı zamanda objektif cezalandırılabilme şartlarını muhafaza etmekte ve hem kusur prensipine, hem de iflâs suçlarının kredi ekonomisindeki önemi ile orantılı bir çözüme yer vermektedir.

Tasarı, ödemelerin tatil edilmesini, iflâsın açılmasını, ve iflâs takibinin açılmasının reddedilmesini *hakiki* cezalandırılabilme şartı olarak kabul etmekte ve bizim 1973 yılında «İktisadi Suçlulukla Mücadele İhtisas Komisyonu»na verdiğimiz teklifi esas alarak, iflâs ile ilgili ceza hükümlerinin yeniden düzenlenmesini teklif etmektedir (29):

Mer'i İflâs Kanununun 239 ve 240. maddeleri incelenecek olursa, bu maddelerde düzenlenen fiillerden bazılarının normal olarak iktisadi bakımdan tehlike arzemediği, buna mukabil diğer bazılarının, ödemelerin tatil edilmesinden, iflâsın açılmasından ve alacaklıların tehlikeye düşürülmesinden müstakil olarak, iktisadi bakımdan ehemmiyetli bir tehlike arzettikleri görülür. Bu son anılanlara misâl olarak defter tutmama suçları ve bilanço ile ilgili suçlar gösterilebilir, zira bir tüccarın defter tutmasında kamu yararı vardır ve gaye şirketin kötü idare edilmesinden doğacak zarardan kamunun korunmasıdır (30): Hatta sadece mameleke karşı işlenen suçlarda, (266 StGB), gereği gibi tutulmayan defterlerin mamelekindeki durumu hakkında sıhhatli bilgi vermemeleri dolayısıyla, bu şe-

(27) Tiedemann, in: Verhandlungen, 49: Deutscher Juristen Tag, 1972, bd. 1, s. 69 vd.

(28) Bundesrats, Drucksache, 5/75.

(29) Tiedemann, in: Tagungsberichte, Ek 3, s. 10 vd.

(30) Amtliche Begründung, Bundesrat Drucksache, 5/75, s. 38: RGSt, 13, 236, 237: Klein, in: Tagungsberichte, Ek 2, s. 1 vd.: Tiedemann, Goldhammers Archiv für Strafrecht, 1974, 1, 3.

kilde meydana gelen bilgi noksanlığının mameleki tehlikeye düşürdüğü kabul edilmiştir (31). Bir tüccarın kendi mamelekini böylece tehlikeye düşürmesi, günümüzün akıcı ekonomisinde, kaide olarak üçüncü şahısları ve ticarî faaliyeti tehlikeye düşürmektedir.

Müşahhas hileli iflâs fiillerinin bu tipik tehlike özelliği dolayısıyla, bu suçların mer'î hukukta olduğu şekilde, müşahhas tehlike suçu şeklinde düzenlenmesi uygundur. Fakat cezalandırmanın gereğinden fazla genişletilmemesi için, ödemelerin durdurulması ve iflâsın açılması objektif cezalandırılabilme şartları olarak kabul edilmelidir. Böylece hileli iflâs fiillerinde eksik olması ihtimali bulunan tehlike hali unsuru eklenmiş olacaktır.

Arzedilen müşahhas tehlike suçları hakkında Anayasaya ve kusur prensipine bir aykırılık sözkonusu değildir. Hukukî korumanın bu şekilde bir suç tipinin seçilmesi suretile gerçekleştirilmesi, netice suçu (Erfolgsdelikt) şeklindeki bir düzenlemeye nazaran (müşahhas tehlike suçları da dahil olmak üzere) tercih edilmektedir. Korunan hukukî menfaatten bu kadar uzaklaşınca, olay fiilinin (Tathandlung) takbih edilen muhtevasında, neticenin takbih edilen muhtevasından (Erfolgsunwert), hareketin takbih edilmesine doğru (Akt - oder Handlungsunwert) bir kayma olmaktadır (32). Mamafih, hareketin bu şekilde takbih edilmesi kusur prensipine aykırı başka gayelere hizmet etmesi — meselâ dolandırıcılıkta olduğu gibi — fakat bu gayelerin ispat edilememesi hallerini kapsamaması için, müşahhas tehlike suçlarının karineler ihdas ettiği görüşü yanlıştır. Bilânço suçlarındaki paralel gelişme bu görüşü yansıtmaktadır: (iflâsla ilgili ceza hukukunun haricinde kalan) günümüzün bilânço suçlarının kanunî tipleri, bilânço ve ticarî hesapların, ticarî muamelâtın müstakil ve önemli bir unsuru haline gelmesi hakikatinin bir neticesi olarak ortaya çıkmışlardır. Neticeden soyutlanmış olarak düzenlenen müşahhas tehlike suçları, birey üstü hususların korunması için uygun bir suç şekli olarak ortaya çıkmaktadır. Federal Anayasa Mahkemesi, iktisadî ceza hukukunun yanısıra, birey üstü menfaatlerin egemen olduğu ikinci büyük dal olan

(31) RG, Deutsches Recht, 1944, 155; BGH GA 1956, 121 vd.; BGHSt 20, 304 vd.

(32) Tiedemann, Tatbestandsfunktionen, s. 117 vd., ayrıca s. 168 ve ZStW 87, 1975; aynı fikir için Bk.: Eulencamp, in: Tagungsberichte Ek 5, s. 36.

politik ceza hukuku ile ilgili olarak verdiği kararlarında, «müşahhas bir hukuki menfaatin korunmasına yönelik olmayan hukuk normlarının Anayasaya aykırı olmadığını» içtihat etmiştir (33).

İktisadi suçlulukla mücadele kanununun ilk teklifinin resmî gerekçesinden iflâs hukuku ile ilgili ceza hükümlerinin yeni şekli ile, hangi *hukuki menfaatin* korunduğu anlaşılammaktadır (34). Mer'i iflâs hukuku ile ilgili ceza hukukunda halâ, sadece para kredisi verenlerin mamelek menfaatlerinin ön plânda olduğu görüşü savunulmaktadır (35). Bu an'anevi görüş, borç ödememe suçlarının iktisadî etkisini ve kredinin günümüz ekonomisindeki fonksiyonunu bilmezlikten gelmektedir. Daha önce giriş bölümünde belirttiğimiz gibi, daha çok yabancı sermaye ile çalışan ve gerek iktisadî bakımdan yerleşmiş ekonomilerde, hileli iflâs suçlarının hukuka aykırılığının muhtevasını belirtebilmek için, sadece alacaklıları tehlikeye düşürmek bireysel açılarından yapılan izah, yeterli değildir. Daha ziyade, alacaklının (ve işçinin) menfaatlerinin yanısıra, korunan hukukî menfaat olarak, kredi ekonomisinin fonksiyon görübilmesi, işleyebilmesi önemlidir (36). Tarafımızdan ortaya konan ve dış memleketlerde de taraftar bulan bu görüş (37), iktisadî suçlulukla mücadele ihtisas komisyonu tarafından da benimsenmiş ve tasarılarına esas teşkil etmiştir (38).

İktisadî bakımdan müşahhas olarak tehlike arzeden davranışların ana karakterlerinin çizilmesiyle meri hukukta belirtilen hileli iflâs fiillerinin büyük bir kısmı kapsanmış olmaktadır. Sadece — iktisadî suçlulukla mücadele ilk kanunu teklifinin ihtiva etmediği — birkaç fiil daha kalmaktadır. Bu fiillerin müşahhas ik-

(33) BVerfG 28, 176, 188; Bk.: Zstw. bd. 81, 1969, s. 7, 16 vd. de Schröder fiilin tehlikeli olmadığına ispat edilebilmesine, kanunî tipin bedeli ve müşahhas objelerin korunmasına müsaade etmekte, buna mukabil tehlike fiili genel olarak ele alındığında kanun koyucunun tehlike karinesi koymasına müsaade etmemektedir.

(34) Bk.: Amtliche Begründung, age. s. 19 vd., 33 vd.

(35) Hâkim fikir için Bk.: Klug, age. m. 239, No. 1; Schönke-Schröder, m. 239 KO, No. 1.

(36) Tiedemann, in: Verhandlungen, 49, DJT, bd. 1, s. C 22 ve C 31: Die Verbrechen in der Wirtschaft, 1. Basi, 1970, s. 18 vd.; aynı fikir için Bk.: Eulencamp, age. s. 12 vd.

(37) Bk. Conti, age. s. 29 vd.; Pedrazzi, L'indice penale, 1970, 25, 40 vd.

(38) Tagungsberichte, age. s. 78'1 s. 89 ve 99 ile bağlantılı olarak okuyunuz.

tisadî tehlikesi, ya tartışmalıdır veya tehlikeli olmadıkları kabul edilmektedir. Adigeçen fiiller; borçlunun mamelekine dahil olan malları saklaması veya kaçırmaması (m. 239 fıkra 1, No. 1 KO), kumar; bahis ve borsa muameleleri ile veya müsrifçe davranışlarla para harcamak (m. 240 No. 1, KO), ve mameleki üzerinde başkalarının hakkı varmış gibi göstermek veya sahte belgelerle hak sahibi yaratmak (m. 230 f. I, No. 2, KO) gibi fiillerdir. Tipik tehlikeye düşürme muhtevasına sahip olmadıkları veya sahip olup olmadıkları şüpheli olduğundan, bu fiiller müşahhas tehlike suçları olarak düzenlenememektedirler.

Bu fiillerin takbih edilebilirliği munzam unsurlardan doğuyorsa, kusurluluğa dayanan ceza hukukuna uygun olması için, bu munzam unsurları da suçun dar manâda kanunî tipine dahil etmek gerekir. Bu yönden ortaya üç imkân çıkmaktadır:

İlk önce, ödemelerin tatil edilmesinin veya iflâsın açılmasının kanunî unsurâ dahil edilmesi, yani objektif cezalandırılabilme şartı olmaktan çıkarılması meselesi tartışılabilir. Böyle bir netice suçunda manevî unsur olarak, kast ve taksir (hafiflik) sözkonusu olmaktadır. Taksirin «hafiflik» kriteri şeklinde hâkim bakımından müşahhaslaştırılması, suçta kanunilik prensipi (Anayasa m. 103/2) açısından, sakıncalı olan 263. maddenin 1. fıkrasının 8. no. sundaki genel hükümün yeniden düzenlenmesinden sarfınazar edilmesine imkân sağlayacaktır. Kanun bu maddesinde munzam bir hileli iflâs fiilini göstermekte ve failin «iktisadî hayatın gereklerine açıkça aykırı bir şekilde, mameleğini azaltmasını veya hakikî iş münasebetlerini gizlemesini veya başka şekilde göstermesini» suç haline getirmektedir. Böyle bir formül gerçi gereklidir (39) ve tasarı tarafından öngörülen örnek olarak sayılma açısından da, Anayasaya aykırı değildir. Fakat koyduğu geniş kriter, bizim taksiri (hafiflik) düzenleyen kanunî tipteki hukuk an'anemize göre, Anayasa hukuku bakımından daha az bir aykırılık arzulemektedir.

İktisadî suçlulukla mücadelede ilk kanun tasarısı, aslında iktisadî bakımdan tehlike arzeten hileli iflâs fiillerinin cezalandırılmasını gerekçelendirmek için, başka bir vasitadan yararlanmaktadır. Tasarı daha önce büyük ceza hukuku reformu komisyo-

(39) Hammerl, a.g.e. s. 124 vd.; Tiedemann, in: Verhandlungen, 49 DJT Bd. 1, s. C 70.

nunca (40) ve iktisadî suçlulukla mücadele ihtisas komisyonunca (41) hazırlanan teklife uygun olarak kendi başlarına aslında iktisadî bakımdan önemli olmayan fiilleri, iktisadî bir kriz sırasında işlenmeleri halinde, suç haline getirdi. 283. maddenin 1. fıkrasının yeni düzenlenmiş şeklinde, aşırı borçlanmanın veya ödemede aciz halinin vuku bulması tehlikesi varsa, veya sayılan haller vuku bulmuş ise, kriz durumu gerçekleşmiş olmaktadır. Bu teklif ile, iflâs suçları *Schröder* tarafından yapılan ayırımı uygun olarak, soyut - somut tehlike suçları olarak tanzim edilmektedir (42).

Fakat hem bu kriterin pratik olup olmadığı, hem de soyut ve soyut - somut tehlike hareketleri arasında tasarı tarafından çizilecek sınırın doğru olup olmadığı tartışılabilir. Muhtemel bir aşırı borçlanmanın *sonradan* ispat edilmesi, ya *sonradan* aşırı borçlanmanın hakikaten vuku bulması ile veya ödemede aciz halinin gerçekleşmesi ile, mümkün olabilecektir; aşırı borçlanma tehlikesi unsuru kabul edilecek olursa, bilhassa fail defter tutma mükellefiyetini yerine getirmemişse, bu unsur objektif olarak, çok zor ispat edilebilecektir. Tasarı subjektif ispatın zorluklarını, kriz durumlarında failin kasdını aramamakla, en hafif taksiri ile yetinmekle (m. 283 f. 4, No. 1, 5) yenmeğe çalışmaktadır. Nihayet, sadece kendisini tehdit eden aşırı borçlanmayı veya ödemede aciz halini bildiği ispat edilmek gereken fail gözönünde tutulmamaktadır, aynı zamanda ne sebepten olursa olsun, gerekli dikkati göstermediği için, kendisini tehdit eden aşırı-borçlanmanın veya ödemede aciz halinin farkına varmayan fail de gözönünde tutulmaktadır; böylece cezalandırma sınırının açıkça genişletildiği görünmektedir. Kusurun failin (*Leichtfertigkeit*) hafifliği ile tahdit edilmesi yerinde değildir. Meclis tarafından da ileri sürülen bu sınırlama, teklifin pratik değerini düşürmektedir.

Kanaatimizce aşırı borçlanma veya ödemede aciz tehlikesi varsa veya bu tehlike gerçekleşmişse; suçun kanunî unsuruna kredi

(40) Bk.: Lackner, in: *Niederschriften*, bd. 8, s. 82.

(41) *Tagungsberichte*, age. s. 99 vd.

(42) Bk.: *Schröder*, *ZStW* age. s. 18 vd.; aynı şekilde *JZ* 1967, 522 vd.; ayrıca *Gallas*, in: *Heinitz - Festschrift*, 1972, s. 171 vd.; *Horn*, *Konkrete Gefährdungsdellkte*, 1972, s. 28 vd.; *Tiedemann*, *Tatbestandsfunktionen*, s. 121 vd.

alınması fiili de eklenmelidir (43). İşletmelerin yabancı sermaye ile finanse edildiği düşünülürse ilk bakışta tehlike arzermeyen hileli iflâs fiillerinin sadece borçlunun mamelekini değil aynı zamanda yabancı sermayeyi de ilgilendirdiği anlaşılır.

Fakat her şeyden evvel iktisadî suçlulukla mücadelenin ilk kanunun tasarısı, soyut ve soyut-somut tehlike fiilleri arasındaki sınırın çizilmesinin başarılı olmadığı yönünden tenkit edilebilir. Sadece defter tutma ve bilânço suçları tasarı tarafından soyut olarak tehlikeli görülmüştür. Borçlunun kendi mamelekine ait parçaları gizlemesi veya kaçırmaları fiilleri iktisadî kriz durumları haricinde de suç sayılmıştır. Zira bu hileli iflâs fiili halen mer'î cezai iflâs hukukundaki düzenlemeye göre, mamelek parçalarının alacaklının elde edemeyeceği şekilde uzaklaştırılması gerekir. Fiil hareketinin bu eylemi, «icrâ takibine tâbi mamelekini» kelimelerinin eklenmesi ile daha da kuvvetlendirilmiştir. Müşahhas olayda usulüne uygun bir iktisadî tahmin kalkülasyon teşkil etmedikçe, aynı şey, değerinden düşük fiatla yapılan satışlar hakkında da söylenebilir. Zira bu tür satışlar çabuk bir iflâsa yolaçar veya (Strossbetrug) tâbir edilen dolandırıcılığın işlenmesine yardım eder (44). Kredi ile alınan mal veya kıymetli evrakın satılması, satış usulüne uygun ve iktisadî hayatın gereklerine aykırı bir şekilde mahnı değeri altında yapılırsa, iktisadî açıdan tehlikelidir. Fakat ticarî hayatta, kredi ile alınan eşyanın kısmen alış fiatının altında satılması alışılmış bir uygulama haline gelmiştir. Bilhassa alış fiatının altında ucuzluk satışları iktisadî hayatın gereklerine aykırı düşmez. Mamelekin mevcut durumu hakkında yanlış bilgiler verilmesi soyut olarak tehlikelidir ve bu hususta iktisadî suçlulukla mücadele ilk kanunun paralel teklifinde gizli yoldan kredi kaçırmaya (§ 265 b) şeklinde yeni bir suç ihdas edilmiştir. Bu şekilde doğru olmayan bilgilerden istifade edilmesinde dolandırıcılığa yakın bir tipik fiil sözkonusudur fakat bazan dolandırıcılık suçu da meydana gelebilir.

(43) Alt Komlejonun teklifi için Bk.: Tagungsberichte, age. s. 31, 87; ayrıca Bk.: RGSt 4, 42 vd. (gerçeklere atıf).

(44) Hammerl, age., s. 77 vd.; Tiedemann - Cosson, Straftaten und Strafrecht im deutschen und französischen Bank - und Kreditwesen, 1973, s. 59 vd.; Tiedemann - Sasse, age. s. 14 vd.; Zirpins - Terstegen, Wirtschaftskriminalitaet, 1963, s. 450.



### 5. Netice

İktisadi suçlulukla mücadele Birinci Kanununun teklifinde öngörülen, objektif cezalandırılabilme şartları muhafaza edilerek teklif olunan cezai iflâs hukukunda yapılan değişiklik genel olarak değerlendirildiğinde; kaynağını Anayasa hukukunda bulan kusur prensipi açısından halen mer'î hukuktaki duruma nazaran belirgin bir düzelme getirmektedir. Teklifin hazırlanması sırasında ceza hukukundaki kusur prensipinin ön plânda tutulduğu açıkça anlaşılmaktadır. Soyut ve soyut-somut tehlikeli hileli iflâs fiilleri arasındaki sınırın çizilmesi ve kriz döneminin tarif edilmesi, gerektiği gibi yapılamamıştır. Sınırın iyi çizilememiş olması ve kanun teklifinin pratik olmaması, teklifin korunan ilgili hukukî menfaatleri açıklamamasını gerektirmezdi. Bu eksiklik, başarılı bir suç politikası için doktrinin, kriminolojinin yanında vazgeçilmez bir temel olduğu şeklindeki eski görüşün doğrulugunu kanıtlamaktadır.